



VNIVERSITAT ID VALÈNCIA

 **Facultat de Dret**

DEPARTAMENT DE DRET DEL TREBALL I DE LA SEURETAT SOCIAL

DOCTORADO EN ESTUDIOS JURÍDICOS, CIENCIA POLÍTICA Y CRIMINOLOGÍA

TESIS DOCTORAL

**EL PROCEDIMIENTO DE DESPIDO COLECTIVO: SU
APLICACIÓN EN EL ÁMBITO PRIVADO**

Doctorando:

Adriana Moscardó Marín

Director:

Dr. D. Guillermo Emilio Rodríguez Pastor

Valencia-October 2016

ÍNDICE

ÍNDICE

ÍNDICE.....	3
ABREVIATURAS	15
INTRODUCCIÓN	21
METODOLOGÍA.....	11
PARTE 1	17
EL PROCEDIMIENTO DE DESPIDO COLECTIVO EN LAS EMPRESAS UNITARIAS.....	17
CAPÍTULO I	19
CONCEPTO Y ÁMBITO DEL DESPIDO COLECTIVO	19
1. ELEMENTOS DEFINITORIOS DEL CONCEPTO DE DESPIDO COLECTIVO.....	21
<i>1.1. Requisito numérico.....</i>	<i>22</i>
1.1.1. Unidad de cómputo	23
1.1.2. Extinciones computables	36
<i>1.2. Requisito temporal.....</i>	<i>47</i>
<i>1.3. Requisito Causal</i>	<i>55</i>
1.3.1. Los elementos del control judicial de la causa.	55
1.3.2. Las causas empresariales: causas económicas, técnicas, organizativas y de producción.	69
CAPÍTULO II.....	87
LA INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE DESPIDO COLECTIVO.....	87
1. LA COMUNICACIÓN DE INTENCIONES PREVIA A LA COMUNICACIÓN DE INICIO DEL PERIODO DE CONSULTAS.....	89
2. LOS SUJETOS LEGITIMADOS PARA INTERVENIR COMO INTERLOCUTORES EN EL PERIODO DE CONSULTAS.	98
<i>2.1. Preferencia de las secciones sindicales como interlocutores en el procedimiento de consultas.....</i>	<i>104</i>
<i>2.2. Sujetos legitimados para intervenir en el periodo de consultas en empresas en las que el despido colectivo afecte solo a un centro de trabajo.....</i>	<i>110</i>

2.2.1. Legitimación de los representantes unitarios: comités de empresa y delegados de personal	110
2.2.2. Intervención en el procedimiento en ausencia de representantes legales de los trabajadores: comisiones laborales y comisiones sindicalizadas.	111
2.2.1.1 Comisiones laborales	113
2.2.1.2. Comisiones sindicales.....	116
2.3. Legitimados para intervenir en el periodo de consultas en empresas con varios centros de trabajo	120
2.3.1. Legitimación del comité intercentros.....	120
2.3.2. Comisión representativa que ostentará la legitimación en el periodo de consultas: reglas para su constitución	124
2.3.2.1. Si todos los centros de trabajo afectados por el procedimiento cuentan con representantes legales de los trabajadores, la comisión estará integrada por estos.	124
2.3.2.2. Reglas especiales, según algún centro de trabajo cuente con representantes de los trabajadores o no.	127
2.3.2.2.1. Si alguno de los centros de trabajo afectados cuenta con representantes legales de los trabajadores y otros no, la comisión estará integrada únicamente por representantes legales de los trabajadores de los centros que cuenten con dichos trabajadores.	127
2.3.2.2.2. La posibilidad de constituir comisiones híbridas	129
2.3.2.3. Designación de la comisión representativa cuando ninguno de los centros afectados cuente con representantes legales de los trabajadores	133
3. CONFIGURACIÓN DE LA COMISIÓN NEGOCIADORA.....	136
4. COMUNICACIÓN DE INICIO DEL PERIODO DE CONSULTAS....	140
4.1. Comunicación de inicio del periodo de consultas a los representantes de los trabajadores.....	140
4.2. Comunicación de inicio a la Autoridad laboral	160
CAPÍTULO III.....	163
EL DESARROLLO DEL PERIODO DE CONSULTAS	163
1. FUNDAMENTO Y OBJETO DEL PERIODO DE CONSULTAS	165
2. CONTENIDO DEL PERIODO DE CONSULTAS.....	176
2.1. Mínimo de derecho necesario	176
2.2. Exigencias de las partes	178
2.3. Las medidas sociales de acompañamiento	179

2.4. <i>El plan de recolocación externa</i>	184
3. DURACIÓN, CALENDARIO Y REUNIONES DEL PERIODO DE CONSULTAS	189
3.1. <i>Duración del periodo de consultas: periodo máximo</i>	189
3.2. <i>Configuración del calendario de reuniones</i>	195
3.3. <i>La importancia de las actas de las reuniones del periodo de consultas</i>	198
4. LA OBLIGACIÓN DE NEGOCIAR DE BUENA FE	204
5. LOS CRITERIOS DE SELECCIÓN DE LOS TRABAJADORES AFECTADOS POR LA MEDIDA EMPRESARIAL	218
6. RÉGIMEN DE ADOPCIÓN DE ACUERDOS EN EL PERIODO DE CONSULTAS	243
7. ACTUACIONES DE LA AUTORIDAD LABORAL	258
7.1. <i>Determinación de la Autoridad laboral competente</i>	260
7.2. <i>Remisión de advertencias y recomendaciones</i>	263
7.3. <i>Intervención para la asistencia de las partes</i>	267
7.4. <i>Intervención para la mediación</i>	268
7.5. <i>Función de vigilancia y control</i>	270
8. EL INFORME DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO	273
8.1. <i>Determinación de la Autoridad laboral competente</i>	273
8.2. <i>Particularidades del informe</i>	275
8.3. <i>Contenido del informe</i>	280
8.3.1. <i>Constatación de la documentación presentada por el empresario en relación con las causas para despedir</i>	282
8.3.2. <i>Control sobre la existencia de vicios de la voluntad en la conclusión del acuerdo y sobre el uso indebido de las prestaciones por desempleo</i>	288
8.3.2.1. <i>La existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo adoptado en el periodo de consultas</i>	289
8.3.2.2. <i>La obtención indebida de las prestaciones por desempleo como objeto del acuerdo</i>	293
8.3.3. <i>Control sobre los extremos del artículo tres RPDC</i>	294
8.3.4. <i>Verificación sobre el efectivo cumplimiento del periodo de consultas</i>	295
8.3.5. <i>Información sobre las medidas sociales de acompañamiento y, en su caso, sobre el plan de recolocación externa</i>	296

8.4. <i>El informe de la Inspección de Trabajo en sede judicial</i>	297
9. LA SUSTITUCIÓN DEL PERIODO DE CONSULTAS POR LOS PROCEDIMIENTOS DE MEDIACIÓN Y ARBITRAJE	300
9.1. <i>El procedimiento de mediación</i>	302
9.1.1. Legitimación	303
9.1.2. Los acuerdos de sustitución y su objeto	305
9.1.3. Tiempo de los acuerdos de sustitución.....	308
9.1.4. Transcurso del procedimiento	310
9.1.5. El acuerdo de mediación	311
9.2. <i>El procedimiento de arbitraje</i>	311
9.2.1. Legitimación	312
9.2.2. Los acuerdos de sustitución y su objeto	315
9.2.3. El tiempo de los acuerdos de sustitución	315
9.2.4. Transcurso del procedimiento de arbitraje.....	315
9.2.5. La eficacia del laudo arbitral.....	317
CAPÍTULO IV	319
FINALIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE DESPIDO COLECTIVO	319
1. FINALIZACIÓN DEL PERIODO DE CONSULTAS	321
1.1. <i>Finalización del periodo de consultas con acuerdo</i>	322
1.1.1. Los efectos del acuerdo colectivo	322
1.1.2. Contenido del acuerdo colectivo	324
1.2. <i>Finalización del periodo de consultas sin acuerdo</i>	333
2. COMUNICACIÓN DE LA DECISIÓN EMPRESARIAL DE DESPIDO COLECTIVO	339
2.1. <i>Contenido y destinatarios de la comunicación empresarial de despido colectivo</i>	339
2.2. <i>Los efectos de la falta de comunicación de la decisión empresarial de despido colectivo</i>	366
3. PRIORIDAD DE PERMANENCIA EN LA EMPRESA	370
3.1. <i>Prioridad de permanencia a favor de los representantes de los trabajadores</i>	370
3.2. <i>Prioridad de permanencia a favor de otros colectivos</i>	380
3.3. <i>Consecuencias derivadas del incumplimiento del régimen de prioridades de permanencia</i>	389

4. NOTIFICACIÓN INDIVIDUAL DE LOS DESPIDOS. FORMALIDADES EN LA COMUNICACIÓN DEL DESPIDO A LOS TRABAJADORES AFECTADOS	395
4.1. <i>Las formalidades en la comunicación individual de despido a los trabajadores afectados: marco general.....</i>	<i>395</i>
4.2. <i>Requisitos de la notificación individual del despido. La remisión al artículo 53.1 ET</i>	<i>416</i>
4.2.1. Entrega de la carga de despido	416
4.2.1.1. <i>Contenido de la comunicación extintiva</i>	<i>416</i>
4.2.1.2. <i>La problemática sobre la inclusión de los criterios de selección en la carta de despido</i>	<i>444</i>
4.2.2. La puesta a disposición de la indemnización	463
4.2.3. La concesión de un plazo de preaviso de quince días y la entrega de copia del escrito de preaviso a la representación legal de los trabajadores	484
4.3. <i>Otros requisitos formales de la comunicación del despido.....</i>	<i>498</i>
4.3.1. Formalidades establecidas legal y reglamentariamente	498
4.3.2. Formalidades establecidas en el convenio colectivo con respecto a esta materia	504
4.4. <i>El alcance del control judicial de la exigencia informativa en la comunicación del despido</i>	<i>507</i>
CAPÍTULO V	516
LA IMPUGNACIÓN DEL DESPIDO COLECTIVO	516
1. COORDINACIÓN ENTRE LAS DIVERSAS ACCIONES DE IMPUGNACIÓN	527
2. LA IMPUGNACIÓN COLECTIVA POR PARTE DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES	534
2.1. <i>El carácter preferente del proceso</i>	<i>535</i>
2.2. <i>Reglas de determinación de competencia.....</i>	<i>542</i>
2.3. <i>Legitimación activa.....</i>	<i>545</i>
2.4. <i>Legitimación pasiva.....</i>	<i>575</i>
2.5. <i>La intervención en el proceso de otros sujetos.....</i>	<i>577</i>
2.5.1. La intervención de la Autoridad laboral	577
2.5.2. La intervención del FOGASA	580
2.5.3. La personación de los sindicatos	581
2.5.4. La personación de los trabajadores afectados	584

2.6. <i>El objeto del proceso</i>	588
2.7. <i>La iniciación del proceso: la demanda y los motivos de impugnación</i>	596
2.8. <i>La tramitación del procedimiento. Plazo y efectos</i>	604
2.9. <i>El acuerdo alcanzado mediante la conciliación judicial</i>	612
2.10. <i>La sentencia y la calificación de la extinción colectiva</i>	617
2.10.1. <i>La nulidad de la decisión empresarial de despido colectivo</i>	620
2.10.1.1. <i>Nulidad de la decisión empresarial por no haber realizado el periodo de consultas</i>	626
2.10.1.1.1. Nulidad por falta de adecuación en el ámbito en que se promueve el procedimiento de extinción y de desarrollo del periodo de consultas	627
2.10.1.1.2. Nulidad por defectos en la constitución de la comisión negociadora	633
2.10.1.1.3. Nulidad ante el incumplimiento de negociar de buena fe en el periodo de consultas	642
2.10.1.2. <i>Nulidad de la decisión empresarial por falta de entrega de la documentación prevista en el artículo 51.2 ET</i>	646
2.10.1.3. <i>Nulidad de la decisión empresarial por vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas</i>	655
2.10.1.4. <i>Nulidad por fraude, dolo, coacción o abuso de derecho</i>	664
2.10.2. <i>La calificación de improcedencia o de «no ajustada a derecho» de la decisión empresarial de despido colectivo</i>	673
2.10.3. <i>La decisión empresarial de despido colectivo «ajustada a derecho»</i>	685
2.10.4. <i>Notificación, contenido y efectos de la sentencia</i>	687
2.10.5. <i>La sentencia con pronunciamientos parciales</i>	701
3. EL PROCEDIMIENTO DE OFICIO POR LA AUTORIDAD LABORAL	708
3.1. <i>Competencia judicial y recursos</i>	708
3.2. <i>Legitimación</i>	709
3.3. <i>La iniciación del proceso y sus efectos sobre otros</i>	711
3.4. <i>Motivos que fundamentan la demanda</i>	717
3.5. <i>Procedimiento y sentencia</i>	718
4. LA ACCIÓN DE JACTANCIA	722
4.1. <i>Competencia judicial y recursos</i>	722
4.2. <i>Objeto, fundamento y efectos de la acción</i>	723
4.3. <i>Sujetos legitimados</i>	728

4.4. <i>Juicio y sentencia</i>	731
5. LA ACCIÓN INDIVIDUAL DE LOS TRABAJADORES AFECTADOS POR EL DESPIDO	738
5.1. <i>Competencia judicial y recursos</i>	738
5.2. <i>Legitimación</i>	741
5.3. <i>Plazo de interposición de la demanda y sus motivos de fundamentación</i>	741
5.4. <i>Juicio y sentencia</i>	753
5.5. <i>Los efectos de la calificación del despido colectivo en el despido individual</i>	761
PARTE 2	765
LAS PARTICULARIDADES DE LOS DESPIDOS COLECTIVOS EN LOS GRUPO DE SOCIEDADES	765
CAPÍTULO I	767
GRUPO DE SOCIEDADES MERCANTIL VS GRUPO DE EMPRESAS LABORAL: CRITERIOS DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES PARA SU DETERMINACIÓN	767
1.- LOS GRUPOS DE SOCIEDADES DE CARÁCTER MERCANTIL .	769
1.1. <i>Las insuficiencias del marco normativo: la necesaria remisión a la jurisprudencia</i>	776
1.2. <i>La problemática del principio de personalidad jurídica en los grupos de sociedades</i>	781
1.3. <i>Las consecuencias del grupo mercantil en el derecho del trabajo</i>	792
2. GRUPO DE EMPRESAS LABORAL	799
2.1. <i>El tratamiento de los grupos de empresas en la jurisprudencia tradicional del Tribunal Supremo y la delimitación de su responsabilidad</i>	799
2.2. <i>El sistema indiciario utilizado por la jurisprudencia social: los llamados “elementos adicionales”. Análisis y evolución jurisprudencial</i>	812
2.2.1. <i>Funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo</i>	814
2.2.2. <i>Confusión de patrimonios y caja única</i>	835

2.2.3. La utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, con creación de empresas “aparentes”	847
2.2.4. Uso abusivo de la dirección unitaria	853
2.3. <i>La responsabilidad solidaria como consecuencia de la declaración del grupo patológico de empresas</i>	860
2.4. <i>Valoración de los elementos indiciarios y de la responsabilidad en el supuesto de apreciación y declaración de la patología grupal</i>	874
CAPÍTULO II	881
CONSIDERACIONES PREVIAS A LA EXTINCION COLECTIVA EN LOS GRUPOS SOCIETARIOS	881
1. OBSERVACIONES GENERALES	883
2. LA DISCUSIÓN SOBRE EL MARCO DE REFERENCIA EN LOS DESPIDOS COLECTIVOS: EL GRUPO, LA EMPRESA, EL CENTRO DE TRABAJO Y LA UNIDAD PRODUCTIVA AUTÓNOMA.....	885
3. EL ÁMBITO CUANTITATIVO. ¿CÓMO DEBE REALIZARSE EL CÓMPUTO DEL NÚMERO DE TRABAJADORES AFECTADOS?	888
4. EL ÁMBITO CAUSAL. EL JUICIO DE CAUSALIDAD EN LOS GRUPOS DE EMPRESAS	895
4.1. <i>El juicio de causalidad en los grupos de sociedades de carácter mercantil</i>	895
4.2. <i>El juicio de causalidad en los grupos laborales</i>	905
CAPÍTULO III	910
LA INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE DESPIDO COLECTIVO	910
1. LA DISCUTIDA LEGITIMACIÓN DE LOS GRUPOS DE SOCIEDADES PARA INSTAR UN PROCEDIMIENTO DE DESPIDO COLECTIVO	911
1.1. <i>La (no) legitimación del grupo de sociedades mercantil</i>	912
1.2. <i>La legitimación del grupo patológico de empresas</i>	937
2. LA PREVIA COMUNICACIÓN DE INTENCIONES DEL PROCEDIMIENTO DE DESPIDO COLECTIVO	963
3. CONSTITUCIÓN DE LA COMISIÓN NEGOCIADORA EN LOS GRUPOS DE SOCIEDADES	971

3.1. <i>La constitución de la comisión negociadora en los grupos de sociedades fisiológicas</i>	977
3.2. <i>La constitución de la comisión negociadora en los grupos de empresas de carácter patológico</i>	981
3.3. <i>Conclusiones y propuestas de lege ferenda</i>	990
4. LA COMUNICACIÓN DE INICIO DEL PERIODO DE CONSULTAS	996
5. LAS OBLIGACIONES DOCUMENTALES	1000
5.1. <i>Las obligaciones documentales en los grupos de sociedades fisiológicas</i>	1000
5.1.1. <i>Obligación de formular cuentas consolidadas en las empresas que formen parte de un grupo de sociedades mercantil</i>	1003
5.1.2. <i>Innecesariedad de formular cuentas consolidadas</i>	1006
5.1.3. <i>Síntesis en relación con la documentación preceptiva de los grupos de sociedades</i>	1010
5.1.4. <i>Los efectos de la aportación (o no aportación) de las cuentas consolidadas del grupo</i>	1013
5.1.5. <i>Los requerimientos de información adicional por los representantes de los trabajadores en el periodo de consultas</i>	1017
5.2. <i>Las obligaciones documentales en los grupos de empresas patológicos</i>	1021
CAPÍTULO IV	1025
LAS PECULIARIDADES DEL PROCESO NEGOCIADOR	1025
1. EL PERIODO DE CONSULTAS	1027
1.1. <i>El periodo de consultas en los grupos fisiológicos</i>	1030
1.2. <i>El periodo de consultas en los grupos patológicos</i>	1036
2. LAS MEDIDAS SOCIALES DE ACOMPAÑAMIENTO	1038
3. LAS APORTACIONES ECONÓMICAS EN LOS GRUPOS	1040
4. LA BUENA FE Y EL GRUPO DE SOCIEDADES	1042
4.1. <i>La buena fe en el grupo de sociedades mercantil</i>	1044
4.2. <i>La buena fe en el grupo de empresas patológico</i>	1045
CAPÍTULO V	1053
LA IMPUGNACIÓN DEL DESPIDO COLECTIVO. PARTICULARIDADES	1053

1. LA IMPUGNACIÓN DEL DESPIDO COLECTIVO POR LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES	1056
<i>1.1. Legitimación activa.....</i>	<i>1056</i>
<i>1.2. Legitimación pasiva.....</i>	<i>1057</i>
1.2.1. Legitimación pasiva en el grupo de sociedades fisiológico.	1057
1.2.2. Legitimación pasiva del grupo de sociedades patológico	1059
<i>1.3. La calificación del despido colectivo en el grupo de sociedades</i>	<i>1063</i>
1.3.1. La calificación del despido colectivo en el grupo de sociedades de carácter fisiológico.....	1064
1.3.2. La calificación del despido colectivo en el grupo de sociedades de carácter patológico	1069
2. LA ACCIÓN DE JACTANCIA Y EL GRUPO DE SOCIEDADES	1079
3. LA IMPUGNACIÓN INDIVIDUAL DE LA MEDIDA EMPRESARIAL	1081
4. LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS POR DESPIDO EN LOS GRUPOS DE SOCIEDADES	1082
<i>4.1. La ejecución de las sentencias por despido en los grupos de sociedades fisiológicos.....</i>	<i>1083</i>
<i>4.2. La ejecución de las sentencias por despido en los grupos de sociedades patológicos.....</i>	<i>1084</i>
CONCLUSIONES FINALES	1085
BIBLIOGRAFÍA.....	1119

ABREVIATURAS

ABREVIATURAS

AAVV	Autores Varios
ACM	Anteproyecto de Ley del Código Mercantil
AL	Autoridad laboral
Art.	Artículo
AAN	Auto de la Audiencia Nacional
AN	Audiencia Nacional
ATS	Auto del Tribunal Supremo
AS	Asunto
ASAC	V Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales (Sistema Extrajudicial)
BOE	Boletín Oficial del Estado
CA	Contencioso Administrativo
CC	Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último
CCo	Real Decreto de 24 de julio de 1885 por el que se publica el Código de Comercio
CCNCC	Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos
Cfr.	Compárese/Confróntese
CE	Constitución Española
CI	Cuestión de Inconstitucionalidad
CO	Criterio Operativo
Com. E.	Comunidad Europea

Coord.	Coordinado
DA	Disposición Adicional
DF	Disposición Final
DT	Disposición Transitoria
ERE	Expediente de Regulación de Empleo
ET	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
FJ	Fundamento Jurídico
GVA	Generalitat Valenciana
ITSS	Inspección de Trabajo y Seguridad Social
LC	Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LGSS	Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social
LISMI	Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos
LISOS	Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social
LOLS	Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
LPRL	Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales

LRJS	Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social
Nº	número
Ob. cit.	Obra citada
P.	Página
Post.	Entrada
Proc.	Procedimiento
OESS	Orden del Ministerio de Empleo y Seguridad Social
OIT	Organización Internacional del Trabajo
Rº	Recurso
RAC	Recurso de Amparo Constitucional
RCUD	Recurso de casación de unificación de doctrina
RD	Real Decreto
RDL	Real Decreto-Ley
RDLeg.	Real Decreto-Legislativo
ROJ	Repertorio Oficial de Jurisprudencia
RRTT	Representantes de los Trabajadores.
RTCT	Recurso del Tribunal Central de Trabajo
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SIMA	Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje
SJSO	Sentencia del Juzgado de lo Social
SSAN	Sentencias de la Audiencia Nacional
SSTSJ	Sentencias del Tribunal Superior de Justicia
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STCT	Sentencia del Tribunal Central de Trabajo

STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
STSJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TC	Tribunal Constitucional
TCT	Tribunal Central de Trabajo
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
Vid.	Véase

INTRODUCCIÓN

INTRODUCCIÓN

La crisis económica sufrida por las principales potencias europeas, y en concreto, la precaria situación por la que atraviesa España desde hace varios años, ha desencadenado en que las empresas, inmersas en esta deplorable situación, hayan recurrido en masa a los procedimientos de despido colectivo, intentando ver en ellos su «tabla de salvación» en este océano de incertidumbre y desconcierto en el que queda inmersa su actividad productiva.

Tal situación ha conducido a grandes reformas estructurales en el modelo laboral español y, en concreto, en la institución jurídica más recurrida dentro de nuestro Derecho del Trabajo: el despido colectivo.

Tanto el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, como la Ley 3/2012, de 6 de julio, con idéntica denominación, han llevado a cabo las más importantes reformas en el procedimiento de despido colectivo en los últimos años, pues *«La caracterización del despido colectivo, con un expediente administrativo y posibles impugnaciones administrativas y judiciales, se ha revelado contraria a la celeridad que es especialmente necesaria cuando se trata de acometer reestructuraciones empresariales»*¹, reformas que fueron confirmadas por 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 social.

¹ *Vid.*, al respecto, la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

Sobre la base del anterior diagnóstico, se llevó a cabo un conjunto de medidas referidas a la extinción del contrato, en concreto a la reforma del régimen jurídico del despido colectivo, cuya finalidad, por lo que respecta a esta institución jurídica, era doble:

1. En primer lugar, la de aclarar la definición de las causas justificativas de tal procedimiento, con el fin de que puedan ser acreditadas de un modo objetivo, evitando así la posibilidad de que el juzgador realice juicios de oportunidad sobre la medida empresarial adoptada; y
2. En segundo lugar, flexibilizando el procedimiento a seguir para proceder a una restructuración colectiva, puesto que el acuerdo entre la empresa y la representación de los trabajadores fruto del proceso negociador, necesario para que la Autoridad laboral autorizase tal medida, carece de todo protagonismo, puesto que una de las principales novedades reside en la supresión de la necesidad de autorización administrativa, manteniendo la exigencia comunitaria de un periodo de consultas, pero sin exigirse un acuerdo con los representantes de los trabajadores para proceder a los despidos.

Por ello, tras las últimas reformas operadas, el periodo de consultas pasa a ocupar un papel fundamental dentro del procedimiento de despido colectivo: el empresario, si decide acometer una extinción de tal naturaleza, deberá cumplir con las formalidades y requisitos establecidos en la ley y en el reglamento que procede a su desarrollo, pues la observancia de tales formalidades se configura como un requisito *sine qua non* a cumplir por el empresario para realizar un despido colectivo conforme a derecho. Pero al hablar del periodo de

consultas es imposible obviar una cuestión que va, de manera intrínseca, unida a él, y es que una vez finalizado, el empresario deberá comunicar la decisión empresarial de despido colectivo, tanto a los sujetos que van a verse afectados por tal proyecto empresarial como a la Autoridad laboral.

La mencionada comunicación y las vicisitudes que la rodean también van a ser objeto de estudio del presente trabajo, y ello porque, tal y como podrá comprobarse en su momento, la parquedad de la ley en cuestiones tan importantes como el régimen de prioridad de permanencia en la empresa así como los criterios que deben seguirse para seleccionar a los trabajadores afectados, hace que deba realizarse un análisis, tanto doctrinal como jurisprudencial, para determinar las pautas o reglas que deben seguir las empresas para acometer despidos colectivos ajustados a derecho.

Debe hacerse constar, con respecto a la Autoridad laboral que, con la actual regulación, sus funciones quedan limitadas a la supervisión del proceso negociador, pudiendo realizar advertencias o recomendaciones a los sujetos negociadores, intercesiones que no supondrán, en ningún caso, la paralización del procedimiento, ni tampoco obstaculizarán la decisión final de despido colectivo que el empresario adopte en caso de que no se alcance acuerdo.

Asimismo, la vorágine legislativa en la que nos hemos visto inmersos durante estos últimos tiempos y que ha acarreado una difícil digestión por nuestra jurisprudencia social, ha reabierto una interesante porfía sobre los procedimientos de despido colectivo en los grupos empresariales. Y es que lo cierto es que, si bien ya existía una consolidada jurisprudencia que definía los rasgos de lo que debe

entenderse como grupo de empresas «patológico» para así poder asumir la condición de empleador, la controversia ahora se ha situado en un asunto de gran relevancia jurídica, esto es, resolver si los grupos societarios pueden -o, mejor dicho, deben- iniciar el procedimiento de despido colectivo conjuntamente o, por el contrario, deben instarlo de forma separada, manteniendo así su independencia.

Por todo lo expuesto, el presente trabajo se centrará en analizar cuál ha sido la trascendencia y el alcance que, las reformas laborales anteriormente comentadas, han tenido sobre el procedimiento de despido colectivo, en concreto, cuál ha sido su incidencia y en cómo debe procederse a su acometimiento en el ámbito privado.

Igualmente, el presente estudio también tratará de realizar una aproximación y comprensión a un tema que resulta trascendental en el ámbito de las relaciones laborales, cual es el grupo societario como forma especial de empresario y dentro de ello, la especial trascendencia que tal asunto tiene en el ámbito de los despidos colectivos. Cuestión esta que no resulta baladí, puesto que alrededor de un tercio de las extinciones colectivas que llegan a sede judicial, se producen en el seno de los grupos societarios². Cuando tal situación acaece, se producen numerosas incógnitas sobre cómo debe constituirse la comisión negociadora, cuál es la información y documentación que debe proporcionarse durante las negociaciones dimanantes del periodo de consultas; cuestiones estas que intentarán dilucidarse a lo largo del

² *Vid.*, al respecto, el exhaustivo análisis realizado por ROJO TORRECILLA sobre las resoluciones citadas en materia de despidos colectivos tras la Reforma Laboral de 2012 en ROJO TORRECILLA, E., (Actualización) *Estudio de 145 sentencias en materia de despidos colectivos instados tras la entrada en vigor de la reforma laboral de 2012 (137 de la Sala Social del TS, 5 del TJUE, 2 de la Sala C-A del TS y 1 del TC)*, El Blog de Eduardo Rojo. Post: martes, 13 de septiembre de 2016, <https://goo.gl/5SPJAp>.

presente trabajo a través del análisis tanto de la jurisprudencia como de la doctrina judicial y científica.

Pero debe estrecharse más el cerco sobre el alcance del presente estudio, y es que únicamente será objeto de investigación el procedimiento de despido colectivo acometido en empresas unitarias, constituidas por uno o varios centros de trabajo que no estén inmersas en concurso de acreedores, así como las reestructuraciones acaecidas en los grupos societarios excluyéndose, por tanto, el procedimiento de despido colectivo en las empresas concursadas y en las administraciones públicas, así como también los procedimientos de despido colectivo por fuerza mayor en los que, todavía, es necesaria la autorización administrativa para acometer tal reestructuración de carácter colectiva.

El presente trabajo se estructura en dos partes que, a su vez, se configuran en cinco capítulos cada una, clausurando el presente estudio con el planteamiento de quince conclusiones finales que sintetizan el exhaustivo análisis realizado.

1. PARTE I «*El procedimiento de despido colectivo en las empresas unitarias*». La presente parte tendrá como finalidad analizar el acometimiento de los procedimientos extintivos de carácter colectivo en aquellas empresas conformadas por uno o varios centros de trabajo.

1. Capítulo I «*Concepto y ámbito del despido colectivo*». En este primer capítulo se contextualizará el periodo negociador analizando, en primer lugar, cuáles son los presupuestos necesarios, cuáles son los requisitos que debe reunir un despido para poder tener el carácter de colectivo: requisito numérico, requisito temporal y requisito causal.

2. Capítulo II «*La iniciación del procedimiento de despido colectivo*». En el presente capítulo se analizarán los trámites preliminares que el empresario debe realizar con anterioridad a la celebración del periodo de consultas: la comunicación de intenciones previa a la comunicación de inicio del periodo de consultas y el propio escrito de inicio de tal proceso negociador. Asimismo, en el presente apartado también se examinarán cuáles son los sujetos legitimados para negociar y cómo deberá constituirse la comisión negociadora.
3. Capítulo III «*El desarrollo del periodo de consultas*». Este tercer capítulo se centra en el contenido y desarrollo del periodo de consultas, por lo que se analizará cómo deberá estructurarse tal proceso negociador en relación con las reuniones que deben realizarse y la duración de las mismas, el contenido mínimo que debe presidirlas, así como la obligación de negociar de buena fe que constrañe a las partes intervinientes: el empresario y los interlocutores sociales. Igualmente, también se detallarán, por un lado, cuáles son las funciones que, tras la nueva regulación se le han asignado a la Autoridad laboral, así como los términos en los que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social debe pronunciarse en su informe. El presente finalizará con la posibilidad de sustituir el periodo de consultas por los procedimientos de mediación y arbitraje: en qué momento debe realizarse el acuerdo de sustitución, qué sujetos están legitimados a tal fin, cómo deben desarrollarse tales procedimientos y qué eficacia tienen los acuerdos que pongan fin a estos procesos.

4. Capítulo IV «*Finalización del procedimiento de despido colectivo*». En el presente apartado se analizará la finalización del periodo de negociación, y las consecuencias que dimanarán de que tal proceso concluya con o sin acuerdo. Asimismo, también se examinarán las vicisitudes que derivan de la comunicación empresarial de despido colectivo y el régimen de prioridad de permanencia que debe respetarse por el empresario a la hora de designar a los empleados afectados por la decisión extintiva, para finalizar con las formalidades que el empleador deberá observar en la notificación individual de los despidos a los trabajadores afectados.
5. Capítulo V «*La impugnación del despido colectivo*». En el último apartado que conforma esta primera parte, se analizarán las diversas acciones de impugnación existentes en materia de despido colectivo, analizando de manera pormenorizada cada una de ellas con respecto a los sujetos que están legitimados para su ejercicio, la tramitación del procedimiento en cuestión y los posibles pronunciamientos judiciales al respecto.
2. PARTE 2 «*Las particularidades de los despidos colectivos en los grupos de sociedades*». La finalidad que presenta esta segunda parte es doble pues, por un lado, se analiza la configuración de los grupos de sociedades en sus dos vertientes: el grupo de sociedades mercantil y el grupo de empresas laboral para, con posterioridad, poder cumplir el segundo de los objetivos que pretende esta segunda parte: analizar el procedimiento de despido colectivo en los grupos societarios.

1. Capítulo I «*Grupo de sociedades mercantil vs grupo de empresas laboral: criterios doctrinales y jurisprudenciales para su determinación*». En este primer capítulo se estudiará la configuración del grupo de sociedades de carácter mercantil y se analizarán los criterios doctrinales y jurisprudenciales que determinan la existencia de un grupo de empresas laboral.
2. Capítulo II «*Consideraciones previas a la extinción colectiva en los grupos societarios*». En el presente apartado se observarán las cuestiones que, con carácter previo, el empleador debe observar para poder acometer un despido colectivo en un grupo societario: marco de referencia, cómo debe realizarse el cómputo de trabajadores afectados y el ámbito en el que deberá acreditar la convergencia de la causa justificativa de tal extinción que se pretende acometer.
3. Capítulo III «*La iniciación del procedimiento de despido colectivo*». En este tercer capítulo se estudiarán las formalidades que el empresario debe observar cuando pretenda iniciar un procedimiento de despido colectivo en un grupo societario. Por ello, se analizará cómo debe el empresario seguir los trámites legalmente previstos para los despidos colectivos acometidos en las empresas unitarias cuando se pretenda llevar a cabo una extinción colectiva en grupo de sociedades.
4. Capítulo IV «*Las peculiaridades del proceso negociador*». En el presente apartado se analizarán las singularidades que derivan de las negociaciones que deben seguirse en el procedimiento extintivo instado en un grupo societario: cómo debe llevarse a cabo el periodo de consultas, las medidas sociales de

acompañamiento, las aportaciones económicas en los grupos y como se configura el deber de buena fe en estos casos.

5. Capítulo V «*La impugnación del despido colectivo. Particularidades*». En el último capítulo del presente estudio se observarán cuáles son las particularidades que derivan del proceso de impugnación del despido colectivo y cómo debe proceder a ejecutarse las sentencias que de tales procesos derivan en los grupos de sociedades.

METODOLOGÍA

METODOLOGÍA

El método con el que se pretende enfocar el presente trabajo, va a ser el jurídico, pues al ser un tema eminentemente legal, es el que mejor se acomoda a su tratamiento.

Las fuentes escogidas para documentar el presente estudio van a ser tanto las primarias como las secundarias:

1. *Fuentes primarias*: Como fuentes primarias, hemos de atender a la normativa que nos sirve de base, de referencia para fundamentar nuestra argumentación jurídica, siendo la más destacable, el Estatuto de los Trabajadores, con la redacción dada por el Real Decreto-Legislativo 3/2012 y la Ley 3/2012, ambos de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, así como por el Real Decreto- Legislativo 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 y su posterior confirmación por la Ley 1/2014, de 28 de febrero, con idéntica denominación; al igual que el Real Decreto 1483/2012 de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo, de suspensión de contratos y de reducción de jornada y, finalmente, la jurisprudencia aplicable al caso.
2. *Fuentes secundarias*: Las fuentes secundarias a las que acudimos para poder fundamentar nuestro trabajo son las monografías y estudios doctrinales que tratan en profundidad el tema objeto de investigación, así como publicaciones y artículos de revistas sobre los despidos colectivos y su tratamiento, enumerados y citados, todos ellos, en el epígrafe correspondiente a la bibliografía de referencia.

En cuanto al prisma desde el cual se persigue encauzar el presente estudio, ha de hacerse una serie de precisiones:

1. Puesto que parte de nuestro trabajo se basa en el análisis de las novedades introducidas por la Reforma Laboral de 2012 en el procedimiento de despido colectivo, la óptica descriptiva-expositiva será la utilizada para analizar las modificaciones producidas en la institución jurídica objeto de estudio.

Para fundamentar nuestro trabajo desde la óptica descriptiva-expositiva, las técnicas argumentativas se basarán en premisas normativas y conceptuales pues, con ellas, se desarrollarán todos los elementos configuradores y las fases preceptivas del procedimiento de despido colectivo. Ejemplo de estas premisas serían: los elementos configuradores del concepto de despido colectivo, la iniciación del procedimiento de despido colectivo, el desarrollo del periodo de consultas, así como los trámites que deben seguirse para finalizar, correctamente, dicha extinción de carácter colectivo.

Los argumentos que utilizaremos para desarrollar nuestras premisas, serán argumentos normativos (nos basamos en las exigencias procedimentales que la ley marca para los supuestos de despido colectivo) así como en argumentos de autoridad, pues el análisis jurisprudencial y los estudios doctrinales y bibliográficos nos sirven de base para entender e interpretar los requisitos que la ley determina para proceder a las extinciones de carácter colectivo.

2. Para el tratamiento de las cuestiones que plantean inquietudes o problemas jurídicos, (que derivarán del tratamiento de la institución jurídica objeto de estudio; es decir: de la aplicación del procedimiento

de despido colectivo al ámbito privado) el punto de vista con el que van a ser enfocadas será el interpretativo-problemático.

Esta óptica interpretativa-problemática será la predominante, pues la constitución de la comisión negociadora del periodo de consultas, la discutida falta de legitimación de los grupos de empresa para iniciar un procedimiento de despido colectivo y los trámites previos a la iniciación del periodo de consultas, son, entre otras, unas de las cuestiones jurídicas que más discusión y problemática plantean, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, por lo que, se convertirán en la parte central del presente trabajo.

Por ello, para poder abordarlo desde una óptica, desde una perspectiva interpretativa-problemática, va a ser necesario hacer uso de una técnica argumentativa que incluya premisas fácticas, conceptuales, y normativas, y ello por lo siguiente:

- a. *Premisas fácticas*: Con ellas vamos a plantear cual es el caso concreto que debe ser resuelto, y es que ante una reforma que se expresa más por omisión que por regulación explícita, es necesario que analicemos aquellos supuestos que, ante la parquedad de la ley, deben encontrar solución, bien en la jurisprudencia, bien en las aportaciones doctrinales, con toda la problemática que ello comporta, por lo que es necesario plantear cada caso, así como las soluciones que pueden aplicarse, para escoger, de entre todas ellas, la que más beneficie a las partes intervinientes.
- b. *Premisas conceptuales*: Estas premisas nos permitirán establecer las nociones, definiciones, de las instituciones que estamos

estudiando (¿qué debemos entender por despido colectivo? ¿qué debemos entender por causas justificativas?) para, finalmente, poder determinar la naturaleza y el alcance de las mismas, así como su trascendencia dentro del procedimiento.

- c. *Premisas normativas*: Serán nuestras premisas más consistentes, pues nos servirán como sustento, como fundamento para determinar los argumentos a favor y en contra de las instituciones jurídicas objeto de análisis

Finalmente, en cuanto a los argumentos que utilizaremos para desarrollar nuestras premisas, serán:

1. *Argumentos normativos*: Acudimos a la ley para dar amparo a las diferentes posturas que sobre las hipótesis que se plantean;
2. *Argumentos a contrario*, que nos servirán como criterio binario de exclusión; y
3. *Argumentos de autoridad*, pues el análisis jurisprudencial y los estudios doctrinales y bibliográficos nos sirven de base para fundamentar, sustentar nuestras posturas, así como para desarmar aquellas posiciones que consideramos contrarias a las defendidas.

PARTE 1

**EL PROCEDIMIENTO DE DESPIDO COLECTIVO EN
LAS EMPRESAS UNITARIAS**

CAPÍTULO I

CONCEPTO Y ÁMBITO DEL DESPIDO COLECTIVO

1. ELEMENTOS DEFINITORIOS DEL CONCEPTO DE DESPIDO COLECTIVO

Una vez delimitados los parámetros dentro de los que va a encuadrarse el presente trabajo, es necesario analizar cuáles son los requisitos que deben concurrir para que nos encontremos ante un despido de carácter colectivo.

El artículo 51.1 ET establece que por despido colectivo debe entenderse la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas organizativas o de producción, cuando en un periodo de noventa días, la extinción afecte al menos a:

1. Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores.
2. El diez por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.
3. Treinta trabajadores en las empresas que ocupen a más de cien trabajadores.

Se entenderá igualmente como despido colectivo la extinción de los contratos de trabajo que afecten a la totalidad de la plantilla de la empresa, siempre que el número de trabajadores afectados sea superior a cinco, cuando aquél se produzca como consecuencia de la cesación total de su actividad empresarial fundada en las mismas causas anteriormente señaladas.

Tal y como se desprende de lo anteriormente dicho, se establecen tres requisitos para poder entender que el despido acometido tiene el carácter de colectivo:

1. Requisito numérico: en relación con el número de trabajadores que deben verse afectados.
2. Requisito temporal: las extinciones de los contratos deben llevarse a cabo en un periodo de noventa días.
3. Requisito causal: la extinción de contratos debe estar fundada en causas económicas, técnicas organizativas o de producción.

1.1. Requisito numérico

Para poder computar, a efectos del umbral numérico del artículo 51.1 ET, las extinciones de contratos realizadas en un periodo temporal de noventa días, el legislador español utiliza dos criterios³: el cuantitativo y el cualitativo.

1. El criterio cuantitativo determina la necesidad de que, en virtud del tamaño de la empresa, la extinción afecte:
 - a. A diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores.
 - b. A el diez por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.
 - c. A treinta trabajadores en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores.
2. El criterio cualitativo, a mi entender, se configuraría en la utilización del poder de dirección y organización⁴ del que dispone el empresario para tomar la decisión de despido, debiendo basarse siempre en causas económicas, técnicas, organizativas o de

³ STSJ GALICIA 25-6-2012 (Rº 979/2012)

⁴ *Vid.* artículo 1.1 ET.

producción, y nunca en causas inherentes de la persona del trabajador.

Pero, para poder determinar ese umbral numérico, es necesario tener en cuenta cuál ha de ser la unidad de cómputo a los efectos de determinar el número de trabajadores de la empresa para, posteriormente, cuantificar qué extinciones van a ser computables a tales efectos y, por ende, el número de extinciones que necesariamente han de realizarse.

1.1.1. Unidad de cómputo

Respecto a la unidad de cómputo a la que debemos atender para efectuar el cálculo de los trabajadores afectados por el despido colectivo, esto es, centro de trabajo o empresa, ha existido controversia entre la doctrina comunitaria y la del Tribunal Supremo en relación con lo dispuesto en el artículo 51 ET al utilizar esta la noción de «empresa» (y no la de «centro de trabajo») de manera explícita, mientras que la Directiva 1998/59/CE, utiliza el término «centro de trabajo», dictándose tres pronunciamientos por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: sentencias 07-12-1995, (Asunto Rockfon), 07-09-2006 (Asunto Agorastoudis) y 15-02-2007 (Asunto Chartopoiia), en las que se confirmaba que la unidad de cómputo era la del centro de trabajo en virtud de lo dispuesto en dicha Directiva, insistiendo en que tal criterio era de Derecho Europeo por lo que no había posibilidad de modificación por los Estados.

El Tribunal Supremo, en STS 18-03-2009 (R^o 1878/2008), determinó que debía considerarse aplicable el concepto de «empresa» y no el de «centro

de trabajo», al entender que tal concepto es comparable con el derecho a mejorar las condiciones de trabajo propuestas por la normativa comunitaria.

De igual modo, entiende que ha de respetarse la literalidad del artículo 51.1 ET, que reconoce que la base objetiva del cálculo ha de ser la empresa, en base a los argumentos siguientes:

1. La literalidad del propio artículo 51.1 ET, que identifica a la empresa como unidad de cómputo de manera expresa no ofrece duda interpretativa alguna acerca de la voluntad del legislador.
2. Afirma que si bien la Sentencia del TSJCE de 07-12-1995 (Asunto Rockfon) viene a entender que la noción comunitaria de «centro de trabajo» admite una interpretación flexible, pudiéndose adoptar otras soluciones, entre las cuales está la de la empresa como unidad de cómputo.
3. El Tribunal viene a recordar lo establecido en el artículo 5 Directiva 98/59 CE, que establece que *«La presente Directiva no afectará a la facultad de los Estados miembros de aplicar o de introducir disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables para los trabajadores o de permitir o de fomentar la aplicación de disposiciones convencionales más favorables para los trabajadores»*.
4. Entiende además que el actual artículo 51 ET supone la transposición a la nuestro derecho interno de la Directiva anteriormente citada y que, la actual norma es más favorable para los trabajadores desde un punto de vista procedimental.

Por tanto, y de acuerdo con la doctrina establecida por el Alto Tribunal, habría que considerarse el ámbito de la empresa para determinar:

1. De un lado, el número de trabajadores adscritos a la plantilla. Así, al considerar la empresa y no el centro de trabajo, se estaría incrementando la plantilla a tener en cuenta, por lo que el número de extinciones para alcanzar el despido colectivo podría ser mayor, sin embargo, a partir de treinta ya adquiriría tal calificación.
2. De otro, el número de trabajadores afectados por la extinción basada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Así, al considerar el conjunto de la empresa, resultaría más sencillo que se alcanzasen los umbrales numéricos que conforman la extinción colectiva.

Ahora bien, si esta ha sido la doctrina consolidada que ha venido aplicándose con anterioridad y también con posterioridad a la Reforma Laboral del 2012, el TJUE ha dictado, recientemente, diversas sentencias que vuelven a avivar esa pugna doctrinal que parecía ya extinguida.

En STJUE 30-04-2015 (Asunto C-80/2014), el Tribunal determinó que cuando una empresa está formada por varias entidades, el concepto de «centro de trabajo» que figura en la Directiva 95/59/CE debe interpretarse en el sentido de que se refiere a la entidad a la que los trabajadores afectados por el despido se hallan adscritos para desempeñar su cometido. Así, *«Al utilizar los términos “entidad diferenciada” y “en el marco de una empresa”, el Tribunal de Justicia precisó que los conceptos de “empresa” y de “centro de trabajo” son distintos y que el centro de trabajo es, por regla general, una parte de una empresa. No obstante, ello no excluye que el centro de trabajo y la*

empresa puedan coincidir en aquellos casos en los que la empresa no disponga de varias unidades distintas».

El Tribunal de Justicia consideró que, teniendo en cuenta que el fin perseguido por la Directiva 98/59/CE contempla especialmente las consecuencias socioeconómicas que los despidos colectivos podrían provocar en un contexto local y en un medio social determinados, la entidad en cuestión no debe estar dotada necesariamente de autonomía jurídica alguna ni de una autonomía económica, financiera, administrativa o tecnológica para poder ser calificada de «centro de trabajo».

Por consiguiente, entiende el citado órgano *«de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que, cuando una «empresa» incluye varias entidades que cumplen los criterios precisados en los apartados 47, 49 y 51 de la presente sentencia, el «centro de trabajo» en el sentido del artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de la Directiva 98/59, es la entidad a la que se hallan adscritos los trabajadores afectados por el despido para desempeñar su cometido»*⁵. Vemos,

⁵ El Tribunal de Justicia se está refiriendo a la interpretación del concepto de «centro de trabajo» o de «centros de trabajo» que figura en el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de la Directiva 98/59 que ya ha realizado en sentencias anteriores:

1. En el apartado 31 de sentencia Rockfon, el Tribunal de Justicia, refiriéndose al apartado 15 de la sentencia Botzen observó que la relación laboral se caracteriza esencialmente por el vínculo existente entre el trabajador y aquella parte de la empresa a la que se halle adscrito para desempeñar su cometido. En consecuencia, el Tribunal de Justicia decidió, en el apartado 32 de la sentencia Rockfon que procedía interpretar el concepto de «centro de trabajo» que figura en el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de la Directiva 98/59, en el sentido de que designa, según las circunstancias, aquella unidad a la que se hallan adscritos los trabajadores afectados por el despido para desempeñar su cometido. A efectos de la definición del concepto de «centro de trabajo» no resulta esencial que dicha unidad disponga de una dirección facultada para efectuar autónomamente despidos colectivos.
2. Igualmente, del apartado 5 de la sentencia Rockfon se desprende que el Reino de Dinamarca, de donde era originario el órgano jurisdiccional que planteó la cuestión prejudicial en el asunto que dio lugar a dicha sentencia, había optado por la alternativa recogida en el artículo 1, apartado 1, letra a), inciso i), de la referida Directiva.

nuevamente, la reiteración del TJUE sobre el ámbito de referencia del despido colectivo: el centro de trabajo.

Igualmente, el TJUE, en una reciente sentencia, ha venido a considerar que nuestra legislación es contraria a la normativa comunitaria.

Tal resolución encuentra su fundamento en la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona, cuya pretensión versaba sobre la interpretación de las disposiciones de la Directiva 98/59/CE.⁶

El TJUE, en STJUE 13-05-2015 (Asunto C-292/2013), se pronunció, considerando que nuestra legislación no es compatible con la Directiva 98/59/CE al tomar en cuenta los trabajadores despedidos respecto de toda la empresa pero no en relación con cada centro de trabajo, cuando tal práctica suponga dificultar la intervención de la representación de los trabajadores, independientemente de que se superen los umbrales establecidos en la Directiva respecto de un centro de trabajo.

Así, entendió que *«El artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a) de la Directiva 95/59/CE, del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que introduce, como única unidad de*

3. Asimismo, en la sentencia Athinaïki Chartopoiïa, el Tribunal de Justicia hizo precisiones adicionales sobre el concepto de «centro de trabajo» y declaró, en particular, en el apartado 27 de dicha sentencia que, a efectos de la aplicación de la Directiva 98/59, puede constituir concretamente un «centro de trabajo», en el marco de una empresa, una entidad diferenciada, que tenga cierta permanencia y estabilidad, que esté adscrita a la ejecución de una o varias tareas determinadas y que disponga de un conjunto de trabajadores, así como de medios técnicos y un grado de estructura organizativa que le permita llevar a cabo esas tareas.

⁶ Esta petición se presentó en el marco de un litigio frente a Nexea Gestión Documental, S.A. Nexea, entidad pública empresarial adscrita al grupo de Correos, con dos centros de trabajo, uno en Madrid y otro en Barcelona, procedió a la extinción de numerosos contratos de trabajo sin haber iniciado un periodo de consultas con la representación sindical.

referencia, la empresa y no el centro de trabajo, cuando la aplicación de dicho criterio conlleva obstaculizar el procedimiento de información y consulta establecido en los artículos 2 a 4 de esta Directiva, siendo así que, si se utilizase como unidad de referencia el centro de trabajo, los despidos de que se trata deberían calificarse de “despido colectivo” a la luz de la definición que figura en el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, de la letra a), de dicha Directiva».

De lo que acaba de exponerse se desprende que el TJUE considera que nuestra legislación no es conforme a la europea, justamente porque pueden existir supuestos en los que, tomándose en consideración la empresa y no el centro de trabajo, no quede asegurada la intervención de la representación de los trabajadores en todos los supuestos en los que se superen los umbrales numéricos establecidos en la Directiva Comunitaria.

Ahora bien, debe recordarse que la Directiva 95/59/CE permite que los estados miembros establezcan un ámbito de referencia más favorable a la intervención de los representantes de los trabajadores.

En este sentido, la Directiva resulta compatible con aquella legislación nacional que implante un mayor nivel de protección respecto de los trabajadores pero, según el TJUE, en nuestro país pueden darse supuestos en los que, al aplicar el criterio que establece la empresa como ámbito de referencia, no quede garantizada la intervención de la representación de los trabajadores que dispone la Directiva.

Así, la doctrina comunitaria ya estableció que la Directiva 95/59/CE permite que las legislaciones nacionales dispongan un mayor nivel de protección. Precisamente, la STJCE18-01-2007 (Asunto C-385/2005)

determinó que *«es preciso señalar que de los artículos 1, apartado 1, y 5, de la Directiva 98/59 se desprende que esta Directiva tiene por objeto establecer una protección mínima en materia de información y consulta de los trabajadores en caso de despidos colectivos, aunque los Estados miembros podrán adoptar medidas nacionales más favorables para los referidos trabajadores»*, viniendo a profundizar lo que acaba de exponerse la STJCE 15-02-2007 (Asunto C-270/2005), al establecer que *«el objeto de la Directiva 95/59 es “reforzar la protección de los trabajadores en caso de despidos colectivos, teniendo en cuenta la necesidad de un desarrollo económico y social equilibrado en la Comunidad»*.

Así, volviendo a la STJUE 13-05-2015 (Asunto C-392/2013), en la citada resolución el Tribunal considera que la sustitución del término «centro de trabajo» por el de «empresa» solo puede considerarse favorable a los trabajadores si dicho elemento supone una añadidura y no implica el abandono o la reducción de la protección conferida a los trabajadores en aquellos casos en los que, si se aplicase el concepto de centro de trabajo, se alcanzaría el número de despidos requerido por el artículo 1.1, párrafo primero, letra a) de la Directiva 98/59 para aplicar la calificación de «despido colectivo».

En este sentido y, más en concreto, *«una normativa nacional solo puede considerarse conforme al artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), inciso i), de la Directiva 98/59 si impone la aplicación de las obligaciones de información y consulta resultantes de los artículos 2 a 4 de ésta, al menos, en caso de despido de 10 trabajadores en centros de trabajo que empleen habitualmente más de 20 trabajadores y menos de 100. Esta obligación es independiente de adicionales exigencias*

impuestas por el Derecho nacional a las empresas que empleen habitualmente menos de 100 trabajadores».

Ahora bien, ¿cuál es el concepto de centro de trabajo, a efectos de concretar o determinar la existencia de una extinción colectiva?

Conforme establece la STJUE 13-05-20015, al utilizar los términos «entidad diferenciada» y «en el marco de una empresa», el Tribunal de Justicia precisó que los conceptos de «empresa» y de «centro de trabajo» son distintos y que el centro de trabajo es, por regla general, una parte de una empresa. No obstante, ello no excluye que el centro de trabajo y la empresa puedan coincidir en aquellos casos en los que la empresa no disponga de varias unidades distintas.

Si bien el alcance o significado del centro de trabajo no queda totalmente especificado en la Directiva 98/59, estamos ante un concepto que, según la citada resolución, se integra en el Derecho Comunitario, por lo que debe interpretarse y aplicarse de un modo uniforme e indiferenciado por todos los Estados Miembros.

Así, la mentada sentencia viene a establecer que *«con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el concepto de «centro de trabajo», cuya definición no se halla en la Directiva 98/59, es un concepto de Derecho de la Unión y no puede definirse por referencia a las legislaciones de los Estados miembros (véase, en este sentido, la sentencia Rockfon, C-449/93, apartado 25). Por tanto, debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme en el ordenamiento jurídico de la Unión (véase, en este sentido, la sentencia Athinaïki Chartopoiïa, C-270/05, apartado 23)».*

Estaríamos ante un límite al legislador nacional, por lo que no resulta posible una definición de centro de trabajo más restrictiva que el concepto que dictamina la sentencia objeto de análisis⁷.

Así, el Tribunal viene a definir al centro de trabajo como «*una entidad diferenciada, que tenga cierta permanencia y estabilidad, que esté adscrita a la ejecución de una o varias tareas determinadas y que disponga de un conjunto de trabajadores, así como de medios técnicos y un grado de estructura organizativa que le permita llevar a cabo esas tareas*».

De todo lo expuesto se desprende que no resultaría lícito estimar o calificar como centro de trabajo, aquel lugar de prestación de servicios en el que no converjan esos medios técnicos organizativos y de producción, erigiéndose como un límite al legislador nacional.⁸

En síntesis, lo que hace el TJUE es poner en jaque el criterio formulado en la norma estatutaria y adoptado por la jurisprudencia y doctrina judicial respecto a que el ámbito de la determinación de los umbrales del despido colectivo es la empresa y no el centro de trabajo.

Esta consideración supone, tal y como ha venido a postularse por la doctrina científica⁹, una reconsideración o replanteamiento de la doctrina casacional, con la finalidad de reconocer y aplicar el criterio del

⁷ GUALDA ALCALÁ, F.J. y GUALDA ALCALÁ M., *La aplicación del despido colectivo por la doctrina judicial*, Gabinete de Estudios Jurídicos CCOO, Editorial Bomarzo, Albacete, 2016, p. 60. A lo que añaden que tampoco es posible una definición de centro de trabajo que «*coloque a los trabajadores y trabajadoras en los sectores más descentralizados, sin la participación de sus representantes ante los despidos y medidas de flexibilidad o movilidad, por razones económicas, productivas, o de funcionamiento de la empresa*».

⁸GUALDA ALCALÁ, F.J. y GUALDA ALCALÁ M., *La aplicación del despido colectivo por la doctrina judicial*, ob. cit., p. 60.

⁹ *Ibidem*, p. 61.

centro de trabajo cuando este resulte más beneficioso respecto al ejercicio del derecho de consultas.

No obstante, tal reconsideración, según la doctrina científica, a mi entender, de manera totalmente acertada, puede efectuarse de diversos modos¹⁰:

1. Un primer método sería interpretar el artículo 51.1 ET de un modo que resultase adecuado a la Directiva, de tal forma que la referencia sea la empresa o el centro de trabajo, dependiendo de cuál sea el ámbito más favorable para el ejercicio del derecho de consultas. Así, se eludiría la discrepancia respecto a la normativa española expuesta en la resolución comunitaria, puesto que su divergencia se sustenta en que el concepto de empresa es el único que toma el ET en consideración, lo que produce que se perjudique la intervención de la representación de los trabajadores si, utilizando la unidad de referencia del centro de trabajo, se alcanzase la figura del despido colectivo;
2. En segundo lugar, otra técnica descansaría en la aplicación literal del artículo 51.1 ET, conforme al criterio interpretativo de la empresa, pero utilizando los umbrales mínimos de la Directiva 98/59 CE cuando no se alcanzase la figura del despido colectivo. Así, tal y como se ha postulado¹¹, tal interpretación «*exige determinar que la opción por los distintos umbrales fijados en el artículo 1.a) de la*

¹⁰ GABINETE DE ESTUDIOS JURÍDICOS CCOO, “La configuración del centro de trabajo, como ámbito para delimitar la existencia de despido colectivo. Análisis de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2015, Asunto C-392/1”, *Páginas jurídicas. Actualidad jurídico-laboral*, N° 12, mayo, 2015, p. 6, y GUALDA ALCALÁ, F.J. y GUALDA ALCALÁ M., *La aplicación del despido colectivo por la doctrina judicial*, ob. cit., p. 61.

¹¹ GUALDA ALCALÁ, F.J. y GUALDA ALCALÁ M., *La aplicación del despido colectivo por la doctrina judicial*, ob. cit., p. 61.

Directiva es al modelo del apartado i) o del apartado ii), partiendo, como aclara el Tribunal, que en los dos casos se usa el mismo concepto de trabajo –apdo. 48-. Parece que la legislación española opta por el inciso i), aunque cambian los parámetros del ET».

Se trataría, pues, de una solución que reconoce el efecto directo de la Directiva, pero que no excusa que deje de aplicarse el umbral de la empresa establecido en el artículo 51.1 ET ni que se haga uso de la mentada resolución comunitaria para modificar la jurisprudencia que apuntaba que el ámbito de referencia oportuno era el de la empresa y no el del centro de trabajo, a los efectos de aplicar el citado precepto.

Independientemente de la exégesis que pretenda adoptarse, en mi opinión, mientras no se proceda a una reforma legislativa que «se adecue» a los parámetros señalados por la doctrina comunitaria o se produzca un pronunciamiento de nuestro Alto Tribunal sobre tal cuestión considero que, aquellas sociedades que vayan a iniciar un procedimiento de despido colectivo, realicen el cómputo de trabajadores, tanto por centro de trabajo como por empresa, con el objetivo de confirmar si en alguno de tales escenarios se alcanzan los umbrales numéricos establecidos en el artículo 51.1 ET.

Esta vía de solución posibilitará la aplicación del artículo 51 ET, al utilizar la resolución comunitaria como criterio de corrección, de tal manera que el ámbito o referencia a tener en cuenta para proceder al cómputo de los umbrales numéricos sea la empresa en su totalidad o el centro de trabajo, dependiendo de cuál sea el más favorable para garantizar el derecho de los trabajadores a un periodo de negociación.

De lo contrario, podría acaecer lo ocurrido con el supuesto enjuiciado por la STSJ País Vasco 21-05-2015 (Rº 5/2015). En tal supuesto, la empresa procedió a la extinción individual de 27 contratos en su centro de trabajo de Mungia, puesto que tal número de extinciones no superaba el umbral numérico establecido en el artículo 51.1 ET para proceder a la tramitación de un procedimiento de despido colectivo.

No obstante, señala la Sala, *«se va a tomar como referencia el centro de trabajo de las personas afectadas, esto es, el de Mungia, en el que prestan servicios 77 personas y en el que, el día 24 de febrero de 2015 fueron extinguidos 12 contratos de trabajo con alegación de causas objetivas - productivas y organizativas»*. En tal sentido, concluye la Sala, *«nos hallamos ante extinciones que constituyen un auténtico despido colectivo, en el sentido técnico-jurídico del artículo 51 ET , a tenor de la interpretación dada al apartado 1 de este precepto por la reiterada STJUE de 13 de mayo de 2015 - Asunto C-392/13 - en relación a la Directiva 98/59»*, por lo que determina la nulidad de los despidos por no haberse seguido el cauce del despido colectivo del artículo 51 ET, tal como lo prevé el artículo 124.11.4 LRJS .

La resolución que acaba de citarse ha sido confirmada por nuestro Alto Tribunal, en STS 17-10-2016 (Rº 36/2016). En ella, el mentado órgano judicial considera que el mandato establecido en la Directiva 98/59 es *«claro, rotundo y terminante al imponer el centro de trabajo como unidad de referencia en garantía mínima de los derechos de los trabajadores, mientras que la literalidad del artículo 51.1 ET no excluye específicamente los centros de trabajo, sino que lo que hace es introducir una mejora al entender el cómputo de los umbrales a la totalidad de la empresa»*. Ahora bien, la dimensión plural del despido colectivo impide

la aplicación de este régimen a cualquier centro de trabajo, lo que considera que la exégesis que debe realizarse del concepto de centro de trabajo, a efectos del despido colectivo, no puede ser otro que el previsto en el artículo 1.1 Directiva 98/59, es decir, aquel que emplea habitualmente a más de veinte trabajadores.

En base a todo lo expuesto, el Alto Tribunal colige que deben calificarse como despido colectivo y, consiguientemente, respetar el régimen legal que resulta aplicable en esta materia, aquellas situaciones en las que las extinciones de los contratos que resultan computables superen los umbrales establecidos en el artículo 51.1 ET, considerando la totalidad de la empresa como unidad de referencia, así como también aquellas otras en las que, superándose los mismos umbrales, afecte a un centro de trabajo que emplee habitualmente a más de veinte trabajadores¹².

A modo de colofón, considero que, la postura adoptada por nuestro Alto Tribunal, respecto al ámbito de referencia de los umbrales numéricos previstos en nuestra norma estatutaria, resulta del todo adecuada, pues realiza una interpretación armonizada de las normas comunitaria y nacional. Ahora bien, lo que no me parecería aceptable sería que, en un futuro, utilizase la STJUE 13-05-2015 como justificación o fundamento para eliminar la protección de los trabajadores en los supuestos de despido colectivo, estableciendo única y exclusivamente el umbral previsto en la Directiva comunitaria y excluyendo el establecido en nuestra normativa nacional, más favorable en la mayor parte de los casos, y que goza de total legitimidad con la Directiva, puesto que esta

¹² Vid., al respecto, ROJO TORRECILLA, E., *Despidos colectivos ¿Cómputo por empresa o por centro de trabajo? Principio comunitario de interpretación conforme. Es posible en ambos casos, siempre que se garantice el derecho de información y consulta. Notas a la sentencia del TS de 17 de octubre y recordatorio de la STSJ del País Vasco de 21 de mayo de 2015 (I) y (II)*, El Blog de Eduardo Rojo. Post: sábado, 22 de octubre de 2016, <https://goo.gl/Z6fYgg>.

permite que se instauren, por los estados miembros, un nivel de protección mayor¹³.

1.1.2. Extinciones computables

Respecto a las reglas que debemos seguir para determinar el número de trabajadores afectados por el despido, deberemos computar todos los ceses por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas que se produzcan en un periodo de noventa días, a lo que la norma reglamentaria añade que *«A efectos del cómputo de la plantilla de la empresa, se incluirá la totalidad de los trabajadores que presten servicios en la misma en el día en que se inicie el procedimiento, cualquiera que sea la modalidad contractual utilizada»*.

En relación con este último inciso, el TJUE ha venido a clarificar que en el citado criterio deben tomarse en consideración a los trabajadores temporales habituales en la empresa. Así, la STJUE 11-11-2015 (Asunto C-422/2014)¹⁴, estableció que el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de la citada Directiva 98/59, al referirse a los *«centros de trabajo que empleen habitualmente» a un determinado número de trabajadores, no establece distinciones según la duración de los contratos de dichos trabajadores. Por lo tanto, no cabe concluir de inmediato que las personas con un contrato de trabajo celebrado por una duración o para*

¹³ GABINETE DE ESTUDIOS JURÍDICOS CCOO, “La configuración del centro de trabajo, como ámbito para delimitar la existencia de despido colectivo. Análisis de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2015, Asunto C-392/13”, *ob. cit.*, p. 6, y GUALDA ALCALÁ, F.J. y GUALDA ALCALÁ M., *La aplicación del despido colectivo por la doctrina judicial*, *ob. cit.*, p. 61.

¹⁴ Tal resolución tiene su fundamento en la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona en relación con la interpretación del artículo 1 Directiva 95/59/CE.

una tarea determinada no pueden considerarse trabajadores «habitualmente» empleados en el centro de trabajo de que se trate».

A efectos prácticos, la incorporación de los contratos temporales supondrá que se eleve la plantilla de la empresa o del centro y, consecuentemente, que se incremente el número de extinciones requeridas para aplicar los trámites relativos al despido colectivo.

No obstante, la doctrina del TJUE no implica la equiparación de los contratos temporales respecto a los contratos indefinidos, sino que únicamente, por su simple naturaleza temporal, no pueden ser excluidos del cómputo de los trabajadores habituales.

Por tanto, deberá determinarse si tales contratos son indicativos o reveladores de un número habitual de la plantilla de la empresa, lo que implicará que perdure su número en el tiempo hasta que se logre tal habitualidad, no pudiendo permitirse que, directamente, se rechace la inclusión de los trabajadores temporales de la plantilla de la empresa¹⁵.

Ahora bien, lo que acaba de exponerse resulta una cuestión diferente a la relativa a si las extinciones de los contratos temporales computan a efectos de determinar el umbral numérico establecido para los despidos colectivos, tal y como posteriormente se analizará.

Especial atención debe prestarse a la precisión contenida en el párrafo quinto del artículo 51.1 ET, pues para evitar que la empresa eluda las precisiones contenidas en el mencionado precepto en relación con el procedimiento que debe seguirse para la extinción de carácter colectivo acudiendo al despido objetivo del artículo 52 ET, dicho inciso establece

¹⁵ GUALDA ALCALÁ, F.J. y GUALDA ALCALÁ M., *La aplicación del despido colectivo por la doctrina judicial, ob. cit.*, p. 64.

que se considerarán como extinciones computables *«cualesquiera otras producidas en el periodo de referencia por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el párrafo c) del apartado 1 del artículo 49 de esta Ley, siempre que su número sea, al menos, de cinco»*.

Este último apartado fue objeto de cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona. El citado órgano judicial planteó, entre otras cuestiones, cómo debe determinarse el número de extinciones para llegar a ese mínimo de cinco.

A tal cuestión, el TJUE, en STJUE 11-11-2015 (Asunto C-422/2014) respondió estableciendo que *«es preciso que los “despidos sean al menos 5” debe ser interpretada en el sentido de que se refiere, no a las extinciones de contrato de trabajo asimiladas a un despido, sino exclusivamente a los despidos en sentido estricto»*. Debe recordarse que el último párrafo del artículo 1 de la Directiva 98/59/CE determina que *«A efectos de cálculo del número de despidos previsto en la letra a) del párrafo anterior se asimilarán a los despidos las extinciones del contrato de trabajo producidas por iniciativa del empresario en base a uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, siempre y cuando los despidos sean al menos 5»*.

De lo que acaba de exponerse se desprende que la Directiva comunitaria, al proceder a efectuar el cómputo, distingue dos tipos de extinciones: los despidos decididos por iniciativa empresarial y las extinciones asimiladas al despido.

La controversia se produce, en cuanto a la interpretación de la cláusula o requisito con el que concluye el citado precepto, que requiere que, en

todo caso, los despidos sean al menos cinco. El eje de la cuestión radica en determinar si en ese número de extinciones se incluyen las extinciones asimiladas al despido.

Así, el TJUE establece que para determinar ese mínimo de cinco despidos que exige la directiva, no se computarán las extinciones asimiladas a los despidos, efectuando así una exégesis literal de la norma, que posibilita la diferenciación de dos modalidades extintivas: los despidos *stricto sensu*, o los que él denomina los «*despidos auténticos*» y las «*extinciones asimiladas a despidos*». Si bien todas estas extinciones computan a la hora de determinar los umbrales numéricos establecidos en el artículo 1 a) Directiva 95/59/CE, para la aplicación del número mínimo de cinco extinciones previsto en el último párrafo del artículo 1 de la citada Directiva únicamente considera que deben computarse los despidos *stricto sensu*.

Contrariamente, nuestro legislador se refiere a las extinciones que se asimilan al despido por causas objetivas, precisando que estas sean al menos cinco para que proceda tal asimilación. La Directiva parte de la premisa de que ese número mínimo no debe constituirse por las extinciones asimiladas, sino por las extinciones empresariales provocadas por despido: si son cinco, entonces puede computarse cualquier otra extinción asimilada.

De lo que acaba de exponerse se desprende que nuestro legislador establece una hermenéutica restrictiva en cuanto al cómputo de las extinciones asimiladas, restringiendo la oportunidad de computar otras

extinciones por motivos no inherentes a la persona del trabajador, puesto que requiere que estas sean al menos cinco¹⁶.

En síntesis, podría concluirse que el cómputo que efectúa nuestro legislador en relación con las extinciones asimiladas al despido objetivo no puede realizarse, valorando únicamente los supuestos en que las extinciones asimiladas sean, en el periodo de referencia, al menos cinco¹⁷.

Realizadas ya las anteriores precisiones debe concretarse, por tanto, qué causas se van a excluir de dicho cómputo al derivar de motivos inherentes a la persona del trabajador y que causas se incluirán al ser totalmente externas a tales motivos.

En primer lugar, se excluirán:

- a. El supuesto extintivo del artículo 49.1.a) ET al producirse la extinción por mutuo acuerdo entre las partes.
- b. Las establecidas en el artículo 49.1.b) al producirse la extinción por las causas consignadas válidamente en el contrato.
- c. Las extinciones fundadas en el artículo 49.1.c) ET al ser un hecho objetivo: Expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato¹⁸.

¹⁶ Contrariamente, en la Directiva 95/59/CE, para alcanzar el umbral de despido colectivo se computan, tanto las extinciones derivadas de despido como las asimiladas, sin exigir que estas últimas lleguen a cinco. Así, aunque solo se produzca una, si con ella se alcanza el umbral del despido colectivo, estaremos ante un supuesto en el que resultará aplicable el procedimiento previsto en el artículo 51 ET.

¹⁷ GUALDA ALCALÁ, F.J. y GUALDA ALCALÁ M., *La aplicación del despido colectivo por la doctrina judicial, ob. cit.*, p. 68.

¹⁸ En este sentido, la STJUE 13-05-2015 (Asunto C-392/2013) dispuso que «el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 95/59 debe interpretarse en el sentido de que, para apreciar si se ha llevado a cabo un “despido colectivo” en el sentido de dicha disposición, no han de tenerse en cuenta las extinciones individuales de los contratos de trabajo celebrados por una duración

- d. Las extinciones fundadas en la dimisión del trabajador, artículo 49.1.d) ET.
- e. Tampoco deben computarse las extinciones que deriven de la muerte, gran invalidez o invalidez permanente total o absoluta del trabajador, artículo 49.1.e) ET.
- f. También estarán excluidas las extinciones que deriven de la jubilación del trabajador, artículo 49.1. f) ET.
- g. Las extinciones que deriven de causas objetivas legalmente procedentes, artículo 49.1.l) ET y artículo 52 ET.
- h. Están excluidas del cómputo, los incumplimientos que justifiquen un despido disciplinario.

Por el contrario, deberán entenderse computables:

- a. La resolución judicial del contrato al amparo del artículo 50 ET.
- b. El despido precedente sin readmisión.
- c. Los despidos por amortización del puesto de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (artículo 52 c) ET), con independencia de cuál sea su calificación¹⁹.
- d. Los despidos disciplinarios reconocidos improcedentes, o declarados improcedentes por el órgano judicial²⁰.
- e. Las extinciones derivadas de la modificación sustancial de condiciones de trabajo impuestas por el empresario en virtud del artículo 41 ET, así como, a mi entender, las extinciones derivadas de

o para una tarea determinadas, cuando dichas extinciones tienen lugar en la fecha en la que el contrato de trabajo llega a su fin o se finaliza la tarea encomendada».

¹⁹ MERCADER UGUINA, J.R., y DE LA PUEBLA PINILLA, A., *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p 28.

²⁰ SAN 04-09-2913 (R° 240/2013).

traslado previstas en el artículo 40 ET. La doctrina comunitaria²¹, recientemente, ha determinado las extinciones derivadas de la modificación sustancial de condiciones de trabajo impuestas por el empresario como computables a los efectos de determinar los umbrales del despido colectivo. En este sentido, el TJUE ha tomado en consideración, como circunstancia determinante, no quien decide la extinción, sino los motivos que impulsan al trabajador a instar la resolución del contrato. Así, si tal resolución deriva de una decisión previa del empleador de modificar las condiciones de trabajo, por causas objetivas, podría considerarse como despido, a efectos de la directiva.

Obsérvese que la sentencia no habla de extinciones asimiladas, sino que estamos en presencia de un despido *stricto sensu*²².

Así, entiende el TJUE que *«la Directiva 98/59 debe interpretarse en el sentido de que el hecho de que un empresario proceda, unilateralmente y en perjuicio del trabajador, a una modificación sustancial de elementos esenciales del contrato de trabajo por motivos no inherentes a la persona del trabajador queda comprendido en el concepto de “despido” utilizado en el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de dicha Directiva»*.

Lo que, a mi entender, resulta trascendental en esta resolución comunitaria radica en la inclusión de extinciones que, si bien, en esencia, tienen su origen en la voluntad del trabajador, se producen

²¹ STJUE 11-11-2015 (Asunto C-422/2014).

²² En este sentido, según ha venido a postularse por GUALDA ALCALÁ, F.J. y GUALDA ALCALÁ M., *La aplicación del despido colectivo por la doctrina judicial, ob. cit.*, p. 73, tal consideración implica sostener *«que, además, se trata de una de las extinciones que computa a efectos del umbral mínimo que permite aplicar otras extinciones asimiladas, según el párrafo final del artículo 1 de la Directiva»*.

como respuesta a una previa medida empresarial de implantar una modificación sustancial de condiciones laborales por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

Nuestro Alto Tribunal ya se ha pronunciado al respecto, estableciendo que la extinción contractual por no acogerse el trabajador afectado a una medida geográfica adoptada por el empresario debe equipararse al despido por causas no inherentes a la persona del trabajador, de acuerdo con la STJUE 11-11-2015 que, incluye en el concepto de «despido» ex art. 1.1.a) de la Directiva 98/59/CE, la extinción contractual derivada de una modificación unilateral introducida por el empresario en un elemento esencial del contrato de trabajo por motivos no inherentes a la persona del trabajador²³.

A mi entender, tal exégesis comunitaria, podría extenderse también a los supuestos de movilidad geográfica impuesta por el empresario, puesto que la extinción en base a tal exigencia empresarial se produce en un elemento esencial del contrato de trabajo por motivos no inherentes a la persona del trabajador por lo que, en virtud de la argumentación esgrimida por el juzgador comunitario, debe conceptuarse como despido²⁴.

²³ STS 16-05-2016 (R° 2919/2014).

²⁴ En el mismo sentido se ha pronunciado el Alto Tribunal en su STS 16-05-2016 (R° 2919/2014) señalando que *«el propio legislador al tratar de los despidos colectivos interrelaciona todos estos tipos de extinciones contractuales acaecidas durante un determinado periodo temporal de referencia establecido (" por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador " - art. 51.1.V ET), computándolas todas ellas unitariamente a los efectos de la determinación de los umbrales por debajo de los cuales no existe la obligación de ajustarse al procedimiento de despido colectivo; con lo que se evidencia que deben conceptuarse como "despidos" las extinciones contractuales, como ahora acontece, derivadas de una modificación unilateral introducida por el empresario en un elemento esencial del contrato de trabajo por motivos no inherentes a la persona del*

- f. También se entenderá computable la extinción de los contratos de trabajo que afecten a la totalidad de la plantilla, siempre que el número de trabajadores sea superior a cinco, cuando aquel se produzca como consecuencia de la cesación total de su actividad empresarial fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Si se alcanzase este número de despidos, las extinciones deberían tramitarse por los cauces del despido colectivo²⁵.
- g. Se entenderán computables, asimismo, los supuestos de contratación temporal fraudulenta y los supuestos de extinción de los contratos temporales antes de la finalización de los mismos, tal y como seguidamente se verá.

En relación con este último extremo, es decir, las extinciones por fin de contrato en caso de contratación temporal fraudulenta y las extinciones de los contratos temporales antes de tiempo; debo establecer que, si bien recientemente la doctrina comunitaria ha resuelto que los contratos temporales fraudulentos, o aquellos contratos temporales que se extinguen antes del plazo pactado, se encuentran en la misma situación que aquellos contratos indefinido que se ven extinguidos, por lo que la Directiva se vería privada de la finalidad a que fue destinada sino se les concediera idéntica protección. Así el TJUE considera que *«De conformidad con el artículo 1, apartado 2, letra a), de la Directiva 98/59, el primer grupo de personas puede no obstante disfrutar de la misma protección que se concede a los trabajadores contratados por*

trabajador (entre otras, modificación sustancial de condiciones de trabajo o movilidad geográfica)».

²⁵ Aquí me remito a las consideraciones anteriormente expuestas en relación con la doctrina comunitaria: ¿Despidos o extinciones asimiladas? La contradicción existente entre la normativa comunitaria y la nacional.

tiempo indefinido si se encuentran en una situación análoga, esto es, si se pone fin a la relación laboral antes del término fijado en el contrato o antes de que haya concluido la tarea para la que fueron contratados»²⁶, nuestros aplicadores del derecho se han mostrado vacilantes en relación con este asunto, tal y como ahora se verá.

Algunas resoluciones jurisprudenciales han considerado que, aunque la comunicación por finalización del contrato se realiza antes de tiempo, la calificación correcta que merecen dichos ceses es la de improcedente, al entender que «solo es colectivo el acuerdo extintivo empresarial en el que se aleguen causas objetivas y se superen determinados umbrales; de modo que si falta uno de los dos requisitos el despido deja de ser colectivo. De este modo, aun cuando el despido haya afectado a un número de trabajadores que por su número debería ser considerado colectivo, no lo es en tanto en cuanto las causas utilizadas para extinguir no es ninguna de las previstas en el artículo 51.1 ET ni tampoco se ha seguido el cauce previsto legalmente para esta modalidad extintiva»²⁷.

Este criterio también venía siguiéndose por el Tribunal Supremo, al considerar que los despidos en tales supuestos debían calificarse de improcedentes, «nada tiene que ver, en absoluto, con las figuras jurídicas que regulan los artículos 51, 52 y 53 ET. Esto es obvio, habida cuenta que los denominados despidos colectivos y objetos que prevén estos preceptos exigen necesariamente para su existencia la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción; si no

²⁶ STJUE 11-11-2015 (Asunto C-422/2014).

²⁷ STSJ Galicia 22-06-2012 (R^o 1197/2012).

existe ni aparece ninguna de estas causas no puede apreciarse la existencia de estos particulares despidos»²⁸.

No obstante, el Alto Tribunal, afirmando un cambio de sentido en su jurisprudencia, declaró la nulidad de la decisión extintiva en los supuestos de contratación temporal fraudulenta y en los supuestos de extinción de los contratos temporales antes de la finalización de los mismos, al considerar que, en virtud de lo dispuesto en el penúltimo párrafo del artículo 51.1 ET, *«si se trata de contrataciones fraudulentas, como en este caso, o resulta que la obra o el servicio concertados no han finalizado en absoluto, es decir, ni siquiera de alguna forma parcial que pudiera afectar a la actividad del trabajador, no cabe excluir del computo tales trabajadores a los efectos discutidos, pues en otro caso se dejaría al arbitrio del empleador la utilización de la vía del despido colectivo, excluyendo de los referidos umbrales las contrataciones de esta clase. (...)Una interpretación sistemática del artículo 51 ET conduce a la interpretación que antes se expuso, en el sentido de que tales extinciones han de computarse en el caso de que se trate de extinciones producidas sobre contrataciones fraudulentas, por indefinidas, o absolutamente alejadas de la efectividad de las cláusulas de los contratos en cuanto a la eventual conclusión del tiempo pactado o la realización de los servicios concertados»²⁹.*

²⁸ SSTS 29-05-2008 (Rº 2417/2006) y 22-01-2008 (Rº 4042/2006).

²⁹ STS 03-07-2012 (Rº 1744/2011).

1.2. Requisito temporal

Tanto el artículo 51.1 ET como el artículo 1 RPDC establecen que se entenderá por despido colectivo la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción cuando «*en un periodo de noventa días*» la extinción afecte a los umbrales señalados en los preceptos anteriormente comentados.

La necesidad de resolver cómo debe computarse el periodo de noventa días estriba, fundamentalmente, en delimitar lo que la norma estatutaria llama «despido colectivo» para obligar así al empresario a iniciar el procedimiento que dicha norma establece a tal fin.

La citada norma no determina cómo debe realizarse ese cómputo: si hacia atrás, es decir, mirando lo ocurrido en el periodo de tiempo anterior; si hacia adelante, es decir, iniciando el cómputo el día del despido hacia adelante o si es posible realizar el cómputo simultáneo, yendo hacia atrás y hacia adelante, siempre que se compute el periodo de noventa días y que todas las extinciones acaecidas, sobre todo las controvertidas, queden dentro de ese periodo o si, únicamente, deben computarse los noventa días anteriores al despido y los posteriores; no siendo pacífica, por tanto, la doctrina judicial relativa a cómo deben computarse los periodos de noventa días.

Los tribunales consideraron que dicho cómputo debería realizarse «hacia adelante y hacia atrás» y ello porque entendía que el periodo de noventa días jugaba en un doble sentido, es decir, que «*Para calificar como colectivos o -por el contrario- como individuales o plurales uno o unos concretos despidos que se producen en un día determinado hay que*

proceder a una doble operación: de un lado, observar si en los ochenta y nueve días anteriores se han producido otros despidos igualmente por causas económicas, tecnológicas, organizativas o de producción y, en tal caso, considerar si aquellos despidos anteriores sumados a los despidos cuya calificación se pretende hacer llegar o no a los umbrales contemplados en el artículo 51.1 ET; de otro lado, observar si en los ochenta y nueve días siguientes se producen nuevos despidos fundamentados en el mismo tipo de causas y, en caso afirmativo, considerar si los nuevos despidos sumados a los que se pretende calificar alcanzan o no los umbrales contemplados en el artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores»³⁰. No obstante, el Tribunal Supremo, consideró, que dicho cómputo debería hacerse únicamente «hacia atrás»³¹.

Este debate doctrinal se ha cerrado por el propio Tribunal Supremo³² al establecer que una interpretación lógico sistemática del artículo 51.1 ET nos muestra que el mismo, a efectos de definir el despido colectivo y diferenciarlo del individual, *«establece en su primer párrafo una norma*

³⁰ STSJ Andalucía 21-05-1997 (R^o 1918/1997).

³¹ Así, en STS 23-12-2003 (R^o 19/2003) estableció que *«De acuerdo con dicho precepto los despidos que en todo caso carecerían de cobertura legal, serían los acordados por causas objetivas en junio y en el último trimestre del año 2001, si es que, en efecto, los produjo la empresa en número superior al previsto en el art. 51.1 b) (el tope en la empresa estaba en 16 trabajadores, ya que ocupaba a 167 trabajadores), pues de acuerdo con el mandato del último párrafo del art. 52 «cuando la extinción afecte a un número de trabajadores igual o superior al establecido en el art. 51.1 de esta Ley, se deberá seguir el procedimiento previsto en dicho artículo». Aun en tal caso, la sanción de nulidad que prevé el art. 51 solo alcanzaría, según previene el último párrafo in fine del art. 51.1, «a las nuevas extinciones» debiendo entenderse por tales aquellas con las que se supera el umbral legal en el período de referencia de 90 días, pero nunca una producida, como aquí ocurre, tres meses antes de iniciarse el período de referencia para los 19 trabajadores despedidos en el mes de junio. Y a igual conclusión debe llegarse a la vista del art. 122. 2 d) de la Ley de Procedimiento Laboral, a cuyo tenor, «la decisión extintiva será nula cuando se haya efectuado en fraude de Ley eludiendo las normas establecidas para los despidos colectivos, en los casos a que se refiere el último párrafo del art. 51.1 del Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores».*

³² STS 18-02-2014 (R^o 65/2014); 11-02-2014 (R^o 323/2013); 26-11-2013 (RCUD 334/2013); 23-01-2013 (RCUD 1362/2012) y 23-04-2012 (RCUD 2724/2011).

general, mientras que en el último sienta una norma antifraude, encaminada a evitar la burla de la regla general. La norma general se conecta con el número de extinciones contractuales producidas "en un periodo de noventa días", término cuyo cómputo constituye la causa de este recurso. La regla antifraude se contiene en el último párrafo del precepto interpretado donde se dispone: "Cuando en periodos sucesivos de noventa días y con el objeto de eludir las previsiones contenidas en el presente artículo, la empresa realice extinciones de contratos al amparo de lo dispuesto en el artículo 52, c) de esta Ley en un número inferior a los umbrales señalados, y sin que concurran causas nuevas que justifiquen tal actuación, dichas nuevas extinciones se considerarán efectuadas en fraude de Ley, y serán declaradas nulas y sin efecto"³³.

De lo que acaba de exponerse se desprende que, para el Alto Tribunal, el primer párrafo del artículo 51.1 ET establece una regla general, mediante la cual el día de la extinción constituye el día final del plazo, es decir, el *dies ad quem* para las extinciones contractuales que se acuerden ese día, así como el día inicial, el *dies a quo*, para el cómputo del periodo de los noventa días siguientes³⁴. En términos generales, «el

³³ STS 23-04-2012 (R° 2724/2011).

³⁴ Así, la STS 23-04-2012 (RCUD 2724/2011) estableció que «Esta interpretación de un precepto que mejora los límites establecidos al respecto por el artículo 1 de la Directiva 98/59, de 20 de julio, del Consejo de las Comunidades Europeas, tiene su base en la literalidad de la norma: Si el despido es colectivo cuando sobrepasa determinados límites, es claro que el "dies ad quem" para el cómputo de los noventa días debe ser aquél en el que se acuerda la extinción contractual, por ser el día en el que se superan los límites que condicionan la existencia del despido colectivo, figura que no existe, que no se da hasta que el número de extinciones supera los límites del cálculo matemático que establece la norma. Apoya esta solución el hecho de que el futuro no se conoce y de que es muy difícil que el legislador de pautas para presumir y sancionar lo que alguien hará o lo que piensa hacer. Por ello, se fija el "dies ad quem" coincidiendo con la fecha en que se acuerda la extinción, en la fecha en la que los hechos son ciertos y sin género de dudas se puede calificar si el despido es colectivo con arreglo a la ley y no con arreglo a un futuro incierto, pues la norma trata de generar seguridad jurídica y no incertidumbres».

día en que se acuerda la extinción constituye el día final del cómputo del primer periodo de noventa días y el inicial del siguiente^{35»}³⁶.

En síntesis, para el Alto Tribunal, se erige como regla general que el *dies ad quem* para el cómputo de los noventa días es la fecha del último despido por motivos no inherentes a la persona del trabajador, constituyéndose, a su vez, en el *dies a quo* para el cómputo siguiente³⁷.

La excepción a tal regla general de cómputo la establece el Alto Tribunal al considerar que *«Esta doctrina general no sería de aplicación en los supuestos de obrar fraudulento contrario al artículo 6.4 del Código Civil, como acaece cuando la proximidad entre los sucesivos ceses es tan escasa que cabe presumir que el empresario sabía que las extinciones acordadas se le unirían en fechas próximas otras con las que se superarían los umbrales de despido colectivo»*.³⁸

Tal proceder debe anularse por fraudulento, a tenor del artículo 6.4 CC, pues en el corto periodo existente entre las distintas extinciones se desprende que la decisión de extinguir varios contratos se tomó simultáneamente y que la ejecución de los mismos se separó en el tiempo, evitando así los trámites necesarios para instar un despido colectivo, proceder que no debe impedir, según el Alto Tribunal, a aplicar la norma que se trató de eludir.

³⁵ Según MERCADER UGUINA, J.R., y DE LA PUEBLA PINILLA, A., *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada*, ob.cit., *«El efecto de esta forma de cálculo es que solo a partir del momento en que se superen los umbrales será necesario cumplir las exigencias que para el despido colectivo establece el artículo 51.1 ET y desarrolla el RD 1483/2012, de 29 de octubre. Esto puede suponer incluso que el procedimiento de despido colectivo deba seguirse para un número inferior de despidos que el previsto en el artículo 51.1 ET, so pena de que, en caso de impugnación por el trabajador afectado, estos despidos se califiquen como nulos»*.

³⁶ STS 23-04-2012 (R° 2724/2011).

³⁷ STS 23-01-2013 (R° 1362/2012).

³⁸ STS 23-04-2012 (R° 2724/2011).

A mi entender, en tal supuesto, nos encontraríamos ante un despido colectivo de hecho. La mencionada consideración vendría a ser asumida por la Audiencia Nacional, al considerar que el artículo 51.1 ET *«distingue entre dos modalidades de despido colectivo:*

- 1) *Despido colectivo de derecho, cuando el empresario, superado el umbral número para el despido colectivo, sigue el procedimiento regulado en el artículo 51.2 ET.*
- 2) *Despido colectivo de hecho, cuando no lo hace así, aunque haya despedido trabajadores por encima del umbral antes dicho por causas no imputables a los mismos»³⁹.*

El Alto Tribunal, en STS 25-11-2013 (Rº 52/2013), confirmando así la resolución de la Audiencia Nacional que acaba de citarse, estableció que una decisión extintiva de carácter colectivo puede adoptarse formalmente como tal, sometándose al procedimiento legalmente previsto en el artículo 51 ET y en sus normas reglamentarias, pero también puede producirse al margen de tal procedimiento, prescindiendo, por ejemplo del periodo de consultas o incluso llegando a ocultar su naturaleza colectiva. En el primer supuesto, estaríamos ante un despido colectivo irregular y en el segundo ante un despido colectivo «de hecho» que, en determinados supuestos, podría calificarse como un despido fraudulento. Así, la decisión extintiva colectiva podría manifestarse, al igual que sucede con la individual, como un «despido tácito» que, por lo demás, no deja de ser una manifestación del despido de hecho. Según el Tribunal Supremo, tal interpretación *«se desprende con claridad de los preceptos legales aplicables. Por ello, el despido*

³⁹ SAN 27-07-2012 (Rº 127/2012).

colectivo irregular por omisión del periodo de consultas puede ser impugnado a través de la modalidad del art. 124, números 1 a 10, pues expresamente se menciona tal supuesto como causa de esta impugnación en el apartado b) del nº 2 del artículo citado, dando lugar a la declaración de nulidad en la sentencia colectiva, como se desprende del nº 9 del art. 124 de la LRJS en relación con el art. 51.2 del ET. Carece, por tanto, de fundamento la argumentación del motivo cuando señala que, como no se ha iniciado el periodo de consultas, no hay despido colectivo».

Asimismo, el Alto Tribunal establece el carácter indisponible del procedimiento de despido colectivo por el empresario, concretando que tal procedimiento, que contiene garantías que han de vincularse con el orden público laboral, no es disponible para el empresario, de forma que este no puede optar por aceptar las consecuencias de la improcedencia para evitar el mencionado procedimiento⁴⁰.

En cuanto al plazo de caducidad, la jurisprudencia⁴¹ ha establecido que el *dies ad quem*, para el cómputo de los noventa días, es la fecha del último despido por motivos no inherentes a la persona del trabajador, que se constituye, a su vez, como el *dies a quo* para el cómputo del siguiente. Respecto al plazo de caducidad para el supuesto en que la impugnación se pretenda frente a un despido colectivo «de hecho»,

⁴⁰ Según la STS 25-11-2013 (Rº 25/2013), «Así lo reconoce el apartado b) del art. 124.2 de la LRJS y antes el art. 124 de la LPL y así lo ha declarado también la Sala en la sentencia ya citada de 8 de julio de 2012, en la que se dice que "el empresario no puede legítimamente optar para extinguir un número de contratos de trabajo que alcancen los umbrales del art. 51.1 ET - entre seguir el oportuno ERE con extinción indemnizada de 20 días año/servicio o bien acudir al cese ordinario de los mismos trabajadores y abonar una indemnización de 45 días año/servicio, pues los plurales intereses en juego [...] le imponen preceptivamente que haya de seguir el cauce colectivo que contempla el citado art. 51 ET».

⁴¹ STS 18-11-2014 (Rº 65/2014).

cuando se fundamente en que en un período de noventa días se han producido despidos por motivos no inherentes a la persona del trabajador que superen de los umbrales del art. 51.1 ET, la acción habrá de activarse a partir del día siguiente a la fecha del último despido de esa naturaleza⁴².

Una última precisión me gustaría realizar en relación con lo establecido en el párrafo sexto del artículo 51.1 ET con la intención de evitar los llamados despidos «a cuentagotas», y es que *«Cuando en periodos sucesivos de noventa días y con el objeto de eludir las previsiones contenidas en el presente artículo, la empresa realice extinciones de contratos al amparo de lo dispuesto en el artículo 52.c) de esta ley en un número inferior a los umbrales señalados, y sin que concurran causas nuevas que justifiquen tal actuación, dichas nuevas extinciones se considerarán efectuadas en fraude de ley, y serán declaradas nulas y sin efecto»*.

Según estableció la doctrina judicial, doctrina que considero debe seguir aplicándose, dichos periodos sucesivos de noventa días (al ser dos periodos sucesivos de noventa días en total ascienden a ciento ochenta días) deben ser inmediatos y sucesivos, pues lo dispuesto en el párrafo quinto del art. 51.1 ET, tiene como finalidad la de impedir que la empresa pueda eludir las normas contenidas en dicho precepto sobre despidos colectivos, mediante el mecanismo de «gotear» sucesivos y reiterados despidos individuales, evitando así el cumplimiento de los requisitos que necesariamente habría de respetar de extinguir conjunta y colectivamente tales contratos de trabajo, superando los umbrales

⁴² SAN 04-09-2013 (R° 240/2013).

numéricos del citado precepto. Por tanto, de extenderse en sucesivos períodos de noventa días el límite numérico que distingue la extinción individual de la colectiva, deben entenderse realizados en fraude de ley los posteriores despidos, sin que sea necesario acreditar un especial ánimo defraudatorio de la empresa, o torticera finalidad en la utilización de este mecanismo. Y ello porque « *La intencionalidad de eludir las previsiones legales resulta objetivamente de la mera superación de los umbrales señalados en la ley y se desprende directa y automáticamente de la utilización de este subrepticio procedimiento por el empleador (...). Y ello quiebra, pues, la idea de sucesividad, del todo necesaria para la aparición de la actuación empresarial fraudulenta. Por tanto, aquello sucesivo es aquello que sucede inmediatamente a otro sin solución de continuidad, y en el sentido de que entender el término "sucesivo" de otra forma -es decir, un hecho que temporalmente va detrás de otro-, aunque sea con tal solución de continuidad, podría conducir al absurdo de que las empresas que realizan una primera extinción de contratos de trabajo en el número máximo permitido por la Ley, ya no tendrían posterior posibilidad de hacer uso de este instrumento legal*»⁴³.

⁴³ STSJ Cataluña 30-10-1996 (R° 3381/1996).

1.3. Requisito Causal

1.3.1. Los elementos del control judicial de la causa.

Antes de proceder a examinar las causas justificativas que permiten al empresario poder acometer una restructuración de carácter colectiva en su empresa, debe procederse a analizar el ámbito sobre el que opera el control judicial de la causa o motivo alegado por el empresario para justificar el despido colectivo.

Y es que, tras las reformas mencionadas anteriormente, si las causas alegadas por el empresario para justificar la extinción colectiva se corresponden con alguno de los motivos detallados en el artículo 51 ET y tal causa existe, el despido será ajustado a derecho, por el contrario, no lo será.

Tal afirmación, aunque puede resultar algo banal, ya que también debe comprobarse el cumplimiento de los requisitos procedimentales que legal y reglamentariamente se exigen para poder iniciar un procedimiento de despido colectivo, se desprende claramente de la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012, donde se establece que *«La ley se ciñe ahora a delimitar las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas que justifican estos despidos, suprimiéndose otras referencias normativas que han venido introduciendo elementos de incertidumbre (...) tales referencias incorporaban proyecciones de futuro, de imposible prueba, y una valoración finalista de estos despidos, que ha venido dando lugar a que los tribunales realizasen, en numerosas ocasiones, juicios de oportunidad relativos a la gestión de la empresa. Ahora queda claro que el control judicial de estos despidos debe ceñirse a*

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

Aunque el legislador ha pretendido ser rotundo, y eliminar cualquier juicio de oportunidad relativo a la gestión empresarial, la nueva regulación ha levantado numerosas protestas y críticas pues, *«De entrada da la impresión de que en esta reforma es más importante lo que se suprime que lo que se añade. Con las normas anteriores probablemente el problema consistía en que se decía demasiado; ahora el problema puede consistir en que se dice demasiado poco y si la ley no dice todo lo que tiene que decir alguien tendrá que hablar en su lugar»*⁴⁴.

Especialmente polémica ha sido la eliminación de la conexión de funcionalidad o instrumentalidad en relación con las causas económicas negativas.

Según el Alto Tribunal⁴⁵, en jurisprudencia anterior a la Reforma Laboral acometida en 2012, venía estableciendo que eran tres los elementos integrantes del supuesto de despido por motivos económicos descritos en el artículo 51.1 ET:

1. El primero de ellos, la concurrencia de una causa o factor desencadenante que incide de manera desfavorable en la rentabilidad de la empresa («situación económica negativa») o en la eficiencia de la misma (carencia o necesidad de «una más adecuada organización de los recursos»), siendo el empresario el obligado a

⁴⁴ DESDENTADO BONETE, A., “Los despidos económicos tras la reforma de la Ley 3/2012. Reflexiones sobre algunos problemas sustantivos y procesales”, *Actualidad Laboral*, 2012, N° 17, p. 3.

⁴⁵ STS 14-06-1996 (R° 3099/1996).

- probar la realidad de las causas o factores desencadenantes de los problemas de rentabilidad o eficiencia de la empresa;
2. El segundo elemento, la amortización de uno o varios puestos de trabajo, pudiendo consistir en la reducción con carácter permanente del número de trabajadores que componen «la plantilla de la empresa» y, asimismo, en la supresión de la «totalidad» de la plantilla, bien por clausura o cierre de la explotación, bien por mantenimiento en vida de la misma pero sin trabajadores asalariados a su servicio; y
 3. El tercer elemento relativo a la conexión de funcionalidad o instrumentalidad entre la extinción o extinciones de contratos de trabajo decididas por la empresa y la superación de la situación desfavorable acreditada en la misma de falta de rentabilidad de la explotación o de falta de eficiencia de los factores productivos.

En relación con esta exigencia de instrumentalidad o causalidad se volvió a pronunciar el Tribunal Supremo⁴⁶, pero en este caso, adaptando tal relación de causalidad en el sentido de que ya no se iba a exigir que la medida garantizase la efectiva superación de la crisis, sino que bastaba con que pudiera contribuir a ella.

Con la Reforma Laboral de 2012, desapareció del texto legal la relación de causalidad, definida como «*una relación entre dos términos a través de la cual es posible imputar un hecho (el efecto, el resultado) a otro hecho antecedente (la causa)*», por lo que, si bien nos falta en el texto

⁴⁶ STS 29-09-2008 (R° 1659/2007).

legal tal relación, «*Habrá que buscarla, porque sin ella no funciona la relación de causalidad*»⁴⁷.

También han desaparecido de la norma estatutaria las justificaciones finalistas que implicaban, en primer término, la superación de la situación económica negativa y, posteriormente, el preservar o favorecer la posición competitiva del mercado en la empresa⁴⁸. No obstante, tal erradicación no conlleva la desaparición de la conexión de funcionalidad, y ello porque la situación económica negativa no puede operar en el vacío de un modo abstracto, sino que tal situación tiene que desplegar efectos actuales sobre los contratos y las extinciones son el mecanismo idóneo para afrontar las consecuencias que se producen sobre los vínculos laborales.

A mi entender, tal y como ha venido a señalarse, de manera totalmente acertada, «*Lo que se ha querido eliminar no es la conexión de funcionalidad, sino su formulación en términos de objetivos futuros de “superación” de la situación negativa o de “preservar/favorecer” la posición competitiva de la empresa en el mercado. La justificación del despido es ahora actual, aunque siga siendo compleja*»⁴⁹.

Dicha teoría, por lo que respecta a la doctrina judicial⁵⁰, ha sido aplicada en numerosísimas sentencias, entendiéndose, que no debe confundirse la pretensión del legislador de objetivar en alguna medida los criterios de apreciación, con su automaticidad. Igualmente, los hechos con los que se identifican las causas del despido no puede valorarse de manera aislada,

⁴⁷ DESDENTADO BONETE, A., “Los despidos económicos tras la reforma de la Ley 3/2012. Reflexiones sobre algunos problemas sustantivos y procesales”, *ob. cit.*, p. 5.

⁴⁸ *Ídem*

⁴⁹ *Ibidem*, p. 6.

⁵⁰ Sirva como ejemplo las SSTSJ Galicia 24-09-2013 (R° 1853/2013) y 23-05-2013 (R° 759/2013).

de modo que si el despido ha de encontrar su justificación en una necesidad de la empresa, parece evidente que su finalidad tiene que ser atenderla.

Así, la Audiencia Nacional consideró que *«En relación con esto, según doctrina del Tribunal Supremo (sentencias 14-6-96 -RCUD 3099/1995 y de 29-9-08 -RCUD 1659/2007, que consideramos que sigue siendo aplicable, la justificación del despido pone tres elementos sobre la mesa»*⁵¹.

Tal doctrina del Tribunal Supremo alegada en la citada sentencia es la explicada en líneas anteriores sobre los tres elementos integrantes del supuesto de despido por motivos económicos anteriormente comentados:

1. El supuesto de hecho que determina el despido.
2. La finalidad que se asigna a la medida extintiva adoptada.
3. La conexión de funcionalidad o instrumentalidad entre la medida extintiva y la finalidad que se asignan.

Pero sigue argumentando la Audiencia Nacional en la sentencia citada que, *«Evidentemente, con la redacción actual del artículo 51.1 ET, ya no se trata de adoptar medidas que contribuyan a superar la situación económica negativa o a mantener el empleo, pero sí que sigue siendo necesario, en virtud de esa conexión de funcionalidad que deriva en última instancia del Convenio 158 OIT, que tales medidas extintivas permitan ajustar la plantilla a la coyuntura actual de la empresa. Por tanto, el legislador «ha desvinculado la causalidad del mantenimiento de la empresa y del empleo. Ya “no se trata de lograr objetivos futuros,*

⁵¹ SAN 15-10-2012, (Rº 162/2012).

sino de adecuar la plantilla a la situación de la empresa”; la “justificación del despido es ahora actual»⁵².

El despido estará justificado si, existiendo una situación económica negativa o un cambio técnico, organizativo o de producción, tales avatares tienen un efecto actual sobre los contratos de trabajo, convirtiéndolos en superfluos por haber perdido su función económico-social, al carecer la prestación de servicios que venía efectuando el trabajador despedido de utilidad o rendimiento patrimonial para la empresa.

Por tanto, la empresa no solo debe acreditar la concurrencia de la causa propiamente dicha, sino que también ha de argumentar acerca de sus efectos sobre los contratos de trabajo, efectos que justifican su extinción⁵³.

Por el contrario, otras resoluciones judiciales confirmaron la erradicación de la relación de causalidad o instrumentalidad de la nueva redacción del artículo 51.1 ET, al establecer que *«Ha desaparecido de la redacción legal la referencia a que los resultados desfavorables puedan afectar a la viabilidad de la empresa o a su capacidad para mantener el volumen de empleo, y asimismo se ha suprimido la necesidad de justificar que de esos resultados se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado (...) La redacción del RDL 3/2012 deja subsistente la acreditación de la causa alegada pero suprime lo relativo a la conexión funcional»⁵⁴.*

⁵² DESDENTADO BONETE, A., “Los despidos económicos tras la reforma de la Ley 3/2012. Reflexiones sobre algunos problemas sustantivos y procesales”, *ob. cit.*, p.6.

⁵³ En el mismo sentido, la SAN 18-12-2012 (Rº 267/2012).

⁵⁴ STSJ Madrid 11-06-2012 (Rº 22/2012).

De la lectura de la sentencia que acabamos de transcribir, observamos la desaparición de la nueva redacción del artículo 51.1 ET de otro elemento que venía siendo clave en relación con la situación económica negativa, y es el control de razonabilidad de la decisión extintiva que estaba dirigida al juez.

Tal control de razonabilidad *«supone que, cuando se atribuye a un sujeto una facultad discrecional - en el caso del empresario las decisiones de gestión de su actividad económica -, este puede elegir entre diferentes opciones y su elección de una de estas opciones, excluyendo las manifiestamente absurdas o arbitrarias, no podrán anularse por el control de razonabilidad, porque este no es un control de optimización. La norma es una admonición o advertencia a los jueces para indicarles que el control judicial debe respetar el margen de decisión que corresponde al empresario en la gestión de la empresa, de forma que si los despidos responden realmente a una situación económica negativa y son una forma “razonable” de hacerle frente, el órgano judicial no puede declararlos improcedentes, porque, a su juicio, haya otras reacciones también razonables preferibles a unos despidos, que debe utilizarse como último recurso»*⁵⁵.

Dicha desaparición, según la Exposición de Motivos del RDL 3/2012, está motivada por *«las referencias normativas que han venido introduciendo elementos de incertidumbre. (...) Tales referencias incorporaban proyecciones de futuro, de imposible prueba, y una valoración finalista de estos despidos que ha venido dando lugar a que*

⁵⁵ GOERLICH PESET, J.M., “La extinción del contrato de trabajo en la reforma de 2012: la culminación de una larga evolución”, en AA.VV. (Dir. I. García-Perrote y J.R. Mercader) *La regulación del mercado laboral, Un análisis de la ley 3/2012 y de los aspectos laborales del Real Decreto-Ley 20/2012*, Lex nova, Valladolid, 2012, p. 352.

los tribunales realizasen, en numerosas ocasiones, juicios de oportunidad relativos a la gestión de la empresa»

Con dicho juicio de oportunidad, se está refiriendo el legislador al control de razonabilidad que, hasta antes de la reforma, obligaba a la empresa a que, de los resultados alegados, justificase que de los mismos se deducía la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado.

Al igual que ocurre con la relación de instrumentalidad, mientras que algunos tribunales consideran que sigue vigente tal control de razonabilidad, al considerar que *«La prueba, exigida al empresario, requerirá acreditar la concurrencia de la causa económica y productiva, que son las causas más anudadas entre sí, como viene sosteniéndose por la mejor doctrina, así como razonar de modo proporcional, utilizándose como técnica de ponderación la razonabilidad como proporcionalidad, que constituye, en suma, una técnica de ponderación de sacrificios»*⁵⁶ otros consideran que *«Asimismo se ha suprimido la necesidad de justificar que de esos resultados se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado»*⁵⁷.

La tesis adoptada por nuestro Alto Tribunal al respecto tampoco ha sido unitaria y pacífica, sino todo lo contrario: se ha mostrado vacilante y contradictoria. Así el Alto Tribunal, con la finalidad de corregir las discordancias producidas en sede de suplicación, estableció que no correspondía a los órganos jurisdiccionales realizar un juicio de proporcionalidad sobre la causa, sino un juicio de adecuación más

⁵⁶ SAN 18-12-2012 (Rº 267/2012).

⁵⁷ STSJ Madrid 11-06-2012 (Rº 22/2012).

limitado puesto que la voluntad del legislador ha sido la de que «*los órganos jurisdiccionales encargados de los despidos colectivos no sustituyan al empresario en la elección de las medidas concretas a adoptar, limitando su control a verificar que las causas económicas alegadas existen, que tienen seriedad suficiente para justificar una reestructuración de los objetivos y de los recursos productivos de la empresa, que no son por tanto un pretexto o excusa para despedir, y que la supresión o amortización de puestos de trabajo acordada es una medida apropiada (o una de las medidas apropiadas) para hacerles frente*»⁵⁸.

En síntesis, lo que el Tribunal Supremo estableció fue que no corresponde a los órganos jurisdiccionales, al valorar las causas de los despidos económicos, efectuar un juicio de proporcionalidad en el propio sentido de la expresión, el cual presupone una valoración del carácter imprescindible de la medida adoptada, sino un juicio de adecuación más limitado, mediante el que se comprueba la existencia o no de la causa alegada, su pertenencia al tipo o modalidad descrita en el artículo 51 ET, y la idoneidad de la misma en términos de gestión empresarial, en orden a acreditar o justificar los despidos acordados. No obstante, tal tesis fue rectificada por el propio Tribunal, pues la reprobación a tal postura ya se sostenía por parte de algunos de los miembros que constituyen la propia Sala Cuarta del citado Tribunal⁵⁹.

⁵⁸ STS 20-09-2013 (Rº 11/2013).

⁵⁹ Así, frente a la STS 20-09-2013 (Rº 11/2013) vino a formularse Voto Particular por el Magistrado Don Fernando Salinas Molina y al que se adhirieron los/as Excmos/as. Sres/as. Magistrados/as Don Luis Fernando de Castro Fernández, Don Jordi Agusti Julia, Doña María Luisa Segoviano Astaburuaga y Doña Rosa María Viroles Piñol. En tal Voto Particular se sostuvo que tal postura «no puede aplicarse de resultar contraria al principio constitucional de proporcionalidad cuando entran en conflicto derechos, valores o intereses dignos de

Así, la resolución anteriormente expuesta fue corregida por el propio Alto Tribunal, con motivo de un incidente de nulidad de actuaciones, pronunciándose nuevamente el Tribunal, a través de la sentencia de 18-07-2014 (R° 11/2013) en la que se desestima el recurso de casación y se confirma la sentencia de instancia⁶⁰.

Fueron los argumentos y reflexiones mantenidos en el Voto Particular sostenido frente a la STS 20-09-2013 (R° 11/2013), los que inspiraron un giro jurisprudencial en la doctrina de nuestro Alto Tribunal, un viraje a través del que se reformuló la postura sostenida relativa al control de proporcionalidad de la causa.

protección , exigible, además, en toda aplicación de medidas restrictivas de los derechos fundamentales -- reiterado en la jurisprudencia constitucional (entre otras, SSTC 62/1982 , 13/1985 , 66/1995 , 55/1996 , 207/1996 , 151/1997 , 175/1997 , 200/1997 , 37/1998 , 177/1998 , 18/1999 , 187/1999 , 186/2000 , 34/2010) --, para cuya aplicación debe tenerse en cuenta:

- 1. la finalidad de la medida adoptada;*
- 2. la idoneidad de la medida (aptitud o adecuación de la medida para conseguir la finalidad pretendida);*
- 3. la necesidad de la medida (ausencia de alternativas más moderadas o menos gravosas para la consecución, con igual eficacia, de la finalidad perseguida); y*
- 4. la proporcionalidad en sentido estricto (que la medida sea proporcionada o equilibrada por derivarse de la misma más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto)».*

⁶⁰ No obstante, frente a esta resolución también se formuló un Voto Particular por el Magistrado Don José Luis Gilolmo López, al que se adhirió el Magistrado Don José Manuel López García de la Serrana. Así, ambos Magistrados sostuvieron que «aquella primera sentencia nunca debió ser anulada, porque en ella no incurrimos en ninguna de las nueve causas de nulidad aducidas entonces por la organización sindical demandante, ni, desde luego, en el defecto de incongruencia acogido por nuestro auto de 26 de marzo de 2014 , no es sino que la sentencia de la que ahora también discrepo no aporta razón o argumento novedoso alguno que no hubiera sido ya analizado y resuelto antes por esta propia Sala al hilo de las alegaciones que ambas partes efectuaron de manera más o menos explícita en sus respectivos escrito de interposición e impugnación del recurso; y cuando aludo a la ausencia de cualquier novedad en la sentencia de la que me aparto no me refiero solo a los complejos y, en mi opinión, acertados razonamientos que se contenían en aquella primera resolución anulada sino también a los que expresaban los dos votos particulares entonces discrepantes. Son estos últimos argumentos los que esgrime la nueva sentencia, aunque ahora, por mor de los cambios producidos entre los integrantes de la Sala, se reproducen en lo esencial pero para confirmar la sentencia de instancia y desestimar así los motivos de casación articulados por la empleadora».

Así el Tribunal Supremo reconoció la existencia de un ámbito o parcela de control judicial, cuya cognición va más allá de la simple constatación de los hechos acaecidos en la empresa y que sirven para justificar la reestructuración colectiva.

El Tribunal Supremo ha venido a establecer que, por fuerza, debe persistir un ámbito de control judicial que quede fuera de la causa como hecho, y ello por:

1. La concurrencia de los intereses constitucionales en juego: el derecho al trabajo, el principio general de la limitación legal del despido, así como la interpretación acorde a la Constitución;
2. Los compromisos internacionales, especialmente el Convenio 158 OIT;
3. Así como por la aplicación de los principios generales en el ejercicio de los derechos: la exigencia de buena fe e interdicción del abuso del derecho o su ejercicio antisocial⁶¹.

Ahora bien, debe hacerse constar que tal control judicial, ha venido realizándose por parte del Alto Tribunal, a través de diversas fórmulas, con la finalidad de valorar la convergencia de la causa esgrimida para justificar la reestructuración colectiva.

⁶¹ Así, el Alto Tribunal, en STS 17-07-2014 (R^o 32/2014) estableció que la convergencia de tales elementos «*nos obliga a excluir como admisible interpretación que el Preámbulo de la Ley 3/2012 consagra una facultad empresarial, la de extinción de contratos de trabajo mediando determinada causa legal, que se declara exenta de los límites propios de cualquier otro derecho, constitucional y ordinario, y que puede ser ejercido extramuros de la buena fe, de forma abusiva o antisocial; tal interpretación no solamente sería rechazable por contraria a los valores constitucionales citados y a alguno más, sino que resulta inadmisibles en un Estado social y democrático de Derecho [art. 1 CE], resultando más acomodado a la Constitución entender -porque la literalidad del texto lo permite- que la referida Ley 3/2012 únicamente prohíbe los «juicios de oportunidad» que censura y que -por supuesto- sujeta el derecho de extinción contractual al condicionamiento de que su ejercicio sea ejercido ... en forma ajustada a los principios generales del Derecho».*

Así, en algunas ocasiones se ha referido a un test de «proporcionalidad», cercano al canon de constitucionalidad, cuya ejecución se desarrolla en tres fases:

1. La adecuación, relativa a la idoneidad de la medida adoptada para conseguir el fin pretendido, para lo que se requiere identificar el fin perseguido y valorar si la medida es razonable;
2. La necesidad de la medida, por no existir otra más moderada para conseguir el mismo fin con igual eficacia y;
3. En tercer lugar, de ponderación de todos los derechos en juego y todas las circunstancias concurrentes, para acabar resolviendo si la medida es proporcionada y equilibrada por derivarse de ella más beneficios y ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto⁶².

Sin embargo, en otros supuestos, el Alto Tribunal ha acudido a un juicio de razonabilidad que, igualmente, exige de una triple proyección:

1. La verificación de la existencia de la causa legalmente tipificada como justificativa de la medida empresarial extintiva;
2. La adecuación de la medida adoptada, aunque en su abstracta consideración de que la medida se ajusta a los fines -legales- que se pretenden conseguir, bien de corregir o hacer frente -en mayor o menor grado- a la referida causa y;
3. En último lugar, la racionalidad *stricto sensu* de la medida, debiendo de excluirse aquellas medidas empresariales, por no ajustarse a derecho, carentes de elementos de proporcionalidad⁶³.

⁶² SSTS 15-04-2014 (Rº 136/2013) Asunto “Gesplan”; y 25-06-2014 (Rº 165/2013) Asunto “Teletech”.

⁶³ STS 17-07-2014 (Rº 32/2014) Asunto “Sic Lázaro”.

De lo que acaba de exponerse se desprende que el Alto Tribunal, si bien dispone de una pluralidad de elementos o sistemas de valoración a través de los que interpreta y aplica el concepto de causa del despido colectivo, tales fórmulas coinciden en algunos puntos y comparten una misma finalidad, cual es valorar la causa del despido, superando con tales sistemas de enjuiciamiento las restricciones impuestas por el Legislador a través de las normas reformistas.

Lo que sí ha especificado o concretado el Alto Tribunal ha sido la inviabilidad de un juicio de optimización, es decir, el órgano judicial que conozca del asunto no debe entrar a valorar la idoneidad de la medida adoptada por el empresario, ni tampoco censurar su oportunidad en términos de gestión empresarial⁶⁴.

No obstante, tal aseveración debe ser matizada. Así, el Alto Tribunal ha venido a excluir, al considerar carentes de razonabilidad y, por tanto, ilícitas, aquellas decisiones empresariales que muestren una patente desproporción entre el objetivo legalmente fijado y los sacrificios impuestos a los trabajadores⁶⁵ pues, en tales supuestos, la medida empresarial adoptada resulta contraria al ejercicio del derecho con la exigible buena fe incurriendo, asimismo, en abuso de derecho y ejercicio antisocial del mismo⁶⁶.

En conclusión⁶⁷, debe afirmarse que el Tribunal, para efectuar el juicio de proporcionalidad, deberá ponderar todas las circunstancias

⁶⁴ SSTS 23-09-2014 (R° 231/2013) Asunto “Agencia Laín Entralgo”; 15-04-2014 (R° 136/2013) Asunto “Gesplan” y 27-01-2014 (R° 100/2013) Asunto “Cortefiel”.

⁶⁵ *Vid.*, al respecto, las SSTS 26-03-2014 (R° 158/2013) Asunto “Telemadrid” y 27-01-2014 (R° 100/2013).

⁶⁶ *Vid.*, al respecto, STS 17-07-2014 (R° 32/2014).

⁶⁷ La STS 20-10-2015 (R° 172/2014) realiza un compendio sobre la doctrina general del Alto Tribunal relativa al ámbito del control judicial sobre las causas del despido colectivo.

convergentes y, si el número de despidos fuese razonable y equilibrado, deberá procederse a confirmar la medida empresarial, sin entrar en reflexiones relativas a la conveniencia de un número de despidos en porcentaje inferior, puesto que el órgano juzgador carece del poder arbitral de determinar o establecer el número adecuado de despidos: solo les compete examinar la extinción existente y no elucubrar ni recomendar; mientras que la arbitrariedad conducirá a una solución diferente con base en su irrazonabilidad y ello sin perjuicio de que en algún supuesto se pruebe la razonabilidad de la medida respecto de un grupo homogéneo de trabajadores diferenciado del resto⁶⁸.

Con independencia de tales avatares, con los que, irónicamente, la reforma pretendía acabar, en lo que sí están de acuerdo todos los tribunales es que, necesariamente, *«La aplicación del artículo 51 requiere la concurrencia de tres elementos: El elemento numérico - número de trabajadores afectados-, el temporal -en un periodo de 90 días- y el causal -causas económicas, técnicas, organizativas o de producción»*⁶⁹, por lo que estos tres requisitos, son acumulativos y necesarios para que nos encontremos en presencia de un despido colectivo.

⁶⁸ STS 15-04-2014 (R° 136/2013).

⁶⁹ STS 03-07-2012 (R° 1657/2011).

1.3.2. Las causas empresariales: causas económicas, técnicas, organizativas y de producción.

Respecto a dicho requisito, voy a referirme a él de manera muy escueta, pues tales causas justificativas bien podrían constituir materia suficiente de estudio para elaborar otra tesis doctoral.

Tanto la norma estatutaria como la reglamentaria, establecen que las causas que deben motivar o justificar el despido colectivo, han de ser «*causas económicas, técnicas, organizativas o de producción*».

Tras la reformas emprendidas por el RDL 3/2012 y la Ley 3/2012, que introdujeron innovaciones importantísimas en el terreno de la justificación de estos despidos, el artículo 51.1 ET se limita a definir⁷⁰ los presupuestos que deben darse para confirmar o comprobar la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, eliminando cualquier proyección de futuro que permitiese realizar juicios de oportunidad relativos a la dirección u organización de la empresa.

El artículo 51 ET, al igual que el artículo 1 RPDC, vienen a definir qué circunstancias deben concurrir para que nos encontremos en presencia de alguna de las causas justificativas que contempla pues, tal y como se podrá comprobar, no define qué debe entenderse por tales, sino que, únicamente, establece una serie de parámetros que deben concurrir para que podamos amparar o justificar la extinción colectiva en alguna de ellas:

⁷⁰ O, como dice la SAN 15-10-2012 (R^o 162/2012), «*El artículo 51.1 ET renuncia a definir claramente las causas, valiéndose en cambio de ejemplos de concurrencia (“entre otros”)*».

1. Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso se entenderá que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior.
2. Se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción.
3. Se entenderá que concurren causas organizativas cuando se produzcan cambios entre otros, en el ámbito de sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción.
4. Y finalmente, se entenderá que concurren causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado.

1. Causas económicas.

Tal y como se desprende del tenor literal del artículo 51 ET, el legislador ha optado por una regulación ejemplificativa de las causas justificativas del despido. Así, se puede observar que el legislador no entra a definir que debe entenderse por causa económica, sino que describe una serie de supuestos que, de existir, se entenderá que converge tal motivo de extinción.

De este modo, el citado precepto viene a establecer que «*Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como (...)*».

La valoración de la convergencia de la causa económica alegada por el empresario, en relación con los supuestos que la norma de referencia expone a título ejemplificativo como situaciones económicas negativas, puede plantear evidentes problemas de interpretación, debiendo atenderse a la existencia de ciclos productivos diversos en función de los sectores de producción⁷¹.

Lo que sí que resulta patente es que el empresario que pretenda alegar esta causa económica para justificar el procedimiento de despido colectivo acometido deberá acreditar una situación económica negativa.

Nuestro Alto Tribunal⁷² ha establecido que la justificación del despido económico tiene que realizarse a través de tres pasos:

1. Acreditar la existencia de una situación económica negativa;
2. Establecer el efecto de esa situación sobre los contratos de trabajo, en la medida en que aquella provoca la necesidad de amortización total o parcial de los puestos de trabajo y
3. Mostrar la adecuada proporcionalidad de las medidas extintivas adoptadas para responder a esa necesidad.

Ahora bien, una situación económica de pérdidas no equivale a una situación económica negativa cualquiera, es decir, no resulta suficiente para acreditar la reestructuración colectiva⁷³.

⁷¹ Así, según SÁEZ LARA, C., *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 63.

⁷² STS 24-09-2014 (Rº 231/2013).

⁷³ STS 26-03-2014 (Rº 158/2013).

Así, si la propuesta empresarial no consigue probar que la reducción de plantilla producida se adecua a la situación negativa, debe declararse no ajustada a derecho la decisión extintiva adoptada *«al no haberse acreditado la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación extintiva»*⁷⁴.

Corresponde al órgano jurisdiccional comprobar si las causas además de reales tienen entidad suficiente como para justificar la decisión extintiva y, además, si la medida es plausible o razonable en términos de gestión empresarial, es decir, si se ajusta o no al *standard* de un buen comerciante al igual que se venía sosteniendo antes de la reforma de 2012. Compete a los órganos jurisdiccionales pues, no solo emitir un juicio de legalidad en torno a la existencia de la causa alegada, sino también de razonable adecuación entre la causa acreditada y la medida acordada.

Así, según el Alto Tribunal, *«una situación económica negativa cualquiera y por sí misma no basta para justificar los despidos de 925 trabajadores de una plantilla total de 1161»*⁷⁵.

El artículo 51 ET ejemplifica, como supuestos en los que concurrirá causa económica, *«en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior»*.

⁷⁴ STS 26-03-2014 (Rº 158/2013).

⁷⁵ STS 26-03-2014 (Rº 158/2013).

No obstante, debemos preguntarnos si la relación de supuestos ejemplificados en la norma estatutaria es cerrada o, por el contrario, admite una exégesis interpretativa más laxa de que ha de entenderse por «*situación económica negativa*», es decir, si aparte de las pérdidas, actuales o previstas y la disminución persistente del nivel de ingresos o ventas, pueden converger otras situaciones que encuentren acomodo en las causas de naturaleza económica.

A mí entender, del tenor literal del artículo 51 ET, se desprende claramente una respuesta positiva al incluir, en la ejemplificación de los supuestos que permiten la alegación de tal causa justificativa, la fórmula «*en casos tales como*».

Tal conclusión también ha sido aceptada por el Alto Tribunal, al entender que «*la situación económica negativa es, por tanto, un concepto abierto que no queda encerrado en los casos particulares que cita la ley, ni en el supuesto de la regla de automaticidad*»⁷⁶.

Partiendo de tal premisa, resulta evidente que, aunque se abogue por una interpretación laxa del citado precepto, resulta complicado que puedan perfilarse supuestos algunos que difieran de los subtipos legalmente previstos y que configure una «*situación económica negativa*».

Ante tal hermenéutica abierta, vamos a observar qué criterios han seguido los órganos judiciales para entender la convergencia de tales causas económicas.

En este sentido, la doctrina judicial ha establecido, en relación con la valoración de la situación económica de la empresa, que cuando la

⁷⁶ Voto Particular de la STS 26-03-2014 (R^o 158/2013).

sociedad alega pérdidas, deben diferenciarse entre las pérdidas de explotación de aquellas otras procedentes de la necesidad de computar como gastos las dotaciones para amortizaciones. Así, cuando tales pérdidas proceden de amortizaciones, y afecten de manera trascendental al resultado contable de la cuenta de pérdidas y ganancias, se requiere de una explicación razonada y razonable de los criterios aplicados⁷⁷.

Igualmente, la citada resolución determinó que la dotación de las amortizaciones solo puede justificar las pérdidas de forma excepcional.

Así, se determinó que el concepto de «pérdidas»⁷⁸ establecido en la norma estatutaria objeto de referencia es susceptible de ser valorada por el órgano judicial en relación con los datos contables probados, debiendo matizarse tales pérdidas cuando se produce por decisiones contables que corresponden a la sociedad, tal y como ocurre cuando se generen, de manera exclusiva, por la dotación de amortizaciones.

En tal sentido, el cómputo de las mismas debe justificarse en cuanto a su imputación temporal, cuando resulte determinante de la aparición de tales pérdidas.

Es decir, la disminución de ingresos únicamente puede realizarse en los periodos temporales establecidos en la ley, no pudiendo considerarse otros periodos, y ello porque, bajo la regulación vigente, no resulta posible justificar las extinciones sobre disminuciones de ingresos ordinarios o ventas en otros periodos temporales distintos, y ello porque *«es cierto que la exigencia de comparación por periodos de tres trimestres*

⁷⁷ STSJ Castilla y León 23-01-2013 (Rº 2399/2012).

⁷⁸ STSJ Castilla y León 23-01-2013 (Rº 2399/2012).

en los términos legales puede dar lugar a resultados paradójicos, pero la voluntad del legislador ha sido, precisamente, que se objetivase así la comparación de los ingresos ordinarios o ventas, excluyendo en este concreto punto otras posibles comparaciones»⁷⁹.

Asimismo y, en relación con las pérdidas, para que puedan justificar la causa económica alegada, por parte de algún aplicador del derecho ha venido a considerarse que la existencia de las mismas pueda darse en un único ejercicio, siempre y cuando estas sean elevadas⁸⁰. A mi entender, tal consideración es del todo desproporcionada, al igual que lo sería el hecho de que unas pérdidas negativas consecutivas en cantidad nimia sirviese para justificar la procedencia de la extinción colectiva por causas económicas en base a este submotivo⁸¹.

No obstante, debe hacerse constar que, en algunos supuestos la doctrina judicial, para determinar la convergencia de causas económicas, ha exigido un plus adicional, es decir, ha valorado la existencia de otros elementos negativos de naturaleza económica, tales como la reducción

⁷⁹ Asimismo, la Sala viene a establecer que «No puede tomarse como ingresos ordinarios la cifra de negocios, que son conceptos distintos. Tampoco pueden confundirse las ventas con las ventas de vehículos que constan acreditadas (aunque para periodos temporales de referencia distintos a los previstos en la norma, como hemos dicho), porque esa venta solamente es una parte de la facturación de la empresa, al tener también un taller, del que precisamente el despedido era el jefe. Esa caída de ventas de vehículos no podría servir en este caso ni siquiera como causa productiva para justificar el despido del actor, primero porque parece que por decisión del legislador la disminución de ventas ha de tratarse a todos los efectos como causa económica, con sus exigencias propias, y no como causa productiva; segundo porque la misma no se ha alegado como tal por parte de la empresa».

⁸⁰ STSJ Murcia 21-12-2012 (R° 1/2012).

⁸¹ En este sentido, me parece del todo apropiado traer a colación la tesis sostenida por DESDENTADO BONETE, A., en “Los despidos económicos tras la reforma de la Ley 3/2012. Reflexiones sobre algunos problemas sustantivos y procesales”, *ob. cit.*, p. 4, en la que viene a plantear si justifica cualquier situación económica negativa, *per se*, los despidos. Para ello utiliza el siguiente ejemplo «La empresa Z ha tenido durante nueve meses consecutivos una caída de ingresos o ventas de 1€ cada mes, caída que se corresponde simétricamente con los nueve meses correspondientes del anterior. Al cabo de nueve meses, la caída es de 9€. ¿Justifica esto el despido de los 100 trabajadores de su plantilla?» A mi entender, compartiendo la opinión mantenida por el citado autor, «Sería absurdo».

del volumen de negocios, la disminución de ingresos⁸²; una previsión que indica una persistencia de pérdidas de continuar la empresa con tal situación⁸³; incremento de las deudas⁸⁴, una bajada en el volumen de negocios y el desplome de la actividad empresarial en el sector correspondiente⁸⁵ son algunos de los elementos adicionales que ha valorado la doctrina judicial para determinar la concurrencia de la causa económica.

Contrariamente, la doctrina judicial ha venido a entender que la empresa no ha logrado acreditar la «*situación económica negativa*», cuando tal situación no ha quedado acreditada porque, por parte de una auditoría externa se objetan las cifras aportadas por la sociedad⁸⁶; presencia de contradicciones entre la documentación aportada⁸⁷ o cuando converge un ajuste contable en una sociedad que, durante unos cuantos años, lleva obteniendo beneficios⁸⁸.

Una cuestión que requiere una importante aclaración es la relativa a la «objetivización de las pérdidas», independientemente del contexto en el que se originen, es decir, ¿resulta suficiente acreditarlas para que se entienda que la causa del despido es suficiente o debe acudir, al igual que ha hecho la doctrina judicial que acaba de exponerse, a otros elementos adicionales para probar la concurrencia de tal situación negativa?⁸⁹ Parece que el Alto Tribunal ha abogado por esta segunda

⁸² *Vid.*, al respecto, la STS 20-11-2014 (R° 114/2014) y la SAN 06-03-2013 (R° 24/2013).

⁸³ SAN 28-09-2012 (R° 152/2012).

⁸⁴ SAN 11-03-2013 (R° 381/2012).

⁸⁵ STSJ Cataluña 03-06-2013 (R° 5/2012).

⁸⁶ STSJ Castilla y León 04-03-2013 (R° 1/2012).

⁸⁷ STSJ Madrid 11-07-2012 (R° 32/2012).

⁸⁸ STSJ País Vasco 09-07-2013 (R° 14/2013).

⁸⁹ FALGUERA BARÓ, M.A., “Los medios de prueba de la causa económica, técnica, organizativa y productiva”, en *I Encuentro de profesionales del asesoramiento laboral y social*

opción, o al menos así parece desprenderse de su STS 26-03-2014 (Rº158/2013), al sostener que «una situación económica de pérdidas no equivale a una situación económica negativa».

Respecto al supuesto de «previsión de pérdidas», deberá acreditarse que el futuro escenario se ajusta a una mínima racionalidad desde la vertiente de los recursos humanos y financieros, así como desde la óptica del mercado del producto o servicio⁹⁰. Asimismo, el empresario, en tal supuesto, deberá acreditar una determinada intermediación temporal entre la convergencia de tal causa y la del momento de la extinción⁹¹.

Crisis empresariales y derechos fundamentales de los trabajadores y trabajadoras Bilbao, 28 y 29 de Mayo de 2015, p. 180.

⁹⁰ A estos efectos, resulta interesante la STSJ Canarias 26-02-2013 (Rº 18/2012) que, si bien siendo revocada por el Alto Tribunal, en STS 15-04-2014 (Rº 136/2013), confirma la conclusión de la Sala respecto a la inexistencia de la causa económica alegada.

La resolución del TSJ Canarias que acaba de citarse estableció que «*Monereo Pérez establece una interesante distinción entre lo que denomina «despidos preventivos puros», que serían los vinculados a la predicibilidad de hechos y situaciones futuras negativas para la organización productiva sin ningún soporte actual o presente, y los «despidos con causa actual pero con proyecciones consecuenciales de futuro», que serían los que obedecen a meras previsiones sustentadas en una causalidad actual adecuada que puede ser pronosticada sobre la base de datos y hechos actualmente existentes con una mirada evolutiva hacia el futuro. A diferencia de los despidos preventivos puros, en los despidos con causa actual pero con proyecciones consecuenciales de futuro sí podría apreciarse la existencia de hechos, vinculados a la «actualidad» de la crisis y sus efectos hacia un futuro razonablemente previsible («factor determinante» de lo que podría venir después). A partir de esta distinción puede superarse el peligro que supone identificar las «pérdidas previstas» con una magnitud contable utilizada para influir y subjetiva, según destacan los profesores de contabilidad Archel Domench, Carrasco Fenech, García Benau, y Larringa González ; el «resultado previsto»:*

- a) «*Está indisolublemente unido a los fines estratégicos de la empresa definidos por la gerencia, por cuanto no solo su elaboración se realiza teniendo en cuenta los mismos, sino que la existencia de un beneficio o una pérdida prevista se utiliza como instrumento de influencia en los miembros de la organización para conseguir esos fines.*»
- b) «*Plantearía una continua discusión sobre hasta qué punto la información que se maneja es toda la información relevante o solo una parte, ya que la gerencia de la empresa dispone de mayor información que los trabajadores y sus representantes.*»
- c) «*Estaría basado en previsiones e hipótesis acerca del comportamiento futuro de diferentes variables, dándose la circunstancia de que pequeñas variaciones en estos cálculos ocasionarían grandes oscilaciones de los resultados previstos.*»

⁹¹ FALGUERA BARO, M.A., “Los medios de prueba de la causa económica, técnica, organizativa y productiva”, *ob. cit.*, p. 177.

Finalmente, en relación con la «*disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas*» debe recordarse que la Reforma Laboral de 2012 incluyó la llamada «regla de automaticidad», es decir, la presunción de convergencia de tal elemento de persistencia si «*durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior*». Esta presunción, tal y como se ha apuntado por la doctrina científica⁹², produce certidumbre al empresario que esgrime esta causa para justificar la decisión extintiva, por lo que su aplicación deberá realizarse cumpliendo todas las exigencias y requisitos legal y reglamentariamente establecidos.

Debe hacerse constar que, tal y como se desprende del tenor literal del artículo 51 ET, tal automaticidad lo es en sentido positivo y no negativo.

Por regla general, cuando concurra una disminución persistente en los ingresos ordinarios o en las ventas durante tres trimestres consecutivos, tomando como referencia el mismo trimestre del año anterior, tal causa podrá justificar la extinción. En este sentido, se ha interpretado que si acaecen modificaciones por una reducción consecutiva de ingresos o ventas durante dos trimestres⁹³ no podrán acumularse las del trimestre que sigue para extinguir los vínculos contractuales con base en la

⁹² LLOMPART BENNÀSSAR, M., “Poder legislativo versus poder judicial en los despidos por causa económicas, técnicas, organizativas o de producción”, *Trabajo y Derecho*, N° 18, 2016, p. 6/19.

⁹³ En relación con este periodo temporal, según ha venido a postularse por SAÉZ LARA, C., *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, ob. cit., p. 63, «Atendiendo también a que la definición es idéntica, pero referida a dos trimestres, para habilitar la suspensión del contrato o el descuelgue del convenio colectivo en los artículos 47 y 82.3 ET, se podría suscitar la duda acerca de la voluntad legal de establecer algún tipo de coordinación entre estas medidas o de utilización escalonada de las mismas».

misma causa, a no ser que quede probada por el empleador la imposibilidad de preservar las relaciones laborales⁹⁴.

Con todo, la doctrina judicial ha considerado exigible, respecto a la previsión de pérdidas, por cuanto que no es expresiva de una situación real, sino de una hipotética o previsible situación futura, una perfecta acreditación de hechos indiciarios de los que se pueda inferir racionalmente y con clara probabilidad, la existencia de pérdidas en el futuro que obligan a extinguir en el presente los contratos de trabajo⁹⁵. Asimismo, debe hacerse constar que nuestro legislador se está refiriendo a los ingresos o ventas de carácter ordinario, por lo que debe excluirse la posibilidad de confrontarlos o cotejarlos con aquellos que gozan de naturaleza extraordinaria⁹⁶.

Asimismo, debe destacarse que si bien no se hace referencia alguna a los «beneficios», puede ocurrir que estos se incrementen aunque disminuya el nivel de ingresos y ventas; o que incluso disminuyan las ventas y aumenten los ingresos. En cualquier caso, tal y como ha venido a apuntar la jurisprudencia⁹⁷, esta submodalidad resultará operativa,

⁹⁴ No obstante, tal y como señaló la STSJ Cataluña 27-07-2011 (Rº 245/2011), la indemnización no podría determinarse en virtud de la reducción salarial, puesto que estaríamos ante un abuso de derecho.

⁹⁵ *Vid.*, al respecto, la STSJ La Rioja 27-02-2012 (Rº 18/2012).

⁹⁶ BODAS MARTIN, R., "Realidad y futuro de las mejoras voluntarias en la negociación colectiva", *X Congreso de la Asociación Española de Salud y Seguridad*, Madrid, 24 y 25 de octubre de 2013, p. 20 de 41.

⁹⁷ El Alto Tribunal, en la STS 25-06-2014 (Rº165/2013) determinó que «*estimamos que la completa explicación que proporciona el FD Séptimo de la sentencia recurrida sobre la concurrencia de esas causas justificadoras (porque existe la situación económica negativa y porque las medidas extintivas son adecuadas, razonables y proporcionadas) de los despidos producidos es plenamente convincente. La respuesta ha de ser necesariamente positiva, aunque consolidara unos beneficios de 46.000 euros en el ejercicio 2011, puesto que se ha acreditado cumplidamente, a nuestro juicio, que ha tenido reducciones millonarias de ingresos o ventas ordinarias en el período 1-10-2011 a 30-06-2012, en relación con el período 1-10-2010 a 30-06-2011 (hecho probado quinto), acreditando, asimismo, unas pérdidas previsibles de*

pese a que la empresa no haya incurrido, *stricto sensu*, en «pérdidas actuales».

Tal y como ha venido a apuntarse por algún autor⁹⁸, a mi entender, de manera totalmente acertada, tal constatación, que palmariamente se desprende de la norma legal, viene a situar la valoración judicial en un evidente juicio de racionalidad.

Si bien es cierto que tal cuestión resulta más inherente al juicio de funcionalidad, resulta evidente que ha de existir una valoración de la situación empresarial.

Por ello, parece complicado que, en tales supuestos, el órgano judicial limite su examen a un simple juicio de causalidad formal, inclusive, en lo relativo a tales presunciones, en la medida en que la propia norma estatutaria exige la convergencia de una «situación económica negativa».

Por todo lo expuesto, deberá considerarse que tal principio de automaticidad es «una previsión “*iuris tantum*” y no, “*iuris et de iure*”»⁹⁹.

2. Causas técnicas, organizativas o de producción.

La jurisprudencia ha venido a señalar que las causas enumeradas en el artículo 51.1 ET como causas justificativas del despido colectivo están relacionadas entre sí porque persiguen el mismo fin: asegurar la viabilidad de la empresa y su adaptación a las circunstancias de todo tipo que concurran en cada momento y a los cambios tecnológicos que se

7.600.000 euros en 2012 y de 26.000.000 en el ejercicio 2013, como no podría ser de otro modo, puesto que ha perdido a sus principales clientes»

⁹⁸ FALGUERA BARÓ, M.A., “Los medios de prueba de la causa económica, técnica, organizativa y productiva”, *ob. cit.*, p. 179.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 180.

produzcan con el fin de que su viabilidad facilite su supervivencia y el mantenimiento y creación del mayor número de puestos de trabajo.

Por ello, *«Todas las causas que la ley enumera repercuten en la salud económica de la empresa, pero que la ley distingue entre unas y otras de forma que las económicas, "strictu sensu", son aquellas que se ponen de manifiesto por la disminución de ingresos o ventas y la acumulación de stocks, lo que no quiere decir que solo la baja facturación o su disminución tenga repercusiones económicas, pues la mejora de la situación económica puede producirse empleando nuevas máquinas y tecnologías más avanzadas o cambiando los sistemas o métodos de trabajo o de organización de la producción, cambios que, al abaratar los costes, por aumentar la productividad, mejoraran la competitividad de la empresa en el mercado con lo que la Ley reconoce que los cambios que producen una disminución de los costes no son ilícitos "per se"»*¹⁰⁰.

Ahora bien, entrando a analizar las causas técnicas, organizativas y de producción, debe hacerse constar que, de la redacción del artículo 51.1 ET parece deducirse que cualquier cambio, una simple modificación en el ámbito de los medios o instrumentos de producción, en el de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción, así como en la demanda de los productos los servicios que la empresa pretende colocar en el mercado será suficiente para proceder a una extinción colectiva en base a tales causas.

Y si bien es cierto que una mejora técnica o una modificación en el método organizativo de trabajo, así como una variación en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende comercializar,

¹⁰⁰ STS 20-11-2015 (R^o 104/2015).

puede tener una repercusión directa en el empleo de mano de obra, tal incidencia no implica que, con carácter sistemático, tales variaciones deban permitir o, mejor dicho, justificar el acceso a la reestructuración colectiva como un método paliativo de los efectos derivados de tales coyunturas.

A diferencia de lo que ocurre en las extinciones por causas económicas, en las que se exige una situación económica negativa que se manifieste a través de la convergencia de una serie de supuestos, en las causas que ahora se están analizando, el único requisito que se exige es la presencia de una modificación que, dependiendo del tipo de causa alegada, afectará a uno u otro ámbito.

Partiendo de tal premisa, sería posible que una sociedad con beneficios proceda a una reestructuración colectiva alegando cambios organizativos que impliquen, por ejemplo, un exceso de mano de obra en determinados sectores.

Ahora bien, tal postura no puede aceptarse, puesto que se estaría permitiendo la adopción de cualquier extinción contractual por una simple modificación en los medios organizativos, productivos o técnicos.

Tal y como ha venido a postularse por parte de algún autor¹⁰¹, a mi entender, de forma totalmente acertada, lo que se analiza en los despidos amparados en tales causas no es la propia medida de modificación, sino la extinción en sí misma, *«siendo aquél el que en una relación efecto-causa determina este»*.

¹⁰¹ FALGUERA BARÓ, M.A., “Los medios de prueba de la causa económica, técnica, organizativa y productiva”, *ob. cit.*, p. 182.

Es en esta cuestión donde la propia causalidad substantiva, el juicio de funcionalidad, así como la cotidianeidad de los hechos adquiere una especial relevancia, a lo que debe sumarse que el procedimiento de despido colectivo en base a estas causas aparecen como *ultima ratio*, es decir, ante la imposibilidad de adoptar otra clase de medidas de flexibilidad interna¹⁰² pues, de lo contrario, se estaría permitiendo la utilización de recursos reservados para paliar los efectos derivados de problemas estructurales para solucionar circunstancias puramente coyunturales¹⁰³.

Partiendo de tales premisas, la doctrina judicial ha llegado a la conclusión de que conviene exigir la convergencia de dificultades para admitir la justificación del despido basado en tales causas.

Así, la doctrina judicial ha establecido que la causa justifica la medida empresarial cuando existe una disminución en el volumen de negocio y en la actividad e ingresos de la empresa¹⁰⁴; cuando hay un descenso significativo en la demanda de productos a la empresa¹⁰⁵ así como en el rendimiento empresarial¹⁰⁶, o cuando existe un conflicto de

¹⁰² Así, en la Exposición de Motivos del RDL 3/2012 se estableció que «*El problema de la dualidad laboral es consecuencia, en buena medida, de un sistema de instituciones laborales inadecuado que ha quedado evidenciado durante la última crisis. En un sistema que genera incentivos adecuados, las empresas pueden hacer frente a las oscilaciones de la demanda recurriendo a mecanismos diferentes al despido, que preserven el capital humano de la empresa, tales como reducciones temporales de salario o de jornada. Este tipo de ajuste ha sido relevante en los países de nuestro entorno, lo que se ha traducido en una menor destrucción de empleo.*».

¹⁰³ *Vid.*, al respecto, FALGUERA BARO, M.A., “Los medios de prueba de la causa económica, técnica, organizativa y productiva”, *ob. cit.*, p. 182.

¹⁰⁴ STS 22-09-2014 (R° 27/2014).

¹⁰⁵ SAN 23-02-2013 (R° 324/2012).

¹⁰⁶ STSJ País Vasco 07-07-2013 (R° 14/2013).

competitividad que afecta a la actividad empresarial y a su cartera de clientes¹⁰⁷.

Igualmente, por parte de los aplicadores del derecho se ha admitido como causa justificativa la pérdida de una contrata ante la imposibilidad de recolocar a los trabajadores afectados en otros puestos de trabajo¹⁰⁸, así como ante tal imposibilidad pero debida a las funestas consecuencias que tal recolocación implicaría en la organización empresarial¹⁰⁹.

De vital importancia resulta la jurisprudencia¹¹⁰ relativa a la concurrencia de causas organizativas en relación con la externalización de determinados servicios por parte de la empresa.

En este sentido, el Alto Tribunal, en la resolución objeto de cita determinó, una vez sentada la licitud de la externalización o descentralización productiva si, acreditada la causa, la externalización del servicio constituía una medida organizativa idónea y proporcionada para solucionar el problema y paliar sus efectos.

En este sentido, la Sala responde positivamente en base a las siguientes razones¹¹¹:

1. En primer lugar, porque la externalización en cuanto supone un cambio de los sistemas y métodos de trabajo constituye una causa organizativa que encaja en la descripción que de la misma hace el artículo 51.1 ET;

¹⁰⁷ SAN 04-04-2013 (R° 66/2013).

¹⁰⁸ SAN 14-09-2012 (R° 136/2012).

¹⁰⁹ STSJ Galicia 19-07-2012 (R° 8/2012).

¹¹⁰ STS 20-11-2015 (R° 104/2015).

¹¹¹ STS 20-11-2015 (R° 104/2015).

2. En segundo lugar, porque resultaba necesario emprender medidas para solucionar los problemas (económicos y organizativos) que ocasionaba *«la menor ocupación de los hoteles y las pérdidas en la facturación de los mismos, lo que suponía un incremento proporcional de los costes de personal, al tener el mismo personal con independencia del nivel de ocupación»*; y
3. En último lugar, porque la medida era idónea para atajar el problema y razonable en términos de proporcionalidad. En efecto, aunque cabía reducir la plantilla por motivos económicos, la externalización suponía una respuesta más razonable y adecuada a las necesidades de la empresa, ya que, la empresa contratista se comprometía a prestar el servicio de limpieza en su integridad y a cobrar en función del número de habitaciones limpiadas y de horas empleadas.

Así, argumenta la Sala que *«La solución tomada era más razonable que la de reducir la plantilla porque permitía atender el servicio de limpieza sin que los picos ocupacionales que por los más diversos motivos puedan tener los hoteles, supongan un problema para la empresa hotelera que no se ve obligada a realizar contrataciones para atender los periodos o días de mayor ocupación, ni a rescindir contratos en los periodos de baja ocupación, lo que facilita su actividad de gestión y, a la par, le ayuda a ajustar los costes de la limpieza a la facturación, pues, los costes suben y bajan al mismo ritmo que la facturación»*.

En sentido contrario, la doctrina judicial ha entendido que no concurren tales causas justificativas cuando, sirva de ejemplo, las modificaciones organizativas no afectan al volumen del empleo¹¹².

En síntesis, podría afirmarse que tanto la doctrina judicial como la jurisprudencia, requieren un plus, un elemento adicional que va más allá de la simple convergencia del elemento causal, es decir, el cambio técnico, organizativo o productivo debe entrañar alguna dificultad o dificultad empresarial.

Y es que, tal y como ha venido a apuntar la doctrina judicial, *«una cosa es que el legislador haya flexibilizado las medidas para adaptar la plantilla la situación económica adversa o a las necesidades derivadas de causas técnicas, organizativas o de producción, y otra, bien distinta que las situaciones económicas adversas no se lleguen a probar o las causas técnicas organizativas o de producción puedan solo servir de pantalla para lograr reducción de plantillas por resultar, de este modo más rentable el negocio en empresa que no presenta pérdidas»*¹¹³.

¹¹² Vid., al respecto, la STSJ Castilla y León 04-03-2013 (R° 1/2012).

¹¹³ STSJ Andalucía 11-10-2012 (R° 4/2012).

CAPÍTULO II

LA INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE DESPIDO

COLECTIVO

1. LA COMUNICACIÓN DE INTENCIONES PREVIA A LA COMUNICACIÓN DE INICIO DEL PERIODO DE CONSULTAS

El RDL 11/2013 incorpora una importante novedad con relación a la constitución de la comisión y es que *«La comisión representativa de los trabajadores deberá quedar constituida con carácter previo a la comunicación empresarial de apertura del periodo de consultas. A estos efectos, la dirección de la empresa deberá comunicar de manera fehaciente a los trabajadores o sus representantes su intención de iniciar el procedimiento de despido colectivo»*.

Tras la nueva redacción de los artículos 51.2 y 41.4 ET, la comisión negociadora de los trabajadores deberá constituirse con carácter previo a la comunicación empresarial de apertura del periodo de consultas.

Para ello, la dirección de la empresa deberá comunicar de manera fehaciente a los trabajadores o a sus representantes su intención de iniciar el procedimiento de despido colectivo pero ninguna precisión se establece acerca de los términos en los que debe llevarse a cabo esa comunicación, haciéndose referencia, únicamente, a que debe de realizarse *«de manera fehaciente»*.

Pero, ¿qué debe entenderse por comunicación fehaciente? Atendiendo a los criterios jurisprudenciales, la fehaciencia no se ha de identificar *«necesariamente con intervención notarial o judicial»*¹¹⁴ pues su falta de determinación *«permite incluir como vehículos hábiles para lograrla, además, naturalmente, del judicial (acto de conciliación) y del notarial, cualquier otro que permita reputar como indudable que se pusieron los medios necesarios para alcanzar el fin pretendido y el destinatario gozó*

¹¹⁴ STS 25-11-1983 (ROJ 6501/1983).

de la posibilidad, con independencia de que la usase o no, de conocer el contenido de la notificación o comunicación»¹¹⁵.

A mi entender, en el caso que nos atañe, deberíamos interpretarla «*en el sentido de haberse usado un medio que ofrezca garantías de autenticidad y que la notificación se haga de modo claro*¹¹⁶» o que se lleva a cabo «*de manera que no quepa duda de su realización*»¹¹⁷, por lo tanto, considero que la comunicación debería realizarse por escrito¹¹⁸ y, o bien entregarla en persona a los trabajadores o a sus representantes, o bien, en su defecto, remitirla vía burofax, para que así quede constancia o fehaciencia de tal realización.

En cuanto a los destinatarios de la comunicación de intenciones, tal y como se desprende del tenor literal de los artículos 51.2 y 41.4 ET, podrán ser tanto la representación unitaria como los propios trabajadores directamente, debiendo serlo estos últimos en el supuesto en el que el centro de trabajo afectado carezca de tal representación.

Respecto al contenido de tal comunicación, los preceptos¹¹⁹ únicamente precisan que deberán comunicar su intención de iniciar el procedimiento de despido colectivo.

Considero que, en tal escrito, además de hacerse referencia a la intención de la empresa de llevar a cabo un procedimiento de despido colectivo, deberán añadirse los siguientes extremos:

¹¹⁵ STS 25-11-1983 (ROJ 4501/1983).

¹¹⁶ SAP Madrid 29-1-2000 (R° 486/1998).

¹¹⁷ SAP Madrid 29-1-2000 (R° 486/1998).

¹¹⁸ Ello se desprende también de lo establecido en el artículo 3.1 f) RPDC respecto a la documentación que debe anexarse a la comunicación de inicio del procedimiento de despido colectivo «*Copia de la comunicación dirigida a los trabajadores o a sus representantes por la dirección de la empresa de su intención de iniciar el procedimiento de despido colectivo*».

¹¹⁹ Haciendo referencia tanto al artículo 51.2 como al 41.4 ET.

1. Si el despido afectará a un solo centro de trabajo o a varios pues las reglas que deben seguirse para determinar la intervención como interlocutores en el periodo de consultas son distintas según el despido afecte a un único centro de trabajo o a varios;
2. Plazo máximo del que disponen para constituir la comisión representativa: siete días, a contar desde la fecha de la referida comunicación, a excepción de que alguno de los centros de trabajo que vaya a estar afectado por el procedimiento no cuente con representantes legales de los trabajadores, en cuyo caso el plazo será de quince días;
3. Deberá hacerse referencia a las reglas que deben seguir a la hora de designar la comisión representativa¹²⁰, pues de lo contrario, aquellos centros de trabajo que resulten afectados por el procedimiento y no cuenten con representantes legales de los trabajadores, se encontrarán en situación de indefensión;
4. Número máximo de miembros que deben constituir la comisión negociadora;
5. Consecuencias que derivan ante la falta de constitución de la comisión representativa: no impedirá el inicio y el transcurso del periodo de consultas; y
6. Consecuencias que derivan de la constitución una vez iniciado el periodo de consultas: no comportará, en ningún caso, la ampliación de su duración del procedimiento de consultas.

En cuanto al plazo máximo para la constitución de la comisión representativa, tal y como se acaba de comentar, será de siete días a contar desde la fecha en que la empresa comunicó a los trabajadores o a

¹²⁰ En concreto, a las reglas establecidas en el artículo 41.4 ET.

sus representantes su decisión de iniciar el procedimiento de despido colectivo, salvo que alguno de los centros de trabajo que vaya a estar afectado por el procedimiento no cuente con representantes legales de los trabajadores, en cuyo caso el plazo será de quince días.

Por la doctrina científica¹²¹ ha venido a postularse que, en caso de que la comisión negociadora quede constituida en un plazo inferior al máximo pactado, nada impedirá el inicio del periodo de consultas.

Respecto al plazo máximo de siete y quince días del que se dispone para constituir la comisión negociadora, a mi entender, deben ser días hábiles y deben computarse a partir del día siguiente a la recepción de la pseudocomunicación de intenciones¹²².

Aunque los artículos 51.2 y 41.4 ET establecen claramente que la falta de constitución de la comisión representativa no va a impedir ni el inicio ni el transcurso del periodo de consultas, y que, su constitución con posterioridad al inicio del mismo no comportará, en ningún caso, la ampliación de su duración, no se hace mención alguna sobre las consecuencias que derivarán de dicha falta de constitución, generando esta cuestión controversias en el ámbito doctrinal, ya que no hay unanimidad respecto a las soluciones que deberían aplicarse a tal problemática, proponiéndose desde la amortización del periodo de consultas¹²³ hasta la paralización del procedimiento¹²⁴.

¹²¹ BENAVENTE TORRES, M^a.I., “Las comisiones *ad hoc* en los periodos de consulta/negociación”, *Temas Laborales* N^o 124, 2014, p. 146

¹²² En sentido contrario, BENAVENTE TORRES, M^a.I., “Las comisiones *ad hoc* en los periodos de consulta/negociación”, *ob. cit.*, p. 146 considera que los días son naturales, en virtud de lo dispuesto en los artículos 5.1 y 2 CC.

¹²³ BLASCO PELLICER, A., *La extinción del contrato de trabajo en la Reforma Laboral de 2012*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 56, señala que «*En este último caso (haciendo referencia a la falta de designación de la Comisión negociadora), las consultas no pueden celebrarse por lo que, en mi opinión, el periodo debe ser amortizado, sin perjuicio de que la*

Si bien, en mi opinión, la eventual falta de constitución de la comisión negociadora acaecerá, especialmente, en aquellos supuestos en los que el centro de trabajo afectado carezca de representación y tengan que designarse las denominadas comisiones *ad hoc*, también pueden producirse situaciones de inactividad en cuanto a la designación de la comisión negociadora en aquellos supuestos en los que existan diversos centros de trabajo afectados, con o sin representación.

Por lo que respecta al primer supuesto, es decir, a la afectación del procedimiento de extinción colectiva en aquellos supuestos en los que se carece de representación de los trabajadores y debe designarse una comisión laboral o sindical, es decir, una comisión *ad hoc*, me gustaría puntualizar, en primer lugar que, desde que tuvo lugar la primera aparición de estas comisiones tras la Reforma Laboral de 2010, la designación de la comisión *ad hoc* se ha erigido como una posibilidad, una opción que radica en las manos de los trabajadores afectados, una facultad que no una obligación que no deriva ni del deber de negociar ni de la obligación de hacerlo de buena fe. Baste ver su composición en la norma estatutaria: *«podrá optar»*.

Ahora bien, sin la constitución de la comisión negociadora, tal y como anteriormente se ha adelantado, no podrá cumplirse el objeto al que se

decisión final empresarial no pueda tener efecto hasta transcurridos treinta días desde la comunicación empresarial de inicio. En todo caso, para que pueda darse por amortizado el período de consultas, será absolutamente imprescindible que el empresario al efectuar la comunicación de inicio haya informado expresamente a los trabajadores de la posibilidad de nombrar la comisión representativa, sus diferentes formulas y los plazos para su designación».

¹²⁴ SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., *El Nuevo reglamento de los Despidos Colectivos: (Estudio del RD 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)*, Navarra, Thomson-Civitas, 2012, dispone que *«Lo que está claro es que la Directiva 98/59 no admite un despido colectivo sin negociación colectiva, de modo que por mucho que la falta de designación de la comisión ad hoc no paralice formalmente el período de consultas, lo imposibilita de facto, impidiendo la continuación del procedimiento».*

destina el periodo de consultas, cual es la consecución de un acuerdo. Es más, tal y establece el artículo 28.1 RPDC, «solo se considerará acuerdo colectivo en el periodo de consultas aquel que haya sido adoptado por los sujetos a que se refiere el artículo 26», precepto este último que nos reenvía al artículo 41.4 ET.

Ahora bien, considero que la falta de designación de los miembros que constituirán la comisión negociadora, no llevará acarreada las mismas consecuencias en todos los supuestos, puesto que deberá distinguirse según tal ausencia designativa sea imputable a los trabajadores o al propio empresario:

1. El empresario ha efectuado la comunicación previa al escrito empresarial de apertura del periodo de consultas, informando a los trabajadores, de manera expresa, de los centros afectados por el despido, del plazo de constitución de la comisión negociadora, de las reglas que deben seguirse para la formación de la misma y de las consecuencias que derivan ante tal incumplimiento. En este supuesto considero que el empresario sí que podría dar por amortizado el periodo negociador, puesto que habría cumplido sobradamente con las obligaciones de información, consulta y notificación a las que está sometido¹²⁵.
2. El empresario, al efectuar la comunicación de intenciones, no designa los extremos anteriormente comentados, sino únicamente su voluntad de iniciar el procedimiento negociador, quedando así los trabajadores totalmente desinformados de las reglas que deben seguirse para la formación de la comisión negociadora, el plazo del

¹²⁵ Esta es la postura adoptada por BLASCO PELLICER, A., *La extinción del contrato de trabajo en la Reforma Laboral de 2012*, ob. cit., p. 56.

que disponen y de las consecuencias que derivan de tal inobservancia. En tal supuesto, a mi entender, el empresario debería convocar a los trabajadores a una reunión informativa o, incluso, por *motu proprio*, proponerles la sustitución del periodo de consultas por los procedimientos de mediación y arbitraje que sean de aplicación en el ámbito de la empresa. Y ello porque considero que una exégesis benevolente de las previsiones contenidas en los artículos 51.2 y 41.4 ET permitiría a los trabajadores afectados que designasen la comisión negociadora de manera extemporánea para emprender las negociaciones hasta el plazo máximo de finalización del periodo de consultas. Si, por el contrario, el empresario decidiese dar por amortizado el periodo de consultas sin antes proceder a interpelar a los trabajadores, considero que debería declararse nula la medida empresarial de despido colectivo, pues el empresario no puede escudarse en la falta de designación de la comisión negociadora *«para eludir lo que en definitiva constituye una responsabilidad a su cargo habida cuenta de que en ningún momento anterior a dar por concluido el periodo de consultas sin acuerdo, se dirigió a los trabajadores, por el mismo conducto, para conocer cuál era su decisión, ni tampoco para convocarles a reunión alguna con ese u otro fin relacionado con el ERE»*¹²⁶.

Ahora bien, ¿qué ocurre en aquellos supuestos en los que nos encontramos con diversos centros de trabajo afectados, con representantes o sin ellos? Esta controversia, a mi entender, quedaría resultada por la previsión contemplada en el artículo 41.4 b) 2ª ET, inciso

¹²⁶ Así se pronunció el TSJ Madrid en su STSJ 08-07-2013 (Rº 66/2012), declarando nula la medida empresarial al entender que no existió un efectivo y real periodo de consultas.

segundo, puesto que el citado precepto asigna *ex lege* la representación de los trabajadores de aquellos centros que no hayan designado comisión laboral o sindical alguna a los representantes legales de los trabajadores de los centros de trabajo afectados que cuenten con ellos, en proporción al número de trabajadores que representen, no viniendo a desestabilizar o alterar la ecuanimidad o equilibrio precedente al producirse, tal y como dispone el citado precepto «*en proporción al número de trabajadores que representen*».

No obstante, la doctrina científica¹²⁷ ha apuntado que tal previsión sí supone una preferencia a favor de los representantes unitarios en detrimento de las representaciones *ad hoc* de otros centros afectados, puesto que no se ha previsto abiertamente ninguna regla parecida para el supuesto en que ninguno de los centros que resulte afectados tenga representantes de los trabajadores, aún cuando podría entenderse protegida la plena eficacia *erga omnes* del acuerdo por existir esta igualmente en el artículo 41.4 b) 3ª ET, más aún si atendemos a la exégesis sistemática del precepto antes comentado, puesto que el artículo 41.4 b) 3ª ET establece, en caso de ausencia representativa en todos los centros de trabajo afectados, que la comisión representativa «*estará integrada por quienes sean elegidos por y entre los miembros de las comisiones designadas en los centros de trabajo afectados*». Por tanto, la ausencia de designación de los miembros que constituirán la comisión negociadora simplemente evidenciará una cesión de tal facultad de representación a las comisiones ya existentes «*en proporción al número de trabajadores que representen*».

¹²⁷ BENAVENTE TORRES, M^a.I., “Las comisiones *ad hoc* en los períodos de consulta/negociación”, *ob. cit.*, p. 153.

No obstante lo que acaba de exponerse, para el supuesto en que nos encontremos ante la falta de constitución de la comisión negociadora que deba suscribirse a los diversos centros afectados, considero, igualmente, que debe atenderse a la postura anteriormente expuesta relativa a las consecuencias que derivan de tal ausencia respecto de la afectación de un único centro de trabajo.

No obstante, la decisión final empresarial de despido colectivo no podrá tener efecto hasta transcurridos treinta días desde la comunicación empresarial que dio inicio al periodo de consultas, tal y como establece el artículo 14.2 RPDC¹²⁸.

¹²⁸ «En todo caso deberán haber transcurrido como mínimo treinta días entre la fecha de la comunicación de apertura del periodo de consultas a la Autoridad laboral a que se refiere el artículo 2 y la fecha de efectos de los despidos».

2. LOS SUJETOS LEGITIMADOS PARA INTERVENIR COMO INTERLOCUTORES EN EL PERIODO DE CONSULTAS.

El periodo de consultas constituye una manifestación propia de la negociación colectiva¹²⁹, manifestación a la que resulta aplicable lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 37 CE *«La ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios»*.

De dicho precepto constitucional se desprenden cuales son los dos agentes que resultan imprescindibles en cualquier proceso negociador: de un lado, los representantes de los trabajadores, y de otro, los empresarios.

La legitimación del empresario es indiscutible, pues la facultad de adoptar tal decisión extintiva se enmarca dentro de las facultades que le reconoce el derecho de libertad económica¹³⁰, al ostentar la titularidad del poder de dirección y organización empresarial¹³¹.

En cuanto a la legitimación de los representantes de los trabajadores, el apartado segundo del artículo 51 ET es claro, al establecer que *«El despido colectivo deberá ir precedido de un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores de una duración no superior a*

¹²⁹ SAN 20-3-2013 (R° 219/2012).

¹³⁰ El artículo 38 CE reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, y añade al respecto que serán los poderes públicos quienes garantizarán y protegerán su ejercicio, así como la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.

¹³¹ El poder de dirección del empresario tiene su fundamento legal en el concepto que del contrato de trabajo da el apartado primero del artículo 1 ET, al establecer que los servicios que el trabajador presta se enmarcan dentro del ámbito de dirección y organización de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario.

treinta días naturales, o de quince en el caso de empresas de menos de cincuenta trabajadores».

Ahora bien, mientras el empresario únicamente puede atribuir su representación a las organizaciones empresariales en las que estuviera integrado en el supuesto en que la negociación con los trabajadores se realice con una comisión cuyos miembros sean designados por los sindicatos¹³², la norma estatutaria contempla, respecto a la representación social, la intervención en el periodo de consultas de toda una serie de sujetos, legitimados a tal fin, en los términos previstos en el artículo 41.4 ET.

La reforma operada por el RDL 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, que pretendía, según sus Disposiciones Generales, mejorar *«la determinación de quienes van a integrar dicha comisión de un máximo de trece miembros, siempre en proporción al número de trabajadores de los centros afectados que representen»*, a mi entender, ha empeorado, y de qué manera, las reglas de intervención como interlocutores en el periodo de consultas pues, aunque si bien es cierto que determina, como ya lo hacía antes, la preferencia de las secciones sindicales sobre el resto de sujetos negociadores y distingue la intervención de los interlocutores según el procedimiento afecte a un centro de trabajo o a varios, las reglas que deben aplicarse, para el supuesto en que los centros afectados por el despido colectivo sean varios, son enrevesadas y complejas.

¹³² Vid., artículo 41.4.a) ET segundo párrafo.

Lo que sí es cierto es que, con la citada reforma, desaparece la posibilidad de que el periodo de consultas se lleve a cabo de manera diferenciada o segmentada por centros de trabajo. Tal posibilidad, que anteriormente aparecía recogida en el artículo 27.2 RPDC, fue una cuestión que despertó la polémica tanto en la doctrina científica como en la judicial¹³³.

Con la nueva reforma, desaparece este problema pues, tal y como dispone el RDL 11/2013 en sus Disposiciones Generales, *«En todos estos procedimientos se establece que la consulta se llevará a cabo en una única comisión negociadora, si bien en el caso de ser varios los centros de trabajo afectados, quedará circunscrita a los centros afectados por el procedimiento. Con esta modificación, desaparece la posibilidad de que la consulta se realice separadamente por centros de trabajo, opción actualmente prevista en el 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. Además se prevé que la comisión negociadora estará integrada por un máximo de trece miembros en representación de cada una de las partes intervinientes en el periodo de consultas, en coherencia con el número de miembros de la comisión negociadora del convenio colectivo de la empresa»*.

Ahora bien, respecto a las reglas que, tras la última reforma, contempla el artículo 41.4 en relación con la determinación de los sujetos que intervendrán como interlocutores en el periodo de consultas, hay que señalar que dichas alternativas, a mi entender, son subsidiarias y

¹³³ Vid., al respecto, la SAN 25-07-2012 (Rº 109/2012).

excluyentes entre sí a excepción de lo establecido en la segunda regla del artículo 41.4.b), en la que se establece que si alguno de los centros afectados cuenta con representantes legales de los trabajadores y otros no la comisión estará integrada únicamente por estos, «salvo que los trabajadores opten»¹³⁴ por designar alguna comisión *ad hoc* en cuyo caso, la comisión representativa estaría integrada conjuntamente por representantes legales de los trabajadores y por los miembros de dichas comisiones, conformándose así lo que conocemos por comisión híbrida.

Por ello, a la hora de analizar la legitimación en el periodo de consultas, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41.4 ET, vamos a seguir el siguiente esquema:

1. Preferencia por las secciones sindicales como sujeto negociador

En defecto de secciones sindicales, ante falta de acuerdo o ante falta de representación, la intervención como interlocutores se regirá por las siguientes reglas:

2. Si el procedimiento afecta a un único centro de trabajo.

- a. Corresponderá al comité de empresa o a los delegados de personal.
- b. En defecto de los anteriores representantes, podrán optar por atribuir su representación para la negociación del acuerdo, a su elección, a una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por estos democráticamente¹³⁵ o a una comisión de igual número de componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que

¹³⁴ Como vemos, está dejando en manos de los trabajadores la posibilidad de designar una «comisión ad hoc».

¹³⁵ A esta comisión la denominaremos «comisión laboral».

pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma¹³⁶.

En el supuesto en que la negociación se realice con una comisión sindical, el empresario podrá atribuir su representación a las organizaciones empresariales en las que estuviera integrado.

3. Si el procedimiento afecta a más de un centro de trabajo, la intervención como interlocutores corresponderá:
 - a. En primer lugar, al comité intercentros, siempre que tenga atribuida esa función en el convenio colectivo en que se hubiera acordado su creación.
 - b. En otro caso, a una comisión representativa que se constituirá de acuerdo con las siguientes reglas:
 1. Si todos los centros afectados por el procedimiento cuentan con representantes legales de los trabajadores, la comisión estará integrada por estos.
 2. En esta segunda regla, a la hora de constituir la comisión negociadora, debemos atender a varios supuestos, según los centros de trabajo cuenten con representantes de los trabajadores o no:
 - Si alguno de los centros de trabajo afectados cuenta con representantes legales de los trabajadores y otros no, la comisión estará integrada únicamente por representantes

¹³⁶ A esta comisión la denominaremos «comisión sindical o sindicalizada».

legales de los trabajadores de los centros que cuenten con dichos representantes¹³⁷;

- Salvo que los trabajadores de los centros que no cuenten con representantes legales opten por designar la comisión a que se refiere el apartado a), en cuyo caso, la comisión representativa estará integrada conjuntamente por representantes legales de los trabajadores y por miembros de las comisiones previstas en dicho párrafo, en proporción al número de trabajadores que representen¹³⁸.
 - En el supuesto de que uno o varios centros de trabajo afectados por el procedimiento que no cuenten con representantes legales de los trabajadores opten por no designar la comisión del párrafo a), se asignará su representación a los representantes legales de los trabajadores de los centros de trabajo afectados que cuenten con ellos, en proporción al número de trabajadores que representen.
3. Si ninguno de los centros de trabajo afectados por el procedimiento cuenta con representantes legales de los trabajadores, la comisión representativa estará integrada por quienes sean elegidos por y entre los miembros de las comisiones designadas en los centros de trabajo afectados conforme a lo dispuesto en el párrafo a), en proporción al número de trabajadores que representen.

¹³⁷ Es lo que denominaremos «interlocución desarrollada únicamente con los representantes de algunos centros de trabajo de la empresa».

¹³⁸ Es lo que denominaremos «comisiones híbridas»

2.1. Preferencia de las secciones sindicales como interlocutores en el procedimiento de consultas

Las secciones sindicales encuentran su base legal en la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical¹³⁹. La sección sindical tiene una doble vertiente pues, se presenta como una entidad integrada en el propio sindicato, con descentralización de la organización sindical de trabajadores, al mismo tiempo que se presenta como uno de los mecanismos de participación de los trabajadores en la empresa¹⁴⁰, junto con los comités de empresa y delegados de personal; pudiéndose constituir válidamente en la empresa o en uno de sus centros de trabajo.

En cuanto a la presencia de este cuerpo representativo como interlocutor durante las negociaciones dimanantes del periodo de consultas, el artículo 41.4 ET es claro al establecer que la intervención como interlocutores ante la dirección de la empresa durante el periodo de consultas les corresponderá cuando estas así lo acuerden, siempre que tengan la representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los delegados de personal de los centros afectados por el procedimiento.

¹³⁹ Vid. artículo 8.1.a) de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto de Libertad Sindical.

¹⁴⁰ El artículo 61 ET establece que *«De conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 de esta ley y sin perjuicio de otras formas de participación, los trabajadores tienen derecho a participar en la empresa a través de los órganos de representación regulados en este Título»*. Tal y como se desprende del transcrito precepto, se prevén otras formas de participación en la empresa, pero no se establece expresamente cuales son; por lo tanto, podríamos catalogarlo como un «cajón de sastre» dentro del cual daríamos cabida a las secciones sindicales como «otras formas de participación» de los trabajadores dentro de la empresa.

Vemos, por tanto, que la norma estatutaria establece una preferencia en favor de las secciones sindicales respecto de los comités de empresa y delegados de personal como interlocutoras en el periodo de consultas¹⁴¹.

Ahora bien, para que este principio de prioridad pueda tener eficacia, es necesario que se cumplan las exigencias que el párrafo cuarto del artículo 41 ET establece, a saber, *«Que las secciones sindicales así lo acuerden, y que tengan la representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los delegados de personal de los centros de trabajo afectados, en cuyo caso representarán a todos los trabajadores de los centros afectados»*.

Si por el contrario, las secciones sindicales no hubiesen adoptado ningún acuerdo al respecto¹⁴² o no tuviesen la representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los delegados de personal de los centros afectados, la intervención como interlocutores se regirá por las reglas establecidas en los incisos a) y b) del artículo 41.4 ET.

Tal y como se ha acaba de explicar, existe una preferencia por las secciones sindicales como sujeto negociador ante la dirección de la empresa durante el periodo de consultas, siempre y cuando así lo

¹⁴¹ La STS 24-02-2015 (R^o 165/2014) estableció que *«Como regla es el Comité de Empresa, dentro de los límites de su representación y si la afectación del despido colectivo no excede de dicho ámbito, el organismo que, como representante legal de los trabajadores de naturaleza unitaria, ostenta el carácter de interlocutor por imperativo legal dada su condición de “órgano representativo colegiado del conjunto de los trabajadores en la empresa o centro de trabajo para la defensa de sus intereses” (art. 63.1 ET). El Estatuto de los Trabajadores en su nueva regulación del despido colectivo ha establecido, no obstante, a pesar de la posible existencia de Comité de Empresa, una regla de preferencia a favor de las Secciones sindicales con determinados presupuestos y otra regla subsidiaria para cuando no exista representación legal de los trabajadores, ni sindical ni unitaria»*.

¹⁴² La STS 24-02-2015 (R^o 165/2014) hace constar que *«No se alega en la demanda, -ni se ha pretendido por la parte recurrente modificación de hechos probados de la sentencia recurrida al respecto- que existiera un acuerdo de las Secciones sindicales para actuar como representantes de los trabajadores frente al empresario en el periodo de consultas del despido colectivo con prioridad al existente Comité de Empresa (“cuando estas así lo acuerden”)»*.

acuerden¹⁴³ y siempre que tengan la representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los delegados de personal de los centros afectados¹⁴⁴.

Por tanto, el acuerdo con las secciones sindicales facilitará la negociación y posibilitará su alcance, bien a la empresa, bien a todos los centros que resulten afectados por la medida extintiva pues, en tal caso «representarán a todos los trabajadores de los centros afectados».

Ahora bien, para que tal supuesto pueda acontecer, será necesario que existan representantes legales *stricto sensu*. Si nos encontramos ante una ausencia de representantes unitarios, evidentemente la negociación con las secciones sindicales se tendrá por excluida¹⁴⁵.

Hasta la reforma operada por el RDL 11/2013, cuando las secciones sindicales actuaban como interlocutores en una empresa con una pluralidad de centros de trabajo, algunos con representantes legales y otros no, la duda que se planteaba es si se debía medir la representatividad a nivel de centro de trabajo, o por el contrario debía medirse dicha representatividad a nivel de empresa y deducir de ahí una legitimación global¹⁴⁶, siendo esta última opción la que se aplicaba, ya que se consideraba la más favorable al facilitar la negociación a nivel de empresa.

¹⁴³ *Vid.*, al respecto, ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “Los márgenes dejados por la Ley a la negociación colectiva en materia de expedientes de regulación de empleo”, en AAVV, *La negociación colectiva en los expedientes de regulación de empleo* MESS, Madrid, 2012, p. 30.

¹⁴⁴ Si bien el artículo 41.4 ET hace referencia a los «centros afectados», resulta evidente que tal preferencia resulta igualmente aplicable cuando el procedimiento de despido colectivo afecte a un único centro de trabajo.

¹⁴⁵ MERCADER UGUINA, J.R., y DE LA PUEBLA PINILLA, A., *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada*, ob. cit., pp. 121 y ss.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 133.

Con la nueva redacción del artículo 41.4 ET se resuelve la duda, siendo la solución adoptada la contraria a la que se venía aplicando, pues dicho precepto establece claramente que para que las secciones sindicales puedan intervenir en el procedimiento de despido como interlocutores, deben acordarlo y además deben tener la representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los delegados de personal «*de los centros de trabajo afectados*» en cuyo caso van a representar «*a todos los trabajadores de los centros afectados*». Por lo tanto, a mi entender, la representatividad de las secciones sindicales no únicamente deberá medirse a nivel de centro de trabajo, sino que para medir dicha representación deberán tenerse en cuenta únicamente los centros de trabajo afectados por el procedimiento, en cuyo caso, dichas secciones sindicales representarán a todos los trabajadores de dichos centros afectados.

Así, en caso de empresas conformadas por un único centro de trabajo o sociedades constituidas por varios pero con un solo centro de trabajo afectado por la medida empresarial, de no existir representación unitaria en tal centro, no podrán negociar las secciones sindicales.

Por el contrario, si nos encontramos ante diversos centros de trabajo afectados, las secciones sindicales de empresa que ostenten la mayoría en los comités de empresa o entre los delegados de personal en el conjunto del ámbito que resulte afectado estarán legitimadas para intervenir en las negociaciones por todos ellos¹⁴⁷.

Ahora bien, ¿se requiere que exista representación unitaria en todos los centros de trabajo afectados para que las secciones sindicales

¹⁴⁷ BENAVENTE TORRES, M^a.I., “Las comisiones *ad hoc* en los períodos de consulta/negociación”, *ob. cit.*, p. 131.

mayoritarias puedan adoptar un acuerdo que las convierta en interlocutoras de la parte laboral?

Tal requisito no se recoge de forma expresa en el artículo 41.4 2º ET, por lo que podría deducirse que la falta de órganos representativos en uno o varios centros de trabajo afectados no resulta óbice para que las secciones sindicales mayoritarias puedan actuar, tal y como se ha postulado por parte de algún sector de la doctrina científica¹⁴⁸. Contrariamente, según ha postulado otro sector, tal exégesis quebrantaría el «*principio de correspondencia representativa*»¹⁴⁹, quebrantamiento que, según ha reconocido la jurisprudencia, debe conducir a la nulidad del acuerdo adoptado en el seno de un procedimiento de despido colectivo¹⁵⁰, así como del convenio de empresa suscrito únicamente con una parte de los trabajadores afectados¹⁵¹.

¹⁴⁸ ALFONSO MELLADO, C. y FABREGAT MONFORT, G., *Negociación en la empresa* Tirant on-line, p. 6. Los autores citados consideran que «*la duda que queda es si estas secciones pueden actuar aunque no existan representantes electivos, pero la solución parece ser afirmativa siempre que esas secciones estén constituidas en el ámbito de la empresa*».

¹⁴⁹ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R., “El principio de correspondencia representativa como límite a la negociación de empresa”, *Revista de Información Laboral*, Nº 3, 2014, p. 227.

¹⁵⁰ Así, el Alto Tribunal, en STS 25-11-2013 (Rº 87/2013) estableció que «*Debe existir correspondencia entre el órgano de representación de los trabajadores que interviene y negocia en el período de consultas con la empresa y el ámbito del personal afectado por el procedimiento, con la finalidad de que, caso de llegar a un acuerdo, los representantes que lo suscriban tengan la representatividad suficiente para vincular a los trabajadores del ámbito afectado por el expediente de despido colectivo. Esta regla de correspondencia aquí no se ha dado, y comporta, como ha resuelto la sentencia de instancia, conforme con lo establecido en el artículo 124.11 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, la declaración de nulidad de la decisión empresarial por falta de legitimación del Comité Intercentros que ha intervenido durante el período de consultas*».

¹⁵¹ La STS 20-05-2014 (Rº 6/2014) dispuso que «*La aplicación del criterio contrario no sólo rompe la necesaria correspondencia entre la legitimación inicial y el nivel de representatividad de la comisión negociadora, de una parte, y la determinación de la denominada legitimación decisoria, por otra, sino que resulta contrario a la seguridad jurídica al introducir incertidumbre sobre los niveles de representatividad con un cuestionamiento constante de éstos incompatible con el desarrollo normal y estable de un proceso de negociación. Desde esta perspectiva y no constando la fecha del inicio de las negociaciones hay que excluir de cómputo las variaciones posteriores a la constitución de la comisión negociadora*».

Tal y como se ha postulado por parte del algún autor¹⁵², a mi entender, de manera totalmente acertada, para que la negociación pueda efectuarse por las secciones sindicales se erige como requisito esencial e indispensable que exista representación unitaria en todos los centros de trabajo que resulten afectados por la medida empresarial. Y ello porque, tal y como ha exigido la jurisprudencia, *«debe existir correspondencia entre el órgano de representación de los trabajadores que interviene y negocia en el período de consultas con la empresa y el ámbito del personal afectado por el procedimiento, con la finalidad de que, caso de llegar a un acuerdo, los representantes que lo suscriban tengan la representatividad suficiente para vincular a los trabajadores del ámbito afectado por el expediente de despido colectivo»*¹⁵³, correspondencia esta que no quedaría garantizada en caso de no cumplirse las exigencias expuestas. En el mismo sentido, debe recordarse que el artículo 87.1 2º ET, relativo a la legitimación para negociar en los convenios colectivos de empresa y de ámbito inferior, reconoce la prioridad de las secciones sindicales para negociar *«cuando estas así lo acuerden, siempre que sumen la mayoría de los miembros del comité de empresa o entre los delegados de personal»*, imposición esta que no ha sido discutida¹⁵⁴.

¹⁵² Vid., al respecto, SOLÀ I MONELLS, X., “La conformación de la comisión representativa del período de consultas. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2015 (Recurso 139/2014)”, *IUSLabor*, N° 3, 2015, p. 7.

¹⁵³ STS 25-11-2013 (R° 78/2013). Igualmente, el Alto Tribunal ha aplicado tal doctrina posteriormente, entre otras, en las SSTs 23-02-2016 (R° 39/2015); 18-02-2016 (R° 282/2014) y 10-06-2015 (R° 175/2014).

¹⁵⁴ MUÑOZ RUIZ, A. B., *Los sujetos negociadores en la empresa*, Aranzadi bibliotecas pp. 5-7.

Por tanto, tal y como se ha apuntado por algún autor, «no tendría demasiado sentido interpretar de forma distinta dos reglas que presentan un evidente paralelismo e idéntica lógica»¹⁵⁵.

2.2. Sujetos legitimados para intervenir en el periodo de consultas en empresas en las que el despido colectivo afecte solo a un centro de trabajo

2.2.1. Legitimación de los representantes unitarios: comités de empresa y delegados de personal

Tanto el apartado segundo del artículo 51 como el cuarto del artículo 41, ambos del ET legitiman, para intervenir como interlocutores ante la dirección de la empresa en el periodo de consultas, a los representantes legales de los trabajadores.

Ambos órganos representativos se sumergen dentro del concepto de representación unitaria, dependiendo la adopción de uno u otro órgano del número de trabajadores que conformen el/los centros de trabajo.

La representación unitaria es el fruto de un proceso de elección en el que participan el conjunto de los trabajadores de la empresa o centro de trabajo, cuya labor consiste en representar a los trabajadores en todas las cuestiones o avatares que deriven del día a día en la empresa y a velar por sus intereses, tal y como se establece en los artículos 62.2 y 64 ET y, al ser el resultado de un procedimiento de votación, están exentos

¹⁵⁵ SOLÀ I MONELLS, X., “La conformación de la comisión representativa del período de consultas. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2015 (Recurso 139/2014)”, *ob. cit.*, p. 7.

de demostrar requisitos adicionales para ostentar la legitimación inicial¹⁵⁶ ni tampoco requerirán un acuerdo expreso mediante el que establezca la atribución o asunción de facultades de intervención¹⁵⁷.

2.2.2. Intervención en el procedimiento en ausencia de representantes legales de los trabajadores: comisiones laborales y comisiones sindicalizadas.

Estas comisiones que, aparecen por vez primera, en el Real Decreto Ley 10/2010, de 16 de junio de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, cuya confirmación le correspondió a la Ley 35/2010, de 17 de septiembre con idéntica denominación, tienen su reconocimiento estatutario en el artículo 41.4, al que nos remite el artículo 51.2 ET al establecer que en la intervención como interlocutores ante la dirección de la empresa en el periodo de consultas corresponderá a los sujetos establecidos en dicho artículo, en el orden y condiciones que en el mismo se establecen.

Lo dicho anteriormente queda confirmado por lo dispuesto en el artículo 26 RPDC que establece que *«Estarán legitimados para intervenir como interlocutores ante la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas a que se refiere este Reglamento los sujetos indicados en el*

¹⁵⁶ MERCADER UGUINA J.R., y DE LA PUEBLA PINILLA, A., *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada*, ob. cit., p.121.

¹⁵⁷ Así, la STS 24-02-2015 (Rº 165/2014) *«No siendo exigible legal ni, en consecuencia, reglamentariamente, ningún acuerdo específico para atribuir o asumirse la representación por el Comité de Empresa, ya que el mismo como representante legal unitario de los trabajadores tiene dicho carácter de interlocutor por imperativo legal (art. 63.1 ET), salvo que exista acuerdo de las secciones sindicales para asumirla preferentemente en los términos, antes referidos».*

artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores, en el orden y condiciones señalados en el mismo».

El artículo 41.4 ET, en su párrafo a) establece que *«En el supuesto de que en centro de trabajo no exista representación legal de los trabajadores, estos podrán optar por atribuir su representación para la negociación del acuerdo, a su elección, a una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por estos democráticamente o a una comisión de igual número de componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma».*

Por lo tanto, aunque el Estatuto utilice el término «estos» se está refiriendo a los trabajadores, por lo que dichos trabajadores podrán optar, a su elección, a la hora de atribuir su representación para la negociación del acuerdo, a una de estas dos comisiones:

1. A una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y que deberá ser elegida por los trabajadores de manera democrática.
2. A una comisión, también de un máximo de tres componentes, pero en estos casos designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenece la empresa y que, además, estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo que resulte de aplicación a la empresa.

2.2.1.1 Comisiones laborales¹⁵⁸

Respecto a este tipo de comisiones hay que decir, en cuanto a su naturaleza, que se trata de una comisión de carácter extrasindical, formada por trabajadores de la empresa, cuyo número máximo de miembros se eleva a tres, según el artículo 41.4 ET.

Asimismo, en el precepto anteriormente mencionado, se establece otro requisito de constitución, y es que la comisión debe ser elegida por los trabajadores «democráticamente».

Por ello, en ausencia de reglas procedimentales al respecto, considero que los elementos que nos permitirán configurar tal proceder serán:

1. La válida constitución de la asamblea con la inclusión de dicha designación en el orden del día;
2. El quórum mínimo de asistentes a la asamblea para la válida adopción de acuerdos;
3. La garantía de voto libre y secreto de los convocados; y
4. Las garantías de igualdad de las candidaturas.

En resumen, la elección de la comisión por parte de los trabajadores debe reunir, para su válida constitución, unos mínimos criterios de limpieza democrática¹⁵⁹.

Respecto al régimen de elección o designación de sus componentes, nada se establece en la norma estatutaria respecto a la mayoría que se requiere, bastando, consiguientemente, la mayoría simple, sin que en

¹⁵⁸ También denominadas comisiones internas, tal y como dispone, BENAVENTE TORRES, M^a.I., “Las comisiones *ad hoc* en los períodos de consulta/negociación”, *ob. cit.*, p 135.

¹⁵⁹ *Vid.* la SAN 04-10-2012 (R^o 160/2012) que consideró que el periodo de consultas realizado por la empresa demandada, incumplió los requisitos exigidos por el artículo 41.4 ET, pues la elección de la comisión negociadora no reunió los «mínimos criterios de limpieza democrática».

principio pueda otorgársele significado alguno a la abstención, puesto que esta puede dimanar de distintas causas¹⁶⁰.

En cuanto al régimen de funcionamiento interno de esta comisión no hay ningún precepto legal ni reglamentario que se pronuncie al respecto, por lo que deberemos estar al principio de autonomía de la voluntad de los trabajadores¹⁶¹ que, libremente, han optado por este tipo de comisión debiendo respetar, eso sí, los principios democráticos, que no deben regir únicamente en la designación de la comisión negociadora, sino que también deben respetarse en el seno de las negociaciones llevadas a cabo para la válida adopción de acuerdos, atendiendo a la regla de la mayoría.

Tanto el artículo 41.4 ET como el artículo 51.2 ET, respecto a la adopción de acuerdos durante el periodo de consultas, disponen que *«Dicho acuerdo requerirá la conformidad de la mayoría de los representantes legales de los trabajadores o, en su caso, de la mayoría de los miembros de la comisión representativa de los trabajadores siempre que, en ambos casos, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados»*.

Para este supuesto, es decir, para el caso en que la comisión represente a los trabajadores de un único centro de trabajo, los acuerdos de la comisión requerirá la conformidad de la mayoría de los miembros de dicha comisión, con lo cual se requerirá el voto favorable de dos de sus miembros.

¹⁶⁰ BENAVENTE TORRES, M^a.I., “Las comisiones ad hoc en los períodos de consulta/negociación”, *ob. cit.*, p. 149.

¹⁶¹ Al no haber norma legal ni reglamentaria que regule el funcionamiento de estas comisiones, sería totalmente lícito que incorporasen a su régimen interno el contenido establecido en los preceptos 77 a 80 ET sobre el derecho de reunión de los trabajadores en la empresa.

En cuanto a las causas de extinción de la comisión, en primer lugar la comisión se extinguirá cuando cumpla su cometido, es decir, cuando las partes negociadoras lleguen a un acuerdo o, no llegando a un acuerdo, cuando expire el término legal establecido¹⁶².

Asimismo, sería una causa de extinción, la establecida en el apartado cuarto del artículo 41.4 ET, que posibilita que, en cualquier momento, el empresario y la representación de los trabajadores acuerden la sustitución del periodo de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, debiéndose desarrollar dentro del plazo máximo señalado para dicho periodo.

Otra causa que conllevaría la extinción de la comisión es la presencia de irregularidades en el momento de su constitución o en el que se designó a sus componentes, que se dictará en sede judicial al sentenciar algún procedimiento de impugnación¹⁶³.

Por último, hay que decir que se ha discutido si la legitimación que ostenta dicha comisión para negociar durante el periodo de consultas le concede o no legitimación activa para el proceso, por cuanto la ley limita la representación exclusivamente al periodo de consultas, y el artículo 124 LRJS reconoce exclusivamente legitimación activa a los representantes legales y sindicales de los trabajadores.

Respecto a ésta cuestión se pronunció el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en su resolución de 23-05-2012 (Rº 10/2012), afirmando que el alcance de la legitimación de esta comisión *ad hoc* sobrepasa el

¹⁶² Según el artículo 51.2 ET, la duración del periodo de consultas no ha de ser superior a treinta días naturales, o a quince en el caso de empresas de menos de cincuenta trabajadores.

¹⁶³ DE LA VILLA GIL, L.E., "Comisiones laborales y comisiones sindicales. Una sorpresa escondida en la reforma laboral de 2010", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2011, Nº 23, p. 21.

periodo de consultas y llega hasta el proceso, pues «*Exclure a estos representantes de los trabajadores de la posibilidad de impugnar la decisión colectiva empresarial significa limitar sus atribuciones y vaciarlas de contenido cuando (se) les atribuye toda la capacidad, sin limitaciones para negociar, acordar o no acordar con la empresa los despidos colectivos*», resolución que fue confirmada por el Alto Tribunal¹⁶⁴, estableciendo que «*No es factible admitir que la dinámica y alcance de las herramientas de defensa y de conflicto entre las partes sean distintas según se haya constituido o no representación legal o sindical de los trabajadores en la empresa o centro de trabajo*», por lo que «*la comisión ad hoc ha de ser incluida en el concepto de representación legal a los efectos del art. 124 LRJS lo demuestra, además, el que la acción pueda ejercitarse también, subsidiariamente, por el propio empresario en un supuesto en que, lógicamente, se ha de partir de la falta de acuerdo y en que en el caso de inexistencia de representación legal o sindical en la empresa, los únicos posibles demandados habrán de ser los integrantes de la comisión ad hoc en calidad de tal*».

2.2.1.2. Comisiones sindicales¹⁶⁵

El propio artículo 41.4 a) ET establece una segunda posibilidad, y es que en caso de ausencia de representantes legales sean los propios trabajadores los que atribuyan su representación a una comisión de un máximo de tres componentes designados, según su representatividad,

¹⁶⁴ STS 18-03-2014 (R^o 114/2013).

¹⁶⁵ O comisiones externas. *Vid.*, al respecto, BENAVENTE TORRES, M^a.I., “Las comisiones *ad hoc* en los períodos de consulta/negociación”, *ob. cit.*, p 135.

por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenece la empresa, y que estén legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo que le sea aplicable a la empresa.

La naturaleza jurídica de tal comisión es la de órgano sindical¹⁶⁶, pues su designación les corresponde a los sindicatos, tal y como establece el apartado cuarto del artículo 41 ET.

Respecto a la expresión de sindicatos «*más representativos y representativos del sector al que pertenece la empresa*» deberán incluirse, de acuerdo con lo establecido en la LOLS:

1. Los sindicatos más representativos a nivel estatal que, de acuerdo con lo establecido en el párrafo segundo, en sus letras a) y b) del artículo 6 LOLS, gozarán de tal consideración «*Los que acrediten una especial audiencia, expresada en la obtención, en dicho ámbito del 10 por 100 o más del total de delegados de personal, de los miembros de los comités de empresa y de los correspondientes órganos de las Administraciones Públicas*», así como «*Los sindicatos o entes sindicales, afiliados, federados o confederados a una organización sindical de ámbito estatal que tenga la consideración de más representativa de acuerdo con lo previsto en la letra a)*». Asimismo, de acuerdo con el apartado tercero de dicho precepto, gozarán de su capacidad representativa a todos los niveles territoriales y funcionales.
2. Los sindicatos más representativos a nivel de comunidad autónoma que, de acuerdo con lo establecido en el párrafo primero del artículo

¹⁶⁶ Cfr. ALFONSO MELLADO, C.L., “Las actuaciones para incrementar la flexibilidad interna”, en AA.VV., *La reforma laboral en la Ley 35/2010*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 112.

7 LOLS, en sus letras a) y b), gozarán de tal consideración «*Los sindicatos de dicho ámbito que acrediten en el mismo una especial audiencia expresada en la obtención de, al menos, el 15 por 100 de los delegados de personal y de los representantes de los trabajadores en los comités de empresa, y en los órganos correspondientes de las Administraciones Públicas, siempre que cuenten con un mínimo de 1.500 representantes y no estén federados o confederados con organizaciones sindicales de ámbito estatal*» así como «*Los sindicatos o entes sindicales afiliados, federados o confederados a una organización sindical de ámbito de Comunidad Autónoma que tenga la consideración de más representativa de acuerdo con lo previsto en la letra a)*».

3. Las organizaciones sindicales que aun no teniendo la consideración de más representativas hayan obtenido, en un ámbito territorial y funcional específico, el 10 por 100 o más de delegados de personal y miembros de comité de empresa y de los correspondientes órganos de las Administraciones Públicas, estarán legitimadas para ejercitar, en dicho ámbito funcional y territorial, las funciones y facultades a que se refieren los apartados b), c), d), e) y g) del número 3 del artículo 6 de acuerdo con la normativa aplicable a cada caso.

Pero la condición de más representativo o representativo del sector al que pertenece la empresa no es el único de los requisitos que se les exige a los sindicatos para proceder válidamente a la elección de la comisión, sino que también es necesario que estén legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la empresa en cuestión, según la citada norma estatutaria.

A mi entender, estos dos requisitos son acumulativos por lo que, si falta alguno de ellos, el sindicato en cuestión no estaría legitimado para designar dicha comisión, pudiendo otorgar los trabajadores su representación a otro sindicato en el que sí concurren los mencionados requisitos u optar, en caso contrario, por constituir una comisión de carácter laboral.

Tanto el régimen de adopción de acuerdos como las causas de extinción de la comisión, explicadas en el apartado referente a la comisión laboral, son igualmente aplicables a este supuesto, por lo que nos remitimos a lo explicado en líneas anteriores.

En cuanto a la posibilidad de aplicar a los miembros de estas comisiones las garantías de los representantes de los trabajadores establecidas en el artículo 68 ET, es posible, siempre y cuando no sean incompatibles con su posición en la comisión¹⁶⁷, debiendo tener presente igualmente que existe la posibilidad de que las personas que la integren no sean trabajadores de la empresa¹⁶⁸, pues en el artículo 41.4 ET no se establece que los componentes designados por los sindicatos formen parte de la empresa, a diferencia de la comisión laboral, que debe estar integrada por «*trabajadores de la propia empresa*». En este supuesto, la aplicación del artículo 68 ET carecería de sentido¹⁶⁹.

¹⁶⁷ Como señala DE LA VILLA GIL, L.E., “Comisiones laborales y comisiones sindicales. Una sorpresa escondida en la reforma laboral de 2010”, *ob. cit.*, p. 14.

¹⁶⁸ ALFONSO MELLADO, C.L., “Las actuaciones para incrementar la flexibilidad interna”, en AA.VV., *La reforma laboral en la Ley 35/2010*, *ob. cit.*, p. 113.

¹⁶⁹ L.E. DE LA VILLA GIL, “Comisiones laborales y comisiones sindicales. Una sorpresa escondida en la reforma laboral de 2010”, *ob. cit.*, p. 14.

2.3. Legitimados para intervenir en el periodo de consultas en empresas con varios centros de trabajo

2.3.1. Legitimación del comité intercentros

A tenor de lo establecido en el párrafo primero de la letra b) del párrafo cuarto del artículo 41 ET, cuando la empresa tuviera varios centros de trabajo afectados por el procedimiento intervendrá, de manera preferente, el comité intercentros, siempre que tuviera atribuida esa función en el convenio colectivo en que se hubiera acordado su creación.

Como vemos, con la reforma operada por el RDL 11/2013, únicamente tiene legitimación para intervenir como interlocutor en el procedimiento, de manera preferente, el Comité Intercentros, eliminándose toda referencia a la posibilidad de que fuera otro «*Órgano de naturaleza similar creado mediante la negociación colectiva*» el que pudiera también intervenir como interlocutor en el periodo de consultas¹⁷⁰.

Hay que conjugar lo dicho anteriormente con lo expuesto en el artículo 63.3 ET, al establecer que únicamente por convenio colectivo podrá pactarse la constitución y funcionamiento de un comité intercentros, al que no podrán atribuirse otras funciones que las que expresamente se le conceda en el convenio colectivo en el que acuerde su creación.

¹⁷⁰ El anterior artículo 26.2 RPDC establecía que «*Cuando la empresa tuviera varios centros de trabajo afectados por el procedimiento intervendrá, de manera preferente, el Comité Intercentros o el órgano de naturaleza similar creado mediante la negociación colectiva, si por esta vía tuvieran atribuida esta función*».

En la constitución de este comité intercentros se deberá guardar la proporcionalidad de los sindicatos, según los resultados electorales considerados globalmente.

El comité contará con un máximo de trece miembros los cuales, serán designados entre los componentes de los distintos comités de centro de la empresa.

Asimismo, con el RDL 11/2013 se ha eliminado la colisión que se efectuaba entre lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 26 RPDC, en el que se establecía una prioridad por el comité intercentros u órgano de naturaleza similar creado por negociación colectiva, prioridad que colisionaba con la establecida en el artículo 51.2 ET *«La intervención como interlocutores ante la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas corresponderá a las secciones sindicales cuando estas así lo acuerden, siempre que tengan la representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los delegados de personal»*. Dicha colisión, a mi entender, era causada por una regulación reglamentaria *ultra vires*, y ello al estar alterándose por vía reglamentaria una prioridad incondicionada que la ley otorgaba a las secciones sindicales¹⁷¹.

Con la reforma operada, que ha modificado lo dispuesto en el artículo 51.2 ET así como lo establecido en el 26 RPDC, y que se ha remitido al artículo 41.4 ET para determinar la intervención como interlocutores ante la dirección de la empresa, en el orden y condiciones señalados en el mismo, el problema ha desaparecido y ello porque, a mi parecer, la

¹⁷¹ ABRIL LARRAINZAR, M^a. P., “El derecho a la información y consulta en el despido colectivo”, *XXIV Jornades Catalanes de Dret Social*, Barcelona, 21 y 22 de febrero de 2012, p. 18.

redacción del artículo 41.4 ET no deja lugar a dudas al establecer que «*La intervención como interlocutores ante la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas corresponderá a las secciones sindicales cuando estas así lo acuerden, siempre que tengan la representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los delegados de personal de los centros de trabajo afectados, en cuyo caso representarán a todos los trabajadores de los centros afectados. En defecto de lo previsto en el párrafo anterior, la intervención como interlocutores se regirá por las siguientes reglas (...)*».

Como vemos, el precepto estatutario establece una clara prioridad a favor de las secciones sindicales a la hora de intervenir en el periodo de consultas¹⁷² por lo que, la intervención como interlocutor únicamente corresponderá al comité intercentros cuando se cumplan estos requisitos¹⁷³:

1. Cuando las secciones sindicales no hayan acordado su intervención como interlocutores en el procedimiento de consultas o cuando, habiéndolo acordado, no ostenten la representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los delgados de personal de los centros de trabajo afectados;
2. Siempre y cuando, evidentemente, el procedimiento afecte a más de un centro de trabajo; y
3. Siempre que tenga atribuida esa función en el convenio colectivo en que se hubiera acordado su creación.

Es más, si en el transcurso de las negociaciones se decide segregarse al personal de extinción, con respecto al cual se inicia un proceso de

¹⁷² Vid., al respecto, la SAN 26-04-2013 (R° 29/2013).

¹⁷³ Vid., al respecto, las SSTSJ Castilla y León 28-02-2013 (R° 9/2013) y 23-05-2013 (R° 6/2013).

negociación autónoma en otro expediente de extinción, de modo que el procedimiento inicial afecta ahora a otros sujetos a lo que no les resulta aplicable tal norma convencional, la medida extintiva adoptada será declarada nula¹⁷⁴.

Y es que el comité intercentros no tiene la posibilidad de englobar o comprender aquellos centros de trabajo carentes de representación o aquellos a los que no les resulte de aplicación el convenio colectivo que les atribuya tal función y que, además, hubiera acordado su creación.

En consecuencia, su prevalencia lo es únicamente respecto de la representación de los centros afectados que, efectivamente, posean órganos representativos. Respecto de aquellos centros de trabajo que carezcan de representación, tal y como seguidamente se verá, existe la posibilidad de designar una comisión *ad hoc*, o incluso atribuir su representación al propio comité intercentros, entendiéndose también la posibilidad de proceder a tal atribución en defecto de opción, en virtud de una exégesis sistemática del artículo 41.4 b) ET¹⁷⁵.

¹⁷⁴ Así, el Alto Tribunal, en STS 25-11-2013 (Rº 87/2013) dispuso que *«en supuestos como el presente de procedimientos de despido colectivo, debe existir correspondencia entre el órgano de representación de los trabajadores que interviene y negocia en el período de consultas con la empresa y el ámbito del personal afectado por el procedimiento, con la finalidad de que, caso de llegar a un acuerdo, los representantes que lo suscriban tengan la representatividad suficiente para vincular a los trabajadores del ámbito afectado por el expediente de despido colectivo. Esta regla de correspondencia aquí no se ha dado, y comporta, como ha resuelto la sentencia de instancia, conforme con lo establecido en el artículo 124.11 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, la declaración de nulidad de la decisión empresarial por falta de legitimación del Comité Intercentros que ha intervenido durante el período de consultas»*.

¹⁷⁵ Tal y como establece BENAVENTE TORRES, M^a.I., “Las comisiones *ad hoc* en los períodos de consulta/negociación”, *ob. cit.*, p. 134, *«Sí es posible la extensión de su ámbito de representación a través de esta vía legítima y automática»*.

2.3.2. Comisión representativa que ostentará la legitimación en el periodo de consultas: reglas para su constitución

2.3.2.1. Si todos los centros de trabajo afectados por el procedimiento cuentan con representantes legales de los trabajadores, la comisión estará integrada por estos.

Este supuesto no deja lugar a dudas: si todos los centros que han resultado afectados por el procedimiento tienen representantes legales de los trabajadores, estos serán los que integrarán la comisión que representará a los trabajadores a lo largo del periodo de consultas.

La única diferencia entre la comisión representativa formada por los representantes de los trabajadores cuando el despido afecte a un único centro de trabajo y entre la comisión formada por la representación unitaria cuando el despido afecte a más de un centro de trabajo es el número de componentes que conformará dicha comisión, ya que en el primero no habrá problema alguno, pero en este segundo supuesto debemos tener presente la precisión norma contenida en el artículo 41.4 ET, pues dispone que *«En todos los supuestos contemplados en este apartado, si como resultado de la aplicación de las reglas indicadas anteriormente el número inicial de representantes fuese superior a trece, estos elegirían por y entre ellos a un máximo de trece, en proporción al número de trabajadores que representen»*. Por lo tanto, si la comisión, para el caso en que todos los centros afectados por el procedimiento de despido cuenten con representantes legales de los trabajadores fuese superior a trece miembros, estos elegirán por y entre ellos a un máximo de trece, en proporción al número de trabajadores que representen.

Tal como se desprende del tenor literal del propio precepto, no queda claro si son los trabajadores los que deberán elegir quienes son los trece miembros que les van a representar o, por el contrario, si serán los representantes de los trabajadores los que procederán a tal elección.

A mi entender, serán los representantes de los trabajadores los que deberán elegir, finalmente, quienes serán los sujetos que se encargarán de asumir el papel de interlocutores durante el periodo de consultas y tal elección deberá seguir los siguientes parámetros:

1. Deberán elegir un máximo de trece miembros;
2. Esta elección deberá producirse por los representantes de los trabajadores;
3. Los miembros electos deberán formar parte del colectivo de representación; y
4. La elección deberá realizarse en proporción al número de trabajadores que representen.

No se hace referencia a si esta proporción en la representación se refiere a nivel de centro de trabajo o a nivel de cada integrante.

A mi entender, sería extensible a este caso lo dispuesto en el artículo 28.1 RPDC en relación con el régimen de adopción de acuerdos en el periodo de consultas. Dicho precepto establece que *«Los acuerdos en el periodo de consultas requerirán la conformidad de la mayoría de los miembros de la comisión negociadora que, en su conjunto, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados, para lo cual, se considerará el porcentaje de representación que tenga, en cada caso, cada uno de sus integrantes»*.

De igual manera se pronunciaba el artículo 28.2 RPDC, anterior a la reforma, que venía a regular el supuesto en que la comisión negociadora estuviese integrada por representantes de varios centros, el cual establecía que para la atribución de la mayoría se aplicaría lo que decidiese la propia comisión negociadora, concretamente mantenía que *«En el caso de no existir una decisión al respecto, será considerado el porcentaje de representación que tenga, en cada caso, cada uno de sus integrantes»*.

Así lo entiende también el RDL 11/2013 pues, en sus consideraciones generales, establece que *«Además, se mejora la determinación de quienes van a integrar dicha comisión de un máximo de trece miembros, siempre en proporción al número de trabajadores de los centros afectados que representan»*.

Por lo tanto, considero que si en las comisiones representativas el número inicial de representantes fuese superior a trece, los representantes deberán elegir por y entre ellos a un máximo de trece miembros, en proporción al número de trabajadores que representen cada uno de sus integrantes.

2.3.2.2. Reglas especiales, según algún centro de trabajo cuente con representantes de los trabajadores o no.

2.3.2.2.1. Si alguno de los centros de trabajo afectados cuenta con representantes legales de los trabajadores y otros no, la comisión estará integrada únicamente por representantes legales de los trabajadores de los centros que cuenten con dichos trabajadores.

Una de las posibilidades que establece el Estatuto de los Trabajadores es que los representantes legales de los trabajadores de un centro de trabajo de la misma empresa puedan asumir la representación de los trabajadores de los centros de trabajo que carezcan de representación¹⁷⁶ produciéndose una asunción de la capacidad representativa.

Este supuesto fue discutido en su momento al entenderse que el contenido establecido en el anterior artículo 26.3 a) RPDC¹⁷⁷ constituía una incoherencia en sus propios términos, puesto que si hay representantes en algunos centros de trabajo de la empresa, no estamos ante un supuesto de falta de representación.

A mi entender, tales afirmaciones no pueden sostenerse y, mucho menos, tras la entrada en vigor del RDL 11/2013 que, al modificar el artículo 41.4 ET, posibilita que si alguno de los centros de trabajo afectados cuenta con representantes legales de los trabajadores y otros

¹⁷⁶ *Vid.*, al respecto, artículo 41.4.b) 2º ET.

¹⁷⁷ Dicho contenido viene hoy establecido en el artículo 41.4 ET, que establece la posibilidad de que si alguno de los centros de trabajo afectados cuenta con representantes legales de los trabajadores y otros no, la comisión estará integrada únicamente por representantes legales de los trabajadores de los centros que cuenten con dichos representantes.

no, la comisión pueda estar integrada por representantes legales de los trabajadores de los centros que cuenten con dichos representantes.

En el mismo sentido se pronunció, en su momento, la SAN 21-11-2012 (Rº 167/2012) al considerar que la comisión negociadora se ajustó a derecho, al ser conformada por los representantes legales de los trabajadores existentes en algunos centros de trabajo, utilizando la siguiente argumentación:

«El artículo 51.2 ET y 41.4 ET solo contemplan dos situaciones:

- a) Que haya representantes de los trabajadores en la empresa, en cuyo caso serán los interlocutores de la empresa, salvo que las secciones sindicales mayoritarias decidan intervenir como tales.*
- b) Que no haya representantes de los trabajadores en la empresa, en cuyo caso se deberá elegir una comisión en los términos citados.*

Los artículos examinados no contemplan negociación por centros de trabajo, ni tampoco la elección de tantas comisiones como centros se vean afectados por el despido colectivo, como no podía ser de otro modo, puesto que solo regulan la negociación de un periodo de consultas a nivel de empresa. Dicha conclusión es más evidente, si cabe, cuando no haya representantes de los trabajadores, puesto que el artículo 41.4 prevé de modo perentorio que el número máximo de miembros de la “comisión ad hoc” es de tres, sea cual fuere su composición(...) Como vemos, el presupuesto constitutivo, para que los acuerdos del periodo de consultas sean válidos, es que se hayan adoptado por comisiones elegidas conforme al artículo 4 del propio Reglamento, que no regula la elección de comisiones por cada centro de trabajo, lo que constituye una contradicción manifiesta, que no contribuye a clarificar la composición

de comisiones negociadoras en empresas complejas, en las que el despido colectivo afecte a varios centros de trabajo, que pueden contar o no con representantes de los trabajadores».

2.3.2.2.2. La posibilidad de constituir comisiones híbridas

Las comisiones híbridas son aquellas que están formadas por miembros con representación legal y por miembros elegidos de las comisiones *ad hoc*, dimanantes de aquellos centros que carecen de representación.

En primer lugar, debemos destacar que dichas comisiones se han incorporado a la norma estatutaria tras el RDL 11/2013, pues anteriormente, no se contemplaban ni legal ni reglamentariamente.

No obstante, fue la doctrina judicial¹⁷⁸, consciente de los problemas de representatividad planteados en muchas sociedades, en las que existen centros con representantes y sin representantes la que posibilitó su conformación, permitiendo su intervención como interlocutoras en el procedimiento de despido colectivo, siempre que dicha alternativa fuera negociada y pactada, y se asegurase la ponderación de voto, y ello porque la acumulación de representatividades no perjudica el resultado democrático y permite a los representantes de los trabajadores asumir contrapartidas costosas durante la negociación que, serían muy difíciles de asumir por los destinatarios cuando nunca eligieron a sus representantes.

Ahora bien, mientras sí que resulta posible la constitución de comisiones híbridas formadas por representantes unitarios y comisiones

¹⁷⁸ Vid. SSAN 22-04-2013 (R° 73/2013); 28-09-2012 (R° 159/2012) y 28-7-2012 (R° 8 /2012)

ad hoc, en los términos que acaban de exponerse, la doctrina judicial consideró imposible la constitución de comisiones híbridas compuestas por secciones sindicales mayoritarias y representantes unitarios o comisiones *ad hoc*, puesto que:

1. «*La legitimidad del voto de las secciones sindicales depende de su representatividad en la empresa, que no puede dividirse entre sus miembros, quienes están obligados a votar en bloque, por cuanto no les corresponde una parte de la representatividad global de la sección sindical*»¹⁷⁹; y porque
2. «*Las secciones sindicales mayoritarias, como anticipamos más arriba, representan a la totalidad de los trabajadores de la empresa, fuere cual fuere su implantación en cada uno de los centros de la misma, lo cual impide necesariamente, que compartan esa representación general con representatividades particulares de cada centro de trabajo y hace imposible definir criterios de ponderación de votos para identificar las mayorías exigidas por el art. 28 RD 1483/2012, de 29 de octubre*»¹⁸⁰.

A mi entender, tras la reforma llevada a cabo por el RDL 11/2003, considero, al igual que la Audiencia Nacional, que es imposible la constitución de comisiones híbridas compuestas por secciones sindicales mayoritarias y representantes unitarios o comisiones *ad hoc*, y ello porque las reglas que se establecen en el artículo 41.4 ET para determinar los sujetos legitimados en el periodo de consultas, son subsidiarias y excluyentes, por lo que, si existen secciones sindicales en los centros de trabajo afectados, siempre que estas así lo acuerden y

¹⁷⁹ SAN 18-06-2012 (R^o 80/2012).

¹⁸⁰ SAN 26-04-2013 (R^o 76/2013).

siempre que tengan la representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los delegados de personal, serán ellas las legitimadas, exclusivamente, para intervenir como interlocutores en el periodo de consultas.

Para finalizar, debe hacerse constar que, al igual que ocurre con las comisiones *ad hoc*, si bien el legislador ha previsto la forma de constitución y actuación de esta comisión en el marco de las negociaciones que han de desarrollarse en el periodo de consultas del despido colectivo, no ha previsto su legitimación para impugnar la citada extinción. No obstante, el Alto Tribunal considera que *«la citada comisión "híbrida" ostenta legitimación activa para impugnar el despido colectivo»*¹⁸¹.

2.3.2.2.3. Supuesto en que uno o varios centros de trabajo afectados por el procedimiento que no cuenten con representantes legales de los trabajadores opten por no designar la comisión del párrafo a), se asignará su representación a los representantes legales de los trabajadores de los centros de trabajo afectados que cuenten con ellos, en proporción al número que representen.

A mi entender, para que se cumpla lo establecido en este supuesto deben darse tres requisitos:

1. En primer lugar, que sean uno o varios centros de trabajo los que resulten afectados por el procedimiento de despido colectivo los que no cuenten con representantes legales de los trabajadores;

¹⁸¹ *Vid.*, al respecto, la STS 21-04-2015 (R° 311/2014).

2. Que opten por no designar la comisión representativa establecida en el párrafo a) del artículo 41.4 ET; es decir, que no designen ni comisión laboral ni sindical alguna;
3. Que haya varios centros de trabajo afectados que cuenten con representantes legales de los trabajadores.

Asimismo, siguiendo una exégesis sistemática del precepto objeto de análisis, debe hacerse constar que, ante la pasividad de los centros de trabajo afectados, pasividad que únicamente debe resultar imputable a estos¹⁸², es decir, cuando de su propia inactividad se desprenda que «opten por no designar la comisión del párrafo a)» en el momento y la forma previstos, se establece una atribución legal de dicha facultad representativa al conjunto de los representantes de los trabajadores de los centros afectados.

En este supuesto, ante tal pasividad, no se hablaría de una asunción de la capacidad de representación, sino de una atribución legal de tal facultad de representación siendo, en este supuesto, varios los centros de trabajo afectados por el procedimiento que no contaran con representantes legales de los trabajadores, a lo que debemos añadir la precisión que el segundo párrafo del artículo 41.4.b) 2ª establece, según la cual para asignar la representación de los centros carentes de la misma a los representantes legales de los trabajadores de los centros afectados que cuenten con ellos, deberá realizarse «en proporción al número de trabajadores que representen¹⁸³».

¹⁸² Ni a los representantes de los trabajadores ni a la empresa.

¹⁸³ A mi entender, en este supuesto debe de realizarse la misma precisión que la que he llevado a cabo en el supuesto en que nos encontremos ante un exceso de miembros en la comisión representativa. Los representantes deberán elegir por y entre ellos a un máximo de

Tal y como ha venido a señalarse por la doctrina judicial, la presente cuestión reviste una especial trascendencia, tal y como se desprende del hecho de que el párrafo analizado encuentre su ubicación en el apartado correspondiente a la afectación del procedimiento a diversos centros de trabajo y para el caso en que estos no hayan designado comisión negociadora pues, de lo contrario, carecería de sentido por redundante respecto de lo dicho en el párrafo inmediatamente anterior, al regularse dos veces el mismo supuesto. Y es que *«no puede hurtarse a los trabajadores la posibilidad de elección, participación y dificultar o de alguna forma disminuir su libertad de decisión»*¹⁸⁴.

2.3.2.3. Designación de la comisión representativa cuando ninguno de los centros afectados cuente con representantes legales de los trabajadores

El artículo 41.4.b) 3ª ET establece que *«Si ninguno de los centros de trabajo afectados por el procedimiento cuenta con representantes legales de los trabajadores, la comisión representativa estará integrada por quienes sean elegidos por y entre los miembros de las comisiones designadas en los centros de trabajo afectados conforme a lo dispuesto en el párrafo a), en proporción al número de trabajadores que representen»*.

A mi entender dos reglas contiene el citado precepto y es para que pueda formarse la comisión representativa:

trece miembros en proporción al número de trabajadores que representen cada uno de sus integrantes.

¹⁸⁴ BENAVENTE TORRES, M^a.I., “Las comisiones *ad hoc* en los períodos de consulta/negociación”, *ob. cit.*, p. 134

1. En primer lugar, deberá designarse, en cada centro de trabajo, una de las comisiones establecidas en el párrafo a) del artículo 41 ET; es decir, los trabajadores podrán optar por atribuir su representación para la negociación del acuerdo, a su elección:
 - a. A una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por estos democráticamente; o
 - b. A una comisión de igual número de componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación de la misma.
2. Una vez designadas las mencionadas comisiones negociadoras, los miembros que las constituyan serán los encargados de elegir, de entre sus propios integrantes, quienes van a ser los miembros de la comisión representativa, que es la que se encargará, finalmente, de llevar a cabo la negociación durante el periodo de consultas y, esta elección, deberá realizarse en proporción al número de trabajadores que representen, para lo que, tal y como se ha comentado anteriormente, deberá tenerse en el porcentaje de representación que tenga cada uno de sus integrantes.

De igual modo, los miembros que formen dicha representación no pueden exceder de trece pues, de lo contrario, los propios representantes deberán elegir por y entre ellos un máximo de trece, en los términos anteriormente comentados.

Finalmente, en mi opinión, puesto que esta tercera regla hace remisión al «párrafo a)», en su totalidad, considero que también debe ser aplicable lo dispuesto respecto a la posibilidad de que el empresario atribuya su representación a las organizaciones empresariales en las que estuviera integrado en el supuesto de que la negociación se realice con una comisión sindical.

3. CONFIGURACIÓN DE LA COMISIÓN NEGOCIADORA

Una vez determinados qué sujetos pueden ostentar la legitimación durante las negociaciones del periodo de consultas, es necesario prever cómo quedará configurada la comisión negociadora.

Los artículos 51.2 y 41.4 ET no dejan lugar a dudas al establecer que *«La consulta se llevará a cabo en una única comisión negociadora, si bien de existir varios centros de trabajo quedará circunscrita a los centros afectados por el procedimiento. La comisión negociadora estará integrada por un máximo de trece miembros en representación de cada una de las partes (...)»*. Tal contenido viene a reproducirse en el apartado primero del artículo 27 RPDC.

Por tanto, con tal previsión se elimina la posibilidad de que las negociaciones pudiesen llevarse a cabo de manera parcelada por centros de trabajo, y se establece la creación de una única comisión negociadora. Si existe un único centro de trabajo afectado esta comisión quedará vinculada a este centro de trabajo, mientras que, si existen varios centros de trabajo la comisión negociadora quedará circunscrita a los centros que resulten afectados por el procedimiento.

Por lo que respecto al número de representantes que deben formar la comisión, tal y como ya se ha comentado en el apartado referente a la legitimación en el periodo de consultas, quedará limitado a un máximo de trece miembros en representación de cada una de las partes¹⁸⁵.

¹⁸⁵ Antes de la reforma llevada a término por el RDL 11/2013, así lo adelantaba BODAS MARTIN, R., “El procedimiento de despido colectivo y su control judicial”, *Ciclos de debates laborales sobre los procesos de reestructuración y su control judicial*, Madrid, 22 de mayo de 2013, p.21.

Respecto a este número máximo de trece miembros debe hacerse constar que, del tenor literal del artículo 41.4 ET, se desprende que, para proceder a la elección de los miembros que, finalmente, conformarán la comisión representativa, deben realizarse dos ejercicios sucesivos:

1. En primer lugar, repartir los miembros de la comisión representativa entre los centros de trabajo que resulten afectados; y
2. En segundo lugar, proceder a una asignación o reparto interno de tales miembros.

Con respecto a esta primera operación, no se produce una excesiva controversia puesto que el propio artículo 41.4 ET establece como debe procederse: el reparto deberá producirse distribuyendo, entre los diversos centros de trabajo afectados, los miembros de la comisión representativa en proporción a la dimensión de sus correspondientes plantillas, con la finalidad de concluir el número de miembros que corresponde a cada centro de trabajo.

Empero, este proceder tiene un inconveniente, y es que puede ocurrir que alguno o incluso diversos centros de trabajo afectados se vean excluidos de la comisión representativa al no poder designar ningún miembro de esta.

Y, en este sentido, ¿a quién se atribuirán los trabajadores de aquellos centros de trabajo que se han visto excluidos? Según se ha defendido por la doctrina científica¹⁸⁶, a mi entender, de un modo totalmente acertado, esa distribución proporcional debería tener como límite la garantía de una representación mínima a todos los centros de trabajo afectados, siempre que esta resulte posible, puesto que si estos últimos

¹⁸⁶ *Ídem*

exceden el máximo de trece, no podrá cerciorarse esa participación mínima. De este modo, los efectos que esta enmienda garantista pueda producir se verán suavizados por el modo en que se conforma la mayoría requerida para poder alcanzar un acuerdo, puesto que no únicamente se atiende al número de miembros a favor, sino también a la proporción del número de trabajadores que estos últimos representen.

En relación con la segunda exigencia, la norma únicamente dispone que los miembros que conformarán, finalmente, la comisión representativa se «*elegirán por y entre ellos*», es decir, por y entre los posibles candidatos, que serán, bien los representantes unitarios o, en su caso, los miembros conformantes de las comisiones *ad hoc*. Así pues, resulta patente quiénes serán los electores y los elegibles, pero no las pautas que deben seguirse para proceder a tal elección.

Según ha venido a postularse por la doctrina científica¹⁸⁷, la solución más óptima sería la de distribuir el número de miembros en base al peso que tengan las distintas fuerzas, independientemente de su naturaleza, que converjan en el órgano de representación unitaria; es decir, aplicar, por analogía, la regla de reparto proporcional con base en la representatividad dispuesta en el artículo 88.1 ET en relación con la comisión negociadora de los convenios colectivos¹⁸⁸.

No obstante, estas dos operaciones tendrán sentido en aquellos supuestos en que la distribución de la comisión representativa se produzca en relación con centros de trabajos afectados que cuenten con representantes unitarios.

¹⁸⁷ *Ídem*

¹⁸⁸ Esta exégesis se ve respaldada por el Alto Tribunal en su STS 16-09-2015 (R^o 139/2014).

Cuando deba disminuirse el número de miembros que constituyen las comisiones *ad hoc*, la pauta o criterio a seguir deberá diferir de la solución que acaba de exponerse, puesto que la proporcionalidad representativa carece de sentido en este caso. A mi entender, tal y como ha venido a postularse por la doctrina científica¹⁸⁹, lo más coherente sería que los miembros que constituyen las comisiones *ad hoc* elijan quienes serán los sujetos que, finalmente, conformen la comisión negociadora.

Finalmente, debemos analizar la precisión establecida 27.2 RPDC, que establece que *«Las comisiones negociadoras de los procedimientos en representación de los trabajadores deberán establecer en su acta de constitución que se constituyen como órgano colegiado en cuanto a la formación de su voluntad y el carácter vinculante de sus decisiones»*.

El término «órgano colegiado» debe entenderse en un doble sentido:

1. Colegiado en cuanto a su composición al estar formado por una pluralidad de sujetos (el número de miembros de la comisión dependerá de si el procedimiento afecte a uno o varios centros de trabajo, siendo más compleja su configuración en el segundo supuesto); y
2. Colegiado en relación con la toma de decisiones pues, para que los acuerdos que se adopten en el seno de sus negociaciones sean válidos y adquieran carácter vinculante requerirán la conformidad de la mayoría de los miembros que conforman dicha comisión, tal y como se verá en el epígrafe correspondiente.

¹⁸⁹ SOLÀ I MONELLS, X., “La conformación de la comisión representativa del período de consultas. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2015 (Recurso 139/2014)”, *ob. cit.*, p. 9.

4. COMUNICACIÓN DE INICIO DEL PERIODO DE CONSULTAS

4.1. Comunicación de inicio del periodo de consultas a los representantes de los trabajadores.

El procedimiento de despido colectivo se iniciará por escrito¹⁹⁰, mediante la comunicación de la apertura del periodo de consultas dirigida por el empresario a los representantes legales de los trabajadores¹⁹¹. En dicho escrito se deberán consignar los siguientes extremos:

- a. La especificación de las causas del despido colectivo.
- b. Número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por el despido. Si el procedimiento afecta a más de un centro de trabajo, esta información deberá desglosarse por centro de trabajo y, en su caso, provincia y Comunidad Autónoma.
- c. Número y clasificación profesional de los trabajadores empleados habitualmente en el último año. Cuando el procedimiento de despido colectivo afecte a más de un centro de trabajo deberá desglosarse por centro de trabajo y, en su caso, provincia y Comunidad Autónoma.
- d. Periodo previsto para la realización de los despidos.
- e. Criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos.

¹⁹⁰ Artículo 51.2 ET.

¹⁹¹ En concreto, el artículo 2 RPDC establece que «El procedimiento de despido colectivo se iniciará por escrito, mediante la comunicación de la apertura del periodo de consultas dirigida por el empresario a los representantes de los trabajadores con el contenido especificado en el artículo 3, a la que deberá acompañarse, según la causa alegada, la documentación establecida en los artículos 4 y 5».

- f. Copia de la comunicación dirigida a los trabajadores a sus representantes por la dirección de la empresa de su intención de iniciar el procedimiento de despido colectivo.
- g. Representantes de los trabajadores que integrarán la comisión negociadora o, en su caso, indicación de la falta de constitución de esta en los plazos legales.

Todos estos extremos deberán hacerse constar en la comunicación de inicio del periodo de consultas, con independencia de la causa que se alegue para efectuar el despido colectivo.

A esta comunicación deberá acompañarse¹⁹² por un lado, la memoria explicativa de las causas del despido que, según la causa alegada por la empresa para justificar dicha extinción de carácter colectivo, deberá tener uno u otro contenido y, por otro lado, y para el caso en que la decisión extintiva afecte a más de cincuenta trabajadores, deberá acompañarse un plan de recolocación externa¹⁹³.

Simultáneamente a la entrega de la comunicación a los representantes legales de los trabajadores, el empresario deberá solicitarles, por escrito, la emisión del informe a que se refieren tanto el artículo 64.5.a) y b) del Estatuto de los Trabajadores¹⁹⁴.

¹⁹² Artículo 51.2 ET y artículo 3 RPDC.

¹⁹³ Asimismo, no necesariamente al inicio del procedimiento sino durante el transcurso del mismo, el empresario deberá informar sobre la venta de bienes, con el objetivo de garantizar la eficacia de los derechos económicos que ostentarán los trabajadores en el supuesto en el que se materialice el proyecto de despido colectivo.

Así, de acuerdo con lo establecido en el artículo 51.3 ET, «*Cuando la extinción afectase a más del 50% de los trabajadores, se dará cuenta por el empresario de la venta de los bienes de la empresa, excepto de aquellos que constituyen el tráfico normal de la misma, a los representantes legales de los trabajadores y, asimismo, a la Autoridad laboral competente*».

¹⁹⁴ La SAN 12-06-2014 (R° 79/2014) estableció que «*En todo caso el artículo 3.3 RPDC, para salvar la aplicación del artículo 64.5 ET, obliga a la empresa a solicitar por escrito la emisión de un informe a los representantes de los trabajadores (esto es, a todos los comités de empresa*

Esta documentación, que aparece detallada en el artículo 3 RPDC, es común a todos los procedimientos de despido colectivo, por lo que, deberá acompañarse la documentación que se exija en virtud de la causa alegada.

La jurisprudencia ha venido a establecer la importancia de que los interlocutores sociales tengan completo acceso a la documentación e información alegada por la empresa para justificar la medida empresarial.

Así, el Alto Tribunal¹⁹⁵ determinó que la principal finalidad del precepto es la de que los representantes de los trabajadores tengan una información suficientemente expresiva para conocer las causas de los despidos y poder afrontar el periodo de consultas adecuadamente. En este sentido se orienta el artículo 2.3 Directiva 98/59/CE, para que ese periodo de consultas a que se refiere su artículo 2.1, se proyecte, tal y como expresa el artículo 2.2 y como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento destinadas, en especial, a la ayuda para la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos.

Si la causa alegada para efectuar el despido colectivo ha sido económica, el empresario deberá aportar, junto a la comunicación de inicio y en la

o delegados de personal de centros y delegados sindicales de los centros), al iniciar el procedimiento de despido colectivo. Esta petición de informe se ha convertido en un trámite meramente formal, que en modo alguno reúne los requisitos para ser considerado como un procedimiento de información y consulta negociador, que es lo que exige la Directiva 2002/14/CE, pero ello no afecta a la legalidad del periodo de consultas en tanto en cuanto la negociación de este se lleve a cabo, como exige la Directiva, por los representantes legales o sindicales de los trabajadores, aunque sea mediante su agrupación en comisiones negociadoras formadas a partir de los mismos o por comité intercentros».

¹⁹⁵ STS 20-03-2013 (R⁸¹/2012).

documentación que se acaba de comentar, en virtud de lo establecido en el artículo 5 RPDC¹⁹⁶:

1. Memoria explicativa que acredite los resultados de la empresa de los que se desprenda una situación económica negativa¹⁹⁷.
2. 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:
 - a. Cuentas anuales de los dos últimos ejercicios completos¹⁹⁸, integradas por balance de situación, cuentas de pérdidas y ganancias, estados de cambios en el patrimonio neto, estado de flujos de efectivos, memoria del ejercicio e informe de gestión o,

¹⁹⁶ Del tenor literal del citado precepto, parece desprenderse que no resulta suficiente con la mera convergencia de la causa formalmente alegada.

Tal y como se deduce del artículo 5 RPDC, el empresario deberá aportar una memoria explicativa de las causas aducidas, es decir, de las causas técnicas, organizativas o de producción que justifique el despido colectivo, añadiendo, en su apartado segundo que, asimismo, deberán aportarse *«los informes técnicos que acrediten, en su caso, la concurrencia de las causas técnicas, derivadas de los cambios, entre otros, en los medios e instrumentos de producción; la concurrencia de las causas organizativas derivadas de los cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizarla producción o la concurrencia de las causas productivas derivadas de los cambios, entre otros, en la demanda de los productos y servicios que la empresa pretende colocar en el mercado»*.

En síntesis, el empresario no deberá acreditar únicamente la convergencia de la causa alegada para proceder a la reestructuración empresarial sino que existe una justificación.

¹⁹⁷ Respecto a la memoria, debe hacerse constar que en la misma debe encontrarse una explicación justificativa y finalista del proyecto de despido colectivo. *Vid.*, al respecto, la STS 20-03-2013 (R°81/2012) y SSTSJ Madrid 16-09-2013 (R° 36/2013); 13-06-2013 (R° 31/2013) y 30-05-2012 (R° 17/2012).

Así, alguna resolución ha entendido que el contenido de tal memoria debe ser concreto y no simplemente genérico, señalándose, en otros supuestos, la falta de firma en la citada memoria. *Vid.*, al respecto, la STSJ Cataluña 15-10-2014(R° 33/2014).

¹⁹⁸ Para el supuesto en que nos encontremos ante una sucesión de empresa, las cifras relativas a los dos últimos ejercicios completos que deberán aportarse serán los de ambas empresas, para el supuesto en el que la subrogación empresarial se haya producido en el intervalo temporal de las negociaciones o del procedimiento. *Vid.*, al respecto, la STSJ Cataluña 12-11-2014 (R° 4227/2014).

en su caso, cuenta de pérdidas y ganancias abreviada y balance y estado de cambios en el patrimonio neto abreviados¹⁹⁹.

- b. Y, en cualquiera de ambos casos, deberá corroborar, para el caso de empresas obligadas a realizar auditorías, si las cuentas se han presentado debidamente auditadas²⁰⁰. En caso de tratarse de una empresa no sujeta a la obligación de auditoría de las cuentas, deberá comprobar que se ha aportado declaración de la representación de la empresa sobre la exención de la auditoría.
- c. Finalmente, deberá examinar si se han aportado las cuentas provisionales al inicio del procedimiento, firmadas por los administradores o representantes de la empresa que inicia el procedimiento, siendo la consecuencia de la falta de aportación de tales cuentas sin un motivo justificado, la de nulidad del despido colectivo²⁰¹. La problemática que surge respecto a este

¹⁹⁹ Vid., al respecto, la STS 20-11-2014 (R° 114/2014) que vino a establecer, respecto a la aportación tardía de tales cuentas, que si bien la sociedad «al inicio del procedimiento entregó las cuentas provisionales de 2012 individuales y consolidadas y, si bien es cierto que el 19 de abril es cuando entregó las cuentas anuales auditadas y firmadas, tal retraso no conduce a la declaración de nulidad del despido por falta de entrega de la documentación prevista en el artículo 51.2 ET, tal y como dispone el artículo 124.11 LRJS. En efecto, la disposición citada ha de ser coherente con las previsiones contenidas en el RD Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Sociedades de Capital, en cuyo artículo 253.1 establece que los administradores de la sociedad están obligados a formular, en el plazo máximo de tres meses contados a partir del cierre del ejercicio social, las cuentas anuales, el informe de gestión y la propuesta de aplicación del resultado, así como, en su caso, las cuentas y el informe de gestión consolidados, disponiendo el auditor de un plazo de un mes a partir del momento en el que le entregan las cuentas debidamente firmadas, artículo 270 del citado RD Legislativo, por lo que siendo la fecha de cierre del ejercicio social el 31 de diciembre de 2012, la entrega de las cuentas auditadas y firmadas realizada el 19 de abril de 2013 estaba dentro de los plazos legalmente establecidos».

²⁰⁰ Deberá estarse a la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas.

Así, en aplicación de esta norma, el Juzgado de lo Social de Oviedo, en su resolución de 14-02-2013 (R° 532/2011) declaró la nulidad de un procedimiento de despido colectivo por el incumplimiento del procedimiento relativo a la documentación aportada, al entender que no podía equipararse una auditoría a un informe de revisión limitado, siendo este último documento el que aportó la sociedad durante las negociaciones.

²⁰¹ Así se establece en la SAN 22-10-2013 (R° 327/2013).

extremo estriba en la aportación de las cuentas provisionales cuando aun no están cerradas. Así, la doctrina judicial ha determinado que, en estos supuestos, el empresario deberá aportar las últimas cuentas existentes que posea la empresa, de tal modo que si las cuentas aún no han sido aprobadas en el periodo en que se produce la negociación de la extinción colectiva²⁰², entregándose las de unos años anteriores, tal aportación salvará la nulidad de la medida empresarial²⁰³.

3. Si la situación económica negativa alegada consiste en una previsión de pérdidas el empresario, además de aportar la documentación a la que se acaba de referir en el párrafo anterior, deberá²⁰⁴:
 - a. Informar de los criterios utilizados para su estimación, presentando, asimismo,
 - b. Un informe técnico sobre el volumen y el carácter permanente o transitorio de esa previsión de pérdidas basado en datos obtenidos a través de las cuentas anuales, de los datos del sector al que pertenece la empresa, de la evolución del mercado y de la posición de la empresa en el mismo o de cualesquiera otros que puedan acreditar esta previsión.
4. Si la situación económica negativa alegada consiste en la disminución persistente del nivel de ingresos o ventas, el

²⁰² *Vid.*, al respecto, el artículo 253 Real Decreto Legislativo 1/2010, de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

²⁰³ En este sentido, el Alto Tribunal, en STS 18-07-2014 (R^o 288/2013) dispuso que *«resultando lógico entender que no podían ser las definitivas todavía en esa fecha, manifestando, por otra parte, en su apartado f, dicho razonamiento que “se aduce que no se entregaron las cuentas provisionales de 2012 sino las cerradas a 30 de septiembre de dicho año; así es, en efecto, porque eran las existentes y, en todo caso, la empresa entregó el balance reservado suministrado al Banco de España»*.

²⁰⁴ *Vid.*, al respecto, la STSJ Comunidad Valenciana 14-12-2012 (R^o 14/2012).

empresario deberá aportar, además de la documentación referenciada en el número segundo para la acreditación de los resultados de la empresa:

- a. La documentación fiscal o contable acreditativa de la disminución persistente del nivel de ingresos ordinarios o ventas durante, al menos, los tres trimestres consecutivos inmediatamente anteriores a la fecha de la comunicación de inicio del procedimiento de despido colectivo,
- b. Así como la documentación fiscal o contable acreditativa de los ingresos ordinarios o ventas registrados en los mismos trimestres del año inmediatamente anterior.

La doctrina judicial ha venido a establecer que, independientemente del subtipo o submotivo que se alegue para justificar el despido colectivo por causas económicas, *«los datos económicos que sustenten una amortización basada en causas económicas han de ser necesariamente actualizados y, sobre todo, acreditados con referencia próxima a la fecha en la que se comunica la extinción, lo que resulta de la propia naturaleza de la causa en su actual configuración legal. Exigencia que es la impuesta en la norma reglamentaria ahora analizada, y que la que la Doctrina Científica ha venido a denominar “principio de plenitud informativa”»*²⁰⁵.

No obstante, en algunos supuestos, la doctrina judicial, optando por esa exégesis finalista que tanto les complace, han estimado que si, originariamente, se ha hecho entrega de las cuentas provisionales pero

²⁰⁵ SSTSJ Andalucía 20-03-2014 (R° 209/2014); 16-01-2014 (R° 1591/2013); 21-11-2013 (R° 1929/2013) y 31-10-2012 (R° 3056/2012).

durante el periodo de negociación se proporcionan las cuentas definitivas, no podrá imputarse la nulidad del despido por tal causa²⁰⁶.

Tal interpretación finalista ha llegado hasta el extremo de considerar que la ausencia de aportación de los datos y cifras contables del último periodo carece de trascendencia si la sociedad ha acreditado una situación de pérdidas continuada durante un prolongado espacio temporal²⁰⁷.

Asimismo, ¿qué ocurre en aquellos supuestos en los que el empresario lleva una contabilidad paralela o una caja B? El Alto Tribunal ha determinado que si el empresario no aporta los datos reales de la empresa a las negociaciones dimanantes del despido colectivo, la decisión empresarial deberá declararse nula²⁰⁸.

²⁰⁶ STS 20-11-2014 (R° 114/2014).

²⁰⁷ Así, la STS 28-01-2014 (R° 46/2013) estableció que *«En cuanto a la supuesta necesidad de que se consignaran en la documentación los datos económicos relativos al primer semestre de 2012, tampoco puede apreciarse infracción ya que, como señala el Ministerio Fiscal, la parte recurrente se olvida de que en el hecho probado noveno se describe una situación económica negativa de la empresa desde 2009 a 2011, exigiendo el art. 51 ET tal situación durante tres trimestres consecutivos, lo que se cumple en el presente supuesto. Así lo interpreta la doctrina de esta Sala, entre otras en la sentencia de 27 de mayo de 2013 rc. 78/12 -Sala General- que, ante una denuncia similar de defectuosa aportación documental señala: "a) que esa exigencia no es contemplada en el RD 801/2011; b) que el art. 51.1.2º ET se refiere a tres trimestres consecutivos y no a tres trimestres últimos; c) que el referido periodo de tiempo se concibe por la norma no como necesario presupuesto del despido colectivo, sino como integrante de una de sus causas, la "disminución persistente" del nivel de ingresos o ventas (en autos de trata de pérdidas); y d) si se ha aportado la documentación contable de 2010 y 2011, es claro que es proporcionado los resultados de seis trimestres consecutivos..."»*.

²⁰⁸ Así, el Tribunal Supremo, en STS 18-02-2014 (R° 42/2013) estableció que *«Ciertamente ello no sería obstáculo a la posible procedencia de tal decisión empresarial, pero siempre que los representantes de los trabajadores en el periodo de consultas y el órgano judicial en el momento de dictar sentencia conocieran la contabilidad real de la empresa para poder deliberar aquéllos y decidir este sobre la idoneidad, adecuación y proporcionalidad de la medida extintiva propuesta, y sin perjuicio de las responsabilidades administrativas y penales procedentes; pero, lógicamente el mero hecho de haber logrado la empresa ocultar datos trascendentes de su realidad contable al acreedor tributario no comporta que los restantes acreedores, y menos los trabajadores, tengan que someterse a la ficción de unas cuentas cuya certeza y realidad ha quedado desvirtuada. En consecuencia, la falta de entrega a los representantes de los trabajadores en el periodo de consultas de la contabilidad real de las*

Téngase en cuenta que la documentación establecida en los puntos uno y dos es de obligatoria aportación para justificar todos los despidos por causas económicas²⁰⁹.

Por tanto, si la situación económica alegada consiste en una previsión de pérdidas junto a la documentación de los puntos uno y dos deberá aportarse la documentación mencionada en el tercer punto, es decir: se deberá informar, además, de los criterios utilizados para su estimación y deberá presentar un informe técnico sobre el volumen y el carácter permanente o transitorio de esa previsión de pérdidas.

Por el contrario, si la situación económica alegada consiste en la disminución persistente del nivel de ingresos o ventas, el empresario, junto con la documentación enumerada en los apartados uno y dos, deberá aportar la documentación citada en el apartado cuarto, es decir, además, deberá anexar la documentación fiscal o contable acreditativa de la disminución persistente del nivel de ingresos ordinarios o ventas, durante, al menos, los tres trimestres consecutivos inmediatamente anteriores a la fecha de la comunicación de inicio del procedimiento, así como la documentación fiscal o contable acreditativa de los ingresos

empresas integrantes del indiscutido grupo a los efectos laborales, pues desde hacía años de las operaciones comerciales realizadas con una serie de clientes no quedaba constancia en la contabilidad de las empresa, impidió una verdadera negociación durante las referidas consultas y comporta el incumplimiento de la exigencia legal de que " Durante el periodo de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo".

²⁰⁹ Asimismo, el Alto Tribunal ha venido a establecer que la documentación que resulta exigible para justiciar cada submotivo que conforma o constituye la causa económica, es exclusiva a esa subcausa en particular. Así se desprende de la STS 03-12-2014 (R° 201/2013), en la que se estableció que «*el informe técnico que refiere el art. 4.3 RD 1483/12 no es exigible en todos los supuestos de despido colectivo por causas económicas, sino tanto solo cuando la situación económica negativa alegada consista en la "previsión de pérdidas". Y en el caso debatido la Fundación demandada -razona con tino la recurrida- "en ningún momento ha basado el presente procedimiento de despido colectivo en la existencia de una previsión de pérdidas, sino que la causa económica justificativa... consiste en la inexistencia de ingresos"*».

ordinarios o ventas registrados en los mismos trimestres del año inmediatamente anterior.

Si la causa alegada para efectuar el despido colectivo ha sido técnica, organizativa o de producción, junto a la comunicación de inicio y en la documentación, comentada anteriormente y exigida por el artículo 3 RPDC, deberá incluirse, en virtud de lo establecido en el artículo 5 RPDC²¹⁰:

1. Memoria explicativa de las causas técnicas, organizativas o de producción que justifican el despido colectivo, que acredite, la concurrencia de alguna de las causas señaladas²¹¹.
2. Informe técnicos que acrediten, en su caso, la concurrencia de las causas técnicas, derivadas de los cambios, entre otros, en los medios e instrumentos de producción; la concurrencia de las causas organizativas derivadas de los cambios, entre otros, en el ámbito de

²¹⁰ Me remito a la observación anteriormente efectuada respecto las obligaciones empresariales de acuerdo con lo estipulado en el artículo 5 RPDC.

²¹¹ La doctrina judicial ha venido a establecer que cuando se aducen varias de las causas justificativas del despido, no resulta necesario que se elaboren memorias distintas, una por cada causa sino que puede realizarse una memoria común que abarque los distintos motivos. Así, la STSJ Andalucía 12-12-2013 (R° 2077/2013) estableció que *«Con la aportación de la Memoria explicativa -informe económico financiero de las causas del ERE- que obra como documento n° 11 del Colegio, se cumplió con lo establecido en el artículo 7 del Reglamento antes citado y que estaba vigente entonces (del que no se colige la obligación de aportar un informe separado para cada una de las causas), por cuanto de la lectura del mismo se desprende el reflejo de los distintos aspectos de la actividad del Colegio afectados y no solo los económicos, como son los datos referidos a la disminución de la actividad como consecuencia de la desaparición legal de la obligatoriedad del visado con los trabajos profesionales relacionados con la construcción civil, así como que las causas organizativas que obligan a reestructurar algunas Demarcaciones y la Sede Central, y por ende a su personal se producen como consecuencia de las productivas y económicas, no siendo óbice a semejante conclusión lo establecido en la Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid de 11 de junio de 2012, pues además de que las Sentencias de la Sala de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia no sirven para fundamentar la infracción de la jurisprudencia a la que se refiere el apartado c) del artículo 193 de la LRJS, en aquel caso no se aportó ninguna clase de informe técnico ni siquiera en el acto del juicio y no se trataba de un expediente por causas económicas y en el caso enjuiciado además el referido documento n° 11 ha sido refrendado por los informes económicos financieros que obran como doc. n° 12 y 60 de la demandada, que han sido ratificados por el perito -doctor en economía D. Carmelo, que los emitió».*

los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción o la concurrencia de las causas productivas derivadas de los cambios, entre otros, en la demanda de los productos y servicios que la empresa pretende colocar en el mercado.

Tal y como resulta evidente, el cumplimiento de estas obligaciones documentales se erigen como requisito sine qua non para poder superar el juicio de formalidad en sede judicial pues, de acuerdo con lo establecido en el artículo 124.11 LRJS, la sentencia declarará nula la decisión del despido cuando el empresario no haya «entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 ET».

Como puede observarse, el artículo 124.11 LRJS determina la nulidad del despido colectivo cuando el empresario no haya cumplido con sus obligaciones documentales, remitiéndose, a tal fin, al artículo 51.2 ET.

Tal y como ha quedado expuesto con anterioridad, en el citado precepto se hace referencia a la comunicación inicial del periodo de consultas, la memoria explicativa de las causas del despido colectivo y de los restantes aspectos anteriormente señalados (en relación con los extremos que debe contener la comunicación inicial), así como de la documentación contable y fiscal y de los informes técnicos, estando especificada tal documentación en la norma reglamentaria, en concreto, en sus artículos 2 a 6.

Ahora bien, la interpretación relativa a la suficiencia de tal aportación empresarial, ha sido motivo de controversias, puesto que, hasta que el Alto Tribunal se pronunció, la doctrina judicial se debatía entre una interpretación restrictiva del precepto *vs* una interpretación más laxa,

más flexible, en atención al tipo de documentación objeto de inobservancia.

El Alto Tribunal ha apostado por una postura conciliadora o moderada, a medio camino entre las tesis postuladas por la doctrina judicial.

Así, el Tribunal Supremo ha venido a considerar que la obligación empresarial de aportar la documentación establecida, tanto legal como reglamentariamente, se erige como un requisito *sine qua non* para poder cumplir con el objetivo o finalidad del periodo de consultas, para lo que los interlocutores sociales deberán disponer de toda la información y documentación necesarias para formar su juicio de valor y conocer la situación empresarial que ha conducido a que el empleador opte por tal reestructuración colectiva, pudiendo así negociar en igual de condiciones.

No obstante, lo cierto es que dicho órgano judicial ha venido matizar que deberá estarse, en cada caso, al contenido de la documentación aportada por el empresario así como a la repercusión que la eventual inobservancia de tal información haya podido producir en el periodo de consultas.

De lo anteriormente expuesto queda patente que el Alto Tribunal ha optado por una interpretación finalista de tal obligación empresarial, entendiendo que *«la enumeración de documentos que hace la norma reglamentaria no tiene valor “ad solemnitatem”, y no toda ausencia documental por fuerza ha de llevar a la referida declaración de nulidad, sino que de tan drástica consecuencia han de excluirse -razonablemente- aquellos documentos que se revelen “intrascendentes” a los efectos que la norma persigue [proporcionar información que consienta una adecuada*

negociación en orden a la consecución de un posible acuerdo sobre los despidos y/o medidas paliativas: art. 51.2 ET]»²¹².

Por tanto, deberá analizarse, en cada caso concreto, la documentación aportada y la trascendencia que ostenta la misma²¹³. Así, el Alto Tribunal se refiere a la trascendencia de la documentación legalmente establecida, porque considera que, a pesar de los términos en que se expresa el artículo 4.2 RPDC (el empresario «*deberá aportar*»), así como del 124 LRJS [se «*declarará nula la decisión extintiva*» cuando «*el empresario no haya (...) entregado la documentación prevista en el art. 51.2 ET*], la documentación reglamentaria no tiene valor «ad solemnitatem», por lo que no toda ausencia documental deberá conducir a la nulidad de la decisión empresarial, sino que de tal consecuencia deberá excluirse aquellos documentos que resulten intrascendentes.

¿Y cómo deberá ponderarse tal intrascendencia documental? Tal irrelevancia informativa deberá sopesarse o considerarse en relación con los efectos que la norma persigue, a saber, proporcionar información que permita a los interlocutores sociales conocer la situación de la empresa y poder negociar de manera adecuada, con vistas a alcanzar un acuerdo con la representación empresarial.

Esta ha sido la tesis finalmente adoptada por el Alto Tribunal y aplicada a los numerosísimos supuestos que, mediante el recurso de

²¹² STS 27-05-2013 (R° 78/2012).

²¹³ En este sentido ya se movía la STS 20-03-2013 (R° 72/2013), al afirmar que «*la principal finalidad del precepto [art. 6 RD 801/2011] es la de que los representantes de los trabajadores tengan una información suficientemente expresiva para conocer las causas de los despidos y poder afrontar el periodo de 6 consultas adecuadamente. En este sentido se orienta el artículo 2.3 de la Directiva 98/59/CE del Consejo de 20 de julio de 1998 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, para que ése periodo de consultas a que se refiere el artículo 2.1, se proyecte, tal y como expresa el artículo 2.2 y como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias*».

casación, han solicitado la nulidad de la medida empresarial por tal incumplimiento formal²¹⁴, adoptándose también tal postura por algún sector de la doctrina judicial²¹⁵.

Ahora bien, es importante precisar que, con relación a la exégesis finalista seguida por el Alto Tribunal respecto a la documentación que el empresario debe aportar junto con la comunicación de inicio, como regla general, y dejando a un lado la información adicional que posteriormente será analizada, la falta de entrega que determinará la nulidad de la medida empresarial únicamente podrá predicarse de aquellos documentos enumerados en el artículo 51.2 ET, en cuanto a la comunicación inicial y su contenido, la memoria, la documentación contable, económica, técnica y fiscal que se desarrolla en los artículos 2 a 5 RPDC²¹⁶.

Ante tal copiosa casuística relativa a las obligaciones documentales por parte del empresario, no entraremos a analizar todos los cumplimientos e incumplimientos de las tales formalidades, puesto que ya ha quedado expuesta la tesis sostenida por el Alto Tribunal, erigiéndose esta como la postura más extendida y consolidada respecto al análisis de estos requisitos documentales.

²¹⁴ Entre otras, SSTS 25-02-2015 (R° 74/2014); 26-01-2015 (R° 205/2014); 11-12-2014 (R° 138/2013); 03-12-2014 (R° 201/2013); 20-11-2014 (R° 114/2014); 18-02-2014 (R° 59/2013); 18-07-2014 (R° 303/2013); 25-06-2014 (R° 273/2013); 25-05-2014 (R° 249/2013); 25-05-2014 (R° 182/2013); 26-03-2014 (R° 158/2013); 25-03-2014 (R° 179/2013); 25-03-2014 (R° 158/2013); 18-02-2014 (R° 59/2013); 17-02-2014 (R° 32/2014); 28-01-2014 (R° 46/2013) y 19-11-2013 (R° 78/2013).

²¹⁵ En concreto, por la Audiencia Nacional. *Vid.*, al respecto, entre otras, las SSAN 26-01-2015 (R° 205/2014); 12-06-2014 (R° 79/2014); 30-05-2014 (R° 13/2014); 04-04-2013 (R° 63/2013); 24-02-2014 (R° 493/2013).

²¹⁶ *Vid.*, entre otras, las SSTS 18-07-2014 (R° 303/2013); 17-07-2014 (R° 32/2014); 26-03-2014 (R° 158/2013) y 27-05-2013 (R° 78/2012).

No obstante, pese a tal hegemónica postura, debe procederse a analizar ciertos supuestos que, cuatro años después de que se materializase la Reforma Laboral de 2012, siguen siendo objeto de controversia.

La primera controversia la encontramos en relación con la documentación exigible, en concreto, el supuesto en que tal obligación es inobservada por el empresario y la posible solicitud o no de aportación por parte de los interlocutores sociales durante el periodo de negociación. Esta cuestión, a mi entender, está estrechamente unida con el deber de negociar de buena fe.

El supuesto en cuestión radica en determinar qué ocurre cuando, ante la falta de aportación empresarial de determinados documentos, los interlocutores sociales ni lo solicitan ni protestan durante el periodo de negociación y, posteriormente, impugnan la medida empresarial, solicitando la nulidad de la misma *ex* artículo 124.11 LRJS, es decir, ante un incumplimiento empresarial de la documentación establecida en el artículo 51.2 ET.

En numerosas resoluciones judiciales ha venido a postularse, que los interlocutores sociales deben mostrarse congruentes respecto a la posición mantenida en el periodo de negociación y su pretendida reclamación procesal. En tal sentido, si durante el periodo de consultas, los representantes de los trabajadores no solicitaron o protestaron enérgicamente respecto a la falta de documentación o información empresarial, posteriormente no podrán impugnar la medida empresarial en base a tal «inobservancia»²¹⁷, puesto que de tal pasividad se desprende la «intrascendencia» de la documentación reclamada, a los

²¹⁷ *Vid.*, al respecto, la SAN 13-05-2013 (R^o 89/2013) y STSJ Madrid 11-06-2012 (R^o22/2012)

efectos de proporcionar la información necesaria que permita una adecuada negociación con vistas a alcanzar un acuerdo²¹⁸.

En el mismo sentido, la doctrina casacional ha venido a entender que no puede predicarse la nulidad del despido colectivo por parte de la representación de los trabajadores, alegándose que no dispusieron de tiempo suficiente para revisar y estudiar la documentación aportada por el empresario, si nada impide a los interlocutores sociales «*solicitar una prórroga de dicho periodo si necesitaban comprobar las cuentas presentadas, lo que no se solicitó*»²¹⁹.

Otra cuestión que resulta de vital importancia estriba en determinar el momento en el que debe aportarse la documentación empresarial.

De los artículos 51.2 ET y 2 RPDC se desprende, con claridad, que tal documentación debe aportarse, de manera simultánea, junto con la comunicación de inicio a la representación de los trabajadores.

Ahora bien, ¿qué ocurre si tal simultaneidad no tiene lugar? ¿qué consecuencias pueden derivar de tal falta de coincidencia entre la

²¹⁸ Así, el Alto Tribunal, en STS 27-05-2013 (R^o 78/2012) determinó que «*la posible falta de algún documento financiero/contable (...) o los posibles defectos observables en los que sí constan aportados, no tendrían trascendencia suficiente a los efectos negociadores durante el periodo de consultas, tanto porque no habían obstado a que los representantes de los trabajadores tuviesen un conocimiento cabal de la situación que permitiese negociar adecuadamente la razonabilidad de las medidas propuestas para hacer frente a la crisis económica, cuanto porque la propia parte social no les había atribuido la importancia exigible para que su ausencia o defecto en la presentación pudieran acarrear la nulidad de la medida empresarial que se impugna*».

Igualmente, el mismo órgano judicial estableció, ante un supuesto en que los interlocutores sociales no habían recibido ni reclamado la documentación que obraba en manos del delegado de personal de la empresa «*no se entiende como entra en la negociación sin exponer a la patronal su falta completa de información al respecto, para lo cual no es necesario tener ninguna experiencia negociadora especial. Por tanto, no puede decirse que la empresa incumplió las exigencias del artículo 51 ET en este punto*» [STS 28-01-2014 (R^o 46/2013)]. En sentido similar, la STS 24-02-2015 (R^o 165/2014).

²¹⁹ Prosigue argumentando el Alto Tribunal que «*Pidieron prórroga UGT y CCOO, pero no para examinar las cuentas, sino para consultar a la asamblea de trabajadores un posible acuerdo, a lo que la empresa se negó*» [STS 20-11-2014 (R^o 114/2014)].

comunicación de inicio del procedimiento de despido colectivo y la «puesta a disposición» de la documentación legalmente exigida?

Nuestro Alto Tribunal ha optado, nuevamente, por una exégesis flexible de carácter finalista en relación con tal imperativa obligación formal. Así, deberá determinarse, en cada caso, si los interlocutores sociales dispusieron de toda la información pertinente en un tiempo operativo suficiente y eficaz, que les permitiese conocer la verdadera situación de la empresa y negociar, de manera real y efectiva, durante el periodo de consultas²²⁰.

Por tanto, la tardía aportación de la documentación exigible al empresario no viciará, *per se*, el procedimiento de despido colectivo, a no ser que la trascendencia de la misma o por su tardía aportación (imagine que tal información se aporta en la última reunión del periodo de consultas) se impidiese una adecuada negociación. En este sentido, la doctrina judicial ha entendido que una entrega tardía de la documentación exigible, una vez iniciadas las negociaciones, resulta intrascendente si el empresario la aportó inmediatamente, cumpliendo así la petición formulada por los interlocutores sociales en los albores del periodo negociador²²¹.

²²⁰ Así, el Alto Tribunal, en STS 18-07-2014 (R 303/2013) vino a determinar que *«es dable entender que, como el objetivo de la aportación empresarial de la documentación más completa y precisa sobre los extremos indicados tiende a garantizar que el periodo de consultas pueda cumplir con su finalidad de posibilitar la negociación entre empresa y los representantes de los trabajadores, la mera circunstancia de que no se aporte completa al inicio del periodo de consultas no vicia por sí solo el procedimiento de despido colectivo a no ser, como regla general, que por la trascendencia de la misma o por el momento de su aportación dificultara o impidiera una adecuada negociación de buena fe en aras a que el periodo de consultas cumpla con su finalidad; si bien, lógicamente, la carga de la prueba de la irrelevancia del incumplimiento corresponde al empresario infractor»*.

²²¹ *Vid.*, al respecto, la SAN 24-07-2013 (R° 144/2012).

Para finalizar, debe hacerse referencia al debate doctrinal relativo a si deviene necesario aportar la documentación adicional que, no siendo exigida ni legal ni reglamentariamente, es requerida por los interlocutores sociales durante las negociaciones del periodo de consultas²²².

La doctrina judicial ha entendido que no se decretará la nulidad del despido si la documentación exigida por los interlocutores sociales resulta irrelevante, en la línea de la exégesis finalista expuesta con anterioridad²²³. Es decir, si tal documentación no resulta pertinente, ni mucho menos trascendente para que los representantes de los trabajadores puedan formar su juicio de valor sobre la situación real de la empresa²²⁴.

²²²A diferencia de lo que ocurre en el ámbito comunitario, nuestra normativa establece un listado cerrado de documentos que deben aportarse a las negociaciones. No obstante, el Alto Tribunal entendió que «A este respecto hay que señalar que, no obstante los contundentes términos en los que se expresa el artículo 51.2 ET, tal norma no es sino la transposición al derecho interno de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, por lo que ha de respetar los requisitos que la misma establezca para la tramitación de los despidos colectivos. Puede establecer condiciones más favorables, ya que expresamente establece el artículo 5 que «La presente Directiva no afectará a la facultad de los Estados miembros de aplicar o de introducir disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables para los trabajadores o de permitir o de fomentar la aplicación de disposiciones convencionales más favorables para los trabajadores», pero no puede regular condiciones más desfavorables. En nuestra normativa interna se han recogido cuidadosamente todos los requisitos que se exigen en el apartado b) (“comunicarles, en cualquier caso por escrito”) sin embargo se echa de menos que en el mismo se contemple la genérica referencia que se contiene en el apartado a), consistente en “proporcionarles toda la información pertinente”. No obstante, dada la obligatoriedad de transposición de la Directiva por los Estados miembros y, su aplicabilidad directa en el caso de que no haya sido debidamente transpuesta al derecho interno en los plazos establecidos, se concluye que resulta exigible al empresario que proporcione a los trabajadores toda la información pertinente.

²²³ Vid., al respecto, SAN 04-07-2013 (R^o 169/2013) y las SSTSJ Cataluña 03-06-2013 (R^o 18/2012) y Las Palmas 26-02-2013 (R^o 18/2012).

²²⁴ Si bien, FALGUERA BARÓ, M.A., *El procedimiento del despido colectivo y el desarrollo del periodo de consultas: criterios judiciales*, Bomarzo, Albacete, 2015, p. 48 ha venido a entender que, no obstante, este será un aspecto que puede tener relevancia, en su caso, en el juicio de causalidad.

Igualmente, aquí también será determinante la postura adoptada por los interlocutores sociales durante el periodo de consultas y sus posteriores reivindicaciones procesales²²⁵.

Los operadores jurídicos han entendido cumplidas tales exigencias en supuestos en los que tal información se ha transmitido de manera verbal, estando de acuerdo los interlocutores sociales en tal modo de transmisión²²⁶, así como también en el supuesto en el que la empresa ha permitido a la representación de los trabajadores acceder a las dependencias en las que se contenía tal información adicional²²⁷.

A mí entender, la nulidad no podría determinarse para el supuesto en que tal inobservancia se predicase de documentos que se consideran adicionales, pues si bien el empresario está obligado a entregar todos y cada uno de los documentos precisados legalmente, cumpliendo estrictamente los requisitos formales a tal efecto exigidos (independientemente de que la contraparte los reclame o no), no hay que perder de vista que ello se requiere para garantizar el conocimiento cabal y suficiente por parte de los representantes de los trabajadores, que les permita aquilatar la situación de la empresa y ponderar la propuesta empresarial, entendiendo la doctrina judicial que, aún siendo reprochable que la empresa no respete total y absolutamente los requisitos formales, si a pesar de ello se cumple la finalidad con ellos pretendidas, el reproche ha de tener mucho menor peso a la hora de valorar la posible nulidad del despido por dicha causa²²⁸.

²²⁵ *Vid.*, al respecto, las SSTs 15-04-2015 (R^o 180/2013); 20-11-2014 (R^o 114/2014) y 29-01-2014 (R^o 83/2014).

²²⁶ SAN 16-05-2015 (R^o 500/2013).

²²⁷ STS 22-02-2015 (R^o 145/2014).

²²⁸ SAN 15-04-2015 (R^o 180/2013).

Por ello, si la nulidad «difícilmente» se predica respecto a la inobservancia de los requisitos legal y reglamentariamente establecidos, resulta todavía más complicado que los operadores jurídicos determinen la nulidad de la medida empresarial por la falta de aportación de una información a la que la empresa no está obligada.

Ahora bien, si dicha omisión ha impedido a los interlocutores sociales adquirir un conocimiento cabal de la situación de la empresa, obstaculizándoles una negociación adecuada sobre la razonabilidad de las medidas propuestas, en tal caso, a mi entender, tal inobservancia sí que debería acarrear la nulidad de la medida empresarial. Para ello, los representantes de los trabajadores deberán adoptar una actitud activa durante el periodo de consultas, manifestando los requerimientos oportunos a la empresa sobre la falta de aportación de la documentación que ellos consideren relevantes pues, de lo contrario, se considerarán suficientemente informados²²⁹.

Finalmente, ha venido a establecerse que tal información adicional, para que pueda ser aportada por el empresario, deberá estar en su poder, por lo que, en consecuencia no, podrá exigirse *«la aportación de documentos inexistentes, así como la elaboración de documentos a petición de los representantes de los trabajadores, por cuanto dicha exigencia excede claramente lo exigido legalmente y desborda con mucho las fronteras de la buena fe exigidas al empresario»*²³⁰.

²²⁹ STS 29-12-2014 (Rº 83/2014).

²³⁰ SAN 11-11-2014 (Rº 251/2014).

4.2. Comunicación de inicio a la Autoridad laboral

El empresario hará llegar a la Autoridad laboral, preferiblemente en soporte informático, simultáneamente a la comunicación remitida a los representantes legales de los trabajadores:

1. Copia de dicho escrito de comunicación de iniciación del procedimiento que se les ha remitido a dichos representantes, comunicación que habrá de contener todos los extremos establecidos en el artículo 3 RPDC.
2. Asimismo, si la causa alegada para justificar el despido es la económica, deberá adjuntarse la documentación anteriormente comentada y enumerada en el artículo 3 RPDC; mientras que si la causa alegada para justificar la extinción empresarial es técnica, organizativa o de producción deberá anexarse la documentación anteriormente referenciada y enumerada en el artículo 5 RPDC.
3. Además deberá acompañarse copia del escrito de solicitud del informe a los representantes legales de los trabajadores a que se refiere el artículo 64.5. a) y b) ET,
4. Así como la información sobre la composición de las diferentes representaciones de los trabajadores, sobre los centros de trabajo sin representación unitaria y, en su caso,
5. Las actas relativas a la atribución de la representación a la comisión negociadora que ostentará la interlocución del periodo de consultas, en virtud de lo establecido en el artículo 27 RPDC.

Una vez recibida la comunicación de iniciación del procedimiento de despido colectivo, la Autoridad laboral dará traslado de la misma, incluyendo toda la comunicación que se acaba de enumerar y que se

recoge en los apartados uno y dos del artículo 6 RPDC, a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo, así como a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a efectos de la emisión del informe a que se refiere el artículo 11 RPDC.

Cuando el procedimiento de despido colectivo incluya a trabajadores con cincuenta y cinco o más años de edad que no tuvieran la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967, siempre y cuando la empresa no estuviese incurso en procedimiento concursal, al existir la obligación de abonar las cuotas destinadas a la financiación de un convenio especial respecto de dichos trabajadores, en los términos previstos en el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, la Autoridad laboral remitirá a la Administración de la Seguridad Social copia de la comunicación de inicio del procedimiento de despido colectivo junto con la documentación enumerada en el artículo 3 RPDC:

1. Memoria explicativa cuyo contenido variará según sea la causa alegada para despedir;
2. Plan de recolocación externa, en su caso; y
3. Solicitud empresarial a los representantes de los trabajadores sobre la emisión del informe a que se refiere el artículo 64.5.a) y b) ET.

Si la comunicación de iniciación del procedimiento de despido colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción no reuniese los requisitos exigidos, la Autoridad laboral lo advertirá al empresario, especificando los mismos y remitiendo copia del escrito a los representantes de los trabajadores y a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, aunque no supondrá la paralización ni la suspensión del procedimiento.

Si durante el periodo de consultas la Inspección de Trabajo y Seguridad Social observase que la comunicación empresarial no reúne los requisitos exigidos, lo comunicará, antes de la finalización de aquel, a la Autoridad laboral para que proceda conforme a lo comentado anteriormente.

Si la Autoridad laboral que recibe la comunicación de inicio del procedimiento careciera de competencia según lo dispuesto en el artículo 25 RPDC, deberá dar traslado de la misma a la Autoridad laboral que resultara competente, dando conocimiento de ello simultáneamente al empresario y a los representantes de los trabajadores.

CAPÍTULO III

EL DESARROLLO DEL PERIODO DE CONSULTAS

1. FUNDAMENTO Y OBJETO DEL PERIODO DE CONSULTAS

El RDL 3/2012 establece en su preámbulo que una de las principales novedades que implementa reside *«en la supresión de la necesidad de autorización administrativa, manteniendo la exigencia comunitaria de un periodo de consultas, pero sin exigirse un acuerdo con los representantes de los trabajadores para proceder a los despidos»*, justificando dicha supresión al revelarse *“contraria a la celeridad que es especialmente necesaria cuando se trata de acometer reestructuraciones empresariales»*.

Especial atención requiere también la Memoria de Impacto Normativo, al establecer que *«La supresión de la autorización administrativa de la Autoridad laboral para los despidos colectivos y la supresión de contratos y reducción de jornada y su sustitución por una comunicación a dicha autoridad que se ha producido mediante la promulgación del referido Real decreto-ley incide de manera esencial en el procedimiento que regula este proyecto de reglamento, que ya no contiene la regulación de un procedimiento administrativo en sentido estricto sino el conjunto de formalidades y garantías exigibles para la correcta adopción por parte de las empresas de las medidas laborales de despido colectivo y de suspensión de contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor en aras de salvaguardar en todo momento los derechos de los trabajadores»*.

La autorización administrativa en los expedientes de regulación de empleo fue muy discutida, a nivel doctrinal, pues pocos eran los autores

que estaban a favor de tal intervención de la administración en los procedimientos de despido colectivo, y ello porque:

1. Este sistema basado en la autorización administrativa no constituía exigencia derivada de la normativa comunitaria, pues del análisis de dicha normativa no se desprendía que la autorización pública competente hubiese de asumir un papel autorizatorio de la decisión extintiva empresarial.²³¹
2. Se he llegado incluso, por ciertos autores²³², a dudar de la constitucionalidad de la previsión estatutaria, al tachar de arbitral el carácter de la autorización administrativa, pues la intervención de la administración tenía un carácter arbitral pese a la apariencia de una autorización propia de la actividad de policía. En la técnica autorizatoria pura, hay solo una relación bilateral entre la Administración y el interesado que solicita la autorización.
3. Otros autores encontraban que la única justificación de la intervención administrativa en estos supuestos de configuración triangular era la existencia de un interés público independiente de las partes, no siendo posible, a juicio de estos, identificar en los despidos colectivos la presencia de un interés público de tales características²³³.

En lo que sí coinciden todos estos autores es en lo acertada que ha sido la supresión de la autorización administrativa, pues impedía a las empresas definir sus estrategias y reajustar sus plantillas²³⁴ ante situaciones de crisis, constituía un efecto de «monetarización» de las

²³¹ TOLOSA TRIBIÑO, C., *Despido*, DAPP Publicaciones Jurídicas, Pamplona, 2012, p.380.

²³² *Ídem*

²³³ *Ibidem*, p.379.

²³⁴ *Ibidem*, p.380.

indemnizaciones y en caso de revocación de la autorización administrativa eran numerosos los problemas de ejecución que se planteaban y los trabajadores, o no eran readmitidos o lo eran irregularmente²³⁵.

Tras la eliminación del régimen autorizador, surge la duda, acerca de la naturaleza que reviste ahora el procedimiento de despido colectivo. Aunque todavía, para algún autor, «*El procedimiento administrativo sigue existiendo como soporte de apoyo al periodo de consultas, que sin embargo, no termina con un acto administrativo de decisión. Es un curioso procedimiento administrativo que no termina con un acto administrativo de resolución*»²³⁶, a mi entender, tras las reformas llevadas a cabo por las normas anteriormente citadas, la autorización administrativa, que era la que «revestía» de tal naturaleza al procedimiento de despido colectivo desapareció y, con ella, también lo hizo el carácter administrativo de dicho procedimiento, y ello porque:

1. La terminación del periodo de consultas, con independencia de que se llegue a acuerdo o no, permite la decisión extintiva empresarial.
2. La decisión empresarial de despido colectivo solo va a ser controlable judicialmente.
3. La intervención administrativa durante el procedimiento de despido colectivo es de colaboración o asistencia en el desarrollo del periodo de consultas para resolver así los problemas planteados por el

²³⁵ *Ibidem*, pp. 380 y 381.

²³⁶ *Ídem*

despido colectivo²³⁷, pero no tendrá ningún tipo de actividad decisoria o autorizadora²³⁸.

4. Tal intervención de la Autoridad laboral no va a suponer, en ningún caso, la paralización ni la suspensión del procedimiento.

Pese a que, tal y como se acaba de concluir, la naturaleza administrativa ha sido erradicada del procedimiento de despido colectivo, resulta curioso que las actuaciones de los sujetos administrativos que van a participar en él se encuentren sujetas a reglas de procedimiento administrativo y ello porque, razones de seguridad jurídica y de transparencia en su actuar exigen que, tanto las actuaciones de la Autoridad laboral como de la Inspección de Trabajo se sometan a las reglas generales de procedimiento²³⁹ y, por ende, a las contenidas en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Tras la desaparición de la autorización administrativa con las reformas comentadas, el periodo de consultas se configura como la piedra angular en la regulación del despido colectivo, al constituirse como manifestación de la negociación colectiva²⁴⁰ y al presentar unas finalidades concretas, finalidades tales como el examen de la concurrencia de las causas alegadas por la empresa y la posibilidad de

²³⁷ Así lo establece el artículo 4.2 de la Directiva 98/59/CE, al establecer que «La autoridad pública competente aprovechará el plazo señalado en el apartado 1 para buscar soluciones a los problemas planteados por los despidos colectivos».

²³⁸ Tal y como dispuso ROJO TORRECILLA, E., *Análisis de los contenidos más destacados del nuevo Reglamento de expedientes de regulación de empleo (Real Decreto 1483/2012 de 29 de diciembre) (I)*, El Blog de Eduardo Rojo. Post: viernes, 2 de noviembre de 2012, «Sin interferir en la decisión final empresarial, con o sin acuerdo con la parte trabajadora».

²³⁹ SAN 04-07-2013 (R° 169/2013).

²⁴⁰ SAN 28-9-2012 (R° 152/2012).

evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para paliar sus consecuencias²⁴¹.

Así se ha hecho constar por parte de la doctrina judicial al establecer que *«El despido colectivo no es una potestad soberana del empresario, quien está obligado, cuanto tenga la intención de efectuar un despido colectivo a consultar previamente, en tiempo hábil, con los representantes de los trabajadores con vistas a llegar a un acuerdo»*²⁴².

En el mismo sentido ha venido a pronunciarse la doctrina casacional, al establecer que *«se evidencia la trascendencia que el legislador quiere dar al periodo de consultas (...) configurándolo no como un mero trámite preceptivo, sino como una verdadera negociación colectiva, entre la empresa y la representación legal de los trabajadores, tendente a conseguir un acuerdo que en la medida de lo posible, evite o reduzca los efectos de la decisión empresarial, así como sobre las medidas necesarias para atenuar las consecuencias para los trabajadores de dicha decisión empresarial, negociación que debe llevarse a cabo por ambas partes de buena fe»*²⁴³.

Asimismo, tal importancia se desprende del artículo 2 de la Directiva 98/59/CE, pues se configura como una obligación empresarial en el supuesto de que se tenga la intención de efectuar extinciones de carácter colectivo el *«Consultar, en tiempo hábil, a los representantes de los trabajadores con vistas a llegar a un acuerdo»*.

Esta norma comunitaria es transpuesta a nuestro Ordenamiento Jurídico a través del artículo 51ET el cual, a lo largo de sus 11

²⁴¹ SAN 28-5-2012 (R° 81/2012).

²⁴² SSAN 04-06-2013 (R° 24/2013); 20-05-2013 (R° 108/2013) y 13-05-2013 (R° 89/21013).

²⁴³ STS 16-11-2012 (R° 263/2011).

apartados, esboza el esqueleto del procedimiento que debe seguirse para acometer una extinción de carácter colectivo, estableciendo en su apartado segundo que «*El despido colectivo deberá ir precedido de un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores*».

Asimismo, la doctrina judicial ha establecido que el periodo negociador estaría constituido por dos fases, la primera, destinada a proporcionar toda la información oportuna y la segunda fase, cuál sería la propia fase de negociación²⁴⁴.

En cuanto al desarrollo reglamentario que debía, finalmente, servir de colofón a la nueva configuración de esta institución jurídica, el apartado 2 de la DF 19ª de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral establecía que, en el plazo de un mes desde su entrada en vigor, se aprobaría un Real Decreto acerca del Reglamento de procedimiento de despidos colectivos y de suspensión de contratos y reducción de jornada, con el fin de que desarrollase el procedimiento a seguirse en caso de que la empresa decida proceder a un despido colectivo o a una suspensión de contrato o reducción de jornada.

El gobierno, aunque de forma tardía, dio redacción a esta norma jurídica a través 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 jornada, con la finalidad de adecuar estas instituciones a las importantes novedades incorporadas por la Reforma Laboral, garantizando así la efectividad del periodo de consultas de los procedimientos y permitiendo una adecuada

²⁴⁴ SAN 04-07-2013 (Rº 169/2013).

participación para la búsqueda de soluciones, fijando la información a suministrar a los representantes de los trabajadores por parte de la empresa como medio para certificar un adecuado conocimiento sobre las causas que empujan al empresario a acometer cambios estructurales o coyunturales dependiendo, claro está, de la institución por la que se decida abogar.

En cuanto al objeto del periodo de consultas, lo encontramos claramente definido en el apartado primero del artículo 7 RPDC, el cual establece que *«El periodo de consultas tendrá por objeto llegar a un acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores»*, acuerdo que pretende alcanzarse, evidentemente, en el seno de una negociación motivada por la decisión empresarial de proceder a un despido de carácter colectivo, pues la razón de ser y la eficacia del periodo de consultas, *«Requiere que estén decididos los factores que han de tenerse en cuenta en el transcurso de estas, dado que es imposible llevar a cabo consultas de manera apropiada y de conformidad con sus objetivos sin la determinación de los elementos pertinentes»*²⁴⁵.

Los objetivos a los que hace referencia son, por un lado, evitar las extinciones de contratos de trabajo o reducir su número, y por otro, atenuar sus consecuencias, artículo 2.2 de la Directiva 98/59/CE y artículo 51.4 del ET.

Para garantizar la esencia del periodo de consultas, los representantes de los trabajadores deberán disponer desde su inicio, de toda la documentación preceptiva establecida en el propio reglamento, pues son ellos los que se encuentran en la mejor situación para alcanzar los

²⁴⁵ SAN 25-07-2012 (Rº 109/2012).

objetivos anteriormente citados y exigidos por la jurisprudencia comunitaria²⁴⁶.

Y es que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 124.11 LRJS, será nula «*la decisión extintiva únicamente cuando el empresario no haya realizado el periodo de consultas o entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 ET*».

De este modo, el periodo de consultas se erige como un elemento trascendental en la calificación del despido. Es más, en esta materia nos encontramos ante el llamado “juicio de formalidad” comportando, la no superación de tal juicio la nulidad de la medida empresarial²⁴⁷.

En cualquier caso, la nulidad derivada de la no superación del juicio de formalidad se desprende en la ley no solo de la no aportación de la documentación, en los términos anteriormente expuestos, sino tal y como se desprende de artículo 124.11 LRJS, de la no celebración del periodo de consultas.

Ahora bien, en relación con este último extremo, deberá hacerse constar que la realización o no del mentado periodo presenta dos vertientes o ámbitos²⁴⁸:

1. Un ámbito sustantivo, relativo a si debe celebrarse o no el periodo de negociación, por lo que este ámbito está intrínsecamente ligado al requisito relativo a los umbrales numéricos, es decir, si el número de despidos supera o no los límite legales o sin nos encontramos en

²⁴⁶ Vid. STJCE 16-07-2009 (Asunto C-537/2007).

²⁴⁷ Vid., al respecto, FALGUERA BARÓ M.A., *El procedimiento del despido colectivo y el desarrollo del periodo de consultas: criterios judiciales*, ob. cit., p. 31.

²⁴⁸ *Ídem*

presencia de un despido colectivo «de hecho», en los términos expuestos por la doctrina casacional²⁴⁹; y

2. Un segundo ámbito, pero este de carácter formal. Esta vertiente estará relacionada, ya no en la convergencia o no de los requisitos o elementos determinantes de la existencia de despido colectivo, sino de la observancia o cumplimiento de las formalidades legalmente establecidas.

Con relación a este segundo ámbito debe establecerse, asimismo, que la no realización del periodo de consultas que, consecuentemente, comportará la declaración de nulidad del despido colectivo, ha venido a entenderse en un doble sentido:

- a. Con carácter absoluto, es decir, cuando se ha omitido totalmente la celebración de este trámite legalmente exigido bien, procediendo a despidos objetivos individuales o plurales, incurriendo en los denominados despidos “a cuentagotas”, bien realizando tal exigencia legal como un simple o mero trámite, privándolo de toda virtualidad²⁵⁰.
- b. Con carácter flexible, esto es, adoptando una exégesis mucho más laxa. Con base en tal interpretación, aunque formalmente se realizase el periodo de consultas, la inobservancia de cualquier trámite o exigencia legal implicaría que el periodo de negociación se entendiese como no realizado, con la consecuente nulidad del

²⁴⁹ *Vid.*, al respecto, las SSTs 18-11-2014 (R° 65/2014); 26-11-2013 (RCUD 334/2013) y 25-11-2013 (R° 334/2013).

²⁵⁰ Sirvan como ejemplo los supuestos enjuiciados en las SSTSJ País Vasco 16-04-2013 (R°3/2013); 26-03-2013 (R° 31/2012) y Extremadura 03-05-2013 (R° 2/2013).

procedimiento, exégesis esta que, a mi entender, estaría totalmente amparada bajo el tenor literal del precepto procesal.

En este sentido, tal y como ha venido a postularse por la doctrina científica, a mi entender, de manera totalmente acertada, el régimen regulador del periodo de negociación debe observarse con todas sus consecuencias pues, de lo contrario, estaríamos permitiendo que tan trascendental exigencia quedara vaciada de todo contenido, al ser entendida como un mero formalismo²⁵¹.

No obstante, tal hermenéutica de no realización del periodo de consultas (en su óptica efectiva y no puramente formal) ha sido una exégesis bastante extendida, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina judicial. No obstante, siguiendo la postura adoptada por la doctrina casacional relativa a la inobservancia de la documentación legalmente establecida, deberá estarse a una interpretación finalista. En tal sentido, la inobservancia de tal exigencia o la realización de la misma sin los parámetros de la buena fe negocial, deberán revestir una cierta trascendencia, debiendo afectar al desarrollo de las negociaciones, transformándolo en un mero trámite sin virtualidad alguna²⁵².

Para finalizar y, a modo de síntesis, considero que, el procedimiento de despido colectivo se configura ahora como un procedimiento bilateral entre los representantes de los trabajadores y el empresario, cuyo eje

²⁵¹ En este sentido, el Alto Tribunal estableció en STS 29-12-2014 (R^o 93/2012) que «a esto es, en realidad, a lo que se refiere la Sala de instancia para sostener la nulidad de la decisión extintiva, en el sentido de que el cumplimiento meramente formal del período de consultas (de “mero formalismo” lo tacha también el Ministerio Fiscal) equivale a incumplimiento, con las consecuencias que de ello se derivan, al menos en el contexto de una serie de circunstancias como las que se constatan y relatan en este caso».

²⁵² Vid., al respecto, FALGUERA BARÓ, M.A., El procedimiento del despido colectivo y el desarrollo del periodo de consultas: criterios judiciales, *ob. cit.*, pp. 32 y 33.

central radica en la negociación de un periodo de consultas entre dichos agentes sobre las medidas derivadas de un proyecto empresarial de extinción colectiva, en el que la participación de la Autoridad laboral se limita por un lado, a vigilar y controlar el cumplimiento de las finalidades a las que se dirige el periodo de consultas y por otro, a buscar soluciones a los posibles problemas que puedan plantarse por los despidos²⁵³.

²⁵³ No debemos olvidar la exigencia comunitaria contenida en la Directiva 98/59/CE, en la que la adopción de medidas de reestructuración empresarial exige la información y consulta con los representantes de los trabajadores con vistas a llegar a un acuerdo.

2. CONTENIDO DEL PERIODO DE CONSULTAS

2.1. Mínimo de derecho necesario

El contenido del periodo de consultas aparece regulado en el artículo 51.2 del ET, contenido reproducido por el artículo 7.1 RPDC, al establecer que *«La consulta 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, tales como medidas de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad»*.

La doctrina judicial estableció que *«el periodo de consultas se constituye en una manifestación específica de la negociación colectiva, que debe versar necesariamente, al tratarse de objetivos mínimos, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento destinadas, e especial, a la ayuda para la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos (artículo 2.2 Directiva). Así pues, estamos ante una negociación finalista que obliga por igual a empresarios y a los representantes de los trabajadores, quienes deben procurar alcanzar efectivamente los objetivos propuestos mediante la negociación de buena fe»*²⁵⁴.

Tal y como se desprende del precepto y de la doctrina judicial que acaban de citarse, el contenido que se estipula en los preceptos señalados se configura como un mínimo de derecho necesario que obligatoriamente debe contemplarse en las negociaciones seguidas por

²⁵⁴ SSAN 04-06-2013 (R° 24/2013); 20-05-2013 (R° 108/2013) y 13-05-2013 (R° 89/2013).

los interlocutores, contenido mínimo que abarca las posibilidades de evitar o reducir los despidos a través de las medidas sociales de acompañamiento, sin perjuicio de que en las mismas puedan comprenderse cualesquiera otros recursos que sirvan para paliar los efectos del proyecto empresarial.

Se ha eliminado toda mención relativa a la necesidad de discutir en la negociación las causas motivadoras de la extinción, y ello porque se ha plasmado, de manera literal, tanto en la norma estatutaria como en la reglamentaria, lo establecido en el artículo 2 de la Directiva 98/59²⁵⁵.

Esto no significa que las causas alegadas por la empresa no deban formar parte del contenido de las consultas, más bien al contrario, también forman parte de las finalidades del periodo de consultas el examen de la concurrencia de las causas invocadas por la empresa.

Así, tal y como estableció la jurisprudencia anterior a la Reforma Laboral de 2012²⁵⁶, en doctrina considero debe seguir siendo de aplicación, *«Es requisito constitutivo para que la negociación en el periodo de consultas pueda alcanzar sus fines, que los Representantes de los Trabajadores dispongan de la información pertinente, entendiéndose como tal la que les permita analizar razonablemente la concurrencia de las causas, así como evitar o limitar la medida, atenuando, en su caso, sus consecuencias y efectos, siendo exigible, del mismo modo, que la negociación sea efectiva, garantizándose como tal aquella en la que las partes cruzan propuestas y contrapropuestas, con las consiguientes*

²⁵⁵ PRECIADO DOMENECH, C.H., *Reglamento 1483/2012 de 29 de octubre, regulador de los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contrato y reducción de jornada*, CGTCatalunya.cat. Post: lunes, 5 de noviembre de 2012.

²⁵⁶ SSTS 18-01-2012 (R° 139/2011) y 30-06-2011 (R° 173/2010).

tomas de posición de unas y de otras, independientemente de que las negociaciones alcancen un buen fin»²⁵⁷.

Por tanto, durante el transcurso de las consultas, el empresario deberá proporcionar a los representantes de los trabajadores toda la información necesaria para que puedan formular sus propuestas, y comunicarles por escrito las causas del despido colectivo, el número y clasificación profesional de los trabajadores empleados habitualmente en el último año, el periodo previsto para la realización de los despidos, así como los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos²⁵⁸.

2.2. Exigencias de las partes

Durante el desarrollo del periodo de consultas, las partes deben hacerse eco de la concepción del mismo como «*una manifestación propia de la negociación colectiva*»²⁵⁹, por ello, no basta con que el periodo de consultas se desarrolle como un trámite meramente formal al que acuden las partes con propuestas herméticas, sino que es necesario que estén dispuestas a realizarse propuestas y contrapropuestas, pues una negociación se concibe como un proceso caracterizado por una dinámica de concesiones recíprocas y de opiniones consensuadas²⁶⁰.

²⁵⁷ En el mismo sentido vino a pronunciarse la doctrina judicial en SSAN 14-09-2012 (R° 136/2012) y 28-05-2012 (R° 81/2012).

²⁵⁸ MERCADER UGUINA, J.R., y DE LA PUEBLA PINILLA, A., *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada*, cit., p 177.

²⁵⁹ STJCE 27-01-2005.

²⁶⁰ *Vid.*, SSTSJ Madrid 22-06-2012 (R° 20/2012) y 30-05-2012 (R° 17/2012).

Y tal posición de debate debe ser la adoptada, hasta el punto de que, únicamente será viable conocer en sede judicial sobre las alternativas a la medida empresarial cuando tales opciones fueron propuestas durante las negociaciones puesto que esa es la finalidad del período de consultas²⁶¹: evitar los despidos colectivos, reducirlos o atenuar sus consecuencias²⁶².

2.3. Las medidas sociales de acompañamiento

Las medidas sociales de acompañamiento, aparecen como instrumento destinado, bien a paliar los efectos de los despidos colectivos acometidos, bien a reducir o incluso a evitar que tal decisión estructural se lleve a cabo, tal y como se desprende de los artículos 51.2 ET y 7.1 RPDC²⁶³.

Los preceptos anteriormente mencionados, establecen que la consulta 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, tales como medidas de*

²⁶¹Así, las SSAN 04-04-2013 (R° 66/2013) y 14-09-2012 (R° 136/2012) vinieron a destacar *«la exigencia de operatividad de la medida alternativa, porque no basta su proposición, por razonable e ingeniosa, que pudiera parecer, ya que cualquier alternativa al despido tendrá un coste que debe asumirse por los representantes de los trabajadores, que la promuevan, en cuyo caso será viable el control judicial de dicha proposición, puesto que permitirá comprobar si el despido, una vez acreditadas las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en las que se base, constituye medida adecuada o no, lo que exigirá probar que la medida alternativa permitiría alcanzar esencialmente los mismos objetivos perseguidos con el despido y que se apoyó por los representantes necesarios para su ejecución»*.

²⁶²FALGUERA BARÓ, M.A., “La causalidad de los despidos económicos, técnicos, organizativos y productivos después de la ley 3/2012: reflexiones tras un año de doctrina judicial por la vía del artículo 124 LRJS”, *Associació Catalana de Iuslaboralistes*, julio, 2013, p. 37/43.

²⁶³ Una de las principales novedades de la Reforma Laboral de 2012, junto con la de la desaparición de la autorización administrativa, fue la desaparición, en ciertas sociedades, de aportar un plan social de acompañamiento. Las medidas sociales constituyen ahora uno de los contenidos esenciales de la negociación, así como del posible acuerdo.

recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad».

Estas medidas sociales de acompañamiento se detallan en el artículo 8 del RPDC, el cual clasifica las medidas en dos grupos diferenciados, dependiendo de la finalidad a la que se destinen. Por ello, en su apartado primero, el artículo 8 recoge una serie de medidas destinadas a evitar o reducir los despidos, siendo estas las siguientes:

- a. La recolocación interna de los trabajadores dentro de la misma empresa o, en su caso, en otra del grupo de empresas del que forme parte;
- b. Movilidad funcional de los trabajadores, conforme a lo dispuesto en el artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores;
- c. Movilidad geográfica de los trabajadores, conforme a lo dispuesto en el artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores;
- d. Modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo de los empleados, conforme a lo dispuesto en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores;
- e. Inaplicación de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable conforme a lo dispuesto en el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores. Cuando el acuerdo alcanzado en el periodo de consultas incluya esta medida, la empresa deberá proceder en todo caso al depósito del acuerdo de inaplicación, conforme a lo previsto en la disposición adicional cuarta del Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo²⁶⁴;

²⁶⁴ Vid., la Disposición Adicional Quinta del RD 1483/2012.

- f. Acciones de formación o reciclaje profesional de los trabajadores que puedan contribuir a la continuidad del proyecto empresarial; y
- g. Cualquier otra medida organizativa, técnica o de producción dirigida a reducir el número de trabajadores afectados;

En relación con este tipo de medidas, en concreto, las de flexibilidad interna, la doctrina judicial ha venido a establecer que la adopción de tales medidas, en el seno de un procedimiento de despido colectivo, no requiere la celebración de otro periodo negociador, puesto que *«es parte del período de consultas del despido colectivo el debate que pueda suscitarse sobre cada una de estas cuestiones, y ello podrá dar lugar, en su caso, a la adopción de medidas de flexibilidad interna que sustituyan o acompañen a la flexibilidad externa, puesto que, si no pudieran contemplarse en el proceso de despido colectivo, sería absurdo que el legislador las planteara al hilo del mismo»*²⁶⁵, pudiendo ser adoptadas sin necesidad de que comporten la reducción del número de trabajadores afectados.

En cuanto a las medidas destinadas a atenuar las consecuencias en los trabajadores afectados, el artículo 8, en su apartado segundo, recoge las siguientes:

- a. El derecho de reingreso preferente en las vacantes del mismo o similar grupo profesional que se produzcan en la empresa dentro del plazo que se estipule.
- b. La recolocación externa de los trabajadores a través de empresas de recolocación autorizadas. En el caso de que se consideren estas medidas, deberá incluirse en la documentación del procedimiento,

²⁶⁵ SAN 20-05-2013 (R^o 108/2013).

- además de la concreción y detalle de las mismas, la identificación de la empresa de recolocación autorizada para llevarlas a cabo.
- c. Acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad de los trabajadores.
 - d. Promoción del empleo por cuenta propia como autónomos o en empresas de economía social, siempre que no persigan la continuidad de la prestación laboral de los trabajadores afectados hacia la misma empresa mediante contratos de obras o de servicios o tipos contractuales análogos que tengan por fin la elusión en fraude de ley de las obligaciones dimanantes del contrato de trabajo.
 - e. Medidas compensatorias de los gastos derivados de la movilidad geográfica.
 - f. Medidas compensatorias de las diferencias salariales con un nuevo empleo.

Asimismo, según se ha apuntado por la doctrina científica²⁶⁶, también podría entenderse como una medida dirigida a atenuar las consecuencias derivadas del procedimiento extintivo el pacto de indemnizaciones superiores a la legalmente establecida.

Lo importante a destacar de este precepto no son propiamente las medidas que enumera, sino la formulación que hace en ambos apartados: «*Entre las medidas (...) se podrán considerar, entre otras, las siguientes*» pues, de su tenor literal, se desprende que las medidas que allí enumera constituyen un catálogo cuya finalidad es meramente ejemplificativa. Considero que ésta redacción puede inducir a un error

²⁶⁶ Vid., al respecto, SÁEZ LARA, C., Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos, *ob. cit.*, p. 148.

hermenéutico, pues parece dar a entender que el recurso a las medidas sociales de acompañamiento es opcional.

A mi entender, el recurso a las medidas sociales de acompañamiento durante el periodo de consultas ha de ser obligatorio, pues de lo contrario, se vaciaría de contenido la negociación colectiva y el objeto del periodo de consultas establecido en el artículo 7.1 RPDC, *«Llegar a un acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores»* resultaría de imposible cumplimiento.

Por el contrario, entiendo que si es opcional el que la medida de acompañamiento forme parte de las establecidas en el artículo 8 RPDC pues, tal y como se ha comentado en líneas anteriores, la finalidad del listado allí enumerado es la de ilustrar, ejemplificar, cuales son las medidas que se pueden adoptar para minimizar los efectos de las extinciones, pudiendo en todo momento acudir a cualesquiera otras que, por su idoneidad sean más eficaces para paliar las consecuencias que de la decisión empresarial emanan²⁶⁷.

Así, la doctrina judicial ha venido a entender que *«las medidas, contenidas en el art. 8.2 RD 1483/2012, de 29 de octubre, no son obligatorias, tratándose de propuestas de buena práctica, que el legislador propone a los negociadores del período de consultas y la simple lectura del plan deja claro que la empresa remite su concreción al desarrollo del período de consultas»*²⁶⁸.

²⁶⁷ Así, tal y como estableció la Audiencia Nacional en SAN 20-05-2013 (Rº 108/2013), *«El art. 8 de la norma reglamentaria identifica las medidas sociales de acompañamiento, señalando, en lista abierta y no exhaustiva»*.

²⁶⁸ SAN 13-05-2013 (Rº 89/2013).

Asimismo, durante el transcurso de las consultas y debido a las negociaciones llevadas a cabo entre el empresario y los interlocutores sociales, puede ocurrir que las medidas que finalmente se adopten sean otras diferentes de las pretendidas en un primer momento o incluso que no se adopte medida alguna, puesto que el acuerdo no es preceptivo.

No obstante, si el empresario al final decide asumir dichas medidas, su incumplimiento lleva aparejado la comisión de una infracción tipificada en la LISOS como muy grave²⁶⁹, al mismo tiempo que recae, en manos de los trabajadores afectados, la potestad de exigir su cumplimiento, tal y como establece el artículo 15.3 RPDC²⁷⁰.

2.4. El plan de recolocación externa

El plan de recolocación externa se configura como una exigencia para aquellas empresas que lleven a cabo un despido colectivo que afecte a más de cincuenta trabajadores, siempre y cuando no hubieran estado sometidas a un procedimiento concursal²⁷¹.

²⁶⁹ Así lo establece el artículo 8.14 de la LISOS «*Son infracciones muy graves (...) El incumplimiento por el empresario de la obligación establecida en el apartado 10 del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores o de las medidas sociales de acompañamiento asumidas por el empresario en el marco de los despidos colectivos*».

²⁷⁰ Dicho artículo, nos dice que «*Asimismo, el incumplimiento de la obligación establecida sobre el plan de recolocación externa. Así como de las medidas sociales de acompañamiento asumidas por el empresario, podrá dar lugar, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4.2.g) del Estatuto de los Trabajadores, a la reclamación de su cumplimiento por parte de los trabajadores ante la jurisdicción social, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas que procedan*».

²⁷¹ Es el apartado 10 del artículo 51 ET el que viene a regular el plan de recolocación externa, y lo hace en los siguientes términos: «*La empresa que lleve a cabo un despido colectivo que afecte a más de 50 trabajadores deberá ofrecer a los trabajadores afectados un plan de recolocación externa a través de empresas de recolocación autorizadas. Dicho plan, diseñado para un periodo mínimo de 6 meses, deberá incluir medidas de formación y orientación profesional, atención personalizada al trabajador afectado y búsqueda activa de empleo. En*

Tanto la jurisprudencia²⁷² como la doctrina judicial²⁷³ han recalcado que dicha obligación solo resulta exigible cuando la empresa en cuestión extinga el contrato a más de cincuenta trabajadores.

Dicho plan, que ha de llevarse a cabo a través de empresas de recolocación autorizadas, ha de estar diseñado para un periodo mínimo de seis meses, y deberá incluir medidas de formación y orientación profesional, atención personalizada al trabajador afectado y búsqueda activa de empleo, no debiendo recaer, en ningún caso, el coste de elaboración e implantación del mismo sobre los trabajadores.

Este plan de recolocación externa viene a sustituir al antiguo plan de acompañamiento social, tal y como establece la STSJ Madrid de 11-06-2012, (R° 22/2012), *«Respecto del plan de acompañamiento social (...) no es ya exigible en ningún caso, pues era obligatorio para las empresas de más de 50 trabajadores el art. 51.4 del ET en su redacción según la ley 35/2010, pero ya no subsiste esa exigencia en la redacción dada al art. 51 ET por el RD 3/2012. Por ello lo regulado en el ar. 8.f) del RD 801/11 se entiende actualmente referido, según el art. 2.5 de la OEISS 487/2012, al nuevo plan de recolocación externa que el art. 51.10 ET exige ahora a las empresas cuando el despido colectivo afecte a más de 50 trabajadores»*.

El artículo 9 RPDC se encarga de desarrollar el contenido del plan de recolocación externa, y de lo establecido en su apartado cuarto, se deriva que es uno de los puntos a tratar en la negociación llevada a cabo

todo caso, lo anterior no será de aplicación en las empresas que se hubieran sometido a un procedimiento concursal. El coste de la elaboración e implantación de dicho plan no recaerá en ningún caso sobre los trabajadores».

²⁷² SSTS 29-12-2014 (R° 83/2014); 26-03-2014 (R° 158/2013) y 25-09-2013 (R° 3/2013).

²⁷³ Vid., entre otras, las SSTSJ Andalucía 20-02-2013 (R° 10/2012) y 12-02-2013 (R° 11/2012) y Galicia 21-12-2012 (R° 22/2012).

durante el periodo de consultas, al establecer que *«El contenido del plan de recolocación podrá ser concretado o ampliado a lo largo del periodo de consultas, si bien al finalizar el mismo deberá ser presentada su redacción definitiva»*; por tanto, la empresa deberá presentar inicialmente el esbozo de plan de recolocación externa que, durante el periodo de consultas, irá desarrollándose y concretándose hasta que, una vez finalizadas dichas negociaciones, se presente su redacción definitiva.

Asimismo, con relación al contenido del plan de recolocación, el mismo artículo 9 RPDC, en su apartado tercero, recoge las acciones que han de servir para elaborar las medidas adecuadas a la finalidad del plan adoptado por la empresa, siendo estas las siguientes:

1. De intermediación consistentes en la puesta en contacto de las ofertas de trabajo existentes en otras empresas con los trabajadores afectados por el despido colectivo;
2. De orientación profesional destinadas a la identificación del perfil profesional de los trabajadores para la cobertura de puestos de trabajo en las posibles empresas destinatarias de la recolocación;
3. De formación profesional dirigidas a la captación de los trabajadores para el desempeño de las actividades laborales en dichas empresas;
y
4. De atención personalizada destinadas al asesoramiento de los trabajadores respecto de todos los aspectos relacionados con su recolocación, en especial, respecto de la búsqueda activa de empleo por parte de los mismos.

El carácter genérico de las acciones descritas en líneas anteriores, plantean numerosas dudas sobre los sujetos legitimados para definir el plan y la forma en que hay que hacerlo, sobre los criterios que deben regir la evaluación de su efectividad y adecuación y sobre el modo de valorarse la situación de la empresa a la hora de su adopción, dado los elevados costes que pueden conllevar la implantación de determinadas acciones; cuestiones que no resultan baladíes, puesto que en caso de impugnación de la decisión extintiva, la apreciación por parte del órgano jurisdiccional de insuficiencia, inadecuación o incluso la falta de precisión en sus contenidos puede conducir a la nulidad de la decisión extintiva²⁷⁴.

En cuanto al modo de efectuar el cómputo de los trabajadores para delimitar la exigencia de la elaboración del plan (más de 50 trabajadores), el apartado 5 del artículo 9 RPDC, establece que también se deberán tener en cuenta a aquellos trabajadores, cuyos contratos de trabajo se hayan extinguido por iniciativa de la empresa o empresas del mismo grupo, en virtud de motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el artículo 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, siempre y cuando dichas extinciones se produzcan dentro de los noventa días inmediatamente anteriores al inicio del despido colectivo.

A lo establecido en el artículo 9.5 RPDC, debemos añadirle el límite temporal fijado en la DT Única de dicha norma reglamentaria, pues lo previsto en ese precepto se aplicará exclusivamente a aquellos

²⁷⁴ Vid. MERCADER UGUINA, J.R., y DE LA PUEBLA PINILLA, A., *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 72 y 73.

trabajadores cuyos contratos de trabajo se hayan extinguido a partir de la entrada en vigor del RD1483/2012.

Finalmente, y en relación con las consecuencias que derivan en caso de incumplimiento empresarial, según el artículo 51.10 ET y el artículo 15.3 RPDC, la inobservancia de tal exigencia, podrá dar lugar a la reclamación de su cumplimiento por parte de los trabajadores, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas que deriven de tal infracción, infracción que se tipifica en el artículo 8.14 de la LISOS como «*muy grave*». No obstante, tal exigencia legal no aparece contemplada en el artículo 51.2 ET, en relación con el artículo 124.11 LRJS, en cuanto a la posibilidad de que se determine la nulidad del despido por la inobservancia de tal exigencia, por lo que, en principio, tal información no formaría parte de la insuficiencia documental que determina la nulidad del despido ex artículo 124.11 LRJS²⁷⁵.

Sin embargo, según ha venido a postularse por algún autor²⁷⁶, a mi entender, de manera totalmente acertada, no debiera descartarse que tal incumplimiento, en algunos supuestos, debido a la conexión que pudiese mantener con la mala fe empresarial durante el periodo de negociación, pudiera conllevar mayores consecuencias.

²⁷⁵ *Vid.*, al respecto, las SSTSJ Castilla La Mancha 16-04-2013 (R° 19/2012) y Madrid 09-04-2013 (R° 18/2013).

²⁷⁶ FALGUERA BARÓ, M.A., *El procedimiento del despido colectivo y el desarrollo del periodo de consultas: criterios judiciales*, ob. cit., p. 98.

3. DURACIÓN, CALENDARIO Y REUNIONES DEL PERIODO DE CONSULTAS

3.1. Duración del periodo de consultas: periodo máximo

El artículo 51.2 ET regula la duración del periodo de consultas, condicionando el tiempo máximo de su transcurso al número de trabajadores que integren la empresa.

En empresas de menos de cincuenta trabajadores, el periodo de consultas tendrá una duración no superior a quince días naturales, mientras que en las empresas de cincuenta o más trabajadores dicho periodo no deberá exceder de treinta días naturales²⁷⁷.

Aunque, tanto la norma estatutaria como la reglamentaria, limitan la duración del periodo de consultas, ninguna de las dos normas se pronuncia sobre cuáles son las consecuencias que derivan del exceso del plazo establecido.

En este sentido, la doctrina judicial estableció que la infracción del artículo 51 ET, en cuanto al exceso del plazo estipulado en el citado precepto, «*no existe norma o precepto alguno que permita declarar la nulidad pretendida*»²⁷⁸.

Y es que el simple hecho de que el periodo de consultas exceda de los quince o treinta días naturales, dependiendo del número de trabajadores que integren la empresa, no presupone, *per se*, que la decisión empresarial de despido colectivo sea declarada nula o

²⁷⁷ Vid. artículo 7.4 y 5 RPDC, cuyo contenido reproduce lo establecido en el apartado segundo del artículo 51 ET.

²⁷⁸ STSJ de Galicia 06-07-2012 (R^o 12/2012).

improcedente, puesto que tales consecuencias no se contemplan legalmente²⁷⁹. Podría decirse que la doctrina judicial optó por una exégesis amplia y finalista del citado precepto.

Tal interpretación también ha sido adoptada por el Alto Tribunal. Así, ha venido a entender que tal exceso no supondrá la nulidad de la decisión empresarial, si bien debe exigirse una cierta justificación que explique la dilación proceso. Y ello porque *«el requisito del límite máximo temporal deberá ser acatado, pues de otra forma no tendría razón de ser su imposición. No obstante, deberá ser objeto de análisis la naturaleza del requisito temporal para así apreciar mejor las consecuencias a que puede conducir su incumplimiento. Sin duda el plazo tiene una finalidad garantista a fin de que su excesiva dilación no sea empleada como una coacción encubierta o encaminada a un propósito fraudulento dirigido a aprovechar un cambio legislativo a otra circunstancia. Ello hace preciso contemplar el número de reuniones celebradas, la separación temporal entre las mismas y la existencia de contenido real en las negociaciones»*²⁸⁰, estableciendo que *«la sanción de nulidad que el artículo 124 LRJS establecía en la redacción anterior al RD 3/2012 está reservada a supuestos entre los que no cabe incluir, por sí sola, la duración superior a la prevista»*²⁸¹.

Por tanto, la tesis interpretativa adoptada por el doctrina casacional viene a determinar que la simple superación del plazo legalmente establecido si, además, se ha producido por acuerdo entre las partes y

²⁷⁹ Así, la STSJ Castilla y León 24-04-2013 (R2 160/2013) añadió que *«En el mismo sentido las Directivas comunitarias 98/59, 75/129, y 92/56 establecen los mismos parámetros en cuanto a los requisitos formales de los despidos colectivos, y en ninguna disposición se contempla la nulidad por excederse en el plazo del periodo de consultas»*.

²⁸⁰ 15-04-2014 (R° 188/2013).

²⁸¹ STS 18-03-2014 (R°125/2013).

sin ningún perjuicio generador de indefensión, no puede conducir a la nulidad de la medida empresarial²⁸².

No obstante, de forma aislada, ha venido a postularse por algún aplicador del derecho, que lo dispuesto en el artículo 7 RPDC debe interpretarse como «*un principio dispositivo respecto a los plazos incorporados al mismo, de modo que las partes (...) fijan el calendario de reuniones y los intervalos entre las mismas de común acuerdo, pudiendo pactar unos límites temporales distintos*»²⁸³. A mi entender, esta postura resulta del todo insostenible en la primera de sus manifestaciones. Y es que si bien es cierto que rige el principio dispositivo en lo que respecta a la fijación del calendario de reuniones y al intervalo temporal que debe transcurrir entre las mismas, la norma reglamentaria es clara al establecer un periodo temporal «máximo» y aunque las partes, de común acuerdo, o incluso, sin llegar a una acuerdo, es posible dilaten el proceso por motivos justificados, como por ejemplo, la posibilidad de alcanzar acuerdo si se amplía el periodo de negociaciones, no puede interpretarse tal exigencia legal como un principio dispositivo.

Del mismo modo que tal carácter máximo del periodo no impide que pueda ampliarse de común acuerdo²⁸⁴, tampoco debe entenderse que sea necesario agotar el periodo máximo de treinta días en empresas de cincuenta o más trabajadores o, de quince días, en el caso en que las empresas cuenten con menos de cincuenta empleados; y ello se desprende de lo establecido en el apartado 6 del artículo 7 RPDC, al establecer que «*No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, el*

²⁸² Vid., al respecto, SSTs 18-07-2014 (R° 125/2013) y 23-05-2014 (R° 179/2013).

²⁸³ STSJ Cantabria 08-01-2014 (R° 803/2013).

²⁸⁴ Vid., al respecto, BLASCO PELLICER, A., *La extinción del contrato de trabajo en la Reforma Laboral de 2012*, ob. cit., p. 58.

periodo de consultas podrá darse por finalizado en todo caso cuando las partes alcancen un acuerdo».

Si se ha llegado a un acuerdo sin necesidad de agotar el plazo máximo previsto, el empresario comunicará a la Autoridad laboral competente el resultado del mismo, adjuntado una copia. En todo caso, comunicará a los representantes de los trabajadores y a la Autoridad laboral la decisión sobre el despido colectivo que realiza. La comunicación que proceda se realizará como máximo en el plazo de quince días a contar desde la fecha de la última reunión celebrada en el periodo de consultas²⁸⁵.

Del mismo modo, el apartado sexto, *in fine*, del mencionado precepto establece otra posibilidad, y es que *«Las partes, de común acuerdo, podrán en cualquier momento dar por finalizado el periodo de consultas, por entender que no resulta posible alcanzar acuerdo alguno, debiendo comunicarlo expresamente a la Autoridad laboral».*

Contraria a este razonamiento es la STSJ de Murcia 09-7-2012 (R° 3/2012) sobre impugnación de la decisión extintiva por vulneración de la duración del periodo de consultas establecida en el artículo 51.4 ET, es clara al determinar que debe mantenerse las negociaciones hasta el final, de modo contrario se incurre en un incumplimiento empresarial del tiempo de duración del periodo de consultas y de la finalidad perseguida por el mismo, argumentando que *«El artículo 51.4 ET en la redacción dada por el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, establece que “comunicada la decisión a los representantes de los trabajadores, el*

²⁸⁵ Vid., artículo 12.4 RPDC.

empresario notificará los despidos individualmente a los trabajadores afectados en los términos establecidos en el artículo 53.1 de esta Ley. Lo anterior no obstante, deberán hacer transcurrido como mínimo treinta días entre la fecha de la comunicación de la apertura del periodo de consultas a la Autoridad laboral y la fecha de efectos del despido”, y es lo cierto que, entre la fecha de comunicación de la apertura del periodo de consultas a la Autoridad laboral (16 de abril de 2012) y la fecha de efectos del despido (24 de abril de 2012) no ha transcurrido el referido periodo, por lo que se ha incumplido una de las condiciones legales y se ha visto frustrada la posibilidad de llevar a cabo otras reuniones con la totalidad de los representantes de los trabajadores para conseguir un acuerdo, incumplimiento que determina la nulidad de la decisión extintiva al no haberse respectado lo previsto en el artículo 51.2 ET, como así lo exige el artículo 124.9 LRJS, por lo que ello sería suficiente para estimar la demanda y declarar la expresada nulidad».

Y es que esta cuestión esta intrínsecamente unida a la buena fe negocial, en el sentido de ¿qué ocurre si alguna de las partes intervinientes en el proceso (especialmente el empresario) decide finalizar las negociaciones *ante tempus*? A este respecto, tal y como anteriormente ha quedado expuesto, la doctrina judicial ha venido a establecer que tal conducta no se considera contraria a la buena fe negocial si resulta patente la imposibilidad de alcanzar acuerdo o para el supuesto en que una de las partes rompe las negociaciones y la otra no se opone a la misma²⁸⁶.

²⁸⁶ Vid., al respecto, las SSTSJ Comunidad Valenciana 04-11-2013 (R° 17/2012) y Castilla y León 29-11-2012 (R° 3/2012).

A mi entender, tal y como establece el mencionado precepto, sí que es posible que las partes den por finalizado el periodo de consultas sin llegar a agotar el periodo legalmente previsto porque les resulte imposible llegar a un acuerdo. Ahora bien, considero que, en estos casos, el empresario, para hacer efectivo su proyecto extintivo, deberá respetar igualmente lo establecido en los artículos 12 y 14 RPDC:

1. Deberá comunicar tanto a la Autoridad laboral como a los representantes de los trabajadores su decisión sobre el despido colectivo que va a acometer, debiéndose realizar dicha comunicación como máximo en el plazo de quince días a contar desde la fecha de la última reunión celebrada en el periodo de consultas, debiéndose remitir igualmente toda la documentación establecida en los apartados uno, dos, tres del artículo 12 RPDC.
2. Tras dicha comunicación empresarial de despido colectivo a los representantes de los trabajadores y a la Autoridad laboral, el empresario podrá comenzar a notificar los despidos de manera individual a los trabajadores afectados, lo que deberá realizar en los términos y condiciones establecidos en el artículo 53.1 ET.
3. En todo caso, deberán haber transcurrido como mínimo treinta días entre la fecha de la comunicación de la apertura del periodo de consultas a la Autoridad laboral a que se refiere el artículo 2 y la fecha de efectos de los despidos.

3.2. Configuración del calendario de reuniones

El artículo 7.2 RPDC establece que a la apertura del periodo de consultas se fijará un calendario de reuniones a celebrar dentro del mismo, que respetará lo establecido en el propio artículo, si bien las partes podrán acordar de otra forma el número de reuniones e intervalos entre las mismas, puesto que tal previsión facilitará la organización y sistematización de las medidas objeto de negociación legalmente previstas, así como aquellas que los sujetos negociadores decidan introducir en el periodo de consultas por considerar resulten de interés.

Varias puntualizaciones debemos realizar sobre el precepto citado:

1. En primer lugar, hay que afirmar que de su tenor literal se desprende la importancia del principio de autonomía de las partes en la configuración del calendario de reuniones, pues serán estas las que decidan el número de sesiones y el intervalo que debe transcurrir entre la celebración de unas y otras, siendo posible incluso que las partes acordaran la celebración de una única reunión²⁸⁷.
2. En segundo lugar y, en defecto de pacto entre las partes, este precepto establece un régimen supletorio que será aplicable en aquellos supuestos en que las partes no acuerden el número de

²⁸⁷ La Audiencia Nacional, en SAN 15-10-2012 (R° 162/2012) contempla dicha posibilidad pues, «El artículo 51.2 no exige un número mínimo de reuniones, ni impide en todo caso que pueda entenderse válido un periodo de consultas consistente en una única reunión más allá de la apertura del trámite, lo cierto es que tal posibilidad requeriría del explícito acuerdo de las partes. Ciertamente, el uso del plural (“reuniones”) llama, también a una pluralidad de actos pero la norma parte del principio de libertad de configuración de las partes del calendario de reuniones lo que convierta en dispositiva para ellas la decisión sobre su número».

reuniones a celebrar y los intervalos temporales que deben transcurrir entre ellas o que, directamente, decidan acogerse a tal regulación.

Esta regulación supletoria, pero imperativa en defecto de pacto, se desgrana en los apartados tercero, cuarto y quinto del comentado artículo 7 y establece un número determinado de reuniones y un intervalo mínimo de tiempo que habrá, necesariamente, de transcurrir entre cada una de ellas:

1. La primera reunión del periodo de consultas se celebrará en un plazo no inferior a tres días desde la fecha de la entrega de la comunicación a que se refiere el artículo 6.1 del mismo cuerpo legal, y ello porque los representantes de los trabajadores deben contar con tiempo suficiente para poder analizar la documentación facilitada por el empresario y así poder asistir a la primera reunión conociendo la pretensión empresarial. Asimismo, debe hacerse constar que la comunicación a la que hace referencia es a la comunicación de inicio del procedimiento que el empresario hará llegar a la Autoridad laboral simultáneamente a la comunicación remitida a los representantes legales de los trabajadores, a la que debe acompañar copia del escrito a que se refiere el artículo 2, la documentación señalada en el artículo 3 y en los artículos 4 y 5, según las causas del despido, así como copia del escrito de solicitud de informe a los representantes legales de los trabajadores a que se refiere el artículo 3.3.
2. En empresas de menos de cincuenta trabajadores, el periodo de consultas tendrá una duración no superior a quince días naturales, debiéndose celebrar durante el mismo, al menos, dos reuniones,

separadas por un intervalo no superior a seis días naturales, ni inferior a tres días naturales.

3. Por último, en el supuesto en que la empresa cuente con cincuenta trabajadores o más, el periodo de consultas tendrá una duración no superior a treinta días naturales, debiéndose celebrar durante dicho periodo, al menos, tres reuniones, separadas por un intervalo no superior a nueve días naturales ni inferior a cuatro días naturales.

Asimismo, tal y como ha establecido la doctrina judicial²⁸⁸, no existe ningún estándar de duración de las negociaciones, habiéndose de estar a las concretas circunstancias que converjan en cada caso pues, según postula, *«habrá supuestos en los que será suficiente con una sola negociación; mi entras que en otros casos es posible que con negociaciones diarias no sea suficiente»*.

Ahora bien, ¿qué ocurre si la empresa no fija el calendario de las reuniones, infringiendo lo dispuesto en el artículo 7.2 RPDC? ¿Puede tal inobservancia implicar la nulidad del procedimiento de despido colectivo?

Según la doctrina judicial²⁸⁹, son tres las razones que impiden otorgar a ese defecto virtualidad anulatoria:

1. La elaboración de la agenda es responsabilidad de ambos interlocutores;
2. El aquietamiento de la parte social en relación con la inexistencia de tal calendario; y

²⁸⁸ STSJ Cataluña 26-06-2012 (R° 8/2012).

²⁸⁹ STSJ País Vasco 26-03-2013 (R° 7/2013).

3. El hecho de que la falta de programación de las reuniones no impida que las reuniones del periodo negociador se desarrollasen pacíficamente.

Asimismo, la citada doctrina también considera que tampoco justificaría tal consecuencia el mero hecho de que el intervalo entre reuniones sobrepasase el máximo previsto en la norma reglamentaria

3.3. La importancia de las actas de las reuniones del periodo de consultas

La importancia de las actas celebradas durante el periodo de consultas se desprende claramente de los preceptos 7.7 y 12.3 RPDC.

El primero de ellos, el 7.7 establece que *«De todas las reuniones celebradas en el periodo de consultas se levantará acta, que deberán firmar todos los asistentes»*.

La obligación contenida en este precepto hace que las actas se configuren como un elemento probatorio²⁹⁰ del contenido de las reuniones celebradas durante el periodo de consultas, pues son un claro reflejo de todo lo acontecido durante las negociaciones y dan fe de las verdaderas intenciones que impulsan a las partes a acercarse a la mesa negociadora²⁹¹.

²⁹⁰ Claro ejemplo es la STSJ Comunidad Valenciana 14-12-2012 (R° 14/2012), que durante su fundamentación jurídica, hace constantes alusiones al contenido de las actas para dar constancia de los hechos acaecidos durante el periodo de consultas.

²⁹¹ Vid. SAN 26-07-2012 (R° 124/2012) que, para reconocer la existencia de grupo de empresas a efectos laborales, se remite al contenido de las actas derivadas del periodo de consultas, y argumenta al respecto que *«Revela finalmente, a nuestro juicio, la existencia de grupo de empresas a efectos laborales, que en las actas finales del periodo de consultas las empresas admitieran la mayor antigüedad de sus trabajadores en cualquiera de las empresas del grupo,*

Es importante reseñar que ninguno de los dos preceptos anteriormente citados establece cuál ha de ser el contenido de las actas al igual que tampoco se prevé quien será el encargado de custodiarlas si bien, del 12.3 RPDC parece colegirse que tal función recae sobre el empleador. Considero que tal ausencia normativa respecto al contenido de las actas, tal vez pueda deberse a que cada proceso de despido colectivo es único y las vicisitudes que derivan de cada extinción colectiva también, pero sí es cierto que podríamos destacar un contenido mínimo que debe estar presente en las actas de las reuniones²⁹²:

1. Documentación remitida a los representantes de los trabajadores.

ya que dicho reconocimiento demuestra, por los propios actos de los demandados, que el Grupo como tal era el auténtico empleador de los trabajadores de las distintas empresas, puesto que si no hubiera sido así, los trabajadores hubieran rotado entre las empresas del grupo después de finalizar contratos en otras empresas del grupo, no habría razón para el reconocimiento de toda la antigüedad en un grupo de empresas, que al finalizar el periodo de consultas era plenamente consciente de su decisión de solicitar concurso de acreedores».

²⁹² Vid., al respecto, la STSJ Comunidad Valenciana 14-12-2012 (R^o 124/2012) en la que la Sala destaca aquello que considera los aspectos más relevantes del contenido de las actas de las reuniones del periodo de consultas, argumentando que «*Del contenido de las Actas de reunión Comité de Empresa debe resaltarse lo siguiente: 1.- Que en el acta de 6 de julio de 2012 se hace entrega a la RTL de toda la documentación legalmente requerida relativa al Expediente de Regulación de Empleo donde se argumentan y matizan detalladamente los motivos de la Empresa para tomar esta medida, se listan los afectados y se concreta toda la información que da lugar al Expediente. Se informa al Comité que en el ERE hay 96 personas afectadas. 2.- En el acta de 17 de julio de 2012 se interesa de la empresa que facilite las cuentas definitivas anuales de 2011 y el Plan de negocio 2012-2015 en la medida que la empresa pueda darlo a conocer, respetando aquellos puntos que puedan resultar confidenciales o estratégicos. 3.- Por la empresa en el Acta de 26 de julio de 2012 se acepta la disminución de afectados en 21 personas, mantener el salario del personal afectado por la medida extintiva, si bien pone otras condiciones en el acta. El Comité de Empresa formula otra contra propuesta. 4.- En el Acta de 1 de agosto de 2012 se hace entrega a la Representación Legal de los Trabajadores de un documento que contiene los pilares y líneas de actuación principales del plan de negocio, así como el Informe de Auditoría de cuentas anuales elaborado por PWC definitivo relativo a las cuentas anuales del año 2011 del que al inicio del periodo de consultas se les había hecho llegar un borrador, ahora ya consolidado y firmado por el equipo auditor, sin que haya cambio alguno respecto al borrador inicialmente entregado, más allá de la propia firma del auditor. 5.- A lo largo de todas las Actas se producen por parte de los representantes de los trabajadores peticiones de aclaración y explicación sobre diversas cuestiones que interesan del ERE a los que la empresa responde por medio de los empleados de la mercantil que ocupan los puestos adecuados para dar respuesta a las peticiones».*

2. Argumentaciones y matizaciones de los motivos que empujan al empresario a llevar a cabo la medida extintiva.
3. Peticiones de aclaración y explicación sobre cuestiones que interesan del expediente
4. Propuestas y contrapropuestas de las partes.
5. En caso de aceptación de propuesta, términos del acuerdo adoptado.

Del mismo modo, aunque el artículo 7.7 RPDC establece la necesidad de que las actas estén firmadas por todos los asistentes, no hace referencia alguna a qué consecuencias derivan de tal incumplimiento.

A mi entender, dicho incumplimiento no reviste la trascendencia suficiente como para que, judicialmente, se declare la nulidad de la extinción colectiva pues, además de que no aparece como causa de nulidad del despido colectivo, en virtud de lo establecido en el artículo 124.11 LRJS; no se les puede obligar a ninguno de los asistentes a estampar su rúbrica en dicho documento²⁹³.

Tal y como establece la SAN 10-06-2013 (Rº 112/2013) *«Sobre la falta de firma de la totalidad de las actas del período de consultas, ese incumplimiento es imputable exclusivamente a quienes debían suscribirlas (...) Las reuniones existieron, y nada en la ausencia de firma de las actas hace pensar que ello se debiera a la disconformidad con el contenido en ellas reflejado»*.

²⁹³ Tal y como establece BLASCO PELLICER, A., *La extinción del contrato de trabajo en la Reforma Laboral de 2012*, ob. cit., p 60, *«Ni el levantamiento del acta resulta fácil ni probable que todos los asistentes la firmen, más aún cuando no se precisa, como se debería, que el acta simplemente requiere que se incluya la constatación de la celebración de la reunión, los temas tratados, los acuerdos si los hubieren, y la precisiones que cada parte estime necesario hacer constar»*.

Ahora bien, el hecho de que la falta de rúbrica de las actas no tenga consecuencias sobre el procedimiento de despido colectivo, no debe restar importancia y trascendencia a tales documentos, ni tampoco al hecho de que, en puridad, tales documentos deben estar firmados, pues el precepto reglamentario es claro. Y ello porque las actas certifican o dan constancia de la celebración de las reuniones, así como de los asuntos en ellas tratados, erigiéndose como un instrumento esencial tanto para los interlocutores como para los aplicadores del derecho.

Especialmente trascendentales resultan las actas para los Tribunales, pues el análisis de tales certificaciones les permitirá corroborar la existencia de un periodo de negociación²⁹⁴, las diversas posturas adoptadas por las partes durante las reuniones, así como su disponibilidad a alcanzar un acuerdo a través del planteamiento de propuestas y contrapropuestas; lo que le permitirá observar a los operadores jurídicos si, realmente, las partes han negociado de buena fe y si el periodo de consultas ha adquirido la virtualidad que, tanto la norma estatutaria como la reglamentaria le otorgan²⁹⁵.

Ahora bien, respecto al artículo 12.3 RPDC, el mencionado precepto establece la obligación de la empresa de remitir a la Autoridad laboral las actas de las reuniones del periodo de consultas debidamente firmadas por todos los asistentes.

²⁹⁴ Sirva como ejemplo la STSJ Cataluña 18-07-12 (R° 17/2012).

²⁹⁵ Vid., al respecto, la SAN 12-04-2013 (R° 62/2013) que consideró que «*el examen de las actas del período de consultas permite concluir que en ningún momento los representantes de los trabajadores, ni sus asesores de UGT y CCOO, consideraron insuficiente la documentación puesta a su disposición*». Igualmente, la SAN 25-02-2013 (R° 324/2012) estimó que «*basta la lectura de las ocho actas del período de consultas, que hubo una negociación efectiva, en la que se discutió sobre la documentación, aportada inicialmente por las demandadas, así como sobre la documentación solicitada posteriormente por la RLT, intercambiándose propuestas y contrapropuestas, que concluyeron con el acuerdo*»

Al igual que ocurría en el artículo 7.7 de la citada norma reglamentaria, no se establecen los efectos que derivarían de un hipotético incumplimiento, debiéndonos plantear si tal informalidad acarrearía la nulidad de la decisión extintiva.

Aunque si bien es cierto que será la Autoridad laboral²⁹⁶, primero, la que se encargue de remitir advertencias y recomendaciones a las partes sobre el transcurso del periodo de consultas, pudiendo advertir al empresario que se está vulnerando la regla contenida en el artículo 12.3, no suponiendo, en ningún caso, estas recomendaciones y advertencias la paralización ni la suspensión del procedimiento; y la Inspección de Trabajo²⁹⁷, después, en su informe, la que se encargue de indagar, las razones por las que no se ha remitido a la Autoridad laboral las actas de las reuniones del periodo de consultas, nada se dice acerca de la trascendencia que tal incumplimiento podría alcanzar.

A mi entender la nulidad de la decisión extintiva no podría predicarse de tal incumplimiento, y ello porque:

1. En primer lugar, las actas no aparecen entre la documentación que el artículo 124. 2 y 11 LRJS exige para poder determinar la nulidad de la decisión extintiva y,

²⁹⁶ El artículo 10.1 RPDC establece que «La Autoridad laboral velará por la efectividad del periodo de consultas pudiendo remitir, en su caso, advertencias y recomendaciones a las partes, que no supondrán, en ningún caso, la paralización ni la suspensión del procedimiento. La Autoridad laboral dará traslado a ambas partes de los escritos que contengan dichas advertencias o recomendaciones, aun cuando se dirijan a una de ellas en particular».

²⁹⁷ Vid., al respecto, el artículo 11 RPDC, en su apartado primero establece que: «Recibida la comunicación del empresario a que se refiere el artículo 12.1, la Autoridad laboral dará traslado de la misma a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social junto con la documentación especificada en los apartados 2 y 3 de dicho artículo, a efectos de la emisión del preceptivo informe».

2. En segundo lugar, si considerásemos que la regla establecida en el artículo 12.3 RPDC podría encontrar su fundamento legal²⁹⁸ en el apartado 9 del artículo 124 LRJS²⁹⁹, nada dice dicho precepto sobre que las consecuencias que deriven de la no aportación de las actas sean la nulidad del procedimiento, por lo que, a mi entender, de acuerdo con lo establecido en el precepto mencionado, será el órgano judicial, si se impugna la decisión extintiva, el que se encargue de determinar si se tienen por ciertos los hechos que pretende acreditar la parte demandada con la aportación de las actas de las reuniones celebradas durante el periodo de consultas.

²⁹⁸ Expresamente, MERCADER UGUINA J. R., y DE LA PUEBLA PINILLA, A., *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada*, cit., p. 141.

²⁹⁹ Dicho precepto, establece que «Admitida a trámite la demanda, el secretario judicial dará traslado de la misma al empresario demandado y le requerirá para que en el plazo de cinco días presente, preferiblemente en soporte informático, la documentación y las actas del período de consultas y la comunicación a la Autoridad laboral del resultado del mismo.

En ese mismo requerimiento, el secretario judicial ordenará al empresario que, en el plazo de cinco días, notifique a los trabajadores que pudieran resultar afectados por el despido colectivo la existencia del proceso planteado por los representantes de los trabajadores, para que en el plazo de quince días comuniquen al órgano judicial un domicilio a efectos de notificación de la sentencia.

En caso de negativa injustificada del empresario a remitir estos documentos o a informar a los trabajadores que pudieran resultar afectados, el secretario judicial reiterará por la vía urgente su inmediata remisión en el plazo de tres días, con apercibimiento de que de no cumplirse en plazo este segundo requerimiento se impondrán las medidas a las que se refiere el apartado 5 del artículo 75, y se podrán tener por ciertos a los efectos del juicio posterior los hechos que pretende acreditar la parte demandante».

4. LA OBLIGACIÓN DE NEGOCIAR DE BUENA FE

Tanto el artículo 51.2 ET como el 7.1 del RPDC, establecen que «*Las partes deberán negociar de buena fe*».

Esta exigencia se configura como una especificación concreta del deber general de buena fe que rige en las relaciones laborales³⁰⁰ y, concretamente, de la obligación que impone a las partes negociar bajo el principio de la buena fe, tal y como establece el artículo 89.1 ET; no quedando concretado, sin embargo, en ninguno de los preceptos mencionados anteriormente, qué debe entenderse por tal conducta.

En nuestro ordenamiento jurídico, la buena fe se recoge expresamente como exigencia con rango de norma jurídica legal³⁰¹ en el artículo 7.1 del Código Civil³⁰².

Aunque el Código Civil exige que los derechos se ejerciten conforme a las exigencias de la buena fe, no establece una definición de la misma, aunque una aproximación conceptual la definiría como una «*conducta exigible a toda persona en el marco de un proceso por ser socialmente admitida correcta*»³⁰³.

En este sentido, nuestro Alto Tribunal³⁰⁴ ha reconocido que ciertamente la expresión legal ofrece innegable generalidad, al no hacerse referencia

³⁰⁰ BLASCO PELLICER, A., *La extinción del contrato de trabajo en la Reforma Laboral de 2012*, cit., p. 60.

³⁰¹ GÓMEZ POZUETA, C.J., “La buena fe procesal”, *Noticias Jurídicas*, 2009.

³⁰² Dicho precepto establece que «*Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe*».

³⁰³ PICO I JUNOY, J., “El principio de la buena fe procesal y su fundamento constitucional”, *Cuadernos de derecho judicial*, 2005, N° 18.

³⁰⁴ SSTs 22-12-2014 (R° 152/2014); 23-09-2014 (R° 231/2013); 18-07-2014 (R° 303/2013); 26-03-2014 (R° 158/2013); 18-02-2014 (R° 74/2013) y STS 27-05-2013 (R° 78/2012).

alguna a las obligaciones que el deber comporte y -menos aún- a las conductas que pudieran vulnerarlo. No obstante, ha venido a afirmar que, en la configuración de tal principio, no debe olvidarse que:

1. Que la previsión legal no parece sino una mera especificación del deber general de buena fe que corresponde al contrato de trabajo (como a todo contrato: artículo 1258 CC) y que en el campo de la negociación colectiva especifica el artículo 89.1 ET; y
2. Desde el momento en el que el artículo 51 ET instrumenta la buena fe al objetivo de «*la consecución de un acuerdo*» y que el periodo de consultas «*deberá versar como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante al recurso a medidas sociales de acompañamiento*», está claro que la buena fe que el precepto exige es una buena fe negocial.

Por lo tanto, si bien tal concepto jurídico resulta indeterminado y genérico, la buena fe encuentra su acomodo, en el ámbito del derecho del trabajo, en el «*contenido ontológico*»³⁰⁵ del contrato de trabajo y, más concretamente, en la esfera de los despidos colectivos, la finalidad de la buena fe negocial radica en la posibilidad de que las partes lleguen a un acuerdo, con los objetivos mercados por el propio legislador³⁰⁶.

³⁰⁵ FALGUERA BARÓ, M.A., *El procedimiento de despido colectivo y el desarrollo del periodo de consultas: criterios judiciales*, ob. cit., p. 87.

³⁰⁶ Si bien es cierto que en no es objeto del presente trabajo el procedimiento de despido colectivo en las administraciones públicas, me parece interesante reparar en algunas consideraciones que, en este sentido, formuló DESDENTADO BONETE, A., “Los despidos económicos en el empleo público. Algunas reflexiones sobre la jurisprudencia”, *Revista de Jurisprudencia*, N° 2, 2015. Así, por lo que respecta a la negociación de buena fe, estableció que «*hay alguna confusión. Se trata de una obligación de alcance difuso en la que es arriesgado fundar declaraciones de nulidad. No podemos aquí examinarla con profundidad, pero sí cabe formular algunas observaciones. En primer lugar, la indicación siempre repetida, pero no siempre observada, de que la obligación de negociar no debe confundirse con la obligación de llegar a un acuerdo, ni tampoco con la de “moverse” para llegar a ese acuerdo.*

Mayor precisión ha venido a mostrar la doctrina judicial³⁰⁷ respecto al contenido del deber de negociar de buena fe, estableciendo que tal genérica obligación debe valorarse, en esencia, por dos principios básicos:

1. En primer lugar, por el principio de transparencia, es decir, por no ocultar a los interlocutores sociales datos ni informes que sean relevantes, sino que deben proporcionar todos los datos e informes que tengan a su disposición y les sean solicitados durante las negociaciones del periodo de consultas; y
2. En segundo lugar, por el principio de razonabilidad, que viene a exigir, como prueba de la intención o de la voluntad de alcanzar un acuerdo, tener en cuenta las propuestas realizadas por los interlocutores sociales para analizarlas y responderlas, ya sea en sentido positivo o negativo, pero de forma razonada. Será en ese razonamiento o motivación de la contestación a las propuestas donde podrá apreciarse si la empresa ha fijado una posición previa y tramita la negociación como una simple formalidad o, por el contrario, su disponibilidad a la negociación está limitada por la inexistencia de alternativas mejores.

Basta con dar razones de la posición que se mantiene y de por qué no se aceptan las propuestas contrarias. La buena fe exige también ajustarse a un estándar ético: proporcionar una información correcta, evitar coacciones o recurrir a la violencia y mantener una posición consecuente, aunque no hay que olvidar que estamos ante una negociación básicamente competitiva, en la que legalmente no está excluido el recurso a los medios de presión legales (la huelga, por ejemplo). No debe olvidarse además que se negocia sobre una base legal que determina las causas del despido procedente y las reparaciones. ¿Hasta qué punto se puede obligar a una parte a ir más allá y anular el despido por el hecho de que no ha concedido algo más de lo que marca la ley? ¿En todo caso no habría que valorar primero si la posición «inamovible» era razonable o no?».

³⁰⁷ SAN 09-07-2014 (R^o 463/2013).

No obstante, al ser un concepto jurídico indeterminado, serán los tribunales los que nos indicarán qué conductas deben subsumirse dentro del concepto de buena fe negocial, y qué otras conductas no deben hacerlo por ser maliciosas.

En primer lugar, debemos partir de que el periodo de consultas se configura como un procedimiento de negociación entre la empresa y los representantes de los trabajadores con vistas a llegar a un acuerdo, por ello, es requisito constitutivo para que la negociación en el periodo de consultas pueda alcanzar sus fines, que los representantes de los trabajadores dispongan de la información pertinente, *«entendiéndose como tal la que les permita analizar razonablemente la concurrencia de las causas, así como evitar o limitar la medida, atenuando, en su caso, sus consecuencias y efectos, siendo exigible, del mismo modo, que la negociación sea efectiva, garantizándose como tal aquella en la que las partes cruzan propuestas y contrapropuestas, con las consiguientes tomas de posición de unas y de otras, independientemente de que las negociaciones alcancen un buen fin»*³⁰⁸.

El deber de información³⁰⁹ y transmisión de la documentación forma parte del deber de buena fe que ha de inspirar la negociación en el

³⁰⁸ Así se pronuncia la SAN 15-10-2012 (Rº 162/2012), y va más allá al afirmar que *«El artículo 51.2 ET no exige un mínimo de reuniones, ni impide en todo caso que pueda entenderse válido un periodo de consultas consistente en una única reunión mas allá de la de apertura del trámite, pero desde luego en este caso está claro que a partir de entonces la voluntad negociadora de la empresa quedó absolutamente en entredicho (...) pues aunque hubo negociación durante el periodo de consultas, la hubo en una sola de las reuniones celebradas y además, en cuanto a la posibilidad acordada de cambiar unos trabajadores por otros, la empresa con su conducta la vació de contenido. Por tanto, no creemos que fuera en modo alguno suficiente para entender cumplida la exigencia de buena fe y la voluntad de llegar a un acuerdo»*.

³⁰⁹ Tal y como establece la STSJ Madrid 11-07-2012 (Rº 32/2012), la omisión de la documentación que la empresa tiene que facilitar a los representantes de los trabajadores: *«constituye un incumplimiento de un deber de información cuya ausencia debe penalizarse con*

periodo de consultas. Así se deduce de lo establecido en el artículo 51.2 ET³¹⁰ que exige a su vez, que durante este periodo de consultas las partes tienen que negociar de buena fe para intentar alcanzar un acuerdo³¹¹.

En este sentido, la doctrina judicial ha venido exigiendo una posición activa e insistente por parte de los representantes de los trabajadores ante un incumplimiento empresarial de su obligación documental, debiendo formular protestas y reivindicar la aportación de la documentación que consideren oportuna durante el periodo de negociación pues, de lo contrario, se entenderá que si nada se dijo en aquel momento, resultará complejo poder fundamentar la nulidad de la medida extintiva con base en tal inobservancia empresarial. Y es que, tal y como determinó el Alto Tribunal³¹², *«No parece congruente que la sección sindical recurrente (...) denuncie en vía judicial determinadas irregularidades constitutivas de alegada mala fe o de falta o demora en la aportación documental cometidas a su entender durante el mismo y que no consta advirtiera o denunciara durante las negociaciones»*³¹³.

El deber de negociar de buena fe en el periodo de consultas implica un esfuerzo sincero de aproximación de posiciones, y *«desde luego no se*

la declaración de nulidad por cuanto la entrega de la información pertinente y obligatoria constituye en los despidos objetivos de índole colectiva una pieza esencial del sistema legal de control de la objetividad de la decisión. Como dice el TS en su sentencia de 8 de noviembre de 2011, recurso 364/2011, en palabras y criterio de interpretación que son de perfecta traslación al supuesto analizado porque, sin una información de esta clase, que tiene necesariamente que centralizarse en la representación unitaria de los trabajadores, éstos tendrán importantes dificultades para conocer la situación de la empresa en orden a la correcta utilización del cauce del despido objetivo económico».

³¹⁰ STSJ Madrid 22-06-2012 (R° 20/2012)

³¹¹ STSJ Galicia 19-07-2012 (R° 8/2012)

³¹² STS 24-04-2015 (R° 165/2014).

³¹³ En este sentido, resultarán trascendentales las actas de las reuniones derivadas del periodo de consultas.

cumple manteniendo una única oferta definitiva e irrevocable»³¹⁴, al igual que tampoco se cumple si la empresa se limita a exponer su posición, inamovible, en la que el acuerdo solo es posible si los trabajadores aceptan los términos ofrecidos por la empresa, admitiendo su posición, puesto que tal postura no constituye una negociación, proceso caracterizado por su dinámica de concesiones recíprocas o de construcción de soluciones y opciones consensuadas. Y es que «quien se acerca a la mesa de consultas de un expediente de regulación de empleo con una única posibilidad sobre la mesa, la suya, no negocia porque no intercambia valor alguno, ni efectúa concesiones, ni ofrece opciones. Sencillamente se limita a tratar de cumplir formalmente un trámite, el del periodo de consultas o de negociación, y tal comportamiento no constituye una negociación de buena fe»³¹⁵.

El procedimiento de despido colectivo deber ir precedido por un periodo de consultas con los representantes de los trabajadores. Ahora bien, tal deber no debe cumplirse como un mero trámite formal, sino que tal obligación debe tener la virtualidad que, tanto la norma estatutaria como la reglamentaria le otorgan. Por ello, el limitarse a adoptar una actitud pasiva e inamovible no constituye una verdadera negociación, un proceso caracterizado por su dinámica de concesiones recíprocas o de construcción de soluciones y opciones consensuadas³¹⁶.

Consiguientemente, «si concurren ofertas y contraofertas efectivas durante la negociación y se razona por qué se aceptan o no se aceptan las

³¹⁴ STSJ Cantabria 26-09-2012 (R° 2/2012).

³¹⁵ STSJ Madrid 30-05-2012 (R° 17/2012).

³¹⁶ STSJ Madrid 22-06-2012 (R° 20/2012).

*propuestas de la contraparte, se habrá negociado de buena fe, aun cuando el periodo de consultas no llegue a buen puerto»*³¹⁷.

Hay que matizar que el artículo 51.2 ET impone a las partes el deber de negociar pero no la obligación de llegar a un acuerdo. Así la doctrina judicial ha venido a establecer que la ley no obliga a alcanzar un acuerdo en el periodo de consultas, pero sí a negociar. La redacción del precepto es clara en este sentido, al señalar que las consultas deberán versar como mínimo sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos, y atenuar sus consecuencias a través de otras medidas, y ello dentro de la buena fe. Por ello, si ha existido un proceso negociador en los términos expuestos, *«la ausencia de acuerdo nada significa porque la norma obliga a negociar pero no a pactar»*³¹⁸, puesto que no se puede constreñir a las partes a una negociación indefinida hasta que se alcance un acuerdo cuando resulta evidente que tal resultado deviene imposible³¹⁹.

Ahora bien, una cosa es que no sea imprescindible que los representantes de los trabajadores y la empresa lleguen a un acuerdo durante el periodo de consultas para llevar a cabo las extinciones colectivas, y otra es que no haga falta ni intentarlo³²⁰, pues si se demostrase que la empresa nunca ha tenido intención de llevar a buen fin el periodo de consultas o que dicho periodo ha estado vacío de contenido, es decir, que se ha convocado exclusivamente para cumplir

³¹⁷ SSAN 09-07-2014 (R° 463/2014); 10-12-2013 (R° 368/2013); 11-11-2013 (R° 288/2013) y 14-10-2013 (R° 267/2013).

³¹⁸ Vid, entre otras, SSTS 23-09-2014 (R° 231/2013); 27-05-2013 (R° 78/2012) y STSJ Galicia 19-07-2012 (R° 8/2012).

³¹⁹ Vid., entre otras, las SSTSJ Cataluña 02-06-2014 (R° 94/2013) y Madrid 07-10-2014 (R° 515/2014).

³²⁰ STSJ Galicia 19-07-2012 (R° 8/2012).

formalmente el trámite, dicho periodo de consultas debería calificarse de nulo³²¹.

No hay que olvidar que el deber de negociar de buena fe compete a las dos partes en el periodo de consultas, y no solo a la representación de la empresa, tal y como establece la SAN 15-10-2012, (Rº 162/2012) que, ante la impugnación de la extinción colectiva por parte de los trabajadores en base a este motivo de responde que *«el deber de negociar de buena fe compete a las dos partes en el periodo de consultas, y no solo a la representación de la empresa de modo que, habiéndose suministrado los criterios de selección por la demandada, si el banco social, asesorado como estaba por CCOO, los consideraba insuficientes, debería haber solicitado más datos, sin que en este caso su pasividad en el momento de la negociación pueda jugar a su favor³²²»*.

Otra actuación reprochable se considera la negociación paralela con los representantes de los trabajadores y con los trabajadores de manera individual, pues dicha medida incurre en fraude de ley al vaciar de contenido el proceso negociador del periodo de consultas, impidiendo, por consiguiente, que alcance sus objetivos, ya que los acuerdos individuales liquidan la fuerza de la negociación colectiva.

También supondría un atentado a la buena fe negocial el impago selectivo de salarios a los trabajadores afectados por el despido pues, *«constituye una presión intolerable que vicia el periodo de consultas, de*

³²¹ SAN 26-03-2012 (Rº 40/2012).

³²² La misma línea sigue la STSJ Madrid 11-06-2012 (Rº 22/2012), al sentenciar que: *«Aun en el caso de que la documentación facilitada hubiera sido incompleta, no sería admisible que el comité de empresa mantuviera una actitud pasiva durante el periodo de consultas en lugar de requerir formalmente a la empresa para que completara la documentación»*.

conformidad con lo dispuesto en el art. 7 CC, ya que el impago selectivo de salarios constituye un trato peyorativo, que no podía tener más finalidad que forzar la conformidad de los representantes de los trabajadores, presionados por el impago de salarios a sus compañeros (...) quebrándose las reglas de la buena fe contractual, que eran exigibles a las empresas demandadas, conforme a lo dispuesto en los arts. 20 y 51.2 ET»³²³.

Ahora bien, una vez esbozados los criterios generales relativos al deber de negociar de buena fe, debe hacerse constar que, si bien, tal y como puede comprobarse³²⁴, la casuística al respecto es del todo variada, ello no resulta óbice para determinar que en la praxis resulta complicado probar que no se ha actuado según los parámetros de la buena fe negocial. De ahí que, en numerosos supuestos, se recurra a la llamada prueba de incidios.

Por tanto, para probar si, por parte de la empresa, ha habido una auténtica voluntad negociadora, los aplicadores del derecho han utilizado algunos parámetros de valoración³²⁵:

1. Si realmente el empresario ha planteado o no propuestas alternativas³²⁶, no resultando un obstáculo o un impedimento el hecho de que tales propuestas se hayan expuesto en las últimas reuniones del periodo negociador.

³²³ SAN 16-07-2012 (R° 124/2012).

³²⁴ *Vid.*, entre otras, las SSAN 05-07-2013 (R° 169/2013); 04-06-2013 (R° 24/2013) y 13-05-2013 (R° 89/2013).

³²⁵ *Vid.*, al respecto, FALGUERA BARÓ, M.A., *El procedimiento de despido colectivo y el desarrollo del periodo de consultas: criterios judiciales*, ob. cit., pp. 86 y ss.

³²⁶ Entre otras, las SSTS 26-03-2014 (R° 158/2003); 15-04-2014 (R° 136/2013); 27-05-2013 (R° 78/2014) y SSAN 04-04-2013 (R° 66/2013) y 28-03-2014 (R° 44/2014).

En este sentido, debe recordarse que el deber de negociar de buena fe compete a las dos partes, por lo que no podrá alegarse mala fe negocial, por parte del empresario, cuando los representantes de los trabajadores tampoco plantearon propuestas o alternativas, adoptando una posición estática en la negociación.

Así, la jurisprudencia ha venido a establecer que *«para apreciar la mala fe en el caso de existir un nulo grado de flexibilidad (...) 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»*³²⁷.

Ahora bien, ¿qué ocurre en aquellos supuestos en los que el empleador está limitado por la situación de crisis por la que atraviesa la empresa? En tal supuesto, la doctrina judicial³²⁸ ha venido a entender que si tal posición inmovilista deriva de una situación económica negativa, en tal supuesto el empresario no habrá vulnerado los parámetros de la buena fe negocial, puesto que tal situación de crisis le impedía proponer ofertas.

2. Otro parámetro utilizado por la doctrina judicial para valorar la existencia de buena fe negocial ha sido la conformidad o no del empleador con las proposiciones o contrapropuestas formuladas por los interlocutores sociales.

³²⁷ STS 20-05-2014 (R° 276/2013).

³²⁸ *Vid.*, entre otras, la SAN 11-03-2013 (R° 38/2012) y la STSJ Aragón 14-01-2013 (R° 751/2012).

En este sentido, la doctrina judicial se ha mostrado, en cierto grado, contradictoria. Así, mientras que algún sector³²⁹ ha considerado que no se apartaría de la buena fe negocial el empleador que acepta algunas de las propuestas planteadas por los interlocutores sociales (en particular, las de flexibilidad interna) pero rechaza otras (especialmente aquellas que afectan al proyecto de despido colectivo en sí, es decir, al número de extinciones y al montante económico al que ascienden las indemnizaciones), alguna otra resolución ha venido a entender que con tal limitación se estaría vaciando el contenido del periodo de consultas, privándole de su verdadera esencia³³⁰.

3. De lo anteriormente expuesto se desprende que la posición de los interlocutores sociales también será trascendental para valorar la existencia de buena fe negocial. En este sentido, la doctrina judicial también ha venido conminándoles a que adopten una posición tolerante y flexible, de tal modo que no se estaría vulnerando la buena fe negocial en aquellos supuestos en los que tales representantes se han mostrado inamovibles durante el proceso negociador³³¹, o bien siendo tal postura la adoptada por el empleador, tales representantes se han negado a mantener las negociaciones³³² o incluso *de facto* se han abandonado³³³.

³²⁹ Vid., al respecto, la SAN 13-05-2013 (Rº 89/2013).

³³⁰ Así, la STSJ Madrid 28-06-2013 (Rº 1210/2013) consideró que «*En el supuesto enjuiciado ha quedado acreditado que la empresa optó, por hurtar la negociación colectiva, la materia referida al número de contratos a extinguir, respecto del cual mantuvo una posición inamovible e inflexible de resolver los inicialmente previstos*»

³³¹ SSAN 28-10-2013 (Rº 284/2013) y 13-05-2013 (Rº 89/2013).

³³² Vid., al respecto, la STS 22-12-2014 (Rº185/2014) en la que se hace constar que «*el representante dejó de asistir consciente y voluntariamente a partir de entonces al resto de las reuniones que, junto a la documentación descrita en el hecho probado primero, "igualmente*

Y es que el equilibrio, tal y como ha venido a señalar la jurisprudencia, está en que los intervinientes negocien de buena fe, pues tal obligación incumbe a ambas partes³³⁴.

4. Igualmente, otro indicio que han valorado, tanto la doctrina judicial como la jurisprudencia, ha sido el número de reuniones celebradas³³⁵. No obstante, a mi entender, tal elemento de valoración no resulta especialmente trascendental, debiendo estarse a particularidades concurrentes en cada caso, en virtud, nuevamente, de una exégesis finalista³³⁶.
5. Asimismo, la ocultación de datos o la modificación de estos en pro de la empresa, también será un elemento de valoración por parte de los aplicadores del derecho³³⁷.
6. En relación con el indicio anterior, también ha sido objeto de valoración el hecho de que la empresa intente aprovecharse de su situación ventajosa, ofreciendo a los trabajadores una adscripción voluntaria en la última reunión o en el último momento de las negociaciones³³⁸.

detallaba el calendario de reuniones a celebrar dentro del periodo de consultas". No cabe que invoque la buena fe quien adopta esa posición extrema y maximalista, negándose incluso a participar en el resto de las reuniones programadas e impidiendo con ello de manera prácticamente absoluta un hipotético acercamiento de posturas que, como prevé el artículo 51.2 ET, permitiera siquiera evaluar la posibilidad de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento, tales como recolocaciones o acciones de formación profesional para la mejora de la empleabilidad».

³³³ Vid., al respecto, la STS 24-02-2015 (R° 165/2014).

³³⁴ STS 24-02-2015 (R° 165/2014).

³³⁵ Vid., al respecto, las SSTS 23-09-2014 (R° 231/2013); 18-02-2014 (R° 74/2013) y 25-09-2013 (R° 3/2013).

³³⁶ Vid., al respecto, la STS 28-01-2014 (R° 46/2013).

³³⁷ SAN 30-07-2013 (R° 212/2013).

³³⁸ SAN 12-06-2014 (R° 79/2014).

En relación con este sistema de valoración, debe tenerse en cuenta que el Alto Tribunal ha venido a establecer que «*a falta de evidencias de otro signo, la presunción legal juega en pro de la existencia de esa buena fe y no a la inversa*»³³⁹. De este modo, debe hacerse constar que se han establecido una serie de presunciones en las que se presume la inexistencia de mala fe negocial cuando se alcanzado un acuerdo³⁴⁰ o cuando ambas partes reconocen que se ha negociado de acuerdo con los principios que rigen la buena fe³⁴¹, por lo que en estos supuestos deberá colegirse, en función de las eventualidades convergentes y salvo prueba en contrario que concurre un cierto «*fumus bonus iuris*»³⁴².

Asimismo, debe hacerse constar que, en sentido contrario, los operadores jurídicos han considerado como conductas que se adecuan a la buena fe negocial, entre otras:

1. La previa comunicación a los trabajadores afectados de sus extinciones contractuales, cuando posteriormente se ha producido un proceso negociador con los interlocutores sociales³⁴³ lo que, a mi entender, resulta totalmente contradictorio, puesto que si ya se conocían los trabajadores afectados y los contratos a extinguir se está vaciando el periodo de consultas y privándole de su verdadera esencia o
2. Negociar, con posterioridad al periodo de consultas, con parte de los trabajadores de la empresa³⁴⁴.

³³⁹ STS 21-04-2014 (R° 126/2013).

³⁴⁰ *Vid.*, al respecto, la SAN 06-03-2013 (R° 24/2013).

³⁴¹ *Vid.*, al respecto, la STSJ Castilla y León 29-11-2012 (R° 3/2012).

³⁴² FALGUERA BARÓ, M.A., *El procedimiento del despido colectivo y el desarrollo del periodo de consultas: criterios judiciales*, *ob. cit.*, p. 94.

³⁴³ *Vid.*, al respecto, las SSTSJ Andalucía 20-03-2013 (R° 21/2012) y 14-03-2013 (R° 18/2012).

³⁴⁴ STSJ Cataluña 25-10-2012 (R° 33/2012).

Con todo lo dicho, se ha pretendido elucidar el alcance de la exigencia de negociación de buena fe, que no se limita únicamente al periodo de consultas, sino que debe estar presente durante todo el procedimiento de despido colectivo, abarcando los actos anteriores y posteriores al periodo de consultas³⁴⁵, sin olvidar que dicha exigencia se constituye como uno de los conceptos jurídicos más polémicos y complejos de nuestro derecho positivo debido, en gran parte, a su indeterminada y genérica configuración legal.

Han sido los tribunales los encargados de esbozar dicho concepto, delimitando qué conductas deben subsumirse dentro de la buena fe negociadora, y qué otras no deben hacerlo por ser maliciosas.

A modo de síntesis y aplicando tal problemática al caso que nos atañe, existirá una auténtica negociación de buena fe, cuando haya un intercambio de propuestas entre las partes que evidencie un verdadero proceso negociador, en el que se produzca un intercambio de concesiones recíprocas y no un mero cumplimiento formal del trámite legalmente establecido³⁴⁶.

³⁴⁵ Tal y como ha venido a determinar la doctrina judicial, se incurriría en mala fe si se notificase, ante tempus, los despidos a los trabajadores afectados [SAN 15-10-2012 (R° 162/2012)] así como el impago de salarios durante la negociación del procedimiento de despido colectivo [SAN25-07-2012 (R° 124/2012)].

³⁴⁶ Así se pronuncia la STSJ Cantabria 26-9-2012 (R° 2/2012), al considerar que resulta clara la existencia de una auténtica negociación de buena fe al no limitarse la empresa a exponer una posición inamovible de proceder a la tramitación del despido colectivo, sino que hubo un intercambio de propuestas entre las partes que alcanzó finalmente, un acuerdo.

5. LOS CRITERIOS DE SELECCIÓN DE LOS TRABAJADORES AFECTADOS POR LA MEDIDA EMPRESARIAL

Especial atención merecen los criterios que deben seguirse respecto a la selección de los trabajadores afectados por el despido, pues se configura como una de las formalidades esenciales a las que debe obedecer el empresario para acometer, correctamente, una extinción de carácter colectivo.

Aunque si bien es cierto que el empresario debe establecer en la comunicación que da inicio al procedimiento, entre otros extremos, los «*Criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos*»³⁴⁷ será, durante las negociaciones llevadas a cabo en el periodo de consultas y, posteriormente, en la comunicación final de la decisión empresarial de despido colectivo, donde se concretarán quienes van a ser, finalmente, los trabajadores que resultarán afectados por el proyecto de extinción colectiva.

Por ello, tal y como ha venido a postularse por la doctrina científica³⁴⁸, dos son los aspectos de palmaria importancia en la selección de los trabajadores que resultarán afectados por la extinción colectiva:

1. El relativo a la determinación de los criterios generales que servirán al empresario para seleccionar a los trabajadores que se verán afectados por la medida empresarial y;

³⁴⁷ *Vid.*, al respecto, el artículo 3.1 RPDC.

³⁴⁸ ROQUETA BUJ, R., *La selección de los trabajadores afectados por los despidos colectivos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 25.

2. El atinente a la concreta aplicación de los criterios generales para concretar, de manera individualizada, aquellos trabajadores que van a ser despedidos.

En primer lugar, me gustaría precisar que ni la norma estatutaria ni la reglamentaria establecen parámetro alguno sobre cuáles son los criterios a los que el empresario debe atender a la hora de designar a los trabajadores que deben resultar afectados por el despido³⁴⁹, siendo los Tribunales los que vienen a pronunciarse sobre tales criterios.

Lo que si viene a determinarse es que los criterios de selección deben hacerse constar en la comunicación de inicio del periodo negociador, tal y como establecen los artículos 51.2 e) ET y 3.1 e) RPDC.

Por tanto, la fijación de tales criterios en la memoria explicativa resultará insuficiente, pues lo adecuado y conveniente es que tales criterios se enumeren en la comunicación de inicio y se detallen y desarrollen en la memoria explicativa, razonando así en que pautas se ha basado para la concreta selección de los trabajadores que, finalmente, resultarán afectados³⁵⁰.

³⁴⁹ En este sentido, la STSJ Navarra 24-06-2013 (R° 106/2013), dispuso que «*Conviene comenzar recordando que en el ordenamiento jurídico español, a diferencia de lo que establecen los ordenamientos jurídicos de otros estados, no regula los criterios de selección que puedan tenerse en cuenta por el empresario para determinar aquellos trabajadores que van a resultar afectados por un despido colectivo. Únicamente establece un derecho a permanecer en la empresa de forma preferente en el marco de un expediente de regulación de empleo o despido colectivo para los representantes legales de los trabajadores (art.51 y 68 b) del Estatuto de los Trabajadores), y para los trabajadores integrantes de los servicios de prevención y delegados de prevención (arts. 30.4 y 37 del la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, respectivamente). Más allá de estos dos colectivos de trabajadores, el legislador no ha tenido en cuenta otras condiciones subjetivas -individuales y familiares- de los trabajadores a la hora de determinar aquellos que pudieran resultar afectados por una decisión extintiva*».

³⁵⁰ ROQUETA BUJ, R., *La selección de los trabajadores afectados por los despidos colectivos*, ob. cit., p. 41.

Igualmente, el empresario deberá ceñirse, respecto a la selección de los trabajadores afectados, a los grupos o categorías profesionales y a los centros de trabajo, que queden afectados por la medida empresarial. Así, si por parte del empleador se pretendiese superar el citado ámbito, cesando a trabajadores de centros de trabajo que no se hayan visto afectados por la decisión empresarial, ocupando a otros trabajadores de centros de trabajo afectados por el despido colectivo, deberá hacerlo constar de manera expresa³⁵¹.

En cuanto al contenido de los criterios de afectación, tal y como ha venido a establecer el Alto Tribunal³⁵², estos deben ser lo suficientemente precisos para poder apreciar si concurre la causa justificativa, ya que ésta, necesariamente, ha de relacionarse o vincularse con los contratos de trabajo cuya extinción se pretende pues, tal y como dispone el artículo 4 del Convenio 158 OIT, *«No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada (...) basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio»*, por lo que los criterios de selección deben permitir el establecimiento de la correspondiente relación de causalidad entre las medidas empresariales y la afectación o selección de los trabajadores.

Asimismo, una información empresarial genérica e imprecisa sobre tales criterios de afectación restará valor a las negociaciones dimanantes del periodo de consultas, ya que los representantes de los trabajadores no podrán ofertar o contraofertas a las medidas empresariales, privando al periodo de consultas de su objeto finalístico, a saber, que la empresa y

³⁵¹ *Ídem*

³⁵² STS 26-03-2014 (R^o 158/2013).

los representantes legales de los trabajadores negocien la evitación o la reducción del despido, amén de facilitar, en su caso, el posterior y oportuno control judicial.

Igualmente, no puede obviarse que la importancia de unos criterios concretos de determinación de los trabajadores afectados por la medida empresarial se desprende de la propia norma estatutaria, que exige su aportación, debiendo analizarse estas pautas de afectación en conjunto con la información proporcionada por el empresario³⁵³. En este sentido, cuando la información proyectada en la comunicación de inicio sea suficientemente exhaustiva y pormenorizada, los criterios de selección no tendrán la necesidad de proyectarse de una manera tan detallada.

Así, según ha venido a esclarecer la doctrina científica³⁵⁴, a título ejemplificativo, bastaría con que el empleador informara que la elección de trabajadores se producirá en cada categoría o grupo del centro/s afectado/s y en función de un determinado criterio, como puede ser la antigüedad o el menor coste salarial. No obstante, si dentro de un determinado grupo convergiesen una diversidad de trabajadores afectados o si la empresa prefiriese optar por una superior autonomía a la hora de proceder a seleccionar a los trabajadores afectados, ateniendo al rendimiento o la productividad de estos, será determinante que por el empleador se establezcan unos criterios de afectación de los que se pueda inferir cuáles serán los empleados que van a ver extinguidos sus contratos de trabajo y que posibiliten, al mismo tiempo, verificar la inexistencia de pactos o criterios arbitrarios.

³⁵³ STS 18-02-2014 (R^o 74/2013).

³⁵⁴ ROQUETA BUJ, R., *La selección de los trabajadores afectados por los despidos colectivos*, *ob. cit.*, p. 44.

Igualmente, la jurisprudencia ha considerado necesario valorar el tamaño de la empresa y el número de extinciones producidas. En este sentido, ha establecido que resulta imprescindible que los criterios de selección se valoren en relación con las concretas circunstancias en los que se proyecta, puesto que *«no es lo mismo su análisis en una empresa que cuente con un gran número de trabajadores que otra, como la demandada, que solo tenía 58 empleados, y los despidos afectarían en principio a 24 de ellos -finalmente a 17-»*³⁵⁵.

Lo que no debe descuidar el empleador en ningún momento es que la concreción de los criterios de selección en la comunicación de inicio, de acuerdo con la exigencia prevista en el artículo 51.2 e) ET, se erige como un acto propio al que el empresario queda constreñido, por cuanto la determinación empresarial de tales criterios constituye un supuesto concreto de acto propio, generador de esos efectos jurídicos. Así, el artículo 51.2 e) ET *«exige al empresario que quiere efectuar un despido colectivo que consigne los "criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos", cuya determinación constituye un acto propio, al que queda sujeto por razón de ese principio general de derecho que nuestra jurisprudencia reconoce, si como es el caso, no se modifican a consecuencia de las negociaciones mantenidas con la representación de los trabajadores en el período de consultas»*³⁵⁶.

Por tanto, si tales criterios se mantienen a lo largo del periodo de consultas, no viéndose alterados en el acuerdo alcanzado entre

³⁵⁵ STS 18-02-2014 (Rº 74/2013).

³⁵⁶ STSJ País Vasco 16-07-2013 (Rº 1250/2013).

interlocutores sociales y empresario, serán de obligada observancia para el empleador³⁵⁷.

No obstante, con carácter general, debe admitirse cierta libertad decisoria por parte de la empresa al seleccionar trabajadores afectados por el despido colectivo, en cuanto que no es sino otra manifestación más del poder de dirección y organización que corresponde al empresario³⁵⁸.

Sin embargo, a su vez, el ejercicio de tal poder de dirección se encuentra sujeto a límites, que establece de forma expresa el ordenamiento jurídico laboral, como es la exigencia de que la decisión de la empresa respete en todo caso los derechos fundamentales y libertades públicas de los trabajadores de la plantilla, incluyendo la prohibición de trato discriminatorio³⁵⁹. En este sentido, puede mantenerse que la decisión de la empresa en la selección de los trabajadores debe fundamentarse en criterios de razonabilidad y ser coherentes con los fines buscados, no pudiéndose admitir una designación que sea caprichosa o arbitraria.

Además y en todo caso la propia decisión empresarial de seleccionar a los trabajadores afectados por el despido se encuentra sometida a lo que podemos denominar límites generales aplicables al ejercicio de cualquier derecho, como es la ausencia de fraude de ley y de abuso de derecho³⁶⁰.

³⁵⁷ ROQUETA BUJ, R., *La selección de los trabajadores afectados por los despidos colectivos*, ob. cit., p. 45.

³⁵⁸ STSJ Andalucía 12-11-2013 (R° 19/2013).

³⁵⁹ STSJ Navarra 15-01-2015 (R° 445/2014).

³⁶⁰ En este sentido, el Alto Tribunal mantuvo este criterio en relación con la libertad de elección de los trabajadores afectados por las medidas empresariales.

Así, en STS 19-01-1998 (R° 1460/1990) dispuso que «*En principio, la determinación de los trabajadores afectados por el despido depende de la relación entre la causa económica y los contratos potencialmente afectados por ésta*». Así, prosigue la mentada resolución que, en consecuencia, corresponde, en principio, al empresario proceder a la selección de los trabajadores afectados «*y su decisión solo será revisable por los órganos judiciales cuando*

De esta forma, tal y como viene a señalarse por la doctrina judicial³⁶¹, los límites que determinan el ámbito de extensión de las facultades empresariales son: los constitucionales, derivados de la prohibición de discriminación; los legales; los límites pactados en Convenio Colectivo; los que hayan podido pactarse con los representantes de los trabajadores en periodo de consultas y, para el supuesto en que no se alcance acuerdo el empresario, en el momento en que el empleador proceda a determinar unilateralmente los criterios de selección de los trabajadores afectados, deberá respetar ciertos límites materiales³⁶²:

1. En primer lugar, deben respetarse las prioridades de permanencia en la empresa, tanto las legalmente previstas³⁶³ como las que se hayan podido pactar mediante convenio colectivo³⁶⁴;
2. Asimismo, si existe alguna disposición convencional, a través de la que se estipule un determinado orden de prelación respecto a los criterios de selección, deberá observarse la citada disposición³⁶⁵;

resulte apreciable fraude de ley o abuso de derecho o cuando la selección se realice por móviles discriminatorios (artículo 14 de la Constitución y 17 del Estatuto de los Trabajadores)». En el mismo sentido, se pronunció la STS 15-10-2003 (R° 1205/2003).

Asimismo, debe hacerse constar que tal doctrina casacional ha seguido aplicándose por los órganos de suplicación tras la Reforma Laboral de 2012, al entender que «*debe mantenerse la doctrina tradicional en esta materia, que lejos de aparecer superada cobra mayor virtualidad si cabe con la nueva regulación legal y que otorga al criterio subjetivo empresarial la facultad de elegir a los trabajadores afectados por el despido*». Vid., al respecto, la STSJ Cataluña 10-09-2013 (R° 832/2012).

³⁶¹ STSJ de Cataluña 01-02-2007 (R° 803/2003).

³⁶² ROQUETA BUJ, R., *La selección de los trabajadores afectados por los despidos colectivos*, ob. cit., pp. 61 y ss.

³⁶³ Tal y como establece BLASCO PELLICER, A., *La extinción del contrato de trabajo en la Reforma Laboral de 2012*, ob. cit., pp. 80 y 81, «*El artículo 51.5 ET, en consonancia con el artículo 68. b) ET, sigue manteniendo, igual que ocurría antes de la reforma, que los representantes legales de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa. Por tanto, hay que mantener en sus propios términos, el consolidado régimen subjetivo objetivo de preferencia*».

³⁶⁴ *Ibidem*, pp. 81 y 82.

³⁶⁵ Vid., al respecto, la SAN 21-04-2014 (R° 218/2012).

3. Igualmente, el empleador, a la hora de confeccionar los criterios de selección, tiene que considerar y respetar los derechos fundamentales y libertades públicas de los trabajadores;
4. La medida empresarial deberá concretar y fundamentar la selección de los trabajadores afectados mediante unos criterios de selección basados en la razonabilidad y la coherencia respecto con los fines pretendidos y no unos criterios fundamentados en parámetros arbitrarios y subjetivos; y
5. Finalmente, la decisión empresarial quedará supeditada, al igual que cualquier actuación que se lleve a cabo en el seno del procedimiento de despido colectivo, a los criterios generales de buena fe negocial, ausencia de fraude de ley y de abuso de derecho.

Ahora bien, esta supuesta libertad decisoria que se presume en los sujetos que intervienen en las negociaciones o, en su caso, del empresario para el supuesto en que la decisión se adopte por este de manera unilateral, no resulta categórica o incondicional, sino que deben cumplirse una serie de parámetros³⁶⁶:

1. En primer lugar, tales criterios deberán respetar los derechos fundamentales y las libertades públicas de los afectados: prohibición de trato discriminatorio, ni tampoco criterios basados en la opción sindical, condición, sexo o edad, siendo nula la medida basada en tales criterios;
2. Igualmente, debe hacerse constar que los criterios adoptados deben ser justificables objetiva y razonablemente, a los efectos de determinar los trabajadores que, encontrándose en un mismo

³⁶⁶ ROQUETA BUJ, R., *La selección de los trabajadores afectados por los despidos colectivos*, *ob. cit.*, p. 104.

supuesto, estén incluidos en el proyecto de despido, mientras que otros resulten excluidos; y

3. Deben ser congruentes con respecto a la causa alegada.

Igualmente, debe determinarse cuál será el sistema de valoración y aplicación de los criterios de selección, ya sea en el acuerdo que ponga fin al periodo de consultas, bien en la decisión final de extinción colectiva. Por tanto, deberá precisarse si los criterios están supeditados o subordinados unos respecto a otros y en qué orden o, incluso, si se ha decidido que la elección final derive de un sistema variado, compuesto por todos los criterios de afectación³⁶⁷.

Puesto que, en la praxis, los criterios que pueden ser adoptados por los agentes intervinientes en las negociaciones o, por el propio empleador, pueden basarse en soluciones de toda índole, me limitaré a enumerar algunos ejemplos³⁶⁸:

1. La adscripción voluntaria de los trabajadores;
2. La extinción de los contratos de aquellos trabajadores que presten sus servicios en el centro de trabajo afectado por la medida empresarial;
3. La extinción de los contratos de aquellos trabajadores de menor antigüedad en la empresa;
4. En sentido contrario, también es un criterio válido el de la selección de los trabajadores con mayor antigüedad en la empresa;

³⁶⁷ *Ibidem*, p. 105.

³⁶⁸ Tal enumeración ejemplificativa ha sido extraída de ROQUETA BUJ, R., *La selección de los trabajadores afectados por los despidos colectivos*, *ob. cit.*, p. 106 y ss., obra a la que me remito para observar, de manera más detallada y pormenorizada, los supuestos en que fueron adoptados y las consideraciones judiciales al respecto.

5. La selección de los trabajadores que impliquen un mayor coste económico y de seguridad social a la empresa en las extinciones por causas económicas;
6. La extinción de los contratos de aquellos trabajadores que presenten un menor rendimiento y/o productividad laboral, puesto que, tal y como ha venido a entender la doctrina judicial *«es razonable y objetivo, puesto que permite mantener en plantilla a los trabajadores más productivos, lo que constituye un bien en sí mismo para una empresa, cuya actividad se ha reducido de manera alarmante en el último año y le permite acometer con mucha más eficiencia los nuevos avatares del mercado con una plantilla más reducida, pero más productiva globalmente»*³⁶⁹.
7. Los criterios de polivalencia³⁷⁰ y especialidad también han sido utilizados para proceder a la selección de los trabajadores que resulten afectados por la medida empresarial. No obstante, para evitar que se utilicen de un modo totalmente arbitrario, deberán precisarse y concretarse, con carácter previo y de un modo ecuaníme, tal y como ha venido a señalar la doctrina judicial³⁷¹.
8. Asimismo, la doctrina judicial ha aceptado como criterio de selección el atendimiento al rendimiento de los trabajadores, de modo que puede ser seleccionados como trabajadores afectados aquellos cuya capacidad y productividad sea menor que la de la mayoría de empleados, de acuerdo con una evaluación del desempeño realizada

³⁶⁹ SAN 11-03-2013 (Rº 381/2012).

³⁷⁰ Según la STSJ Madrid 27-01-2014 (Rº 154/2013) *«entendida como la aptitud de ciertos trabajadores para prestar servicios en áreas diferenciadas de la empresa»*.

³⁷¹ Así, la STSJ País Vasco 09-07-2013 (Rº 14/2013) dispuso que *«Los criterios de polivalencia y especialidad se prestan, ciertamente, a un uso desviado si, como es el caso, no se han definido previamente en términos objetivos. Su aplicación requiere un minucioso examen del modo en que se ha practicado»*.

con anterioridad a la efectividad de la medida³⁷². No obstante, tal sistema implica la toma en consideración de criterios no objetivables, por lo que debe acudir a una serie de fórmulas para proceder a disminuir la carga de subjetividad en tales evaluaciones³⁷³.

9. Respecto a la idoneidad como criterio, la doctrina judicial ha venido a entender que es un criterio indeterminado y, puesto que la idoneidad es subjetiva, por su propia esencia, si no se enlaza con algún otro criterio objetivo del que pueda desprenderse la adecuación para un determinado puesto de trabajo³⁷⁴.
10. En el mismo sentido ha venido a pronunciarse la doctrina judicial respecto al «grado de satisfacción» que, en ocasiones, se alega como criterio para excluir a determinados trabajadores de la medida extintiva, debiendo igualmente, para que tal criterio pueda resultar operativo, que se vincule con algún medidor del rendimiento en términos objetivos³⁷⁵.

Contrariamente, la doctrina judicial ha venido a entender que la empresa estará contraviniendo los criterios de selección en supuestos como los siguientes³⁷⁶:

³⁷² SAN 11-03-2013 (Rº 381/2012).

³⁷³ Vid., al respecto, ROQUETA BUJ, R., *La selección de los trabajadores afectados por los despidos colectivos*, ob. cit., pp. 116 y 117.

³⁷⁴ STSJ Madrid 14-10-2013 (Rº 891/2013).

³⁷⁵ A lo que se añade, en la STSJ Madrid 14-10-2013 (Rº 891/2013) que no equivale a «tal medida un rendimiento satisfactorio que se aduce para excluir a determinados trabajadores del despido colectivo, pues ni siquiera se conecta con algún medidor del rendimiento en términos objetivos. Lo que la codemandada denomina como "grado de satisfacción", no equivale, a nuestro juicio, a un rendimiento satisfactorio en el trabajo, entre otras cosas, porque el rendimiento puede medirse y el grado de satisfacción siempre es subjetivo y es mayor o menor, a juicio personal del empresario y sin que, en el caso, pueda constatarse si esa valoración empresarial se avala con alguna prueba de naturaleza objetiva».

³⁷⁶ Un análisis detallado de casuística al respecto puede encontrarse en ROQUETA BUJ, R., *La selección de los trabajadores afectados por los despidos colectivos*, ob. cit., pp. 225 y ss.

1. En primer lugar, cuando se supere el número de extinciones acordadas o establecidas en la decisión de despido colectivo;
2. También cuando, los criterios tenidos en cuenta son totalmente genéricos e inconcretos, criterios que no permiten una identificación objetiva de los trabajadores afectados³⁷⁷;
3. Igualmente, cuando establecidos una serie de criterios objetivos durante las negociaciones del periodo de consultas, estos han sido incumplidos por el empresario a la hora de proceder a seleccionar a los trabajadores afectados³⁷⁸;
4. Cuando se incumple el sistema de selección establecido³⁷⁹;
5. Habiéndose pactado una serie de criterios para proceder a la selección de los trabajadores afectados, el empleador utilizado otros para proceder a elaborar la lista de los trabajadores incluidos, finalmente, en la medida empresarial³⁸⁰.

Y es que debe tenerse presente que la falta de concreción en los criterios de designación de los trabajadores afectados, impide objetivos básicos

³⁷⁷ Así, la STSJ Madrid 25-07-2012 (R^o 21/2012) entendió que, en el supuesto enjuiciado, «*El criterio seguido para la designación de los trabajadores afectados por el despido colectivo (...) por su absoluta generalidad e inconcreción, que ni siquiera su representante procesal supo precisar en el juicio, equivale a no decir nada que no sea un lugar común, sin que sus términos permitan conocer, cuando menos, las pautas que la misma iba a seguir a la hora de elegir el personal afectado por el despido colectivo*».

³⁷⁸ La STSJ País Vasco 02-12-2014 (R^o 2176/2014) entendió que «*la empresa aplicó incorrectamente los criterios de selección pactados con el Comité Intercentros a un doble efecto: de un lado, porque el demandante acreditaba mayor antigüedad que el Sr. Jon; de otro, porque el Sr. Fidel no fue objeto de evaluación, sin que pueda presumirse que su calificación hubiera sido igual o mejor que la obtenida por el demandante*».

³⁷⁹ *Vid.*, al respecto, la STSJ Navarra 16-10-2013 (R^o 265/2013).

³⁸⁰ En este sentido, la STSJ Navarra 29-05-2014 (R^o 157/2014) dispuso que «*la empresa debe acreditar que ha seleccionado a los trabajadores con arreglo a los criterios pactados con los trabajadores. Y en el presente caso no se ha aportado documento alguno que justifique que la empresa ha aplicado los criterios acordados (formación, valorando idiomas; experiencia y conocimiento, valorando la experiencia en otras empresas; y polivalencia), pues el criterio de selección acordado con los trabajadores no ha sido el de adscripción a una actividad que desaparece*».

del periodo de consultas (artículo 2.2 de la Directiva 98/59 CE), como es alcanzar un acuerdo, *«pero también el objetivo mínimo del periodo de consultas, que es, según el propio artículo 51.2 del ET, el de buscar y encontrar las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y la de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento, bien sean recolocación, formación o reciclaje profesional. Resulta imposible negociar y avanzar en las medidas sociales si los representantes desconocen la clasificación profesional de aquellos trabajadores que pueden ser afectados y los criterios de su afectación, imposibilitando con ello proponer medidas que eviten o atenúen las consecuencias del despido colectivo. Lo que lleva también a una declaración de nulidad por incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 51.2 ET, en relación con el artículo 124 de la Ley de Jurisdicción Social»*³⁸¹.

Por ello, el momento idóneo en el que deben aportarse tales criterios, tanto de su regulación estatutaria como reglamentaria, se desprende que es al inicio del periodo de consultas, puesto que tal extremo debe hacerse constar en la comunicación de inicio³⁸². No obstante, si no se precisasen en tal momento, en todo caso, deberá hacerse en tiempo hábil, tal y como ha venido a determinar la doctrina judicial. Y ello porque, de lo contrario, se está impidiendo que el período de consultas alcance sus fines, ya que si los representantes de los trabajadores desconocen los criterios de selección, no solo se les hurtan los derechos

³⁸¹ STSJ Cataluña 23-5-2012 (R° 10/2012)

³⁸² En este sentido, la SAN 26-07-2012 (R° 124/2012) estableció que *«Es cierto y no escapa a la Sala, que la empresa explicó los criterios de selección, cuando se le requirió por la Autoridad laboral, pero no es menos cierto que se trata de una subsanación extemporánea, puesto que los representantes de los trabajadores no la conocieron durante la totalidad del período de consultas»*.

de información, que les corresponden legalmente, sino que impiden negociar razonablemente la retirada o la limitación de efectos del despido colectivo, que constituye la finalidad primordial del período de consultas³⁸³, como viene sosteniéndose por la doctrina comunitaria³⁸⁴.

Especial atención requiere, a mi entender, la SAN 21-11-2012 (R° 167/2012), en la que los demandantes, que propugnaban la declaración de nulidad del expediente, denunciaron que la empresa identificó desde el primer momento a los 38 trabajadores afectados, lo que acreditaba que nunca tuvo intención de negociar en el periodo de consultas, así como que dicha identificación polariza intensamente la negociación en el periodo de los consultas pues los representantes de los trabajadores reciben más presiones que si se desconocen los afectados, constituyendo dicha situación un obstáculo insalvable para la negociación.

La Sala no comparte la denuncia de los actores, argumentando que aunque sea cierto que ni el artículo 2.3 de la Directiva 1998/59/CE, ni el artículo 51.2 ET, prevean la identificación de los trabajadores afectados al inicio del periodo de consultas, puesto que ambos preceptos exigen únicamente al empresario que determine los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados, porque también es verdad que ninguno de los preceptos citados impide tampoco que se identifiquen concretamente los trabajadores desde el inicio.

Es más, consideran que de hecho, la identificación cabal de los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados supondrá, en la mayoría de los supuestos, que pueda deducirse

³⁸³ Así, según la SAN 26-07-2012 (R° 124/2012) tal situación supondría un incumplimiento de grave. En el mismo sentido ya se había pronunciado la STSJ Madrid 25-06-2012 (R° 21/2012).

³⁸⁴ *Vid.*, al respecto, la STJCE 10-09-2009 (TJCE 2009\263).

razonablemente a quienes va a afectar el despido colectivo, sin que dicha circunstancia impida insalvablemente que la negociación alcance sus fines, en tanto que se trata en ambos casos de propuestas empresariales iniciales, que somete a la consideración de los representantes de los trabajadores en el periodo de consultas, cuyo resultado no se puede determinar. En este sentido, concluyen que *«la identificación directa de los afectados en el supuesto debatido, previo razonamiento de los criterios tenidos en cuenta para su designación, relacionados especialmente con el cierre definitivo de sus centros de trabajo, no impidió la negociación»*, con lo que se descarta que *«la identificación de los trabajadores despedidos que constituye una medida no habitual en los despidos colectivos, porque polariza más intensamente la negociación en el periodo de consultas, en tanto que los representantes de los trabajadores recibieran normalmente mas presiones que si se desconocen los afectados, constituya un obstáculo insalvable para la negociación, como sucede en el supuesto debatido»*.

No comparto la opinión de los Magistrados, pues considero que no puede procederse a identificar a los trabajadores afectados en la comunicación que dé inicio al procedimiento de despido colectivo, sino que el empresario, en dicha comunicación inicial, únicamente hará constar aquellos criterios en los que va a basarse para designar a los trabajadores que quedarán afectados por el despido³⁸⁵, y para ello

³⁸⁵ Así, el Alto Tribunal, en STS 22-05-2014 (R° 17/2014) estableció que si bien existía, con anterioridad la Reforma Laboral de 2012, en el artículo 8 c) del RD 801/2011 *«una dualidad alternativa de posibilidades, pero ello solo se mantuvo hasta la entrada en vigor del RD-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE 11 de febrero de 2012), que lo hizo, según su disposición final decimosexta, el día siguiente al de su publicación oficial -es decir, varios meses antes de las negociaciones habidas entre las partes y el correspondiente período de consultas- el cual en su art 18 da nueva redacción al art 51 del ET que a partir de ese momento dispone en su n° 2.e) que en el escrito del empresario*

utilizaré, *a sensu contrario*, los argumentos esgrimidos por la propia Sala:

1. Ni el artículo 2.3 de la Directiva 1998/59/CE ni el artículo 51.2 ET, prevén la identificación de los trabajadores afectados al inicio del periodo de consultas, puesto que ambos preceptos exigen únicamente al empresario que determine los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados, y es más, la previsión que anteriormente contenía el apartado c) del artículo 8 RD 801/2011, la cual, permitía que el empresario acompañara como documentación a su solicitud la *«Relación nominativa de los trabajadores afectados, o en su defecto, concreción de los criterios tenidos en cuenta para designar a los mismos»* ha desaparecido, estableciendo la nueva regulación reglamentaria en la letra e) del apartado primero de su artículo 3, que uno de los extremos que debe contenerse en la comunicación que de inicio al periodo de consultas serán *«Los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos»*.

Como vemos, el legislador ha eliminado toda mención a la relación nominativa de los trabajadores afectados en la comunicación que de inicio al procedimiento de despido colectivo, y ello porque, dicha concreción, será fruto del proceso de negociaciones que lleven a cabo los agentes intervinientes en el periodo de consultas, concreción que, finalmente se materializará, para el caso en que se lleve a cabo el proyecto extintivo, en la comunicación de la decisión empresarial de

comunicando la apertura del período de consultas se consignarán los "criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos", de manera que desde entonces y tal y como exponía el sindicato accionante ya en esa fase, el escrito en cuestión únicamente podía contener tal extremo, no bastando, pues, con la relación de los trabajadores afectados».

despido colectivo, pues tal y como establece el apartado primero del artículo 12 RPDC, *«A la finalización del periodo de consultas, el empresario comunicará a la Autoridad laboral competente el resultado del mismo. (...) En todo caso, comunicará a los representantes de los trabajadores y a la Autoridad laboral la decisión sobre el despido colectivo que realiza, actualizando, en su caso, los extremos de la comunicación a que se refiere el artículo 3.1»*.

2. Uno de los extremos a los que se refiere esta actualización es la concreción de los trabajadores afectados por la decisión empresarial y ello porque, de lo contrario, tal y como han alegado los demandantes en el recurso que motivó la sentencia anteriormente citada, dicha identificación inicial sería una prueba inequívoca de la irreversibilidad de la medida extintiva que vaciaría de contenido el periodo de consultas y, por otro lado, tensaría la negociación en el periodo de consultas, pues los representantes de los trabajadores, al conocer la identidad de los trabajadores afectados, se verían en una doble tesitura, pues por un lado, y para el caso de que ellos también queden incluidos dentro de dicho proyecto, la congoja de tal situación, podría condicionarlos a la hora de adoptar una decisión mientras que, por otro lado, deben calmar los ánimos de los trabajadores que, al conocer que ellos van a ser finalmente los afectados por el despido, ejercerán más presiones sobre dichos representantes, constituyendo tal situación un obstáculo insalvable para la negociación.

Y es que las exigencias relativas a la información y explicación de los criterios utilizados por el empresario para seleccionar a los trabajadores que han resultado afectados por el proyecto empresarial no se cumplen

con la simple aportación de una relación nominativa de los trabajadores que van a ver cesados sus contratos de trabajo, pues el artículo 51.2 e) ET exige la fijación de los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos, tal y como ha venido a reconocer la doctrina casacional³⁸⁶.

Consiguientemente, aunque el empresario entienda haber cumplido tal obligación legalmente establecida con la aportación de un listado nominativo de los trabajadores afectados, según el Alto Tribunal³⁸⁷, esta no se verá consumada sin la aportación de los criterios que el empresario ha advertido para la confección de la mentada lista³⁸⁸.

A modo de síntesis o valoración de los criterios de selección, considero que el *quid* de la cuestión radica, no solo en entender que lo trascendental es la crisis de la empresa, sino que en lo relativo a la segunda fase de los criterios de selección, es decir, en relación con su aplicación, lo realmente esencial es atender a la «*crisis del contrato*»³⁸⁹.

³⁸⁶ SSTS 17-07-2014 (R° 32/2014); 22-05-2014 (R° 17/2014); 20-05-2014 (R° 276/2013) y 18-02-2014 (R° 74/2013).

³⁸⁷ Así, la STS 17-07-2014 (R° 32/2014), recordando la doctrina fijada por el Alto Tribunal en su STS 20-05-2014 (R° 276/2013) dispone que «*En efecto, no puede negarse que el art. 8.c) del RD 801/2011 [10/junio] declaraba que el empresario debería acompañar al inicio del expediente «[r]elación nominativa de los trabajadores o, en su defecto, concreción de los criterios tenidos en cuenta para designar a los mismos»; posibilidad alternativa -con preferencia de la relación nominal- que ya no existe en el actual Reglamento [RD 1483/2012], pues el mismo no solamente derogó de forma expresa el RD 801/2011 [Disposición derogatoria única], sino que en su art. 3.e) señala como documentación acompañatoria común a todos los procedimientos de despido colectivo [reproduciendo literalmente el art-. 51.2.e) ET, tras su reforma por la citada Ley 3/2012], la relativa a los « [c]riterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos», hasta el punto de que «la relación nominativa no basta y la mención de criterios es necesaria».*

³⁸⁸ ROQUETA BUJ, R., *La selección de los trabajadores afectados por los despidos colectivos*, ob. cit., p. 41.

³⁸⁹ Este concepto es acuñado por DESDENTADO BONETE, A., “Los despidos económicos tras la reforma de la Ley 3/2012. Reflexiones sobre algunos problemas sustantivos y procesales”, ob. cit., p. 8, en el que establece la necesidad de ir desde la crisis de la empresa a la crisis del contrato, manteniendo que «*habría que prestar más atención a la crisis del contrato, en la media en que este puede volverse superfluo económicamente sin necesidad de que la empresa*

Es decir, los criterios en los que debe basarse el empresario para prescindir de los servicios de los trabajadores afectados por el despido deben estar relacionados con la pérdida de utilidad de esos servicios, por lo que *«La empresa no solo debe acreditar la concurrencia de la causa propiamente dicha, sino que también ha de argumentar acerca de sus efectos sobre los contratos de trabajo; efectos que justifican su extinción. Y aquí es donde cobran especial protagonismo los criterios de selección de los trabajadores afectados por el despido, puesto que su identificación tiene que estar relacionada con la pérdida de utilidad de sus contratos a raíz de la concurrencia de la causa alegada»*³⁹⁰.

En el mismo sentido se pronunció la Audiencia Nacional en SAN 15-10-2012 (Rº 162/2012), al sostener que, *«A juicio de esta Sala, la empresa procura relacionar la concurrencia de la causa alegada –que los demandantes no han cuestionado- con la existencia de los contratos identificados en virtud de que sus tareas han dejado de ser necesarias. Prueba de ello es que en un principio estuvo abierta, al menos formalmente, a la sustitución de unos trabajadores por otros siempre que pertenecieran al mismo grupo profesional»*.

Una vez vinculados los criterios de selección a la pérdida de utilidad de los contratos de trabajo en virtud de la causa alegada como fundamento

esté en crisis. Desde esta perspectiva, el despido económico no es más que un caso particular de la resolución del contrato de trabajo como consecuencia de una alteración sobrevenida de las circunstancias que frustra su finalidad. Si la prestación de trabajo ha perdido interés económico para el empresario porque no le reporta ya utilidad patrimonial, habrá causa económica para la extinción, aunque la empresa no esté en crisis, de la misma forma que, si el empresario-por causas objetivas sobrevenidas- no está en condiciones de ofrecer trabajo y pagar regularmente el salario, existirá una causa de resolución para el trabajador que podrá pedir la extinción del contrato».

³⁹⁰ SAN 15-10-2012 (Rº 162/2012).

del despido, es cuando deben resultar de aplicación los límites anteriormente expuestos.

Respecto a la inobservancia empresarial de tales criterios de selección, debe procederse a especificarse en qué tipos de incumplimiento puede incurrir el empresario:

1. Completa omisión de los criterios de selección;
 2. Precisión de los criterios de selección pero incumplimiento de estos en lo que respecta a su aplicación o se aplican de manera fraudulenta.
1. Por lo que respecta al primero de los supuestos, es decir, la completa inobservancia por parte del empresario de los criterios de selección será la no precisión, en la comunicación que da inicio al procedimiento de despido colectivo, de los criterios que van a seguirse a la hora de designar a los trabajadores afectados por la decisión extintiva.

Aunque si bien es cierto que con la reforma del artículo 124.11 LRJS, llevada a cabo por el RDL 11/2013, se pretende limitar la declaración de nulidad de la decisión empresarial de despido colectivo «únicamente» a los supuestos que en el mencionado apartado se enumeran; a mi entender, la inobservancia de los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos, debería continuar acarreando la nulidad del despido colectivo, pues considero que tal incumplimiento supondría que el empresario no ha «entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores», pues dicho precepto establece claramente que «La comunicación de

apertura del periodo de consultas se realizará mediante escrito dirigido por el empresario a los representantes legales de los trabajadores, una copia del cual se hará llegar a la Autoridad laboral. En dicho escrito se consignarán los siguientes extremos: (...) e) Criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos».

En el mismo sentido se pronunció la Audiencia Nacional, doctrina que considero que debe seguir siendo aplicable, al establecer que tal inobservancia constituye un vicio grave, *«puesto que impide que el periodo de consultas alcance sus fines, ya que si los representantes de los trabajadores desconocen los criterios de selección, no solo se les hurtan los derechos de información, que les corresponde legalmente, sino que impiden negociar razonablemente la retirada o la limitación de los efectos del despido colectivo, que constituye la finalidad primordial del periodo de consultas, como viene sosteniéndose por la doctrina comunitaria, por todas STJCE 10-9-2009, TJCE 2009/263»*³⁹¹.

Para fundamentar la nulidad de la decisión extintiva, la Sala se centra en la trascendencia que dichos criterios de selección tienen en el procedimiento de información y consulta, pues es imprescindible que los representantes de los trabajadores dispongan de ellos durante las negociaciones para poder proceder de manera eficaz en lo que a la propuesta de soluciones se refiere, por lo que, una explicación extemporánea de los mismos no sirve para subsanar las deficiencias que tal desconocimiento produce en el periodo de

³⁹¹ SAN 26-07-2012 (Rº 124/2012).

consultas, ya que los representantes de los trabajadores se encuentran limitados en cuanto a su capacidad de negociación al no conocer el verdadero alcance del proyecto empresarial³⁹².

Asimismo, de la doctrina casacional³⁹³ se desprende que los artículos 51.2 e) y el artículo 3.e) RPDC obliga al empresario a aportar los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos, por lo que únicamente la inobservancia de tal obligación comportará la nulidad de la medida empresarial.

Así, aunque los criterios de selección aportados por la empresa se expresen de una forma inadecuadamente genérica, sin mayor concreción ni proyección objetiva sobre cada concreto trabajador, si tales criterios han sido concretos en la memora explicativa o si tal indicación fue acompañada de la relación nominal de afectados, y en el curso de las reuniones entre la Empresa y el Comité, hubo una verdadera negociación sobre la elección de los afectados, no concurrirá la causa de nulidad prevista en el artículo 124.11 LRJS y relativa a la falta de aportación de la documentación prevista en el artículo 51.2 ET³⁹⁴.

³⁹² Asimismo, considera que «Quedaría quebrado el derecho a la negociación, predicado del periodo de consultas, como subraya la STJCE 27-1-2005, TJCE 2005/31, cuyo sentido desaparecería si su objetivo principal-evitar o reducir el despido colectivo- no cuenta con las razones de afectación de trabajadores, privando también la razón de ser de la notificación a la Autoridad laboral, regulada en el artículo 4.2 de la Directiva y en el artículo 51.2 ET, cuya finalidad es permitir a la Autoridad laboral competente buscar soluciones a los problemas planteados por los despidos colectivos considerados, debiendo tenerse presente, en cualquier caso, que el deber de negociar establecido por el ET, exige que se hayan cumplido las exigencias de dicho precepto, tratando efectivamente sobre causas, efectos y modo de paliar los mismos sobre los trabajadores afectados, no siendo exigible un formalismo enervante al respecto, por todas STS 30-6-2011, rec. 173/2010».

³⁹³ SSTS 17-07-2014 (R° 32/2014); 25-06-2014 (R° 198/2013); 22-05-2014 (R° 17/2014); 20-05-2014 (R° 276/2013); 18-02-2014 (R° 74/2013).

³⁹⁴ Vid., al respecto, la STS 17-07-2014 (R° 32/2013).

2. En cuanto al segundo de los supuestos, es decir, en el caso en que el empresario haya establecido los criterios de selección pero no los ha aplicado o se han aplicado de manera fraudulenta, abusiva o arbitraria³⁹⁵, la doctrina judicial se muestra contraria en las consecuencias que deben derivar de tal conducta empresarial.

Por parte de algún aplicador del derecho ha venido a considerarse, en doctrina considero que debe ser de aplicación, que el incumplimiento de los criterios de selección pactados por la empresa determina un incumplimiento del art. 51.2 ET. Así, vienen a considerar que tanto la norma estatutaria como la reglamentaria *«exigen que la empresa, en la comunicación de apertura del periodo de consultas, indique los criterios tenidos en cuenta para designación de los trabajadores afectados por los despidos, exigencia que no es meramente formal sino que busca garantizar la efectividad del periodo de consultas (a fin de poder evitar o minimizar las consecuencias de los despidos) y que la actuación de la empresa, dentro de su ámbito de discrecionalidad, no resulte arbitraria, abusiva, fraudulenta o provoque discriminaciones directas o indirectas a determinados colectivos de trabajadores. Por ello, una vez determinados los criterios de selección, para lo que la empresa tiene libertad en el sentido expuesto anteriormente, la empresa debe seleccionar a los trabajadores con arreglo a dichos criterios. Toda vez que la empresa no ha ajustado su actuación a los criterios indicados, exigencia que no es meramente formal o programática, sino material*

³⁹⁵ Vid., al respecto, ROQUETA BUJ, R., *La selección de los trabajadores afectados por los despidos colectivos*, ob. cit., pp. 225 y ss.

y vinculante, se entiende incumplido el art.51.2 ET, lo que conlleva la declaración de nulidad del despido»³⁹⁶.

Contrariamente, por parte de algún sector de la doctrina judicial ha venido a considerarse que es improcedente y no nulo el despido de un trabajador cuando la empresa no respeta los criterios de selección pactados con los representantes de los trabajadores en el despido colectivo y ello porque los citados criterios «normalmente, atienden a factores empresariales relacionados con las causas extintivas, y a parámetros de carácter profesional, sin perjuicio de que, en algunos casos, las pautas fijadas puedan consagrar una prioridad de permanencia, sometida a la regulación prevista para las mismas (nótese al respecto que esas preferencias se pueden introducir en el acuerdo logrado durante el período de consultas ex artículo 51.5 del Estatuto de los Trabajadores), lo que en el supuesto enjuiciado no sucede. Pues bien, la ley no contempla un tratamiento específico para la violación por el empresario de los criterios de selección, lo que significa que el efecto que deriva de tan ilícita actuación no es la nulidad del despido individual, cuyas causas se regulan restrictivamente, sino su improcedencia»³⁹⁷.

En cuanto a la aplicación fraudulenta de los criterios de selección, a mi entender, si tales pautas de selección adoptadas para designar a los trabajadores afectados son contrarios a los derechos fundamentales y libertades públicas, la sanción jurídica que merece tal actuación es la de nulidad del despido colectivo, en virtud de lo

³⁹⁶ SJSO 04-01-2013 (R° 853/2012).

³⁹⁷ SSTSJ País Vasco 15-03-2015 (R° 160/2013); 02-12-2014 (R° 2272/2014); 23-09-2014 (R° 1563/2014); 01-07-2014 (R° 1197/2014); 24-06-2014 (R° 1109/2014) y 03-06-2014 (R° 954/2014).

establecido en el artículo 124.11 LRJS, pues, de lo contrario, se estaría atentando contra el principio de igualdad³⁹⁸, así como a la no discriminación en el empleo³⁹⁹.

³⁹⁸RODRIGUEZ-PIÑERO, BRAVO-FERRER, M., “Igualdad y no discriminación en el empleo”, *Revista Derecho y conocimiento*, Vol. I, pp., 463-490, Facultad de Derecho, Universidad de Huelva, afirma que «el art. 1.1 de la Constitución propugna como valor superior del ordenamiento jurídico la igualdad, y a ella se refiere de forma más específica la Constitución en su art. 14. Ello ha permitido reconocer un derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación. El 14 C.E. garantiza así las dos funciones propias de la igualdad, ser límite objetivo del poder y derecho de la persona. Como límite al legislador, la igualdad ha operado solo para evitar desigualdades irrazonables no justificadas objetivamente, y se ha limitado a la exigencia de no diferenciar sin razón suficiente entre situaciones de hecho equiparables».

³⁹⁹ RODRIGUEZ-PIÑERO, BRAVO-FERRER, M., “Igualdad y no discriminación en el empleo”, *Revista Derecho y conocimiento*, Vol. I, p. 470, considera que «el art. 14 CE, además de consagrar el principio de igualdad y reconocer un derecho fundamental a la igualdad, establece una prohibición de discriminación por razones específicas de la que se deriva un derecho fundamental a la no discriminación. La exigencia de razonabilidad de las distinción y de las parificaciones que impone el principio de igualdad permitiría deducir una prohibición de distinciones por razones arbitrarias, pero ha tenido unas manifestaciones específicas en relación con determinados criterios de distinción que la propia Constitución excluye directamente, por considerarlos especialmente rechazables u odiosos. Se trataría de una igualdad determinada por la previsión en la Constitución de discriminaciones expresamente prohibidas⁴⁸, que figuran en el art. 14 CE, al aludir al hecho de que no pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión o cualquiera otra condición personal o social. La utilización del término discriminación en este segundo inciso, ha permitido deducir que la prohibición de discriminación no es solo una manifestación específica incluso innecesaria del principio de igualdad, sino un complemento ya añadido que tiene particular significación».

6. RÉGIMEN DE ADOPCIÓN DE ACUERDOS EN EL PERIODO DE CONSULTAS

Para la válida adopción de acuerdos durante el periodo de consultas, de acuerdo con lo establecido en el artículo 51.2 ET se requerirá *«la conformidad de la mayoría de los representantes legales de los trabajadores o, en su caso, de la mayoría de los miembros de la comisión representativa de los trabajadores siempre que, en ambos casos, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados»*.

El artículo 28.2 RPDC se encarga de precisar de manera más detallada lo establecido en el precepto anteriormente citado y establece que *«Los acuerdos en el periodo de consultas requerirán la conformidad de la mayoría de los miembros de la comisión negociadora que, en su conjunto, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados, para lo cual, se considerará el porcentaje de representación que tenga, en cada caso, cada uno de sus integrantes»*.

Con la redacción dada al precepto estatutario por el RDL 11/2013, desaparece toda referencia al término plural «comités», exigiendo la actual regulación la mayoría de *«los representantes legales de los trabajadores»* o, en su caso, *«de la mayoría de los miembros de la comisión representativa»*.

Según ha venido a postularse por algún sector de la doctrina científica, tal diferenciación obedecería a la existencia o no de varios centros de trabajo:

1. El primero de los supuestos, es decir, la simple referencia a la representación de los trabajadores, se referiría al comité de empresa, a los delegados de personal y secciones sindicales con mayoría en los órganos unitarios (supuesto que afectaría tanto a empresas con un único centro de trabajo como a empresas con varios centros), siempre que no se superasen los trece miembros, y a la comisión *ad hoc*;
2. El segundo de los supuestos estaría haciendo referencia al supuesto en el que la comisión quede circunscrita a diversos centros de trabajo.

En mi opinión, divergiendo de la postura que acaba de exponerse, considero que:

1. El primero de los supuestos estaría haciendo referencia únicamente a aquellos sujetos que, legalmente, ostentan la representatividad de los trabajadores: comités de empresa, delegados de personal, secciones sindicales y comité intercentros; mientras que
2. El segundo de los supuestos estaría haciendo referencia a las comisiones híbridas y *ad hoc*.

Ahora bien, una vez expuestas tales posturas interpretativas, debe ahondarse en los requisitos que, tanto la norma estatutaria como la reglamentaria exigen para proceder a la adopción de un acuerdo por los sujetos legitimados a tal fin.

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 51.2 ET y 28.2 RPDC, la adopción de acuerdo requeriría la concurrencia de dos requisitos acumulativos:

1. La mayoría de los miembros de la comisión negociadora y

2. Esta mayoría, en su conjunto, deberá representar a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados, para lo cual, se considerará el porcentaje de representación que tenga, en cada caso, cada uno de sus integrantes.

Importantísima es la precisión que realiza el último inciso del artículo 28.1 RPDC, pues es la que se encarga de precisar si la mayoría debe de calcularse sobre el número de sujetos que integran la comisión o sobre la representación que estos ostentan y en concreto, si se hará sobre un voto personal o sobre un voto ponderado en relación con el porcentaje de trabajadores que representan⁴⁰⁰, decantándose la norma reglamentaria por dicho voto ponderado al establecer que para el cálculo de dicha mayoría «se considerará el porcentaje de representación que tenga, en cada caso, cada uno de sus integrantes»⁴⁰¹.

Y es que, tal y como anteriormente ha quedado expuesto, tras la entrada en vigor del RDL 11/2013, al establecerse una única comisión negociadora, se eliminaron los distintos supuestos contenidos en el artículo 28 RPDC⁴⁰². Con anterioridad, respecto a la adopción de acuerdos en el periodo de consultas cuando la comisión estuviese integrada por representantes de varios centros de trabajo el apartado segundo del citado precepto establecía que «para la atribución de la

⁴⁰⁰ MERCADER UGUINA, J.R., y DE LA PUEBLA PINILLA, A., *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada*, cit., p. 162.

⁴⁰¹ En el mismo sentido, BENAVENTE TORRES, M^a.I., “Las comisiones *ad hoc* en los periodos de consulta/negociación”, *ob. cit.*, p. 150, dispone que se reconoce «mayor fuerza a la ponderación del voto, que se erige claramente en criterio rector frente al “per capita”».

⁴⁰² BENAVENTE TORRES, M^a.I., “Las comisiones *ad hoc* en los periodos de consulta/negociación”, *ob. cit.*, p. 151, establece que «Así, en lo que respecta a la adopción de acuerdos, y aún cuando elude una referencia directa a la comisión, implícitamente la aborda al exigir que la mayoría de los representantes legales de los trabajadores o, en su caso, de la comisión representativa de los trabajadores, represente siempre y en ambos casos, a la mayoría de los trabajadores del centro o centros afectados conforme al porcentaje de representación que tenga cada uno de sus integrantes».

mayoría a esa comisión a los efectos de lo señalado en el apartado anterior, se aplicará lo que decida la propia comisión negociadora”. En el caso de no existir una decisión al respecto, será considerado el porcentaje de representación que tenga, en cada caso, cada uno de sus integrantes».

Esta disposición ya despertó problemas a nivel doctrinal, sobre todo para el supuesto en el que nos encontrábamos con la presencia de comisiones híbridas pues dicho precepto establecía, subsidiariamente, un sistema de voto ponderado.

El problema radicaba en que algunos autores consideraban que el establecimiento de un sistema igualitario de voto para todos los centros de trabajo afectados otorgaba el mismo valor representativo a los órganos institucionalizados (delegados de personal y comités de empresa) que a las representaciones *ad hoc*, pudiendo dar lugar a un evidente déficit representativo⁴⁰³.

Si partiésemos de tal premisa podríamos concluir que, con la nueva regulación, se acentuaría ese «déficit representativo», pues el apartado primero del artículo 28 RPDC establece un único régimen de adopción de acuerdos, consistente en la *«Conformidad de la mayoría de los miembros de la comisión negociadora que, en su conjunto, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados, para lo cual, se considerará el porcentaje de representación que tenga, en*

⁴⁰³ Vid., al respecto, MERCADER UGUINA, J.R., y DE LA PUEBLA PINILLA, A., *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada*, ob. cit., p. 164.

cada caso, cada uno de sus integrantes» con independencia de que éstos sean unitarios o miembros de una comisión *ad hoc*⁴⁰⁴.

Utilizo la frase «si partiésemos» en términos hipotéticos porque considero que tal argumentación no tiene cabida y mucho menos tras la última reforma operada.

Ahora bien, respecto a la segunda exigencia establecida tanto por la norma estatutaria como la reglamentaria, es decir, la relativa a la representación proporcional al número de trabajadores con respecto a la conformación de los interlocutores social, ésta se prevé únicamente para aquellos supuestos en los que convergen representantes legales e «*informales*»⁴⁰⁵ de los trabajadores⁴⁰⁶, cuando ninguno de los centros de

⁴⁰⁴ En el mismo sentido se pronunciaron las SSAN 30-07-2013 (R° 212/2013) al establecer «*Esta Sala ha admitido en reiteradas ocasiones (por todas SAN 22-4-13, proc. 73/2013), en aras de una mayor representatividad de los trabajadores afectados, la posibilidad de conformar "comisiones híbridas, compuestas por los representantes de los trabajadores y por representantes elegidos ad hoc, siempre que dicha alternativa sea negociada y se asegure la ponderación de voto para garantizar que se cumple con la exigencia, contenida en el art. 28.1 del Reglamento, según la cual los acuerdos en el periodo de consultas requerirán la conformidad de la mayoría de los miembros de la comisión negociadora que, en su conjunto, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados»* y 24-7-2013 (R° 144/2012) al sostener que «*Puede darse el caso, especialmente en empresas complejas, que los representantes de los trabajadores quieran reforzar su representatividad, promoviendo la presencia de representantes elegidos ad hoc en los centros de trabajo en los que no haya representación legal de los trabajadores, aunque dicha opción no está contemplada en el art. 51.2ET, que solo contempla dos opciones: cuando hay representantes de los trabajadores en la empresa. - La Sala ha admitido, no obstante, la constitución de comisiones híbridas, formadas por representantes unitarios y representantes ad hoc, siempre que concurren dos requisitos: a). - Que se haya pactado así entre la empresa y los representantes legales de los trabajadores, que son sus únicos interlocutores legales y b). - Que se pondere el voto, de manera que los representantes legales y los representantes ad hoc tengan los votos de los trabajadores que representen efectivamente, por todas SAN 28-09-2012, proced. 106/2012 (AS 2012, 2515)»*

⁴⁰⁵ FALGUERA BARÓ, M.A., *El procedimiento del despido colectivo y el desarrollo del periodo de consultas: criterios judiciales, ob. cit.*, p. 124.

⁴⁰⁶ Así, el artículo 41.4 b) 2ª ET establece que «*Si alguno de los centros afectados cuenta con representantes legales de los trabajadores y otros no, la comisión estará integrada únicamente por representantes legales de los trabajadores de los centros que cuenten con dichos representantes. Y ello salvo que los trabajadores de los centros que no cuenten con representantes legales opten por designar la comisión a que se refiere el párrafo a), en cuyo caso la comisión representativa estará integrada conjuntamente por representantes legales de*

trabajo tenga representantes y todos ellos opten por la representación *ad hoc* o la sindicalizada⁴⁰⁷ y para el caso en que el número de miembros de la comisión representativa excede del máximo de trece⁴⁰⁸.

Por tanto, tal y como puede observarse, la mayoría de cuestiones problemáticas derivarán del supuesto en que el legitimado para negociar el proyecto empresarial sea una comisión híbrida, es decir, cuando la medida empresarial afecte a más de un centro de trabajo y los sujetos legitimados no sean ni las secciones sindicales ni el comité intercentros.

Considero que, en este supuesto, tal problemática podría resolverse al resultar aplicable la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con la validez del voto ponderado en el sistema de adopción de acuerdos de la comisión negociadora de un convenio colectivo, donde el Alto Tribunal estableció que:

1. *«La cuestión final que se suscita en las presentes actuaciones [la validez del voto ponderado] ha sido tratada - aunque sin solución expresa- por el Tribunal Constitucional, al afirmar que en el cómputo de la mayoría requerida para la validez de los acuerdos de la comisión - art. 89.3 ET -, frente a la duda si había de calcularse sobre los miembros de la comisión negociadora o -por el contrario-*

los trabajadores y por miembros de las comisiones previstas en dicho párrafo, en proporción al número de trabajadores que representen».

⁴⁰⁷ Igualmente, el artículo 41.4 b) 3ª ET viene a disponer que *«Si ninguno de los centros de trabajo afectados por el procedimiento cuenta con representantes legales de los trabajadores, la comisión representativa estará integrada por quienes sean elegidos por y entre los miembros de las comisiones designadas en los centros de trabajo afectados conforme a lo dispuesto en el párrafo a) en proporción al número de trabajadores que representen».*

⁴⁰⁸ Finalmente, en relación con este extremo el artículo 41.4 ET establece que *«En todos los supuestos contemplados en este apartado, si como resultado de la aplicación de todas las reglas indicadas anteriormente el número inicial de representantes fuese superior a trece, estos elegirán por y entre ellos a un máximo de trece, en proporción al número de trabajadores que representen».*

sobre los porcentajes representativos que acreditará cada sindicato presente en dicha comisión - es decir, contraponiendo el «cómputo sobre personas» frente al «cómputo sobre porcentajes»-, es cuestión que corresponde decidir al intérprete ordinario (STC 137/1991, de 20/Junio). Pero en obiter dicta el intérprete máximo de la Constitución pareció inclinarse por el criterio mayoritario en doctrina y jurisprudencia, de entender que lo más adecuado sería acatar el sistema de la proporcionalidad en función a la representatividad de los sujetos negociadores, al decir que «...puede extraerse la consecuencia, ya puesta de relieve desde ángulos parcialmente coincidentes por la STC 187/1987 , y, en menor medida, por la STC 235/1988 , de que en nuestra legislación no existen reglas claras y precisas para decidir de forma pacífica e indiscutida el peso que debe corresponder en la Comisión Negociadora de los Convenios Colectivos a cada Sindicato legitimado para participar en la negociación, cuestión que, por lo tanto, se deja en manos del intérprete. Y de la interpretación doctrinal y jurisprudencial mayoritarias de los preceptos legales en juego puede, a su vez, inferirse el criterio de que, en los Convenios Colectivos de ámbito empresarial negocien las representaciones unitarias o negocien las Secciones Sindicales, en ambos casos el porcentaje de representantes electivos con que cada Sindicato cuente en la Empresa ha de reflejarse en la composición de la Comisión Negociadora del Convenio y en la aprobación del Convenio» [STS 23-1-2012 (Rº 220/2010)].

2. Al afirmar, la STS 03-06-2008 (Rº 3490/2006) que «a).- Que cuando los que negocian lo hacen en seno de una instancia representativa de

distintas opciones sindicales la interpretación que más se acomoda a las exigencias de una auténtica Comisión Negociadora representativa de los intereses de los trabajadores es la del voto –sistema proporcional [en función de la representatividad de sus integrantes] y no el voto - sistema- personal[en atención a las personas de los componentes del banco social] [SSTS 23/11/93 -rec. 1780/91; 22/02/99 - rec. 4964/97 -; 04/10 -/ 01 -rec. 4477/00 -, aunque su interpretación pueda dar lugar a dudas; y 17/01/06 -rec. 11/05]»

Igualmente problemático se plantea el supuesto para la adopción de acuerdos por parte de las secciones sindicales. Debemos recordar que, las secciones sindicales están legitimadas para negociar de forma prioritaria y en relación con su participación en los órganos de representación de la empresa. En este sentido, el mecanismo de adopción de acuerdo que deberán seguir estribará en función de los porcentajes de cada una de las secciones sindicales⁴⁰⁹.

Ahora bien, en lo relativo a la conformación de legitimaciones, el artículo 41.4 ET dispone, respecto a la negociación de las secciones sindicales, la siguiente previsión, y es que para el supuesto de que sean estas las legitimadas para negociar «representarán a todos los trabajadores de los centros afectados».

⁴⁰⁹ En este sentido, la Audiencia Nacional, en SAN 16-11-2012 (R^o 197/2012) estableció que «Los mandatos expuestos legitiman los acuerdos, que se tomen por representantes de los trabajadores, que representen efectivamente a la mayoría de los trabajadores, lo que no plantea grandes problemas, cuando la decisión corresponde a los representantes unitarios o, en su defecto, a las comisiones ad hoc, salvo en aquellos supuestos de empresas complejas con centros de trabajo con y sin representantes legales, que no es objeto de este pleito. Por el contrario, cuando se negocie con secciones sindicales, deberá precisarse la representatividad de cada una en la comisión negociadora, puesto que el voto de los miembros de la comisión debe ajustarse a la representatividad efectiva de cada sección sindical para asegurar acuerdos democráticos».

¿Quiere esto decir que las secciones sindicales al ostentar la mayoría de la legitimación para negociar (al ostentar la mayoría también en los órganos unitarios) y al representar a todos los trabajadores de los centros afectados no requiere de la exigencia estatutaria relativa a que tal mayoría en su conjunto, deberá representar a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados? Si bien tal conjetura podría dar lugar a una interpretación plausible, a mi entender, tal y como ha venido a postularse por algún sector de la doctrina científica⁴¹⁰, tal postura no estaría exenta de numerosos problemas, puesto que:

1. En primer lugar, se estaría concediendo la oportunidad de suscribir un acuerdo de despido colectivo a un sindicato que no ostenta la mayoría de la representación unitaria; y
2. En segundo lugar, tal exégesis podría beneficiar o incentivar prácticas antisindicalistas.

Por tanto, tal planteamiento debe interpretarse desde una óptica puramente formal, vinculada no al régimen relativo a la adopción de acuerdos, sino al concerniente a la legitimación en la negociación del mismo, resultando exigible, por tanto, la convergencia de los dos requisitos acumulativos relativos a la mayoría ordinaria.

Otro problema relativo a las secciones sindicales estriba en la posibilidad de que el voto que emitan estas no sea unánime, es decir, que los representantes que las constituyen no voten en un mismo sentido. Justamente, la representación porcentual de cada sindicato

⁴¹⁰ FALGUERA BARÓ, M.A., “El acuerdo en el periodo de consultas”, *XXVI Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva organizadas por la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos*, Madrid, 2013, p. 171.

implica un sistema de determinación muy complejo en relación con estos casos de porcentajes, hasta el punto de que, por parte de algún aplicador del derecho ha venido a establecerse que el sindicato debe votar en el mismo sentido⁴¹¹. En el mismo sentido deberá apuntarse para el supuesto en que, no existiendo representación unitaria, se haya optado por la constitución de una comisión sindical⁴¹².

No obstante, tal opción, no contemplada en la ley, podría considerarse un atentado contra la libertad sindical, sobre todo en aquellos supuestos en los que los estatutos del propio órgano establezcan derechos para las minorías sindicales⁴¹³.

Apartando ya los conflictos relativos a las representaciones de las comisiones híbridas y las secciones sindicales en relación con la adopción de los acuerdos colectivos, debemos abordar ahora cuál es el número de trabajadores, a efectos de determinar la mayoría de tal colectivo, es decir, adentrándonos en el segundo de los requisitos, cuál es el número de trabajadores necesario a los efectos de determinar la mayoría de la representación social.

⁴¹¹ Así, la SAN 16-11-2012 (Rº 197/2012) estableció que *«si se negocia con las secciones sindicales, cuya presencia en la comisión depende de su representatividad concreta entre los representantes unitarios, el voto, sea cual fuere el número de miembros de la comisión, debe producirse en bloque, ya que no se puede trocar entre los representantes designados por la sección sindical la representatividad de la misma, por cuanto cada sección tendrá derecho a un voto ponderado a su representatividad entre los representantes unitarios, que es claramente global. No cabe, por tanto, que los delgados designados por las sección sindical voten de modo diferenciado en la comisión, porque no se les adjudica una parte de la representatividad de la sección de la que puedan disponer unilateralmente»*.

⁴¹² FALGUERA BARÓ, M.A., *El procedimiento del despido colectivo y el desarrollo del período de consultas: criterios judiciales*, ob. cit., p. 130.

⁴¹³ *Ídem*

Por parte de la doctrina científica⁴¹⁴ han venido a postularse dos teorías o posturas que nos proporcionarán diversas técnicas, a los efectos de determinar ese cómputo de mayorías:

1. Una primera interpretación estribaría en entender que el cómputo de trabajadores se refiere al momento en el que tuvieron lugar las elecciones sindicales (para el supuesto en el que la comisión representativa estuviese constituida por representantes unitarios o sindicales) o al momento en el que tuvo lugar la elección de la comisión *ad hoc*. No obstante, tal interpretación comportaría indudables problemas de descompensación entre los trabajadores reales y la mayoría necesaria de trabajadores afectados por la decisión empresarial, pudiendo generar conflictos relativos a la eficacia del acuerdo. Por ende, «*la mayoría de los trabajadores*» remite a los trabajadores que estén activos, es decir, que puedan verse afectados por la medida empresarial⁴¹⁵.
2. La ley no establece excepción o legitimación alguna, al igual que tampoco lo hace la norma reglamentaria. Por ello, otra posible exégesis⁴¹⁶ sería aquella que encontraría su fundamento en lo dispuesto en el artículo 1.1 RPDC en relación con el umbral numérico que determina la diferenciación entre despidos objetivos y colectivos, que dispone que «*a efectos del cómputo de la plantilla de la empresa, se incluirá la totalidad de los trabajadores que presenten servicios en la misma en el día en que se inicie el procedimiento, cualquiera que sea la modalidad contractual utilizada*». No obstante,

⁴¹⁴ FALGUERA BARÓ, M.A., “El acuerdo en el periodo de consultas”, *ob. cit.*, p. 172.

⁴¹⁵ FALGUERA BARÓ, M.A., *El procedimiento del despido colectivo y el desarrollo del período de consultas: criterios judiciales*, *ob. cit.*, p. 131.

⁴¹⁶ *Ibidem*, p. 132.

tal disposición no está destinada a determinar la legitimación para la adopción de un acuerdo, sino simplemente el régimen de umbrales numéricos a efectos de determinar la extinción como colectiva.

En lo que respecta a esta última interpretación también surgen numerosos conflictos, en concreto, los relativos a si el número de trabajadores debe referirse al inicio de la extinción o al momento del acuerdo y si deben computarse los trabajadores temporales.

1. En relación con la primera de las cuestiones, ha venido a postularse que la plantilla debería quedar cerrada en el momento del acuerdo, adoptando así una hermenéutica finalista: las personas que se verán afectadas por la decisión extintiva serán las que decidirán sobre la medida empresarial. Ahora bien, debe hacerse constar que tal precisión no resulta aplicable a las reglas de legitimación de los interlocutores sociales, puesto que debe quedar completamente claro que no es lo mismo la legitimación necesaria para negociar que la requerida para llegar a un acuerdo.
2. En segundo lugar, y en lo relativo al cómputo de trabajadores temporales, en principio, deberían formar parte del colectivo objeto de cómputo. No obstante, ha venido a señalarse⁴¹⁷, en base a la hermenéutica finalista anteriormente expuesta, que al ver este colectivo su contrato finalizado en un breve espacio temporal, no sería del todo adecuado su inclusión en la referencia numérica relativa a la mayoría de los trabajadores que deben

⁴¹⁷ *Ídem*

computarse, pudiendo solucionarse tal controversia con la aplicación analógica del artículo 72 ET.

A mi entender, la exégesis interpretativa que debe seguirse es la expuesta en segundo lugar, pero con una matización, y es que considero que la plantilla debe quedar cerrada no en el momento en que vaya a adoptarse el acuerdo, sino en el momento del inicio del periodo de consultas. Si bien ha venido a postularse que el régimen de legitimaciones no es el mismo a efectos de formar la representación social que a efectos de suscribir un acuerdo podría, sencillamente, acudir al mismo por medio del principio de analogía. En mi opinión, esta sería la postura más favorable para todos los trabajadores, puesto que, si son parte del proyecto de despido colectivo, deben ser objeto de cómputo a los efectos de determinar esa referencia numérica de la mayoría de trabajadores.

Ahora bien, ¿qué pasa cuando el acuerdo adoptado no cumple con las exigencias legal y reglamentariamente establecidas?

La norma estatutaria nada establece al respecto, pero por lo que respecta a la norma reglamentaria, el artículo 28 RPDC, establece que *“Solo se considerará acuerdo colectivo en el periodo de consultas aquel que haya sido adoptado por los sujetos a que se refiere el artículo 26”* y el artículo 26 establece que *«Estarán legitimados para intervenir como interlocutores ante la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas a que se refiere este Reglamento los sujetos indicados en el artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores, en el orden y condiciones señalados en el mismo»*. Por lo tanto, para que el acuerdo adoptado pueda considerarse acuerdo colectivo en el periodo de consultas deberá

haber sido adoptado por aquellos sujetos que, dependiendo de cada caso⁴¹⁸, ostenten la legitimación.

De acuerdo con lo que acaba de exponerse si no se cumplen los requisitos de legitimación establecidos para conformar la comisión negociadora no existirá acuerdo o, de adoptarse este, no tendrá ninguna validez jurídica.

De tal forma que si tal deficiencia en la legitimación se debe a una incorrecta constitución de la comisión negociadora, podría entenderse que el periodo de consultas no ha existido puesto que el mismo ha estado viciado desde sus inicios. Ahora bien, ¿de tal situación podría desprenderse la nulidad del despido colectivo?

Según la doctrina judicial, *«La constitución de la comisión representativa es competencia y responsabilidad de los sujetos que la eligen y su inadecuada conformación no puede trasladarse al empresario ni constituir base para la anulación de la decisión empresarial adoptada en el despido colectivo»*⁴¹⁹. Ahora bien, en mi opinión, si tal *«inadecuada conformación»* se puede imputar a una inobservancia empresarial, tal situación sí debería determinar la nulidad de la medida empresarial.

Ahora bien, si el defecto o deficiencia radica en la adopción acuerdo, y no en la constitución de la comisión negociadora, evidentemente tal situación no podrá determinar la nulidad de la medida empresarial, sino, sencillamente, la falta de validez del acuerdo colectivo.

⁴¹⁸ Me remito a lo explicado en el epígrafe correspondiente a los sujetos legitimados para intervenir como interlocutores en el periodo de consultas.

⁴¹⁹ SAN 16-05-2014 (Rº 500/2013).

No obstante, tanto la doctrina judicial⁴²⁰ como la científica⁴²¹ han venido a postular, en posición que no comparto, que si bien tal circunstancia no determinará la nulidad de la medida sí implicará la declaración de no ajustada a derecho, puesto que, al no existir acuerdo, la medida empresarial se convierte en una decisión adoptada unilateralmente por el empleador, pudiendo ser impugnada, con la finalidad de que se declare su improcedencia.

A mi entender, tal postura resulta del todo insostenible, puesto que tal viciada adopción no resultaría imputable al empresario, a no ser que este hubiese obstaculizado o viciado la consecución del mismo pero, de no ser así, de radicar el vicio en alguno de los dos requisitos exigibles a los interlocutores sociales para la adopción del acuerdo, considero que tal consecuencia resulta del todo «improcedente».

Finalmente debe hacerse constar que los rubricantes del acuerdo condicionen el mismo a la consulta de los trabajadores afectados⁴²², puesto que *«su decisión de someter a referéndum dicho acuerdo buscaba un plus de legitimidad democrática, cuyas razones de oportunidad nos parecen razonables, si se tiene presente que la oferta final de la empresa, que los sindicatos firmantes hicieron suya, es exactamente igual que si el despido se declarara injustificado, validando, por ello, que los afectados decidieran activamente si preferían asumir los riesgos de un despido colectivo sin acuerdo, o las certezas que proporcionaba el acuerdo»*⁴²³.

⁴²⁰ STSJ Castilla y León 28-05-2013 (Rº 9/2013).

⁴²¹ FALGUERA BARÓ, M.A., El procedimiento del despido colectivo y el desarrollo del periodo de consultas: criterios judiciales, *ob. cit.*, p. 133.

⁴²² SSAN 11-11-2014 (Rº 251/2014) y 16-05-2014 (Rº 500/2013).

⁴²³ SAN 16-05-2014 (Rº 500/2013).

7. ACTUACIONES DE LA AUTORIDAD LABORAL

Hasta la reciente reforma laboral el despido colectivo estaba sometido a un régimen de autorización administrativa que habilitaba a la Autoridad laboral para realizar una tarea de control, de fiscalización en el marco de una problemática que afecta a dos sujetos ajenos a la propia administración, como son empleador y trabajador, intervención que ha sido suprimida con la reciente y cuestionada Reforma Laboral y que ha supuesto un fortalecimiento del poder empresarial, pues su decisión de llevar a cabo un despido colectivo solo va a ser controlado judicialmente.

Esta nueva situación modifica totalmente el papel de la Administración pues, aunque la intervención administrativa se mantiene, lo hace sobre otras bases, (no hay que olvidar que el artículo 38 CE, reconecedor de la libertad de empresa, encomienda a los poderes públicos la garantía y protección de su ejercicio así como la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación).

Por tanto, con la eliminación de la Autorización Administrativa, se reviste a la Autoridad laboral de una nueva función, un nuevo papel que supone una considerable limitación en la intervención que la misma venía realizando en los procedimientos de despido colectivo.

Tal y como se ha mencionado en líneas anteriores, la eliminación de la autorización administrativa supone una restricción en la intervención que la Autoridad laboral tenía encomendada en los procedimientos de despido colectivo, pues ha sido erradicada su capacidad de decisión

acerca de la idoneidad o no de la voluntad empresarial de extinguir los contratos de trabajo en situaciones de crisis.

Con la nueva regulación sigue vigente la intervención administrativa, pero no como control de la decisión empresarial, sino como soporte, como apoyo al periodo de consultas, intervención esta que no finaliza con un acto administrativo sentenciador de la actuación empresarial, reposicionando tal situación el papel que ha de desenvolver la Autoridad laboral.

Con la última reforma operada por el RDL 11/2013, el párrafo doce del apartado 2 del artículo 51, queda redactado de la manera que sigue:

«La Autoridad laboral velará por la efectividad del periodo de consultas pudiendo remitir, en su caso, advertencias y recomendaciones a las partes que no supondrán, en ningún caso, la paralización ni la suspensión del procedimiento. Igualmente, y sin perjuicio de lo establecido en el párrafo anterior, la Autoridad laboral podrá realizar mediante el periodo de consultas, a petición conjunta de ambas partes, las actuaciones de mediación que resulten convenientes con el fin de buscar soluciones a los problemas planteados por el despido colectivo. Con la misma finalidad también podrá realizar funciones de asistencia a petición de cualquiera de las partes o por propia iniciativa».

Dicha norma estatutaria encuentra su desarrollo reglamentario en el artículo 10 RPDC.

Por ello, voy a proceder al análisis minucioso de las nuevas funciones que se le han atribuido a la Autoridad laboral.

7.1. Determinación de la Autoridad laboral competente

El artículo 25 RPDC establece cuál será la Autoridad laboral competente para conocer del procedimiento, regulando los siguientes supuestos:

1. Tendrá la consideración de Autoridad laboral competente en el ámbito de la Administración General del Estado:
 - a. La Dirección General de Empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social:
 1. Cuando los trabajadores afectados desarrollen su actividad o se encuentren adscritos a centros de trabajo ubicados en el territorio de dos o más Comunidades Autónomas, así como cuando presten servicios en Departamentos, entes, organismos o entidades encuadrados en la Administración General del Estado. Para el supuesto en que los trabajadores afectados desarrollen su actividad en el territorio de dos o más Comunidades Autónomas, la Dirección General de Empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social deberá informar del procedimiento a la Dirección General de Empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social.
 2. Cuando el procedimiento afecte a empresas o centros de trabajo relacionados con créditos extraordinarios o avales acordados por el Gobierno de la Nación; con empresas pertenecientes al Patrimonio del Estado y, en general, aquellas que tengan la condición de sociedades mercantiles estatales de acuerdo con la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o con la Ley 6/1997, de 14 de abril,

- de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, así como con empresas relacionadas directamente con la Defensa Nacional u otras cuya producción sea declarada de importancia estratégica nacional mediante norma con rango de ley.
- b. La Delegación del Gobierno si la Comunidad Autónoma es uniprovincial o a la Subdelegación del Gobierno en la provincia, en los mismos supuestos a que se refiere el párrafo a), 2.º, de este apartado, siempre que el procedimiento afecte a centros de trabajo en el ámbito de una provincia, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo d) de este apartado.
 - c. La Delegación del Gobierno en las ciudades de Ceuta o Melilla respectivamente, cuando los trabajadores afectados por el procedimiento desarrollen su actividad o se encuentren adscritos a centros de trabajo ubicados en dichas ciudades.
 - d. De acuerdo con lo previsto en el artículo 14 de la Ley 30/1992, cuando los procedimientos en los casos establecidos en los párrafos b) y c) puedan afectar a más de doscientos trabajadores o la medida tenga especial trascendencia social, la Dirección General de Empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social podrá avocar la competencia para realizar las actuaciones que le encomienda el presente Reglamento.
2. En el ámbito de las Comunidades Autónomas, tendrá la consideración de Autoridad laboral competente, el órgano que determine la Comunidad Autónoma respectiva, cuando el procedimiento afecte a trabajadores que desarrollen su actividad o

- que se encuentren adscritos a centros de trabajo ubicados en su totalidad dentro del territorio de una Comunidad Autónoma.
3. Cuando el procedimiento afecte a trabajadores que desarrollen su actividad o se encuentren adscritos a centros de trabajo situados en el territorio de dos o más Comunidades Autónomas, pero el 85 por ciento, como mínimo, de plantilla de la empresa radique en el ámbito territorial de una Comunidad Autónoma y existan trabajadores afectados en la misma, corresponderá a la Autoridad laboral competente de esa Comunidad Autónoma realizar la totalidad de las actuaciones de intervención en el procedimiento. En todo caso, deberá notificar a la Dirección General de Empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social la finalización del periodo de consultas, trasladándole la copia del acuerdo alcanzado en el mismo, o en caso de concluir este sin acuerdo, la decisión empresarial de despido colectivo.

Cuando el procedimiento se lleve a cabo en empresas, cuya plantilla exceda de quinientos trabajadores, la Autoridad laboral de la Comunidad Autónoma competente deberá informar de dicho procedimiento a la Dirección General de Empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

Especial atención merece el apartado sexto del artículo 25 RPDC, al establecer que *«Lo dispuesto en este artículo se aplicará sin perjuicio de lo dispuesto en los correspondientes reales decretos sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a las Comunidades Autónomas en materia laboral»*, por lo que deberá atenderse a los Reales Decretos de las Comunidades Autónomas que regulan el traspaso de funciones y servicios de la Administración del

Estado en materia de trabajo para determinar la Autoridad laboral competente que conocerá del procedimiento de despido colectivo⁴²⁴.

7.2. Remisión de advertencias y recomendaciones

El artículo 10 RPDC, en su apartado primero, establece que *«La Autoridad laboral velará por la efectividad del periodo de consultas pudiendo remitir, en su caso, advertencias y recomendaciones a las partes, que no supondrán, en ningún caso, la paralización ni la suspensión del procedimiento. La Autoridad laboral dará traslado a ambas partes de los escritos que contengan dichas advertencias o recomendaciones, aún cuando se dirijan a una de ellas en particular»*.

Tal y como se ha indicado a lo largo del presente trabajo, tras la supresión de la autorización administrativa, la Autoridad laboral adquiere la condición de «garante» del periodo de consultas, por lo tanto, a lo largo de las negociaciones que se lleven a cabo durante dicho

⁴²⁴ La norma que regula el traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Generalitat Valenciana en materia de trabajo es el Real Decreto 4105/1982, de 29 de diciembre, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Generalitat Valenciana en materia de Trabajo.

Asimismo, debe hacerse constar que es el Real Decreto 262/1985, de 23 de enero, la norma que materializa el traspaso de funciones y servicios del Estado a la Comunidad Valenciana en materia de Expedientes de Regulación de Empleo.

Finalmente, debe señalarse que para determinar la Autoridad laboral competente para conocer de un procedimiento de despido colectivo acometido en la Comunidad Valenciana, deberá estarse a lo establecido en el artículo 12 y siguientes del Decreto 157/2015, de 18 de septiembre, del Consell, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico y Funcional de la Consellería de Economía Sostenible, Sectores Productivos, Comercio y Trabajo, así como a lo dispuesto en Decreto 77/2015, de 22 de enero, del Consell, por el que se distribuyen territorialmente las competencias en materia de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada, y se aprueban los modelos de comunicación/solicitud en el ámbito de la Comunidad Valenciana.

periodo deberá velar por la efectividad de las consultas y para ello, podrá remitir las advertencias y recomendaciones, tanto al empresario como a los representantes de los trabajadores, que considere oportunas.

Ahora bien, del párrafo anteriormente transcrito me llama la atención el hecho de que las advertencias o recomendaciones que la Autoridad laboral pueda realizar a las partes no vayan a suponer, en ningún caso, la paralización del procedimiento.

A mi entender, esta manifestación es un claro ejemplo del fortalecimiento del poder empresarial, pues su decisión de llevar a cabo un despido colectivo únicamente va a ser controlada judicialmente, ya que cualquier intervención que la Autoridad laboral pueda tener en las negociaciones va a ser, únicamente, a efectos didácticos, o de corrección al indicar qué pasos debe realizar o qué defectos procedimentales se están cometiendo, a efectos de corrección, para evitar así la nulidad del procedimiento de despido colectivo por no realización del periodo de consultas o por la no entrega de la documentación prevista en el artículo 51.2 ET⁴²⁵.

Hago hincapié en las advertencias que la Autoridad laboral pueda hacer al empresario porque las consecuencias que pueden derivar de una actuación inadecuada por su parte en el periodo de consultas son más graves⁴²⁶ que las que pueden desprenderse de una incorrecta actuación

⁴²⁵ *Vid.*, al respecto, lo dispuesto en el apartado 11 del artículo 124 LRJS.

⁴²⁶ Vemos como las consecuencias que derivan de una incorrecta actuación por parte del empresario puede conllevar la nulidad de la decisión extintiva y ello en virtud de lo establecido en el párrafo cuarto del apartado 11 del artículo 124 LRJS «*La sentencia declarará nula la decisión extintiva únicamente cuando el empresario no haya realizado el periodo de consultas o entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores 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*

por parte de los representantes de los trabajadores, pues no debemos olvidar que los trabajadores se encuentran en una situación de indefensión, y ello debido a que, por un lado, se encuentran subordinados al poder empresarial y por otro, se encuentran presionados por la posibilidad de poder perder sus puestos de trabajo.

Una clara manifestación de esta situación de inferioridad en la que los trabajadores se encuentran se deriva claramente de la previsión contenida en el párrafo segundo del apartado primero del artículo 10 RPDC, al disponer que *«Los representantes de los trabajadores podrán dirigir en cualquier fase del procedimiento observaciones a la Autoridad laboral sobre las cuestiones que estimen oportunas. La Autoridad laboral, a la vista de las mismas, podrá actuar conforme a lo indicado en el párrafo anterior»*, pues ninguna previsión semejante se hace en favor del empresario.

Asimismo, cuando la Autoridad laboral realice durante las negociaciones advertencia o recomendación alguna, deberá dar traslado a ambas partes de los escritos que contengan a las mismas, aun cuando se dirija a una de ellas en particular.

A mi entender, esta previsión tiene una doble finalidad, pues por un lado, se pretende que ambas partes dispongan de las mismas armas dentro del periodo de consultas para poder así negociar en igualdad de condiciones, y por otro, los interlocutores deben conocer si el procedimiento que están siguiendo se adecua a las previsiones legales o

vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas. En este supuesto la sentencia declarará el derecho de los trabajadores afectados a la reincorporación en su puesto de trabajo, de conformidad con lo previsto en los apartados 2 y 3 del artículo 123 de esta Ley».

si, por el contrario, adolece de alguna formalidad que pueda invalidar el periodo de consultas.

Para finalizar con esta función asignada a la Autoridad laboral, el párrafo tercero del artículo 10 RPDC, establece que *«El empresario deberá responder por escrito a la Autoridad laboral, antes de la finalización del periodo de consultas, sobre las advertencias o recomendaciones que le hubiere formulado esta. De dicho escrito el empresario trasladará copia a los representantes legales de los trabajadores»*.

Como vemos, esta previsión únicamente va referida al empresario, y en ella se establece la obligación empresarial de dar respuesta, por escrito, a la Autoridad laboral sobre las advertencias o recomendaciones que le hubiera formulado, debiendo el mismo empresario trasladar copia de dicho escrito a los representantes legales de los trabajadores.

En mi opinión, con dicha previsión se pretende que el empresario justifique su postura ante una posible anomalía detectada por la Autoridad laboral, anomalía ante la que responde con una advertencia a la empresa, pues no hay que olvidar que dicha Autoridad es la garante del periodo de consultas y por ello, dentro de sus competencias se encuadraría el deber de comprobar que se presentan todos los documentos necesarios que, eventualmente, puedan justificar la decisión adoptada por el empresario; de ahí que las recomendaciones que pueda realizar a la organización empresarial vayan en este sentido, para así evitar, en caso de impugnación de la decisión empresarial por parte de los trabajadores, que pueda dictarse la nulidad de la decisión extintiva en base a tales defectos.

Ahora bien, tras leer el precepto y comprobar la función de advertencia y recomendación que la Autoridad laboral realiza, nos damos cuenta de que el empresario no está obligado a atenderlas, por lo que puede hacer caso omiso de las mismas.

Ante esta situación, una duda surge al respecto y es que, en caso de impugnación ante la autoridad judicial oportuna de la decisión de despido colectivo, ¿qué trascendencia puede tener en dicho procedimiento el hecho de que la empresa haya obviado las propuestas de la Autoridad laboral?

Evidentemente, los tribunales podrán valorar el respeto que se ha mantenido a las propuestas de la Autoridad laboral, pero si bien, a mi entender, la inobservancia de las mismas no posee la entidad suficiente para producir la nulidad del procedimiento con base en la no realización del periodo de consultas y en la no entrega de la documentación prevista en el artículo 51.2 ET; el haber desatendido las recomendaciones o advertencias realizadas, no obstante, sí podría acarrear consecuencias desde la perspectiva del deber de negociar de buena fe⁴²⁷.

7.3. Intervención para la asistencia de las partes

Tanto el artículo 51.2 ET como el artículo 10.2 del RPDC permiten a la Autoridad laboral que, durante el periodo de consultas, a petición de cualesquiera de las partes o por propia iniciativa, realice actuaciones de asistencia.

⁴²⁷ GORELLI HERNÁNDEZ J., “El papel de la Administración Laboral tras la reforma de la negociación colectiva”, *Temas Laborales*, N° 120, 2013, p. 330.

En especial, podrá dirigir a las partes propuestas y recomendaciones sobre las medidas sociales de acompañamiento y, en su caso, sobre el contenido e implantación del plan de recolocación externa, teniendo en cuenta la situación económica de la empresa.

Según la RAE, el término «asistencia», podría definirse como la *«Acción de prestar socorro, favor o ayuda»*.

Es importante que maticemos el significado de este término porque es trascendental su utilización por el precepto citado, pues viene a indicar que el papel de la Administración laboral es simplemente de «auxiliadora» u «orientadora», al ser su atribución únicamente la de prestar asistencia, por propia iniciativa o a petición de cualquiera de las partes; asistencia que abarcará la posibilidad de dirigir a las partes propuestas y recomendaciones sobre las medidas sociales de acompañamiento y, en su caso, sobre el contenido e implantación del plan de recolocación externa, actuaciones que, en ningún momento, implicarán la adopción de decisión administrativa alguna, pues tras la supresión de la potestad de decisión que tenía al ser ella la que otorgaba la autorización en los expedientes de regulación de empleo, su función dentro del procedimiento es puramente orientativa e instrumental.

7.4. Intervención para la mediación

Otra de las potestades de las que dispone la Autoridad laboral, es la de realizar las actuaciones de mediación que resulten convenientes con el fin de buscar soluciones a los problemas planteados por el despido colectivo, artículo 51.2 ET.

La norma reglamentaria se encarga de desarrollar la precisión contenida en el artículo anteriormente citado al establecer, en su artículo 10.3 RPDC, que *«La Autoridad laboral podrá igualmente, con el fin de buscar soluciones a los problemas planteados por el despido colectivo, realizar actuaciones de mediación a petición conjunta de las partes»*.

Asimismo, el último párrafo del artículo 10.3 RPDC, establece que *«Las actuaciones de mediación y asistencia a que se refiere este apartado y el anterior podrán ser realizadas por la Autoridad laboral con la asistencia y apoyo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social»*.

Como vemos, la Autoridad laboral, podrá contar con el apoyo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para realizar las labores de mediación y asistencia.

Así lo contempla también el artículo 1.2 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, al establecer que *«La Inspección de Trabajo y Seguridad Social es un servicio público al que corresponde ejercer la vigilancia del cumplimiento de las normas de orden social y exigir las responsabilidades pertinentes, así como el asesoramiento y, en su caso, arbitraje, mediación y conciliación en dichas materias, que efectuará de conformidad con los principios del Estado social y democrático de Derecho que consagra la Constitución Española, y con los Convenios números 81 y 129 de la Organización Internacional del Trabajo»*.

Finalmente, es el artículo 12 de la citada Ley, en sus apartados dos y tres, el que establece la posibilidad de que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social lleve a cabo dichas tareas.

Especial atención debemos prestar al contenido del inciso segundo del artículo 12.3. b) de la Ley 23/2015, pues establece una incompatibilidad entre las funciones inspectoras y las funciones derivadas del arbitraje, incompatibilidad derivada del principio de imparcialidad y que sirve para sustentar la exclusión de este tipo de funciones por la Recomendación 81 OIT sobre la Inspección de Trabajo, pues en dicho Convenio ya se establecía, en su artículo 3.2, que *«Ninguna otra función que se encomiende a los inspectores del trabajo deberá entorpecer el cumplimiento efectivo de sus funciones principales o perjudicar, en manera alguna, la autoridad e imparcialidad que los inspectores necesitan en sus relaciones con los empleadores y los trabajadores»*.

7.5. Función de vigilancia y control

Esta función de vigilancia y control⁴²⁸ o incluso función de informar y de mantenerse informada⁴²⁹, se deduce del contenido de los artículos 6 y 12 RPDC que se encargan de regular toda la documentación y la información que la empresa debe suministrar a la Autoridad laboral desde el inicio del procedimiento hasta la finalización del mismo.

Con el fin de iniciar el procedimiento de despido colectivo, el empresario remitirá a la Autoridad laboral, tal y como dispone el artículo 6 RPDC, copia del escrito a que se refiere el artículo 2 RPDC, además de la documentación contenida en el artículo 3, la documentación reflejada en

⁴²⁸ ABRIL LARRAINZAR, M^a.P., *El derecho a la información y consulta en el despido colectivo*, XXIV Jornades Catalanes de Dret Social, pp. 23 y 24, Barcelona, 21 y 22 de febrero de 2012.

⁴²⁹ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., y REYES HERRERO, J., *Guía de los procedimientos de despido colectivo, de suspensión de contratos y de reducción de jornada. Conforme a los Reglamentos de 29 de octubre de 2012*, Valladolid, Lex Nova, 2012.

los artículos 4 (si la causa alegada en el despido es la económica) y 5 (si el despido colectivo se lleva a cabo debido a causas técnicas, organizativas o de producción), ambos del RPDC, escrito de solicitud del informe a que se refiere el artículo 64.5 a) y b) ET, la información sobre la composición de las diferentes representaciones de los trabajadores, sobre los centros de trabajo sin representación unitaria y, en su caso, las actas relativas a la atribución de la representación a la comisión mencionada en el artículo 27 del mismo RPDC, todo ello junto con la documentación correspondiente en los casos de despidos colectivos que incluyan a trabajadores de cincuenta o más años.

Por lo que respecta a la finalización del periodo de consultas, el empresario comunicará a la Autoridad laboral competente el resultado del mismo:⁴³⁰

- a. Si hubieran alcanzado acuerdo, el empresario deberá trasladar a la Autoridad laboral copia íntegra de dicho acuerdo.
- b. Si no hubiese acuerdo, deberá comunicarle la decisión sobre despido colectivo que realiza, actualizando, en su caso, los extremos de la comunicación a que se refiere el artículo 3.1 RPDC anteriormente citado.

La comunicación que proceda se realizará como máximo en el plazo de quince días a contar desde la fecha de la última reunión celebrada en el periodo de consultas, y deberá incluir la documentación correspondiente a las medidas sociales de acompañamiento que se hubieran acordado u ofrecido por la empresa y el plan de recolocación externa en los casos de empresas obligadas a su realización.

⁴³⁰ *Vid.*, al respecto, el artículo 12 RPDC.

Asimismo, la empresa deberá remitir a la Autoridad laboral, además de la información a que se refieren los dos apartados anteriores, las actas de las reuniones del periodo de consultas debidamente firmadas por todos los asistentes.

8. EL INFORME DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO

Una vez recibida, por parte de la Autoridad laboral, la comunicación de la decisión empresarial de despido colectivo, deberá remitirla a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social junto con la documentación correspondiente a las medidas sociales de acompañamiento que se hubieran acordado u ofrecido por la empresa, el plan de recolocación externa en los casos de empresas obligadas a su realización y las actas de las reuniones del periodo de consultas debidamente firmadas por todos los asistentes; y todo ello a efectos de la emisión del preceptivo informe, tal y como dispone el artículo 11 RPDC⁴³¹.

8.1. Determinación de la Autoridad laboral competente

La Inspección de Trabajo competente para conocer del procedimiento de despido colectivo será la de la provincia en la que radique la empresa que procederá al acometimiento de tal extinción colectiva⁴³².

No obstante, se han previsto una serie de reglas específicas para aquellos supuestos en los que el procedimiento extintivo afecte a centros de trabajo radicados en varias Comunidades Autónomas y a centros de trabajo ubicados en distintas provincias dentro de una misma Comunidad Autónoma.

⁴³¹ Interesante reflexión la que se produce en la STS 18-03-2014 (R° 114/2013) en relación con la función inspectora y, concretamente, sobre su informe.

⁴³² Vid., al respecto, ARIAS DOMÍNGUEZ, A., *Tres años de reforma del despido colectivo, ¿Ha conseguido su propósito el legislador?*, Editorial Dykinson, Madrid, 2014, p. 150.

Así, la Disposición Final Tercera del RD 1483/2012 incorporó un nuevo apartado 3 bis) al artículo 33 del RD 138/2000, de 4 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Así, según dispone el citado precepto:

1. Cuando el procedimiento de despido colectivo afecte a centros de trabajo de una empresa ubicados en distintas Comunidades Autónomas, el preceptivo informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social será emitido por la Dirección Especial de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, quien podrá recabar informe o cualquier tipo de colaboración de las estructuras territoriales de la Inspección. Mediante Resolución de la Autoridad Central de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se podrá adscribir el personal inspector o de apoyo necesario a la Dirección Territorial, para la realización de este o de otros cometidos que requieran igualmente unidad y homogeneidad de las actuaciones inspectoras.
2. Cuando el procedimiento de despido colectivo afecte a centros de trabajo de una empresa ubicados en distintas provincias dentro de la misma Comunidad Autónoma, actuará un solo Inspector de Trabajo y Seguridad Social, designado para este u otros cometidos que igualmente requieran identidad de criterio, por la Autoridad Central de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

No obstante, las Comunidades Autónomas que hayan recibido el traspaso de funciones y servicios en materia de Función Pública Inspectoral referente a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, tendrán capacidad para designar al inspector de Trabajo a quien

corresponda la realización de las funciones a que se refieren los dos párrafos anteriores⁴³³.

8.2. Particularidades del informe

Tal y como se ha comentado en líneas anteriores, una vez recibida la comunicación del empresario a que se refiere el artículo 12.1 RPDC, la Autoridad laboral trasladará la misma a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social junto con la documentación especificada en los apartados 2 y 3 de dicho artículo, a efectos de la emisión del preceptivo informe, según establece el artículo 11.1 RPDC.

La remisión de la información establecida en los apartados mencionados es imprescindible para la evacuación del informe, pues los Inspectores necesitan disponer de toda la información necesaria para poder evaluar el transcurso del periodo de consultas y los extremos de la comunicación de la decisión empresarial de despido colectivo.

El informe deberá ser evacuado en el improrrogable plazo de quince días hábiles⁴³⁴ desde la notificación a la Autoridad laboral de la finalización

⁴³³ Las únicas Comunidades Autónomas que han recibido el traspaso en materia de Función Pública Inspectoría, han sido la Generalitat de Cataluña a través del RD 206/2010 de 26 de febrero y la Resolución de 5 de marzo de 2010 de la Secretaria General Técnica, por la que se publica el Convenio de Colaboración entre el Ministerio de Trabajo e Inmigración y el Departamento de Trabajo de la Generalitat de Cataluña en materia de organización y funcionamiento de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social; y el País Vasco, a través del RD 895/2011, de 24 de junio y la Resolución de 21 de diciembre de 2011, de la Secretaria General Técnica por la que se publica el Convenio de Colaboración con el Gobierno Vasco en materia de organización y funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

⁴³⁴ MERCADER UGUINA, J.R., y DE LA PUEBLA PINILLA, A., *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada*, ob. cit., p. 153., alegan, para justificar tal afirmación el artículo 48LRJPAC. A mi entender, en relación con dicho precepto, también debería alegarse el artículo 43 LRJS, que establece que las actuaciones procesales deberán realizarse en días y horas hábiles.

del periodo de consultas, plazo que podría ser inferior a los quince días, resultando necesario que por el Director Territorial o por el Jefe de la Inspección Provincial se solicitase a la Autoridad laboral la remisión urgente de la documentación con la finalidad de que el inspector disponga de plazo apropiado para la redacción del informe, debiéndose constar la no remisión, con independencia del plazo en el que se evacue el informe, en su totalidad de la referida comunicación, lo que no prorrogará el plazo de evacuación del mismo.⁴³⁵

Especial atención requiere, a mi entender, lo establecido en el apartado segundo del artículo 11 RPDC, al establecer que *«El informe deberá ser evacuado en el improrrogable plazo de quince días desde la notificación a la Autoridad laboral de la finalización del periodo de consultas y quedará incorporado al procedimiento»* y ello por los siguientes motivos:

1. Nada dice el precepto acerca de que las partes puedan acceder al Informe evacuado por la Inspección de Trabajo, es más, según el Criterio Operativo 92/2012, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social no debe trasladar a las partes, bajo ningún concepto, el informe que ella emita, por lo que, a mi entender, esta situación es totalmente inaceptable, máxime cuando es el propio Criterio Operativo el que establece que, de manera obligada, la ITSS se reúna con las partes antes de emitir su informe, a través de vista o comparecencia y de manera conjunta o separada⁴³⁶; dejando a las partes en una completa situación de indefensión, vulnerando,

⁴³⁵ *Ídem*

⁴³⁶ Debemos añadir que el Criterio Operativo 92/2012 limita en este supuesto la actuación inspectora únicamente a escuchar a las partes y a tener acceso a la documentación presentada durante el periodo de consultas, pero imposibilita al inspector actuante a *«Solicitar documentación complementaria a la empresa afectada por el procedimiento de despido colectivo, pues el periodo de consultas habrá finalizado ya»*.

asimismo los derechos contenidos en el artículo 53.1 LRJPAC, que dispone que los interesados en un procedimiento administrativo tienen derecho «A conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados (...). Asimismo, también tendrán derecho a acceder y a obtener copiar de los documentos contenidos en los citados procedimientos», y ello, «dado el carácter de acto administrativo que posee la emisión del informe de la ITSS»⁴³⁷.

2. En cuanto a la precisión realizada también en el párrafo segundo del artículo 10 RPDC, respecto a la cual, «El informe (...) quedará incorporado al procedimiento», claramente da a entender que, una vez evacuado el informe, quedará incorporado directamente al procedimiento por lo que las partes, únicamente podrán acceder a él si deciden impugnar la decisión extintiva, ya que el artículo 124.9 LRJS, establece que «Al admitirse la demanda, el secretario judicial acordará recabar de la Autoridad laboral copia del expediente administrativo relativo al despido colectivo», expediente administrativo en el cual constará el informe realizado por la ITSS, por lo que, será en este único supuesto en donde las partes podrán tener acceso a dicho documento.
3. Para finalizar, una última cuestión me gustaría plantear respecto al Informe de la ITSS y es que, a mi entender, no tiene trascendencia ni importancia alguna durante el periodo de consultas⁴³⁸, mejor

⁴³⁷ MERCADER UGUINA, J.R., y DE LA PUEBLA PINILLA, A., *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada*, cit. p. 154.

⁴³⁸ Opinión semejante mantiene BLASCO PELLICER, A., *La extinción del contrato de trabajo en la Reforma Laboral de 2012*, ob.cit., p.74, al sostener que «El contenido del informe se refiere, exclusivamente, al cumplimiento de los requisitos de la comunicación empresarial y al desarrollo de las consultas para alertar de una posible desatención a cualquiera de ambas

dicho, ninguna relevancia tiene durante el procedimiento de despido colectivo y ello porque:

- a. Según el artículo 10.2 del Reglamento el informe se realizará quince días después de la notificación a la Autoridad laboral de la finalización del periodo de consultas, por lo que, en ese momento, poco puede servir de ayuda a los trabajadores.
- b. Se incorporará directamente al expediente, sin posibilidad alguna de que se les dé traslado de una copia a las partes, por lo que las mismas van a desconocer cuales han sido las conclusiones a las que ha llegado la Inspección sobre el transcurso del periodo de consultas y sobre la suficiencia o no de la comunicación de la decisión empresarial de despido colectivo.
- c. Va a ser la Autoridad laboral la que, durante el periodo de consultas, se encargue de comprobar si el periodo de consultas transcurre de forma correcta y efectiva, aunque pueda requerir ayuda a la ITSS.
- d. El Informe de la Inspección será efectivo, a mi entender, únicamente en los siguientes supuestos:

obligaciones. La lógica parecería indiciar que se trataba, por tanto, de un informe instrumental para que la Administración pudiera velar por el cumplimiento del principio de plenitud informativa y por el correcto y normal desarrollo de las consultas».

Sin embargo esa finalidad casa mal con el dato normativo según el cual el informe debe ser elaborado en el plazo de quince días a contar desde la finalización de las consultas. Por tanto, el informe se emitirá cuando el empresario ya habrá adoptado su decisión, y muy probablemente, también cuando los despidos individuales hayan sido comunicados a los trabajadores afectados. No se entiende, por tanto, la necesidad del informe: las normas reformadoras no han sido, en este punto, prácticas y valientes, suprimiendo lisa y llanamente el informe que nos ocupa, lo cual no habría impedido que la Inspección hubiese prestado todo el apoyo que hubiera sido necesario para que la Autoridad laboral cumpliera su cometido de vigilancia sobre la regularidad de las consultas”.

- En fase judicial y en caso de impugnación de la decisión de despido colectivo, al acreditar los hechos como probados⁴³⁹.
- En virtud de la facultad que establece el artículo 11.4 RD 1484/2013 a la ITSS, cuando compruebe que concurre fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo adoptado en el periodo de consultas y, en todo caso, sería la Autoridad laboral que la que estaría habilitada para impugnar dichos acuerdos adoptados en el periodo de consultas, en virtud de lo establecido en el artículo 51.6 ET.
- En relación con el uso indebido de prestaciones por desempleo y en virtud de lo establecido en el artículo 11.4, la facultad de comprobación que tiene la ITSS de que el acuerdo alcanzado en el periodo de consultas *«No tiene por objeto la obtención indebida de prestaciones por desempleo por parte de los trabajadores»* y, en dicho caso, también será la Autoridad laboral la encargada de impugnar, según lo establecido en el artículo 51.6 ET, segundo párrafo, *«Los acuerdos adoptados en el periodo de consultas (...) así como cuando la entidad gestora de las prestaciones por desempleo hubiese informado de que la decisión extintiva empresarial pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo»* y, es más, de acuerdo con dicho precepto, la impugnación se basará no en lo

⁴³⁹ Vid, al respecto, ROJO TORRECILLA, E., *Análisis de los contenidos más destacados del nuevo Reglamento de expedientes de regulación de empleo (Real Decreto 1483/2012 de 29 de Octubre)* (II), El Blog de Eduardo Rojo. Post viernes, 2 de Noviembre de 2012

establecido en el Informe de la Inspección, sino en las conclusiones alcanzadas por la Entidad Gestora.

8.3. Contenido del informe

Según el artículo 51.2 ET, *«Recibida la comunicación, la Autoridad laboral dará traslado de la misma a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo y recabará, con carácter preceptivo, informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre los extremos de la comunicación a que se refiere los párrafos anteriores y sobre el desarrollo del período de consultas. El informe deberá ser evacuado en el improrrogable plazo de quince días desde la notificación a la Autoridad laboral de la finalización del periodo de consultas y quedará incorporado al procedimiento».*

En consonancia con este precepto se pronuncia el artículo 6.3 RPDC, al establecer que *«Recibida la comunicación de iniciación del procedimiento de despido colectivo a que se refiere el artículo 2, la Autoridad laboral dará traslado de la misma, incluyendo la documentación⁴⁴⁰ a que se refiere el apartado 1 y la información⁴⁴¹ a que se refiere el apartado 2, a la entidad gestora de las prestaciones por*

⁴⁴⁰ El apartado 1 del artículo 6 RPDC establece que *«El empresario hará llegar a la Autoridad laboral, preferiblemente en soporte informático, simultáneamente a la comunicación remitida a los representantes legales de los trabajadores, copia del escrito a que se refiere el artículo 2, así como la documentación señalada en el artículo 3 y en los artículos 4 y 5, según las causas del despido. Además deberá acompañar copia del escrito de solicitud de informe a los representantes legales de los trabajadores a que se refiere el artículo 3.3»*

⁴⁴¹ El apartado 2 del artículo 6 RPDC dispone lo siguiente *«Asimismo, deberá remitir la información sobre la composición de las diferentes representaciones de los trabajadores sobre los centros de trabajo sin representación unitaria y, en su caso, las actas relativas a la atribución de la representación de la comisión mencionada en el artículo 27».*

desempleo, así como a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a efectos de la emisión a que se refiere el artículo 11».

El artículo 11.1 RPDC establece que «Recibida la comunicación del empresario a que se refiere el artículo 12.1, la Autoridad laboral dará traslado de la misma a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social junto con la documentación especificada en los apartados 2 y 3 de dicho artículo, a efectos de la emisión del preceptivo informe» y el artículo 11.2 que «El informe versará sobre los extremos de dicha comunicación y sobre el desarrollo del periodo de consultas de acuerdo con lo establecido en los apartados siguientes».

Aunque el apartado primero del Reglamento únicamente hace referencia a la comunicación de la decisión empresarial de despido colectivo a efectos de la emisión del preceptivo informe, los apartados 2, 3, 5, 6 y 7 del artículo 11, en consonancia con lo dispuesto en los artículos anteriormente mencionados, establecen sobre qué extremos deberá pronunciarse el informe de la Inspección de Trabajo y seguridad social.

8.3.1. Constatación de la documentación presentada por el empresario en relación con las causas para despedir

El artículo 11.3 RPDC dispone que *«El informe constatará que la documentación presentada por el empresario en relación con las causas del despido se ajusta a la exigida en los artículos 4 y 5 en función de la concreta causa alegada para despedir».*

Los artículos 4 y 5 del RPDC, tal y como ha quedado expuesto con anterioridad, establecen cual es la documentación que el empresario ha de adjuntar a la comunicación que da inicio al periodo de consultas, dependiendo si la causa alegada es económica (artículo 4) o técnica, organizativa o de producción (artículo 5).

Cuestión polémica es si el control que la Inspección de Trabajo debe efectuar se proyecta también sobre la especificación de las causas del despido, es decir, si la Inspección puede entrar a valorar si realmente concurre o no la causa esgrimida por la empresa.

Tanto la exposición de motivos del RDL 3/2012 como la de la Ley 3/2012 de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral son claras al establecer que únicamente serán los órganos judiciales los encargados de entrar a valorar si concurre o no la causa alegada en el despido, es más establecen taxativamente que *«Tales referencias incorporaban proyecciones de futuro, de imposible prueba y una valoración finalista, que ha venido dando lugar a que los tribunales realizasen, en numerosas ocasiones, juicios de oportunidad relativos a la gestión de la empresa. Ahora queda claro que el control judicial de estos despidos debe ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas. Esta*

idea vale tanto para el control judicial de los despidos colectivos cuanto para los despidos por causas objetivas ex artículo 52 c) ET».

Como vemos, incluso el control judicial queda limitado a valorar únicamente la concurrencia de unos determinados hechos: las causas.

Respecto a la norma reglamentaria, si bien es cierto que en sus Disposiciones Generales, enumera como objetivo quinto, que los procedimientos de despido colectivo *«no persiguen una respuesta de una autoridad administrativa, como sucedía en la regulación anterior, sino sobre todo establecer las peculiaridades de un proceso esencialmente bipartito, tal como lo dibuja la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, y en el que la Autoridad laboral no juega un papel decisorio, como sucedía hasta la entrada en vigor del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero (...)*», a la hora de enumerar cuales son las actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social no establece límite alguno en relación con la comprobación de la concurrencia de las causas, más bien al contrario, a mi entender resulta bastante permisiva al establecer que *«Las actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el desarrollo del período de consultas incluyen, no solo las de advertencia o recomendación, sino también las de mediación o asistencia que resulten convenientes para resolver los problemas planteados por el despido colectivo. Se detalla el contenido y el alcance del informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que deberá versar sobre los extremos de la comunicación empresarial, pero también sobre el cumplimiento del periodo de consultas y sobre los criterios tenidos en cuenta para seleccionar a los trabajadores afectados por los despidos, a los efectos de*

verificar que la empresa no incurre en discriminación prohibida, así como el contenido y la suficiencia del plan de recolocación externa y de las medidas sociales de acompañamiento».

Ha sido, el Criterio Operativo 92/2012 sobre la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contrato y reducción de jornada, dictado el 28 de noviembre por el Director General de la ITSS, el que intentó resolver la citada duda, y utilizo el término “intentó”, porque a mi entender, lo que en realidad consiguió fue añadir mayor confusión si cabe a tal enrevesada cuestión.

La finalidad con la que se presenta el citado Criterio es la de fijar directrices comunes de actuación por parte de la ITSS, pues la entrada en vigor supone *«una reorientación, principalmente, de las funciones inspectoras hacia una labor de apoyo, asistencia y supervisión de los procedimientos de regulación de empleo»*⁴⁴².

Pues bien, el mencionado criterio establece, en su página 10, una contundente afirmación, al disponer que la ITSS *«no debe entrar en analizar la existencia o suficiencia de las causas alegadas por la empresa para despedir»*, pues una de las finalidades perseguidas por la reforma laboral *«es trasladar la determinación de la causa al empresario, en la medida en que se trata de cuestiones de gestión empresarial»*, dejando en manos de la autoridad judicial, en caso de

⁴⁴² Vid, al respecto, ROJO TORRECILLA, E., *Sobre las causas alegadas en un Expediente de Regulación de Empleo y su control administrativo y judicial formal y/o de fondo. El parecer del Consejo de Estado, de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y nuevamente de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional*, El Blog de Eduardo Rojo. Post: domingo, 2 de diciembre de 2012.

impugnación de la medida extintiva, el control de la decisión empresarial.

Esta contundente afirmación ha encontrado, a nivel doctrinal, tanto autores que vienen a refrendar su contenido, como por ejemplo Blasco Pellicer, al mantener que *«El Informe constatará que la documentación presentada por el empresario en relación con las causas del despido se ajusta a la exigida reglamentariamente en los artículos 4 y 5 en función de la concreta causa alegada para despedir. Se trata de una mera labor de comprobación, pero no de valoración. Se limitará, por tanto, a constatar que la documentación contable se ha aportado completamente, que la memoria figura debidamente adjuntada; pero no podrá valorar ni los resultados que se deduzcan de la contabilidad ni el contenido de la memoria»*⁴⁴³ (...) *Si la exigencia de verificación se refiere a todos los extremos reseñados resulta excesiva desproporcionada e inútil, en atención a las consideraciones que se efectuaron al analizar el contenido del periodo de consultas. Si la verificación se circunscribe a la obligación de negociar de buena fe, no se comprende cual es su utilidad, dado que el destinatario del informe es la Autoridad laboral que, en el momento de emisión del Informe, ya no podrá emitir advertencias o recomendaciones; además implica la intervención de la Administración en un tema sensible cuya valoración solo debería efectuar el órgano judicial tras el correspondiente proceso, pues solo en su seno se garantiza una práctica de la prueba adecuada al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva»*⁴⁴⁴, como autores que se mantienen totalmente contrarios a lo

⁴⁴³ BLASCO PELLICER, A., *La extinción del contrato de trabajo en la Reforma Laboral de 2012*, cit., p. 75.

⁴⁴⁴ *Ídem*

dispuesto en tal Criterio Operativo, tal y como se mantiene por algún autor⁴⁴⁵ al afirmar que *«Por más que cierta “Nota informativa relativa a la actuación inspectora tras la nueva regulación de los despidos colectivos por el Real Decreto-Ley 3/2012, de 26 de marzo 2012” pueda pretender otra cosa, es evidente que el informe debe pronunciarse sobre los extremos de la comunicación a la Autoridad laboral y sobre la fase de consultas. Lo cual, evidentemente, implica un informe de hechos y también de derecho sobre las causas esgrimidas, sobre el número y clasificación profesional de trabajadores afectados por el despido –lo cual incluye, desde luego, un análisis sobre la pertinencia del número propuesto-, así como de los trabajadores empleados en el último año, sobre el periodo previsto para la realización de los despidos y sobre los criterios para la designación de trabajadores afectados por la decisión de la empresa. Con estos ingredientes, claramente puede erigirse en prueba fundamental para que la decisión, en su caso, merezca la calificación de nula o de no ajustada a derecho, de acuerdo con los criterios del renovado artículo 124 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre».*

Especial atención merece el Criterio Técnico 1/2013, emitido por la Directora General de la Inspecció de Treball de Catalunya, sobre contenido del Informe de la Inspección de Trabajo en los expedientes de regulación de empleo, dirigido a los subinspectores generales y jefes territoriales de Inspección⁴⁴⁶.

⁴⁴⁵ CABEZA PEREIRO, J., “La supresión de la autorización administrativa en los despidos colectivos”, *Revista de Derecho Social*, 2012, Nº 57, pp. 190 y 191.

⁴⁴⁶ A estos efectos, recordar que Cataluña tiene traspasadas las Funciones y servicios en materia de Función Pública Inspectora a través del Real Decreto 206/2010, de 26 de febrero, sobre traspaso de funciones y servicios a la Generalitat de Cataluña en materia de Función Pública Inspectora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

A diferencia del Criterio Operativo estatal, el texto autonómico confiere al informe de la ITSS mayor importancia.

Dicho texto, en relación con los extremos que debe contener el informe, pone de manifiesto que el control de legalidad debe realizarse de todo el procedimiento de despido, artículo por artículo: documentación a presentar (artículo 3, 4, 5), periodo de consultas (artículo 7), medidas de acompañamiento (artículo 8) y plan de recolocación externa (artículo 9).

Especial interés dedica el citado criterio al artículo 11.4 RPDC, en relación con la posible concurrencia de fraude, dolo coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo adoptado en el periodo de consultas y a intención de obtener, indebidamente, las correspondientes prestaciones por desempleo por parte de los trabajadores; por lo que destaca la importancia de que el procedimiento responda a causas verídicas y no a causas falsas, para lo que será necesario que el inspector quede obligado, a la hora de investigar el posible fraude en la obtención en las prestaciones por desempleo *«como mínimo a valorar si existe o no causa del expediente»*, pues de lo contrario, será imposible conocer si la finalidad de las partes en el acuerdo consistía en crear una falsa situación legal de desempleo para obtener de forma indebida dichas prestaciones.

Finalmente, en las conclusiones de dicho Criterio Operativo, es donde se aprecia la importancia que se le otorga al informe de la Inspección pues, aunque reconoce las limitaciones de las últimas reformas en relación con la posibilidad de valorar las causas de afectación de los despidos colectivos al haber desaparecido la referencia que se establecía en la normativa anterior acerca de la pronunciación de dicho informe sobre

las causas motivadores de la decisión empresarial, opta por no suprimirla, y a tal fin, enumera tres casos en los que el Inspector deberá entrar a valorar las causas del despido, no se limitándose a efectuar un mero control del cumplimiento de los trámites procesales:

1. El primero, en el informe al que se refiere el artículo 138 LRJS, en cuyo apartado tercero establece que *«El órgano jurisdiccional podrá recabar informe urgente de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, remitiéndole copia de la demanda y documentos que la acompañen. El informe versará sobre los hechos invocados como justificativos de la decisión empresarial en relación con la modificación acordada y demás circunstancias concurrentes»*.
2. El segundo, en relación con el fraude en las prestaciones por desempleo, para efectuar un control eficiente que evite tales situaciones de fraude *«exige entrar en las causas del despido»*, porque la cobertura de prestaciones por desempleo *«no está prevista en los supuestos de despido colectivo en los que no exista causa»*.
3. El último supuesto es cuando la documentación presentada sea insuficiente para acreditar la causa, incidiendo el citado Criterio que *«en ocasiones, sin embargo, la insuficiencia de la acreditación es absoluta, de manera que resulta imposible ignorarla»*.

8.3.2. Control sobre la existencia de vicios de la voluntad en la conclusión del acuerdo y sobre el uso indebido de las prestaciones por desempleo

El artículo 11.4 RPDC dispone que *«A efectos de lo dispuesto en el artículo 51.6 del Estatuto de los Trabajadores, la Inspección de Trabajo*

y Seguridad Social informará cuando compruebe que concurre fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo adoptado en el periodo de consultas. Además, si considerase que el acuerdo tiene por objeto la obtención indebida de prestaciones por desempleo por parte de los trabajadores, así se hará constar en el informe, para su valoración por la entidad gestora de las prestaciones por desempleo».

Dentro del propio precepto se establecen dos supuestos diferenciados: por un lado se establece un control en el informe de la ITSS, sobre la existencia de vicios de la voluntad en la conclusión del acuerdo y, por otro, en la segunda parte del precepto, se hace referencia al contenido del informe en relación con la obtención indebida de prestaciones por desempleo; por lo tanto, a mi entender, nos encontramos con dos obligaciones de información o control.

8.3.2.1. La existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo adoptado en el periodo de consultas

En primer lugar, abordaremos la comprobación que la ITSS debe realizar sobre la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo adoptado en el periodo de consultas.

El Reglamento no establece cuáles son los casos en los que concurre fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo, al igual que tampoco fija qué criterios o parámetros debemos valorar a la hora de determinar si en la adopción del acuerdo que pone fin al periodo de consultas ha concurrido alguno de estos vicios, por lo que deberemos

atender a criterios jurisprudenciales que, como criterios generales, establecen que:

1. El dolo podría definirse como *«como vicio de la voluntad en la formación del contrato, en la conducta voluntaria e intencionada de una parte que provoca, con maquinaciones insidiosas, que otra parte suscriba un acuerdo que, de no haber mediado aquella conducta antijurídica no se hubiera producido, y, en definitiva, presupone que uno de los contratantes, conscientemente -como se... deduce de la expresión "insidiosas" del art. 1269 del Código Civil - pretende determinar la voluntad de su contraparte en el sentido por aquel previsto y querido, de modo que sin la conducta dolosa no se hubiera llegado a alcanzar al acuerdo»*⁴⁴⁷.
2. En cuanto a la coacción o intimidación, definida en el artículo 1267 del Código Civil, se define como el *«acto jurídico en que uno de los contratantes valiéndose de un acto injusto y no, por tanto, del ejercicio correcto y no abusivo de un derecho, ejerza sobre el otro una coacción o fuerza moral. (vis compulsiva) de tal entidad que, por la inminencia del daño que se pueda producir y por el perjuicio que pudiera originar, sea capaz de inducir a omitir una declaración de voluntad no deseada y contraria a sus propios intereses, y, por fin, el concepto del abuso de derecho, recogido en el art. 7.2 del Código Civil, en la praxis judicial se ha mantenido concretamente como mecanismo para obtener el consentimiento de los representantes legales de los trabajadores en perjuicio de la estabilidad en el empleo, consecuentemente tampoco concurre el fraude de ley (art. 6.4 del*

⁴⁴⁷ SSTS 09-04-2002 (R° 3392/1997); SSTSJ Madrid 28-02-2013 (R° 1937/2010) y 30-11-2005 (R° 107/2003).

Código Civil) puesto que las causas de la extinción de las relaciones laborales tampoco se acredita que se realizasen al amparo de un precepto o texto legal torticeramente»⁴⁴⁸.

3. En cuanto al fraude de ley se encuentra su regulación en el artículo 6.4 del Código Civil que establece que *«los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de Ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir»*
4. Asimismo, debe hacerse constar que la ley tampoco ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Así, según el artículo 7.2 CC se considerará abuso de derecho *«todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero»*.

No obstante, de manera más específica, la doctrina judicial ha ido precisando, a través de sus resoluciones judiciales, por un lado, los rasgos definitorios de cada una de estas figuras⁴⁴⁹ y por otro, ha ido concretando en que supuestos la conclusión del acuerdo adoptado en el periodo de consultas entre los representantes de los trabajadores y el empresario estará viciado⁴⁵⁰.

A mi entender, la apreciación de tales vicios, no podrá derivarse únicamente de la conclusión o acuerdo al que han llegado las partes,

⁴⁴⁸ SSTS 09-04-2002 (R° 3392/1997); SSTSJ Cataluña 02-12-2010 (R° 1292/2009) y Madrid 30-11-2005 (R° 107/2003).

⁴⁴⁹ Vid., al respecto, la STSJ Cataluña 18-11-2012 (R° 5151/2002).

⁴⁵⁰ Vid., al respecto, las SSTSJ Cataluña 24-10-2007 (R° 3770/2006); 08-10-2002 (R° 290/2002) y 28-11-1995 (R° 2540/1995).

sino que el Inspector, a raíz de toda la documentación de la que dispone, deberá comprobar cómo han actuado las partes a lo largo de las negociaciones, y las consecuencias que han derivado de las mismas.

De igual manera se pronuncia el Criterio Técnico 92/2012, al considerar que debe existir pruebas directas o indirectas de la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho, circunstancias que deberán ser corroboradas por el Inspector al que se le haya encomendado la redacción del informe, sin entrar a valorar la existencia o no de la concurrencia de la causa alegada para fundamentar el despido colectivo, pues la existencia o no de causa justificativa del despido nada tiene que ver con la constatación de tales vicios.

Asimismo, tal y como se establece en el artículo 11.4 RPDC, *«A efecto de lo dispuesto en el artículo 51.6 ET, la Inspección de Trabajo y Seguridad social informará cuando compruebe que concurre fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo adoptado en el periodo de consultas»*.

A la entidad a la que, por remisión al artículo 51.6 ET, deberá informar de tales vicios la ITSS es a la Autoridad laboral ya que, en virtud de lo establecido en dicha norma estatutaria, dicha Autoridad podrá impugnar los acuerdos adoptados en el periodo de consultas cuando estime que estos se han alcanzado mediante fraude, dolo coacción o abuso de derecho a efectos de su posible declaración de nulidad.

Respecto a las consecuencias que derivan de la presencia de tales vicios en el acuerdo adoptado en el periodo de consultas, es la nulidad de dicho acuerdo en virtud de lo establecido en los artículos 51.6 ET y los artículos 6.4, 7.2 y 1265 a 1266 del Código Civil.

8.3.2.2. *La obtención indebida de las prestaciones por desempleo como objeto del acuerdo*

La ITSS, si considerase que el acuerdo tiene por objeto la obtención indebida de prestaciones por desempleo por parte de los trabajadores, así se hará constar en el informe, para su valoración por la entidad gestora de las prestaciones por desempleo.

Dicho informe deberá pronunciarse, cuando exista acuerdo, sobre si este tiene por finalidad el acceso, de manera indebida por parte de los trabajadores a las prestaciones por desempleo al existir falsedades o simulaciones de las situaciones descritas en el artículo 208.1 LGSS así como en los supuestos en los que no se haya alcanzado acuerdo alguno, con la finalidad de prevenir el acceso indebido a dichas prestaciones⁴⁵¹.

Tanto si ha existido acuerdo como si no, el Criterio Técnico 92/2012 advierte remitir el informe al Servicio Público de Empleo Estatal para que sea la entidad gestora la que proceda a valorar si dicha decisión extintiva permite acceder, de manera indebida, a las prestaciones por desempleo.

Como vemos, aunque sea la ITSS la que en su informe valore si el acuerdo tiene por objeto la posible obtención indebida de prestaciones por desempleo, es la Autoridad laboral la facultada o habilitada para impugnar los acuerdos adoptados en el periodo de consultas cuando la entidad gestora de las prestaciones por desempleo hubiese informado de que la decisión extintiva empresarial pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores

⁴⁵¹ MERCADER UGUINA, J.R., y DE LA PUEBLA PINILLA, A., *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada*, cit. p.160.

afectados por la inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo.

Por tanto, una vez finalizado el informe de la Inspección de trabajo, este debe remitirse al SPEE, para que la entidad gestora sea la que valore si el objeto de la decisión extintiva permite un acceso indebido a las prestaciones por desempleo y, será en virtud de esta valoración (y no en la realizada por la Inspección de Trabajo) por la que la Autoridad laboral impugnará el acuerdo adoptado en el periodo de consultas⁴⁵².

Respecto a las consecuencias que derivan de tal actuación es la nulidad del acuerdo en virtud de lo establecido en el artículo 124.11 LRJS en relación con los artículos 51.6 ET y 148.b) LRJS⁴⁵³.

8.3.3. Control sobre los extremos del artículo tres RPDC

De acuerdo con lo establecido en el artículo 11.5 RPDC, *«El informe constatará la inclusión del resto de los extremos contemplados en el artículo 3 y, en especial, verificará que los criterios utilizados para la designación de los trabajadores afectados por el despido no resultan discriminatorios por los motivos contemplados en el artículo 17.1 del Estatuto de los Trabajadores, sin perjuicio del cumplimiento de las prioridades de permanencia en la empresa a que se refiere el artículo 13 del Reglamento»*.

⁴⁵² El artículo 51.6 ET es claro al establecer que *«La Autoridad laboral podrá impugnar los acuerdos adoptados en el periodo de consultas (...) así como cuando la entidad gestora de las prestaciones por desempleo hubiese informado de que la decisión empresarial pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo»*.

⁴⁵³ *Vid.*, al respecto, la STSJ Canarias 09-04-2014 (R^o 31/2013).

En atención a este extremo, el Inspector actuante deberá comprobar que además de la especificación de la causa del despido, la comunicación que da inicio al periodo de consultas contenga los extremos establecidos en el precepto citado.

8.3.4. Verificación sobre el efectivo cumplimiento del periodo de consultas

El artículo 11.6 RPDC dispone que *«El informe verificará que se ha cumplido lo establecido en el artículo 7 respecto al periodo de consultas»*. En relación con este extremo, el Inspector encargado de emitir dicho informe, para verificar que se ha cumplido, en relación con el periodo de consultas, lo establecido en el artículo 7 del reglamento deberá comprobar si se han seguido las siguientes pautas:

- a. Si se ha fijado un calendario de reuniones: solamente dejar constancia cómo se desarrolló el mismo.
- b. Si se ha respetado el intervalo de las reuniones fijados por las partes o, en su defecto, si se ha seguido el intervalo establecido en el apartado segundo del artículo 7 del Reglamento.
- c. Si se han realizado, de manera efectiva, las reuniones entre los interlocutores sociales y el empresario, al igual que, en caso de que se haya alcanzado algún acuerdo deberán recogerse las circunstancias que derivaron en el mismo.
- d. Deberá hacerse constar en el informe el contenido y, en su caso, el cumplimiento de las advertencias haya podido realizar la Autoridad

- laboral al empresario, así como si ha existido, por parte del empresario, respuesta a tales advertencias.
- e. Si los sujetos que han intervenido en el periodo de consultas estaban legitimados para tal fin y si la adopción de los acuerdos en el seno de las negociaciones han respetado las reglas establecidas en sus correspondientes preceptos reglamentarios.
 - f. Si se ha negociado de buena fe. Asimismo, el informe deberá constatar, en su caso, los posibles altercados que hayan podido ocurrir a lo largo del periodo de consultas que hayan podido dañar la buena fe negocial.
 - g. Y, finalmente, si se han levantado actas de todas las reuniones celebradas en el periodo de consultas y si las mismas han sido firmadas por todos los asistentes.

8.3.5. Información sobre las medidas sociales de acompañamiento y, en su caso, sobre el plan de recolocación externa

De acuerdo con el artículo 11.7 RPDC, *«la Inspección de Trabajo y Seguridad Social deberá informar sobre el contenido de las medidas sociales de acompañamiento que se hayan podido prever y, en especial, comprobará que las empresas obligadas a ello han presentado el plan de recolocación externa a que se refiere el artículo 9 y que este cumple los requisitos exigidos en dicho artículo»*.

Tal y como establece el mencionado apartado deberá hacer mención, si se han adoptado medidas sociales de acompañamiento, sobre el contenido de las mismas.

De igual modo deberá comprobar que las empresas que lleven a cabo un despido colectivo de más de cincuenta trabajadores, han presentado el plan de recolocación externa y que, dicho plan, cumple con los requisitos y garantías exigidos en el artículo 9 RPDC.

8.4. El informe de la Inspección de Trabajo en sede judicial

Es en estas instancias donde el Informe de la ITSS cobra especial relevancia⁴⁵⁴ y ello porque:

- 1) Goza de presunción de certeza, no solo en cuanto a hechos que son susceptibles de manera directa por el Inspector, sino también aquellos que resulten acreditados a través de prueba, y así quede consignado en el acta; presunción que deberá destruirse mediante otros medios probatorios pero que no tiene valor para modificar hechos probados pues,
- 2) Es valorado por los Tribunales a efectos de acreditar los hechos como probados⁴⁵⁵.

⁴⁵⁴ Según el Alto Tribunal en su STS 18-03-2014 (Rº 114/2013) y respecto al valor del informe de la Inspección de Trabajo dispuso que *«La actuación de la Inspección de Trabajo tiene un carácter informativo que conduce a la ulterior valoración por parte de quien juzga en instancia, como un medio probatorio más sin que quepa atribuirle efecto vinculante alguno y sin que pueda excluirse el análisis de los demás medios de prueba y, en suma, la necesaria convicción de quien juzga tras la valoración de todos ellos. Precisamente la reforma legal operada en 2012 en materia de despido colectivo reorienta la función de la Autoridad laboral, a quien asiste la Inspección de Trabajo. La función de ésta es de apoyo a la Autoridad laboral que, a su vez, cumple con la misión de advertir, hacer observaciones y recomendaciones a la empresa, quien resulta la única responsable de su seguimiento»*.

Pero puede suceder que el órgano judicial solicite otro informe a la ITSS, aunque tenga en su poder el Informe emitido por este.

Tal situación plantea ciertos problemas y así lo considera el CO 92/2012, al considerar que la autoridad judicial que esté conociendo de la impugnación de la decisión extintiva ya tendrá en su poder el expediente, y junto con él, el informe de la ITSS, por lo que en la mayoría de los casos no debería ser necesaria la solicitud de nuevo informe, aunque no descarta que pueda ser solicitado, advirtiendo la problemática que puede conllevar un nuevo informe en el que, de manera hipotética, la Autoridad laboral pida al inspector que indague en si existe o no causa en el despido, ya que en el primer informe el inspector no habría entrado a valorar ni analizar la existencia de la causa⁴⁵⁶ porque así lo establece la nueva regulación de los despidos colectivos, por lo que el CO remarca que dicho informe no podrá nunca exceder lo dispuesto en el artículo 51 ET, es decir, el contenido de la comunicación empresarial y el periodo de consultas pues ese es el marco legal delimitado actualmente por el legislador para la intervención de la ITSS en estos procedimientos.

Según el CO, si el inspector valorara esos aspectos, *«estaría tanto él como el órgano solicitante sobrepasando el límite habilitador de la función inspectora recogido en el artículo 3.2.4 LOITSS⁴⁵⁷, por lo que tal*

⁴⁵⁵ ROJO TORRECILLA, E., *Análisis de los contenidos más destacados del nuevo Reglamento de Expedientes de regulación de empleo (Real Decreto 1483/2012 de 29 de octubre)* (II), ob. cit., p. 2/3

⁴⁵⁶ ROJO TORRECILLA, E., *Sobre las causas alegadas en un Expediente de Regulación de Empleo y su control administrativo y judicial formal y/o de fondo. El parecer del Consejo de Estado, de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y nuevamente de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional* (I), ob.cit., p. 3/4.

⁴⁵⁷ En la vigente Ley 23/2015, artículo 12.2 e).

posibilidad solo sería posible transformando la identidad del funcionario en perito o experto a solicitud del órgano judicial», posibilidad que se contempla en el artículo 95.1 LRJS, al disponer que «Podrá el juez o tribunal, si lo estima procedente, oír el dictamen de una o varias personas expertas en la cuestión objeto del pleito, en el momento del acto del juicio o, terminado este, como diligencia final».

9. LA SUSTITUCIÓN DEL PERIODO DE CONSULTAS POR LOS PROCEDIMIENTOS DE MEDIACIÓN Y ARBITRAJE

La norma estatutaria permite que el empresario y la representación de los trabajadores acuerden, en cualquier momento, la sustitución del periodo de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para dicho periodo.⁴⁵⁸

El artículo 28.2 RPDC es más preciso al establecer, respecto a los procedimientos de mediación o arbitraje que han de ser de aplicación en el ámbito de la empresa y, en particular, deben ser *«los regulados en los acuerdos sobre solución extrajudicial de conflictos laborales de nivel estatal o de nivel autonómico»*.

Asimismo, se establece que, en todo caso, el procedimiento de mediación o arbitraje deberá desarrollarse dentro del plazo máximo de duración establecido para la consulta con los representantes de los trabajadores⁴⁵⁹: Si la empresa posee más de 50 trabajadores, duración no superior a treinta días naturales, o de quince en el caso de empresas de menos de cincuenta trabajadores, en virtud de lo establecido en el artículo 51.2 ET.

La sustitución del periodo de consultas por los procedimientos de mediación y arbitraje debe realizarse por los procedimientos *«que sean de aplicación en el ámbito de la empresa, en particular los regulados en los acuerdos sobre solución extrajudicial de conflictos laborales de nivel estatal o de nivel autonómico»*.

⁴⁵⁸ Artículo 51.2 ET, párrafo 11.

⁴⁵⁹ Artículo 28.2 RPDC.

El V Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales, de 10 de febrero de 2012, constituye uno de los acuerdos previstos por el artículo 83.3 ET y es de aplicación general y directa⁴⁶⁰.

Según el artículo 4.1 del ASAC, pueden someterse a sus procedimientos, entre otros conflictos laborales colectivos, los conflictos derivados de discrepancias surgidas en el período de consultas exigido por los artículos 40, 41, 47, 51 y 82.3 ET.

Para que dichos conflictos laborales puedan someterse a los procedimientos previstos en dicho acuerdo, deberán suscitarse en alguno de los siguientes ámbitos:

- a. Sector o subsector de actividad que exceda del ámbito de una Comunidad Autónoma;
- b. Empresa, grupo de empresas o empresas vinculadas cuando el conflicto afecte a varios centros de trabajo o empresas radicadas en diferentes Comunidades Autónomas;

En este supuesto, y cuando se trate de un conflicto colectivo de interpretación y aplicación de un Convenio, será preciso que este último sea un Convenio de empresa, grupo de empresas o pluralidad de empresas vinculadas o de ámbito inferior a la empresa pero superior a cada uno de los centros de trabajo afectados;

- c. Empresas, grupo de empresas o pluralidad de empresas vinculadas o centros de trabajo de las mismas que se encuentren radicados en

⁴⁶⁰ Así lo establece el artículo 3.2 ASAC pues, «Al versar sobre una materia concreta cual es la solución autónoma de los conflictos colectivos laborales, constituye uno de los acuerdos previstos por el artículo 83.3 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y está dotado, en consecuencia, de la naturaleza jurídica y eficacia que la Ley atribuye a los mismos, siendo de aplicación general y directa, sin perjuicio de lo establecido en el siguiente apartado 3, para los conflictos y ámbitos señalados en el artículo 4».

una Comunidad Autónoma cuando estén en el ámbito de aplicación de un Convenio Colectivo sectorial estatal, y de la resolución del conflicto puedan derivarse consecuencias para empresas y centros de trabajo radicados en otras Comunidades Autónomas. En estos supuestos será preciso que el referido Convenio prevea expresamente esta posibilidad.

Una última precisión debo realizar acerca del ASAC, y es que el sistema de solución extrajudicial de conflictos contemplados en dicho acuerdo, convive con los sistemas autónomos de solución extrajudicial de conflictos creados a través de la negociación colectiva, normalmente, de ámbito autonómico, por lo que, deberemos prestar especial atención a los conflictos a los que será aplicable⁴⁶¹.

9.1. El procedimiento de mediación

La mediación será desarrollada preferentemente por un órgano unipersonal o, caso de así elegirlo expresamente las partes, por un órgano colegiado de dos o tres mediadores, que, de conformidad con lo previsto en el ASAC, procurarán de manera activa solventar las diferencias que dieron lugar al conflicto.

⁴⁶¹ Un claro ejemplo es la Resolución de 2 de junio de 2010, de la Dirección General de Trabajo, Cooperativismo y Economía Social, por la que se dispone el registro y publicación del V Acuerdo de Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales de la Comunidad Valenciana, que, aunque reproduce, en gran medida, las precisiones establecidas en el ASAC, el V Acuerdo de Solución de Conflictos Laborales de la Comunidad Valenciana será de aplicación, según su artículo 4, *«En la totalidad del territorio de la Comunitat Valenciana y de obligado cumplimiento para todas las organizaciones empresariales y sindicales, así como para todas las entidades, empresas y personas trabajadoras de cualquier sector de actividad que no estén sometidos a un convenio colectivo de ámbito supracomunitario. También será aplicable a los conflictos que se produzcan en empresas a las que resulte de aplicación un convenio colectivo supracomunitario, cuando afecten exclusivamente a centros de trabajo ubicados en el territorio de la Comunitat Valenciana»*

9.1.1. Legitimación

Al igual que ocurre en el periodo de consultas, las partes legitimadas para adoptar el acuerdo en los procedimientos de mediación y arbitraje, también están sometidas a la obligación de negociar de buena fe⁴⁶² «*con vistas a la consecución de un acuerdo*».

En el ASAC, están legitimados para solicitar la mediación en los conflictos surgidos durante el periodo de consultas, según el artículo 13.d), «*el empresario y la representación de los trabajadores que participe en las consultas correspondientes. La decisión de instar la mediación deberá contar con la mayoría de la representación que la promueva*».

Ninguna precisión se establece al respecto acerca de dicha mayoría. A mi entender, deberán aplicarse los criterios que el artículo 51.2 ET establece para adoptar un acuerdo en el periodo de consultas⁴⁶³.

El ordenamiento legal rechaza la posibilidad de acudir de manera unilateral a estos procedimientos en este ámbito, pero podría alcanzarse el acuerdo de sustitución por decisión mayoría de los representantes de los trabajadores de instar la mediación ante el SIMA si el empresario lo aceptase⁴⁶⁴.

⁴⁶² CASAS BAAMONDE, M.E., *Procedimientos de solución autónoma de conflictos laborales y reestructuraciones empresariales (Las novedades de la Ley 3/2012 con especial referencia a la mediación y el arbitraje en los procedimientos de consultas en las reestructuraciones empresariales)*, Programa XIV Jornadas 2012 ASAC V Quinto acuerdo sobre solución autónoma de conflictos laborales, Madrid, 25 de octubre de 2012, p. 13/26.

⁴⁶³ En el mismo sentido, SÁEZ LARA C., *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, ob. cit., p. 158.

⁴⁶⁴ CASAS BAAMONDE, M.E. *Procedimientos de solución autónoma de conflictos laborales y reestructuraciones empresariales (Las novedades de la Ley 3/2012 con especial referencia a la*

Respecto a la solicitud de la mediación, se iniciará con la presentación de un escrito dirigido al Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje.

Dicha solicitud, tal y como establece el artículo 14 ASAC, deberá contener los siguientes extremos:

- a. La identificación del empresario o de los sujetos colectivos que ostentan legitimación para acogerse al procedimiento, en el ámbito del conflicto.

En los supuestos en que resulte procedente deberá incluirse también la identificación de las restantes organizaciones empresariales y sindicales representativas en dicho ámbito.

- b. El objeto del conflicto, con especificación de su génesis y desarrollo, de la pretensión y de las razones que la fundamenten. Los sujetos que soliciten la mediación deberán facilitar al mediador o a los mediadores aquellos hechos o datos que consideren relevantes para la resolución del conflicto.

Igualmente, a petición de la parte que solicite la mediación, podrá ser objeto de la misma la identificación o clarificación por el mediador o mediadores de hechos o datos que se consideren relevantes para la solución del conflicto.

- c. El colectivo de trabajadores afectado por el conflicto y el ámbito territorial del mismo;
- d. La acreditación de la intervención de la Comisión Paritaria, o de haberse dirigido a ella sin efecto, y el dictamen emitido en su caso, en los siguientes supuestos:

mediación y el arbitraje en los procedimientos de consultas en las reestructuraciones empresariales), ob. cit. p. 17/26.

1. Conflictos de interpretación y aplicación de un Convenio Colectivo;
 2. Conflictos de interpretación y aplicación de otro acuerdo o pacto colectivo, si existe en su seno una Comisión Paritaria y se hubiera establecido con carácter preceptivo su intervención previa.
 3. Conflictos derivados de discrepancias surgidas en el período de consultas exigido por los artículos 40, 41, 44.9, 47, 51 y 82.3 ET si se ha pactado en el convenio colectivo la intervención previa de la Comisión Paritaria del mismo y, en todo caso, cuando al amparo del artículo 41.6 párrafo segundo y 82.3 párrafo sexto ET.
- e. El mediador o el órgano colegiado de mediación designado; y
- f. Domicilio, fecha y firma del empresario o del sujeto colectivo que inicia el procedimiento.

9.1.2. Los acuerdos de sustitución y su objeto

La sustitución del periodo de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje ha de ser acordada por las partes. La adopción válida de ese acuerdo *«deberá contar con la mayoría de la representación que la promuevan»*, refiriéndose, evidentemente, a los representantes de los trabajadores.

Sin embargo, el ASAC contempla con carácter general en su artículo 8.1.a) que la mediación *«será obligatoria en los supuestos que posteriormente se determinan y siempre que la demande una de las*

partes del conflicto, salvo en los casos en que se exija acuerdo entre ambas partes»

Igualmente, y de manera más específica el ASAC, en el capítulo segundo donde regula el procedimiento de mediación repite, en el artículo 12.4, la precisión anteriormente mencionada: *«Dentro del ámbito del presente Acuerdo el procedimiento de mediación será obligatorio cuando lo solicite una de las partes legitimadas, salvo en los casos que se exija el acuerdo de ambas partes».*

Como puede comprobarse, por regla general, el procedimiento de mediación será obligatorio cuando lo solicite una de las partes legitimadas, y establece una excepción respecto a aquellos casos en los que se exija el acuerdo de ambas partes. Un ejemplo claro de esta excepción sería el caso de los despidos colectivos en los que, el artículo 51.2 ET no deja lugar a dudas al establecer que *«El empresario y la representación de los trabajadores podrán acordar en cualquier momento la sustitución del periodo de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para dicho periodo»*, al igual que tampoco lo hace su regulación reglamentaria al establecer en su artículo 28.2 al establecer que *«El empresario y la representación de los trabajadores podrán acordar, en cualquier momento del periodo de consultas, la sustitución del mismo por los procedimientos de mediación o arbitraje que sean de aplicación en el amito de la empresa, en particular los regulados en los acuerdos sobre solución extrajudicial de conflictos laborales de nivel estatal o nivel autonómico»* por lo que, a mi entender, se puede afirmar rotundamente que la sustitución del periodo de consultas por la aplicación del

procedimiento de mediación exige el acuerdo entre el empresario y la representación legal de los trabajadores.

Especial problema se desprende del artículo 12.4 del ASAC, al establecer que *«En los supuestos a que se refieren los artículos 40, 41, 44.9, 47, 51 y 82.3 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y a fin de resolver las discrepancias que hubieran surgido en el período de consultas, deberá agotarse el procedimiento de mediación si así lo solicita, al menos, una de las partes. Ello no implicará la ampliación por esta causa de los plazos previstos en la Ley»*.

Recordemos que el Estatuto de los Trabajadores exige acuerdo entre empresario y representantes legales de los trabajadores para la sustitución del periodo de consultas por el procedimiento de mediación, por lo que deberá agotarse el procedimiento de mediación de manera obligatoria⁴⁶⁵:

1. Si las partes acordasen sustituir el periodo de consultas de manera genérica por la aplicación del procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa”, siendo este el regulado por el ASAC.
2. Y además, una de ellas solicitase la tramitación del periodo de mediación.

Finalmente, en la solicitud conjunta de mediación o unilateral de una parte y aceptada por la otra, se adoptarán y formalizarán, los acuerdos de sustitución del periodo de consultas o de parte de él si se decide

⁴⁶⁵ CASAS BAAMONDE, M.E., *Procedimientos de solución autónoma de conflictos laborales y reestructuraciones empresariales (Las novedades de la Ley 3/2012 con especial referencia a la mediación y el arbitraje en los procedimientos de consultas en las reestructuraciones)*, ob. cit., p. 17/26.

sustituirlo una vez iniciado dicho periodo, por los procedimientos de mediación o arbitraje, siendo opcional la elección de uno u otro medio de resolución de conflictos.

9.1.3. Tiempo de los acuerdos de sustitución

Los acuerdos de sustitución podrán acordarse «*en cualquier momento*», y «*deberán desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para dicho periodo*»⁴⁶⁶.

Respecto a la primera precisión, a mi entender, ante dicho periodo temporal tan genérico, el acuerdo de sustitución podrá acordarse antes de que se inicie el periodo de consultas, así como una vez iniciado este.

Respecto al periodo máximo señalado para que pueda desarrollarse el proceso de mediación o arbitraje, en virtud de lo establecido en el apartado 2 del artículo 51 ET, este periodo máximo será de treinta días naturales, o de quince en el caso de empresas con menos de cincuenta trabajadores.

Ni la norma estatutaria ni la reglamentaria establecen que pasaría si el acuerdo de mediación y arbitraje se adoptase de manera tardía y dichos procedimientos no pudieran desarrollarse dentro de dicho plazo máximo. Tampoco se establece que ocurre si transcurre el plazo máximo de quince días desde la fecha en que tuvo lugar la última reunión celebrada en el periodo de consultas sin que el empresario comunique su decisión a la Autoridad laboral y a los representantes de los

⁴⁶⁶ Artículo 51.2 ET.

trabajadores, ni si, en tal supuesto, el empresario debería iniciar un nuevo procedimiento⁴⁶⁷.

A mi entender, el acuerdo o laudo arbitral que resultara de tales procedimientos sería válido y los efectos que de él derivasen también, con independencia de que dichos acuerdos se llevasen a cabo dentro del periodo máximo que establecen las normas o fuera de este⁴⁶⁸ y ello en virtud de lo establecido en el artículo 7.6 RPDC establece que: «No obstante, lo dispuesto en los apartados anteriores, el periodo de consultas podrá darse por finalizado en todo caso cuando las partes alcancen un acuerdo», al igual que tampoco sería nulo la decisión empresarial adoptada si el periodo de consultas hubiese excedido el tiempo máximo establecido en el artículo 51.2 ET⁴⁶⁹.

En el mismo sentido se pronuncia la doctrina judicial⁴⁷⁰, al considerar que «En el presente supuesto es cierto que el periodo de consultas duro más de treinta días naturales, pero este hecho por sí solo no presupone que la decisión empresarial de despedir al actor sea declarada nula o improcedente pues (...) no se prevé la nulidad cuando el periodo de consultas excede de treinta días naturales como tampoco lo prevé el art 122.2 antes citado, en cuyo apartado 3 se señala que: "la decisión extintiva se calificara de improcedente cundo no se hubieran cumplido los requisitos establecidos en el apartado 1 del art 53 del ET.

⁴⁶⁷ En SÁEZ LARA, C., *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, ob. cit., p. 159, la autora añade una propuesta de lege ferenda, postulando que «debe reformarse, por razones de seguridad jurídica, la regulación legal (artículo 51.2 in fine ET) para que el dies a quo del plazo de 15 días determinante de la caducidad del procedimiento se adapte a los supuestos de sometimiento de las partes a procedimientos de mediación o arbitraje sustitutivos del periodo de consultas».

⁴⁶⁸ Ídem

⁴⁶⁹ Vid., al respecto, lo que ya se ha explicado en el epígrafe sobre la duración del periodo de consultas.

⁴⁷⁰ STSJ de Castilla y León 24-4-2013 (R° 160/2013).

En el mismo sentido las Directivas comunitarias 98/59, 75/129, y 92/56 establecen los mismos parámetros en cuanto a los requisitos formales de los despidos colectivos, y en ninguna disposición se contempla la nulidad por excederse en el plazo del periodo de consultas⁴⁷¹».

9.1.4. Transcurso del procedimiento

El procedimiento se desarrollará según los trámites que el órgano de mediación considere apropiados y, para el correcto desarrollo del procedimiento, el mediador o mediadores recabarán la información que consideren precisa para su función, garantizando, en todo caso, la confidencialidad de dicha información.

Durante la comparecencia, el órgano de mediación intentará el acuerdo de las partes, moderando el debate y concediendo a las partes cuantas intervenciones considere oportunas, garantizándose en todo momento, el derecho de audiencia de los personados, así como el principio de igualdad y contradicción, para evitar que pueda producirse indefensión.

El mediador o mediadores formularán propuestas para la solución del conflicto, que podrán incluir el sometimiento de las discrepancias a arbitraje. Las partes aceptarán o rechazarán de manera expresa las propuestas formuladas.

⁴⁷¹ La misma línea sigue también la AN, que en SAN 13-03-2013 (Rº 4/2013) impugnándose un acuerdo de modificación sustancial de condiciones de trabajo porque se superó el plazo máximo del período de consultas, la Sala desestimó dicha pretensión al entender que el plazo no limita que continúe la negociación, cuando ambas partes están de acuerdo en continuar negociando, ya que su finalidad es que ninguna de las partes pueda compeler a la otra a continuar negociando contra su voluntad más allá del plazo legal.

Asimismo tras la comparecencia y dentro del plazo de diez días o del que hayan acordado las partes, el mediador o mediadores podrán formular propuestas para la solución del conflicto que deberán tenerse por no puestas en caso de no ser aceptadas por las partes.

El acuerdo de las partes de someter la cuestión a arbitraje termina la mediación sin necesidad de agotamiento de los plazos.

9.1.5. El acuerdo de mediación

El acuerdo conseguido en mediación, siempre y cuando se den los requisitos de legitimación legalmente establecidos, tendrá la misma eficacia que lo pactado en el acuerdo tras el periodo de consultas.

En caso de que no se haya obtenido acuerdo, el mediador o mediadores levantarán acta en ese mismo instante, registrando la ausencia de acuerdo y, en su caso, la propuesta o propuestas formuladas y las razones alegadas por cada una de las partes para su no aceptación.

Respecto a la impugnación del acuerdo de mediación, este podrá impugnarse por las causas que invalidan los contratos o por causas de ilegalidad o lesividad, a través de los cauces y términos señalados en el artículo 67 LRJS.

9.2. El procedimiento de arbitraje

A través del procedimiento de arbitraje, las partes acuerdan voluntariamente encomendar a un tercero el conflicto suscitado y aceptar de antemano la solución que este dicte al respecto.

Las partes podrán promover el arbitraje sin necesidad de acudir previamente al procedimiento de mediación anteriormente comentado, o hacerlo con posterioridad a su agotamiento o durante su transcurso, conforme al apartado 6 del artículo 12 y los apartados 3 y 4 del artículo 15 ASAC.

No obstante lo anterior, las partes pueden instar en cualquier momento para que el árbitro desarrolle, previamente a su actuación como tal, funciones de mediador por lo que, en tal caso, a mi entender, las normas que deben regir en tal actuación han de ser las propias del proceso de mediación.

9.2.1. Legitimación

Según el artículo 19 ASAC, *«Están legitimados para instar el procedimiento arbitral, de mutuo acuerdo conforme al tipo de conflicto y al ámbito afectado, los mismos sujetos a que se refiere el artículo 13 de este Acuerdo»*.

El precepto mencionado únicamente nos remite al artículo trece a efectos de los sujetos legitimados, por lo que el régimen de mayorías que allí se establece para la decisión de iniciar el procedimiento de mediación no es aplicable al supuesto de arbitraje ya que para poder iniciar este procedimiento es requisito *sine qua non* el «mutuo acuerdo» de ambas partes.

Por tanto, en virtud de lo establecido en la letra d) del artículo trece, estarán legitimados para solicitar el mencionado procedimiento *«el*

empresario y la representación de los trabajadores que participe en las consultas correspondientes».

Para la promoción del procedimiento, se requerirá la presentación de un escrito ante el Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje, que deberá estar suscritos por los sujetos legitimados, anteriormente comentados, que deseen someter la cuestión objeto de debate a arbitraje (Artículo 19 ASAC, párrafo primero).

La solicitud de arbitraje deberá contener el árbitro o árbitros que se proponen para dirimir la cuestión suscitada. Asimismo, según lo establecido en el apartado primero del artículo 20 ASAC, deberá contener los siguientes extremos:

- a. La identificación del empresario o de los sujetos colectivos que ostentan legitimación para acogerse al procedimiento, en el ámbito del conflicto.

En los supuestos en que resulte procedente, deberá incluirse también la identificación de las restantes organizaciones empresariales y sindicales representativas en dicho ámbito, a efectos de notificarles el compromiso arbitral por si desean adherirse a él;

- b. Las cuestiones concretas sobre las que ha de versar el arbitraje, si este es en derecho o en equidad, con especificación de su génesis y desarrollo, de la pretensión y de las razones que la fundamenten y el plazo para dictar el laudo arbitral. Las partes podrán instar al árbitro a dictar su laudo en base a la posición final que le puedan presentar las mismas en una o varias de las cuestiones concretas sometidas a arbitraje.
- c. El compromiso de aceptación de la decisión arbitral;

- d. Si el laudo que se solicita debe de ser dictado en derecho o en equidad;
- e. El plazo dentro del cual habrá de decidir el árbitro, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 21.2 de este Acuerdo. En especial, las partes podrán establecer plazos breves en aquellos supuestos en los que la ley o el convenio colectivo prevean periodos de consulta o negociación en los que sea prioritario la rápida resolución de la controversia;
- f. Domicilio de las partes afectadas;
- g. Fecha y firma de las partes.

Del compromiso arbitral deberán remitirse copias, tanto a la Secretaría del SIMA como a la Autoridad laboral competente a efectos de constancia y posterior publicidad del laudo.

La designación del árbitro o árbitros será libre y recaerá en expertos imparciales y, en caso de desacuerdo, el nombramiento de dicho árbitro deberá surgir de una lista de cinco árbitros, que deberá estar consensuada entre las partes, lista de la que cada parte descartará sucesiva y alternativamente los nombres que ellos estimen convenientes hasta que quede uno solo.

9.2.2. Los acuerdos de sustitución y su objeto

Para poder acudir al procedimiento de arbitraje se requerirá la manifestación expresa de voluntad de las partes en conflicto de someterse a la decisión imparcial de un árbitro o árbitros, que tendrá carácter de obligado cumplimiento.

Será en el acuerdo de sumisión a arbitraje donde se formalizará el acuerdo de sustitución del periodo de consultas por dicho procedimiento.

9.2.3. El tiempo de los acuerdos de sustitución

Respecto a este punto, las mismas precisiones realizadas en el procedimiento de mediación son aplicables a este procedimiento, por lo que me remito en bloque a las consideraciones anteriormente manifestadas.

9.2.4. Transcurso del procedimiento de arbitraje

El procedimiento de arbitraje se desarrollará según los trámites que el órgano arbitral considere oportunos, pudiendo requerir la comparecencia de las partes, solicitar documentación complementaria o, si lo estimara necesario, recabar el auxilio de expertos si lo estimara necesario y, para ello se dispondrá de una lista de expertos en distintas especialidades de las que más frecuentemente puedan necesitarse el servicio de estos expertos a los efectos de auxilio anteriormente mencionados y en las que ellos hayan acordado ser incluidos.

Inherente a dicho procedimiento es el derecho de audiencia de los personados así como el principio de igualdad y contradicción, sin que se pueda producir indefensión alguna. Para garantizar el cumplimiento de los mencionados derechos se levantará acta certificada por el árbitro o árbitros de la sesión o sesiones que celebren.

Una vez finalizado el procedimiento el árbitro o árbitros comunicarán a las partes la resolución adoptada dentro del plazo fijado en el compromiso arbitral, notificándolo igualmente a la Secretaría del SIMA y a la Autoridad laboral competente.

Si las partes no acordaran un plazo para la emisión del laudo, este deberá emitirse en el plazo máximo de diez días hábiles a partir de la designación del árbitro o árbitros.

De manera excepcional y debido a la trascendencia y dificultades del conflicto, el árbitro podrá prorrogar, mediante resolución motivada, dicho plazo de diez días, debiendo, en todo caso, dictarse el laudo antes del transcurso de cuarenta días hábiles.

El laudo arbitral, que será vinculante e inmediatamente ejecutivo, habrá de estar motivado y deberá notificarse a las partes de manera inmediata.

Dicha resolución arbitral será objeto de depósito en el SIMA y remitida a la Autoridad laboral.

9.2.5. La eficacia del laudo arbitral

La resolución arbitral, siempre y cuando se den los requisitos de legitimación anteriormente comentados, tendrá la misma eficacia que lo pactado en el acuerdo tras el periodo de consulta excluyendo, dicho laudo arbitral, cualquier otro procedimiento, demanda de conflicto colectivo o huelga sobre la materia resuelta y en función de su eficacia.

El laudo arbitral solo podrá ser recurrido en los términos y plazos establecidos en el artículo 65.4 y 163.1 LRJS; pero, en relación con el supuesto que nos atañe, la anulación de un laudo arbitral deberá fundamentarse, tal y como establece el artículo 65.4 LRJS:

1. En exceso sobre el arbitraje;
2. Haber resuelto aspectos no sometidos a él o que no pudieran ser objeto del mismo;
3. Vicio esencial de procedimiento; o
4. Infracción de normas imperativas.

CAPÍTULO IV

FINALIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE DESPIDO COLECTIVO

1. FINALIZACIÓN DEL PERIODO DE CONSULTAS

Tal y como se ha reiterado a lo largo del presente trabajo, el periodo de consultas se configura como un mecanismo de negociación que el Estatuto de los Trabajadores impone al empresario con la finalidad de atemperar las consecuencias que deriven de su proyecto extintivo.

Ahora bien, dicha obligación, contenida en el artículo 51.2 ET, impone a las partes el deber de negociar pero no la necesidad de llegar a un acuerdo, por lo que habrá procedimientos de negociación que culminen con acuerdo y otros en los que dicha opción devenga imposible.

Ambas opciones contempla el artículo 12.1 RPDC, al establecer que «*A la finalización del periodo de consultas, el empresario comunicará a la Autoridad laboral el resultado del mismo. Si se hubiera alcanzado acuerdo, trasladará a la Autoridad laboral copia íntegra del mismo*», debiendo comunicar, en todo caso, (es decir, haya habido acuerdo o no) a los representantes de los trabajadores y a la Autoridad laboral la decisión sobre el despido colectivo que realiza.

La comunicación de la decisión empresarial se configura pues como un elemento capital dentro del procedimiento de despido colectivo al permitir las extinciones de los contratos de los trabajadores, función que, hasta antes de la Reforma Laboral, venía desarrollando la autorización administrativa⁴⁷².

⁴⁷² BLASCO PELLICER, A., *La extinción del contrato de trabajo en la Reforma Laboral de 2012*, ob. cit., p. 76.

1.1. Finalización del periodo de consultas con acuerdo

Esta opción es la más deseable, pues supone la culminación de un arduo proceso negociador, cuyo consenso se materializa en el acuerdo alcanzado entre las partes.

Tal y como establece el artículo 12.1 RPDC, el empresario, en el supuesto en el que se haya alcanzado un acuerdo, deberá trasladar a la Autoridad laboral copia íntegra del mismo. Asimismo, la existencia de acuerdo requiere la necesidad de notificar a los representantes de los trabajadores y a la autoridad la decisión sobre despido colectivo vaya a realizar.

Pero, a excepción de lo que acaba de exponerse, nada más se dispone acerca del contenido y los efectos del acuerdo que ponga fin al periodo de consultas.

1.1.1. Los efectos del acuerdo colectivo

Si atendemos a las normas que rigen el procedimiento, estas esbozan el contenido del acuerdo en atención a las medidas sociales de acompañamiento, mientras que la doctrina judicial⁴⁷³ ha venido a determinar que la decisión empresarial de despido colectivo adquiere efectos constitutivos con la comunicación a los interlocutores sociales y con su posterior comunicación a los trabajadores individualmente afectados, de acuerdo con el artículo 12 RPDC en relación con el artículo 4.1 Directiva 98/59.

⁴⁷³ *Vid.*, al respecto, SAN 16-05-2014 (R° 500/2013.)

La adopción de acuerdos durante el periodo de consultas no constituye título habilitante para ejercer la potestad de despedir, sino que se erige como una condición limitativa de su ejercicio que encuentra su justificación en los intereses, bienes y derechos comprometidos, especialmente el derecho al trabajo protegido por el art. 35.4 CE, el derecho a la negociación colectiva del art. 37.1 CE y el derecho de los trabajadores a participar en la empresa, art. 129.2 CE.

Así, alcanzado acuerdo en el periodo consultivo, el empresario adquiere el compromiso de que la decisión que adopte se corresponda con lo negociado con la representación de los trabajadores⁴⁷⁴.

En nuestro actual modelo normativo, en el que el despido colectivo se constituye como una facultad del empresario, el acuerdo alcanzado en la fase de negociación constituye una restricción negociada de tal potestad empresarial⁴⁷⁵.

El acuerdo de despido colectivo engloba contenidos determinados que, en cierto grado, condicionan la decisión empresarial, convirtiéndola en un todo indivisible⁴⁷⁶. Tal cuestión puede ser objeto de controversias cuando se pretenda accionar contra medidas acordadas en fase de negociaciones.

De este modo, en la praxis jurídica, en algunas ocasiones se realizan ciertas acciones, con la finalidad de acorazar o proteger el acuerdo alcanzado, tales como la ratificación del acuerdo en sede judicial una vez

⁴⁷⁴ STS 17-02-2014 (Rº 142/2013). A lo que debe añadirse, tal y como hace el Alto Tribunal que, de no actuar así, el empresario estaría incurriendo en fraude de ley, dando lugar a la nulidad de la decisión por esta causa.

⁴⁷⁵ SÁEZ LARA, C., *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, ob. cit., p. 172.

⁴⁷⁶ *Ídem*

accionado frente a él, o procediendo a tal refrendo en conciliación judicial⁴⁷⁷.

Tal ausencia normativa con relación al acuerdo que ponga fin al periodo de consultas plantea numerosas incógnitas en lo relativo a la trascendencia y los efectos que de tal pacto se desprenden.

Partiendo de tal premisa, sería necesario que el legislador profundizara en este asunto puesto que, a mi entender, resulta contradictorio que el procedimiento de despido colectivo esté destinado a alcanzar un acuerdo entre interlocutores sociales y empresario durante el periodo negociador pero que, sorprendentemente, no se haya diseñado un contenido mínimo que garantice los derechos de los trabajadores y lo revista de eficacia jurídica.

No obstante, en este sentido, doctrina judicial⁴⁷⁸ y jurisprudencia⁴⁷⁹ han venido a suplir tal carencia legislativa, dotando o revistiendo de mayor protección al acuerdo colectivo, estableciendo que *«alcanzado acuerdo en el periodo consultivo, el empresario adquiere el compromiso de que la decisión que adopte se corresponda con lo negociado con la representación de los trabajadores. De no actuar así estaría incurriendo en fraude de ley dando lugar a una decisión nula por esta causa»*.

1.1.2. Contenido del acuerdo colectivo

Ni la norma legal ni la reglamentaria establece mención alguna respecto al contenido mínimo que debe encerrar el acuerdo que ponga fin al periodo de consultas.

⁴⁷⁷ Vid., al respecto, SAN 13-06-2014 (R° 110/2014).

⁴⁷⁸ SAN 16-05-2014 (R° 500/2013).

⁴⁷⁹ STS 17-02-2014 (R° 142/2013).

A mi entender, puesto que tal acuerdo nace de un consenso de voluntades, podrá contener medidas distintas a las que se previeron en un momento inicial, pues el objetivo del periodo de consultas es evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a las medidas sociales de acompañamiento que el artículo 8 RPDC se encarga de enumerar: recolocación interna, movilidad funcional y geográfica, modificación sustancial, recolocación externa, acciones de formación, entre otras, serán las encargadas de mitigar los efectos de los despidos llevados a cabo, o incluso, en algunas ocasiones, de evitar que los mismos se materialicen⁴⁸⁰. Así, junto a las citadas medidas, podrán incluirse colectivos de trabajadores, en relación con el artículo 13 RPDC, trabajadores con cargas familiares, mayores de determina edad o personas con discapacidad, en relación con el sistema de preferencia o prioridad de permanencia en la empresa.

Por tanto, quedando definido el objeto a que se destina el periodo de consultas, *«sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento, tales como medidas de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad»*, estas medidas sociales constituirán el objetivo consustancial del acuerdo colectivo.

Igualmente, debe hacerse constar que, aunque ni la norma estatutaria ni la reglamentaria lo establezcan, la indemnización también resulta un tema esencial, por lo que, por regla general, este asunto se incluirá

⁴⁸⁰ Por lo que respecta a las medidas de recolocación, me remito a lo anteriormente expuesto.

entre los puntos que conforman el contenido habitual del acuerdo que finalice el periodo de consultas.

Y es que, tal y como se ha hecho constar con anterioridad, un pacto indemnizatorio que supere la cuantía legalmente establecida viene a considerarse como una medida paliativa dirigida a atenuar las consecuencias dimanantes del periodo de consultas.

En el mismo sentido el Alto Tribunal, ha dispuesto que *«las normas referentes a la indemnización mínima en los supuestos de despido colectivo no son de derecho necesario absoluto, sino relativo y, por tanto, en todo caso mejorables, por lo que cabe razonablemente la posibilidad de acuerdo siempre que sea más favorable y respete la indemnización mínima legalmente exigible»*⁴⁸¹.

Igualmente, el acuerdo podrá actualizar el proyecto de despido inicialmente propuesto en relación con los trabajadores afectados. Asimismo, también determinará el periodo previsto para la ejecución de los despidos y los criterios de selección de los trabajadores que resultarán afectados por la medida empresarial, debiendo justificar, en todo caso, la afectación o selección de los trabajadores que, resultando «protegidos» por la prioridad de permanencia en la empresa, han sido incluidos, finalmente, en la reestructuración colectiva.

Lo que sí suelen recoger, o mejor dicho, a mi entender, «deben» recoger los acuerdos colectivos son el número de despidos que va a producirse, la causa que los motiva y su acreditación⁴⁸². Tal cuestión debe enlazarse

⁴⁸¹ STS 02-06-2014 (R^o 2534/2013).

⁴⁸² En el mismo sentido, SÁEZ LARA, C., *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, ob. cit., pp. 174 y 175.

con respecto al establecimiento de modelos de adhesión voluntaria al despido, a través de bajas incentivadas y prejubilaciones.

En algunos supuestos se procede del siguiente modo⁴⁸³:

1. Se abriría una primera fase, en la que se permitiría la adscripción voluntaria de trabajadores a estos mecanismos de extinción contractual y;
2. En segundo lugar, si no se llegase al número de despidos acordados, se procedería a la aplicación de los criterios de afectados pactados para proceder a seleccionar a los trabajadores que, finalmente, se verán incluidos en el despido colectivo.

En cuanto a las limitaciones que deben observarse a la hora de alcanzar acuerdo que ponga fin al periodo de consultas debe hacerse constar que tal parquedad legal también crea numerosos interrogantes en relación con los límites del acuerdo, incluso de la propia negociación.

Debe hacerse constar, en primer lugar, que tales limitaciones aparecen en relación con la fijación de la indemnización, sobre todo en la posibilidad de que se aumente la cuantía legal pero que el abono se realice mediante pagos aplazados en el tiempo⁴⁸⁴ o la posibilidad de pactar la sustitución de tal cuantía indemnizatoria por una renta

⁴⁸³ *Vid.*, al respecto, GARRIDO PÉREZ, E., “Los acuerdos de reestructuración empresarial, con especial atención a los derivados de despidos colectivos, suspensión de contratos y reducción de jornada”, *Temas Laborales Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, N° 120, 2013, p. 418 y ss.

⁴⁸⁴ SÁEZ LARA, C., *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, *ob. cit.*, pp. 175 y 176.

mensual, que se asegure a través de una póliza de seguro colectivo de rentas⁴⁸⁵.

Especialmente trascendental resulta la conjugación entre la fijación de la cantidad indemnizatoria y los criterios de selección de los trabajadores afectados, concretamente, la práctica de que se fije un montante indemnizatorio más elevado para el supuesto en que los trabajadores decidan optar por la adscripción voluntaria.

Si bien la doctrina judicial ha admitido que *«el principio de adscripción voluntaria como criterio de selección es perfectamente lícito y no vulnera el derecho a la negociación colectiva»*⁴⁸⁶ la cuestión conflictiva radica en determinar si es lícita esa diferencia indemnizatoria en relación con aquellos trabajadores que decidan adscribirse voluntariamente a la reestructuración respecto de aquellos trabajadores que lo hagan de manera forzosa.

Es más, la doctrina judicial, en la sentencia objeto de cita dispuso, con respecto a la eventual ilicitud de la oferta diferenciada que, en todo caso, tal situación *«no daría lugar a la nulidad del despido colectivo, sino solamente y en su caso a la restauración de la legalidad en lo relativo a las condiciones indemnizatorias, esto es, a la estimación de alguna de las dos pretensiones subsidiarias relativas a las indemnizaciones de los trabajadores que han abandonado la empresa por despido sin adscripción voluntaria al mismo. Por tanto solamente*

⁴⁸⁵ Vid., al respecto, BLASCO PELLICER, A., “Extinción colectiva de trabajo. Despido colectivo y por fuerza mayor”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, N° 100, 2012, p. 228.

⁴⁸⁶ SAN 12-06-2014 (R° 79/2014), confirmada por el Alto Tribunal en STS 20-04-2015 (R° 354/2014).

habrá de ser resuelta si se desestiman los motivos que determinarían la nulidad del despido colectivo»⁴⁸⁷.

Es más, en relación con los citados límites con los que se encontraría el acuerdo colectivo, tales restricciones pueden plantearse, no solo desde la regulación legal, sino también en lo relativo a la disponibilidad de los derechos de naturaleza individual que ostentan los trabajadores. Y es que si bien es cierto que los representantes legales de los trabajadores, debido a su condición, pueden disponer de los derechos individuales de los trabajadores, con la finalidad de atenuar las consecuencias dimanantes del proceso colectivo, resultaría cuestionable el hecho de que tales representantes pudieran disponer, a través del acuerdo que pone fin al periodo de consultas, de derechos individuales adquiridos por los propios trabajadores⁴⁸⁸.

Especialmente polémica ha sido la postura del Alto Tribunal en relación con la posibilidad de adoptar medidas de flexibilidad interna relativas a la posibilidad de que, por acuerdo, pueda aceptarse la conversión contractual de un contrato a tiempo completo a otro a tiempo parcial.

La sentencia de instancia⁴⁸⁹ entendió que tal medida era nula, con la consecuente nulidad del despido. No obstante, el Tribunal Supremo admitió que tales medidas eran adecuadas para paliar los efectos

⁴⁸⁷ Es más, la citada SAN 12-06-2014 (R° 79/2014) viene a disponer que «*valorando la situación en su conjunto, se rechaza esa causa de nulidad teniendo en cuenta esencialmente que la oferta empresarial incorporaba un elemento de acuerdo, por cuanto ofrecía también a los adscritos forzosos una indemnización a razón de 45 días por año, lo que constituía una oferta sustancial que podría haber movido a su consideración por los representantes de los trabajadores*».

⁴⁸⁸ Tal y como SÁEZ LARA, C., *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, ob. cit., p. 177, pone de ejemplo, no sería de recibo que pudieran pactar una reducción salarial con efectos retroactivos tal y como acaeció en el supuesto de hecho enjuiciado en la SAN 17-07-2013 (R° 168/2013).

⁴⁸⁹ STSJ Castilla La Mancha 16-04-2013 (R° 19/2012).

derivados de la extinción colectiva, pudiendo acordarse la novación no extintiva y temporal de los contratos laborales, pues *«no puede verse fraude normativo porque no hay constancia suficiente de que se haya perseguido el fin o resultado que la norma reguladora califica de prohibido por el ordenamiento jurídico»*, sino que lo que se ha adoptado ha sido un acuerdo que ha venido a solucionar el problema en cuestión, cumpliendo así con las finalidades a que se dirige el periodo de consultas⁴⁹⁰.

Para finalizar con los límites relativos a la adopción del acuerdo colectivo, debe hacerse constar que estas restricciones deben plantearse desde la óptica de los límites competenciales de los sujetos que actúen como interlocutores sociales en las negociaciones del proceso extintivo. Tales competencias deben entenderse delimitadas a la consecución de un acuerdo que ponga fin al periodo de consultas o, de manera extraordinaria, a otras medidas distintivas y cuya adopción resulta posible por determinadas eventualidades objetivas.

En síntesis, el contenido del posible acuerdo deberá quedar circunscrito, por regla general, a las medidas sociales destinadas a paliar las consecuencias del despido, no siendo necesario que tales medidas sean las que aparecen reguladas en el artículo 8 RPDC, tal y como se ha hecho constar anteriormente.

Es necesario mencionar que el empresario queda obligado a cumplir con el acuerdo adoptado, no solo en lo referente a los despidos, sino también en relación con las medidas adoptadas pues la inobservancia de las

⁴⁹⁰ Contrariamente, el Voto Particular planteado frente a tal resolución considera que tal pacto implica una novación contractual que afecta a todos los trabajadores seleccionados, resultando incompetentes los interlocutores sociales para la adopción de tal decisión.

medidas acordadas lleva aparejada la comisión de una infracción tipificada en la LISOS como muy grave, al mismo tiempo que recae, en manos de los trabajadores afectados, la potestad de exigir el cumplimiento de dichas medidas, tal y como establece el artículo 15.3 del RPDC.

El incumplimiento de alguno de los términos establecidos en el acuerdo, quebraría el principio de buena fe que el artículo 51.2 ET exige a las negociaciones que se lleven a cabo durante el periodo de consultas, incumplimiento que conllevaría, tal y como establece el apartado 11 del artículo 124 LRJS, a la nulidad del procedimiento por no realización del periodo de consultas.

Para finalizar con el acuerdo colectivo, debe hacerse mención a un asunto especialmente vidioso y es la posibilidad de que el acuerdo sea impugnado por aquellos sujetos firmantes del mismo.

A mi entender, el acuerdo en el periodo de consultas supone la tácita aceptación de que el despido no carece de causa, por lo que solo podrá impugnarse por razones de fraude, dolo coacción o abuso de derecho. y ello porque, a mi entender, la remisión que efectúan al artículo 41.4 ET, tanto el artículo 51.2 ET como el artículo 26 RPDC, es una remisión íntegra al mencionado precepto, por lo que deben aplicarse al procedimiento de despido colectivo todas las previsiones que en él se contienen.

Si bien es cierto que podría pensarse que tal exégesis colisiona con lo establecido en el artículo 124.2.a) LRJS, “*La demanda podrá fundarse en los siguientes motivos: a) Que no concurre la causa legal indicada en la comunicación escrita*”, a mi entender, esta confrontación no se produce, pues tal previsión, que evidentemente debe hacerse constar

para declarar no ajustada a derecho la decisión extintiva cuando el empresario no haya acreditado la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación extintiva, tal y como establece el apartado 11 del propio artículo 124 LRJS, únicamente debe aplicarse para aquellos despidos colectivos en los que no haya habido acuerdo y cuyo motivo de impugnación sea la no concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación escrita; ya que, de lo contrario, se estaría, por un lado, vaciando de contenido el acuerdo alcanzado por las partes y por otro, se quebrarían tanto el principio de seguridad jurídica como el de buena fe, pues si se permitiese a los interlocutores sociales, una vez alcanzado un acuerdo con la empresa, negar la concurrencia de las causas esgrimidas por el empresario, o incluso la alegación de algún defecto formal en aras de impugnar la decisión extintiva, se estaría permitiendo una conducta totalmente maliciosa que supondría un claro abuso de derecho.

En el mismo sentido se ha pronunciado la doctrina científica⁴⁹¹, al entender que tal posibilidad contravendría la teoría de los actos propios

⁴⁹¹ Según afirma CAVAS MARTÍNEZ, F., “El procedimiento de impugnación del despido colectivo tras la reforma laboral de 2012”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, N° 2, 2013, p. 3/13, «supondría contravenir el principio general del derecho que prohíbe venire contra factum proprium, aparte que el art. 124.4 LRJS exige demandar a los firmantes del acuerdo y no es posible que puedan actuar como demandantes y demandados en el mismo procedimiento; a no ser que en la obtención del acuerdo hubiera mediado dolo, coacción, fraude o abuso de derecho, y estos vicios hubieran sido constatados con posterioridad por quienes suscribieron el pacto, en cuyo caso habría que reconocerles seguramente la posibilidad de impugnarlo».

Asimismo, GARCÍA PERROTE ESCARTIN, I., en GARCÍA PERROTE ESCARTIN, I., y REYES HERREROS, J., *Guía de los procedimientos de despido colectivo, de suspensión de contratos y de reducción de jornada. Conforme a los Reglamentos de 29 de octubre de 2012*, ob. cit., p. 220 considera que la jurisprudencia que permite la impugnación de un convenio colectivo (a saber, las SSTs 26-11-2002 (R° 3857/2000); 20-09-2002 (R° 1283/2001) y 22-05-2001 (R° 1995/2000) no puede aplicarse al supuesto objeto de estudio. Únicamente los sujetos rubricantes del acuerdo que ponga fin al periodo de consultas podrán impugnarlo cuando la decisión extintiva se haya adoptado con fraude, dolo, coacción o abuso de derecho pues, de lo contrario, se estaría contraviniendo el principio de buena fe, al permitir que los interlocutores sociales, tras alcanzar un acuerdo con la representación empresarial posteriormente

y la aplicación del principio de buena fe, al igual que la doctrina judicial, al establecer que *«El legislador no otorga presunción de validez al acuerdo extintivo alcanzado con los representantes de los trabajadores, a diferencia de lo que ocurre respecto de los acuerdos logrados con el objeto de modificar condiciones de trabajo, suspender contratos y reducir jornada (artículo 41.4 y 47.1 del Estatuto de los Trabajadores), y la empresa recurrida pudo hacer uso del derecho que le reconoce el artículo 124.3 de la Ley de la Jurisdicción Social de interponer demanda con la finalidad de que se declare ajustada a derecho su decisión extintiva, con efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales, pero no lo hizo, por lo que no habiendo dado cumplimiento a los requisitos formales legalmente exigidos para la validez de la extinción contractual aquí cuestionada, resulta forzoso acoger la censura jurídica que el recurso contiene en este aspecto»*⁴⁹².

1.2. Finalización del periodo de consultas sin acuerdo

Otra posibilidad es que el periodo de consultas finalice sin acuerdo y, en tal supuesto, el artículo 12.1 RPDC, establece que: *«A la finalización del periodo de consultas, el empresario comunicará a la Autoridad laboral competente el resultado del mismo. (...). En todo caso, comunicará a los representantes de los trabajadores y a la Autoridad laboral la decisión sobre el despido colectivo que realiza, actualizando, en su caso, los extremos de la comunicación a que se refiere el artículo 3.1»*. Del mismo modo se pronuncia el artículo 51.2 ET, *«Transcurrido el periodo de*

impugnasen el acuerdo por entender que la causa esgrimida por este no converge o por considerar que se ha incumplido el periodo de negociación.

⁴⁹² STSJ Asturias 20-12-2013 (R° 168/2013).

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».

Con el RDL 3/2012 y su posterior confirmación con la Ley 3/2012, la decisión empresarial de extinción colectiva carece de agente fiscalizador, y ello tras la desaparición de la autorización administrativa (a no ser que sea motivo de impugnación; supuesto en el cual, el juez se encargará de determinar la procedencia o no de dicha extinción) por lo que es la propia comunicación de la decisión empresarial la que va a permitir la extinción de los contratos de los trabajadores afectados.

Ante tal situación, la duda que se origina es hasta qué punto el empresario queda limitado o constreñido por el proyecto empresarial que plasmó en la comunicación inicial del procedimiento.

A mi entender, el artículo 51.2 ET, con el término «decisión final» al igual que el artículo 12.1 RPDC, al establecer que el empresario «Comunicará a los representantes de los trabajadores y a la Autoridad laboral la decisión sobre el despido colectivo que realiza, actualizando, en su caso, los extremos de la comunicación a que se refiere el artículo 3.1» dejan, al empresario, escaso margen de alteración de la propuesta inicialmente fijada.

En todo caso, considero que dicho margen de maniobra debe jugar siempre en beneficio de los trabajadores, por lo que únicamente podría o bien reducir el número de los trabajadores afectados por la decisión extintiva o bien precisar las medidas de acompañamiento que

finalmente se vayan a adoptar, siempre y cuando se hubiesen incluido en el escrito que da inicio al procedimiento y hubieran sido parlamentadas durante las negociaciones dimanantes del periodo de consultas.

De lo anteriormente dicho se desprende la exigencia de congruencia entre el proyecto empresarial establecido en la comunicación de inicio del periodo de consultas y la decisión final de extinción colectiva, pues de lo contrario, se estaría poniendo en jaque tanto la eficacia del principio de negociación colectiva como la autenticidad del periodo de consultas, por lo que dicha decisión extintiva sería nula por no realización del periodo de consultas, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 11 del artículo 124 LRJS.

En síntesis, la decisión empresarial de despido colectivo deberá contener pues el número de extinciones, los criterios de selección de los trabajadores afectados (entre los que podrá encontrarse el de adhesión voluntaria) y el plazo en el que deberá ejecutarse tal decisión.

El empresario estará obligado, en su caso, a justificar en la decisión final de despido colectivo y para el supuesto en que finalmente tal medida afecte a trabajadores con prioridad de permanencia en la empresa, el porqué de su elección.

Igualmente, la decisión empresarial de despido colectivo deberá ir acompañada de la documentación pertinente a las medidas sociales de acompañamiento pactadas o propuestas por el empresario y el plan de

recolocación externa para el supuesto en que las empresas estén obligadas a ello⁴⁹³.

Por lo que respecta al plazo de ejecución de las extinciones individuales, debe tenerse en cuenta que el empresario no está obligado a ejecutar todos los despidos en el plazo previsto, pudiendo despedir un número menor de trabajadores pero no pudiendo extinguir ningún otro contrato una vez finalizado el plazo de aplicación establecido en la decisión empresarial⁴⁹⁴.

En el mismo sentido, la doctrina judicial⁴⁹⁵ ha venido a establecer que un número máximo de extinciones para terminar ejecutando solamente una parte de ellos, pudiendo condicionar a hechos ciertos y comprobables el número de despidos que, dentro de dicho número máximo, van a ejecutarse. Así, entiende que *«La empresa podría lícitamente fijar el número de despidos necesario y después no ejecutar una parte, en función del éxito de sus medidas de movilidad geográfica y/o funcional. Quien puede lo más puede lo menos, por lo que ningún obstáculo debe haber para que la empresa en su decisión fije unos parámetros objetivos que limitan su propia libertad de acción. En ello no se aprecia ninguna ilegalidad»*.

⁴⁹³ Por lo que respecta a estos dos extremos, me remito a lo anteriormente expuesto.

⁴⁹⁴ Así, la SAN 12-06-2014 (Rº 79/2014) estableció que *«el empresario puede fijar un número de despidos y no ejecutarlos todos, esto significa que el número fijado en la decisión empresarial de despido colectivo es siempre un máximo. Es cierto que este tipo de situaciones ha de valorarse con cautela, puesto que no cabe admitir que el empresario pueda crear artificiosamente una situación de excepcionalidad en la empresa, estableciendo números innecesariamente altos de despidos y plazos excesivamente largos, algo que si se acredita puede considerarse un fraude contrario a la buena fe negocial y dar lugar a la declaración de nulidad del despido colectivo. Pero no es este el caso, puesto que el proceso de determinación del número final de despidos por debajo del máximo obedece a causas objetivas y transparentes, como es la posible aceptación voluntaria de medidas de movilidad geográfica y/o funcional por un número indeterminado de trabajadores, lo que reduciría el número de despidos necesarios»*.

⁴⁹⁵ SAN 12-06-2014 (Rº 79/2014).

Asimismo, por parte de la doctrina científica⁴⁹⁶ ha venido a postularse que el empresario, en tal decisión, haga constar todos los datos relativos a los trabajadores afectados (identificación de los trabajadores, antigüedad, salarios y la fecha de efectos de las extinciones) a los efectos de proceder a una posterior individualización.

La finalidad de tal concreción estriba en la posibilidad de poder ejecutar la sentencia que declare la nulidad de la medida extintiva. En tal supuesto resulta trascendental incorporar tales datos como una exigencia inherente al contenido de la demanda, procediendo a una modificación del artículo 124LRJS y, en consecuencia, como una exigencia inherente al contenido de la medida empresarial de despido colectivo, debiendo modificar para ello, a su vez, el artículo 51 ET⁴⁹⁷.

Por último, aunque se ha admitido que la finalización sin acuerdo del periodo de consultas puede ser tácita⁴⁹⁸, considero que tal finalización debe hacerse de forma expresa y de mutuo acuerdo y ello, en primer lugar, por lo establecido en el artículo 7.6 RPDC *«Igualmente, las partes, de común acuerdo, podrán en cualquier momento dar por finalizado el periodo de consultas, por entender que no resulta imposible alcanzar acuerdo alguno, debiendo comunicarlo expresamente a la Autoridad laboral»*, y en segundo lugar, por lo que el artículo 12.1 RPDC dispone, *«A la finalización del periodo de consultas, el empresario comunicará a*

⁴⁹⁶ SÁEZ LARA, C., *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, ob. cit., p. 180

⁴⁹⁷ Tal y como establece SÁEZ LARA, C., *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, ob. cit., p. 180, *«Se trataría pues de introducir en el artículo 124 LRJS una previsión semejante a la prevista por el artículo 157.1 a) del mismo cuerpo legal, que exige como contenido de la demanda cuando se formulen pretensiones de condena los datos, características y requisitos precisos para una posterior individualización de los afectados por el objeto del conflicto y el cumplimiento de la sentencia respecto de ellas. Pero ello conllevaría, coherentemente, que la decisión empresarial de despido colectivo (o en su caso el acuerdo) contenga a su vez toda esta información»*.

⁴⁹⁸ STSJ Cataluña 26-06-2012 (R^o 8/2012).

la Autoridad laboral competente el resultado del mismo. (...). En todo caso, comunicará a los representantes de los trabajadores y a la Autoridad laboral la decisión sobre el despido colectivo que realiza», por lo que, a modo de síntesis, la necesidad de que el periodo de consultas finalice de común acuerdo y que deba comunicarse a la Autoridad laboral competente el resultado del mismo imposibilita que el procedimiento finalice de forma tácita.

2. COMUNICACIÓN DE LA DECISIÓN EMPRESARIAL DE DESPIDO COLECTIVO

2.1. Contenido y destinatarios de la comunicación empresarial de despido colectivo

Antes de hacer efectiva su decisión, el empresario debe comunicar la misma formalmente a la Autoridad laboral y a los representantes de los trabajadores⁴⁹⁹.

Tanto la norma estatutaria como la reglamentaria⁵⁰⁰ establecen la necesidad de que, una vez finalizado el periodo de consultas, el empresario comunique a la Autoridad laboral el resultado del mismo.

Si existiese acuerdo se le remitirá copia del mismo y, si no lo hubiese, se comunicará la decisión sobre el despido colectivo que se realiza, tanto a los representantes de los trabajadores como a la Autoridad laboral.

Por lo que respecta a la ausencia de acuerdo, aunque ni el artículo 51 ET ni el 12 RPDC establecen cual ha de ser el contenido de la comunicación empresarial de extinción colectiva, este último precepto establece la necesidad de que dicha comunicación actualice los extremos del escrito que dio inicio al procedimiento, contenido del cual aparece regulado en el artículo 3.1 del mismo RPDC; por lo que, dicho *aggiornamento* deberá concretar e identificar cuáles son los trabajadores afectados por la decisión extintiva, cuál es la fecha o el periodo de

⁴⁹⁹ La doctrina casacional ha venido a establecer, respecto a tal comunicación, en su STS 19-11-2014 (R^o 183/2014) que «*La finalidad de la comunicación a la Autoridad laboral es distinta a la de la comunicación a los representantes de los trabajadores, pues mientras esta segunda se erige en presupuesto constitutivo de la decisión extintiva, a la primera se refiere el apartado 5 del artículo 12 de la norma reglamentaria*».

⁵⁰⁰ *Vid.*, artículos 51.2 ET y 12.1 RPDC, respectivamente.

tiempo previsto en el que se harán efectivos los despidos, así como la inclusión de las referencias necesarias que permitan concretar el alcance subjetivo y objetivo del despido colectivo, incluidos los datos que resulten imprescindibles para determinar la edad de los trabajadores para así proceder a verificar la exigibilidad de las condiciones establecidas en los apartados 9⁵⁰¹ y 11⁵⁰² del artículo 51⁵⁰³.

Ahora bien, ¿cuál debe ser el contenido de la comunicación empresarial? El objeto de tal comunicación deben ser las pretensiones finales de la extinción después de la celebración del periodo de consultas. Consecuentemente, no se trata de la comunicación de un acto de extinción *per se*, puesto que ese es el propósito de la comunicación individual de despido a los trabajadores afectados, sino aquellos elementos que constituyen la voluntad empresarial tras la finalización del proceso negociador. Así lo ha entendido la doctrina casacional al establecer que *«finalizado el periodo de consultas sin acuerdo, la empresa ha de adoptar una decisión de despido colectivo y notificar la misma a la Autoridad laboral y a los representantes de los trabajadores (artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores). Esta decisión es la que (...) constituye el objeto del despido colectivo y además el marco necesario para activar a partir de la misma los despidos individuales. Y dicha*

⁵⁰¹ Cuando se trate de procedimientos de despidos colectivos de empresas no incursas en procedimiento concursal, que incluyan trabajadores con cincuenta y cinco o más años de edad que no tuvieren la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967, existirá la obligación de abonar las cuotas destinadas a la financiación de un convenio especial respecto de los trabajadores referenciados en los términos previstos en la Ley General de la Seguridad Social.

⁵⁰² Las empresas que realicen despidos colectivos que incluyan a trabajadores de cincuenta o más años de edad, deberán efectuar una aportación económica al Tesoro Público de acuerdo con lo establecido legalmente.

⁵⁰³ *Vid.*, MERCADER UGUINA, J.R., y DE LA PUEBLA PINILLA, A., *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada*, cit., p. 169 y 170.

decisión, para que sea reconocible como tal, tiene que tener un contenido mínimo, fijando el número de trabajadores despedidos, los criterios para su selección y el plazo de ejecución de los despidos, además de actualizar las causas alegadas en el inicio del periodo de consultas si la medida ha sufrido una transformación a lo largo del mismo. La decisión empresarial, a falta de acuerdo, es un elemento básico de la construcción legal. No puede admitirse que los despidos individuales se ejecuten sin decisión empresarial previa a los que ampare, habiendo sustituido dicha decisión empresarial a la antigua autorización administrativa»⁵⁰⁴.

En cuanto a los destinatarios de la comunicación, se habla de «representantes de los trabajadores» sin concretar qué representantes deben ser los receptores de tal comunicación. A mi entender, tal comunicación debe trasladarse no solo a los representantes de los trabajadores que han participado en el periodo de consultas sino a todos aquellos que ostenten la cualidad de representantes unitarios o sindicales, pues todos ellos están legitimados para impugnar la decisión empresarial de despido colectivo *ex* artículo 124.1 LRJS⁵⁰⁵.

Por lo que respecta a la documentación que debe incluir la comunicación de la decisión extintiva, aunque los apartados 2 y 3 del artículo 12 RPDC se encargan de detallarla, es necesario realizar una precisión: la documentación que exige el apartado 2 «*Documentación correspondiente a las medidas sociales de acompañamiento que se hubieran acordado u ofrecido por la empresa y el plan de recolocación externa en los casos de empresas obligadas a su realización*» deberá remitirse tanto a los

⁵⁰⁴ SAN 18-07-2014 (R° 136/2014).

⁵⁰⁵ En la misma dirección apuntan MERCADER UGUINA, J.R., y DE LA PUEBLA PINILLA, A., *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada*, *ob. cit.*, p. 170.

representantes de los trabajadores como a la Autoridad laboral, mientras que la documentación referenciada en el apartado 3 *“Las actas de las reuniones del periodo de consultas debidamente firmadas por todos los asistentes»* deberá remitirse únicamente a la Autoridad laboral simultáneamente, a mi entender, junto con la información contenida en el apartado 2 anteriormente comentado.

Respecto a la importancia de la comunicación de la decisión empresarial de extinción colectiva, no se trata de un formalismo enervante, sino de un presupuesto determinante que debe estar presente en cualquier despido colectivo, y ello se desprende claramente de los siguientes preceptos:

1. El artículo 3 de la Directiva 1998/59/CE, establece que *«El empresario estará obligado a notificar por escrito cualquier proyecto de despido colectivo a la autoridad pública competente (...). La notificación deberá contener todos los informes útiles referentes al proyecto de despido colectivo y a las consultas con los representantes de los trabajadores previstas en el artículo 2, especialmente los motivos del despido, el número de trabajadores habitualmente empleados y el periodo en el que se prevé que se van a efectuar los despidos. El empresario estará obligado a transmitir a los representantes de los trabajadores una copia de la notificación prevista en el apartado 1. Los representantes de los trabajadores podrán dirigir sus eventuales observaciones a la autoridad pública competente»*. La norma comunitaria, que se constituye como marco normativo a partir del cual los estados miembros desarrollan su legislación sobre los despidos colectivos, ya estableció en su momento la obligación de que el empresario transmita a los representantes de

los trabajadores el proyecto de despido colectivo que vaya a llevar a cabo.

2. El artículo 51.4 ET, establece que *«Alcanzado acuerdo o comunicada la decisión a los representantes de los trabajadores, el empresario podrá notificar los despidos individualmente a los trabajadores afectados lo que deberá realizar conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de esta ley. En todo caso, deberán haber transcurrido como mínimo treinta días entre la fecha de la comunicación de la apertura del periodo de consultas a la Autoridad laboral y la fecha de efectos del despido»*. Del tenor literal del precepto anteriormente transcrito, se desprende la imperiosa necesidad de comunicar a los representantes de los trabajadores la decisión empresarial para así poder proceder a la comunicación de dicha decisión de manera individual a cada trabajador afectado⁵⁰⁶.
3. El artículo 124.6 LRJS, establece que *«La demanda deberá presentarse en el plazo de caducidad de veinte días desde la fecha del acuerdo alcanzado en el periodo de consultas o de la notificación a los representantes de los trabajadores de la decisión empresarial de despido colectivo»*. Como vemos, la notificación de la decisión empresarial de despido colectivo se convierte en *dies a quo* del plazo de caducidad de veinte días que la norma estatutaria otorga a los trabajadores afectados por el despido para impugnar la decisión extintiva.

⁵⁰⁶ La necesidad de comunicación de la decisión empresarial de despido colectivo también se desprende de lo establecido en el artículo 14 RPDC, al establecer que: *«Tras la notificación de la decisión empresarial de despido colectivo a que se refiere el artículo 12, el empresario podrá comenzar a notificar los despidos de manera individual a los trabajadores afectos, lo que deberá realizar en los términos y condiciones establecidos en el artículo 53.1 del Estatuto de los Trabajadores»*.

Tal importancia se recoge por la doctrina judicial al establecer que *«Por muy flexible que queramos ser en la interpretación de los requisitos formales de los que el legislador ha querido dotar al procedimiento de despido colectivo tras las últimas reformas legales, (...)no puede equiparse, en opinión de la mayoría del Tribunal, a la recta observancia del mandato que impone el inciso final del artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores, es decir, la remisión "a los representantes legales de los trabajadores (...) (de) la decisión final de despido colectivo que haya adoptado y las condiciones del mismo", que brillan por su ausencia, máxime cuando la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social identifica en su artículo 124.6 el día inicial del cómputo del plazo de caducidad de la acción de despido colectivo con el "de la notificación a los representantes de los trabajadores de la decisión empresarial de despido colectivo", presupuesto constitutivo que en este caso no fue atendido por la demandada»*⁵⁰⁷.

Respecto a la sanción jurídica que deriva de la inobservancia de tal obligación, hay que realizar una serie de precisiones: si bien es cierto que, con el RDL 11/2013 se modificó el artículo 124.11 LRJS, estableciéndose que “únicamente” la sentencia declarará nula la decisión extintiva *“cuando el empresario no haya realizado el periodo de consultas o entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores 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*

⁵⁰⁷ STSJ Madrid 14-09-2012 (R° 45/2012).

públicas”, a mi entender, el incumplimiento de la obligación de comunicar la decisión empresarial de despido colectivo debe acarrear, obligatoriamente, la nulidad de la extinción colectiva, pudiéndose fundamentar, tal sanción jurídica después de la reforma emprendida por el RDL 11/2013, «*por falta de entrega de la documentación prevista en el artículo 51.2 ET*».

Asimismo, tal y como se establece en la resolución anteriormente citada, que considero que resulta siendo aplicable, “*Tratándose de un flagrante incumplimiento de uno de los mandatos contenidos en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores, la sanción no puede ser otra que la declaración de nulidad del despido colectivo sometido a nuestra atención enjuiciadora*”⁵⁰⁸.

En el mismo sentido se ha pronunciado el Alto Tribunal, realizando una exégesis estricta, al entender que la comunicación a los representantes de los trabajadores, independientemente de que exista o no acuerdo, resulta indispensable, puesto que del tenor literal de estos preceptos, palmariamente se desprende que no cabe ninguna duda en cuanto a que el despido colectivo, como acto de voluntad del empresario, que tras el período de consultas, con o sin acuerdo, decide extinguir los contratos de trabajo de los trabajadores afectados, exige, ineludiblemente, que la decisión final del despido sea comunicada o notificada a los representantes legales de los trabajadores, o dicho de otra manera, la voluntad empresarial no puede quedarse en una simple hipótesis o propósito manifestado con la iniciación y tramitación de la fase de

⁵⁰⁸ En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en STS 20-03-2013 (R° 81/2012), al establecer que «*La desinformación que produjo de manera inevitable en los representantes de los trabajadores en el presente caso, afectó a la realidad de la existencia de un verdadero periodo de consultas*» por lo que determinó la nulidad del periodo de consultas por falta clara de la documentación exigible.

consultas, sino que debe materializarse en una decisión expresiva e inequívoca de extinguir las relaciones laborales⁵⁰⁹.

Remitida la comunicación a los representantes de los trabajadores y a la Autoridad laboral, aparecen nuevas obligaciones de comunicación, ya no solo para el empresario, sino también para la Autoridad laboral.

La finalidad u objetivo de proceder a dicha comunicación a la Autoridad laboral, encuentra su fundamento en las medidas de examen y comprobación formal de legalidad, así como de defensa del interés público (a través de, en caso de acuerdo, del artículo 148 b) LRJS que regula el procedimiento de oficio)⁵¹⁰. Precisamente, el artículo 12.5 RPDC dispone que *«la Autoridad laboral dará traslado de la comunicación empresarial a que se refiere el apartado 1 a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo y a la Administración de la Seguridad Social cuando el procedimiento de despido colectivo incluya a trabajadores respecto de los que deba aplicarse lo dispuesto en el artículo 51.9 del Estatuto de los Trabajadores, haciendo constar en todo caso la fecha en la que el empresario le ha remitido dicha comunicación»*.

Por tanto, los sujetos destinatarios de este nuevo deber de información son la Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo y la Administración de la Seguridad Social y la finalidad que presenta la comunicación a estas entidades, para el supuesto en que dicha extinción afecte a trabajadores con cincuenta y cinco o más años de edad que no tuvieran la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967, radica en

⁵⁰⁹ STS 19-11-2014 (R° 138/2014).

⁵¹⁰ FALGUERA BARÓ, M.A., *El procedimiento del despido colectivo y el desarrollo del periodo de consultas: criterios judiciales*, ob. cit., pp. 137 y 138.

garantizar la suscripción del convenio especial con la Seguridad Social⁵¹¹.

Respecto al deber de información del empresario, el artículo 22.1 RD 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo, venía estableciendo la obligación del empleador de comunicar a la Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo, y con carácter previo a su efectividad, las medidas de despido colectivo adoptadas conforme al artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores.

No obstante, el Alto Tribunal, en STS 19-05-2015 (Rº 836/2012) ha declarado nula la Disposición Final segunda del RD 1483/2012, por la que se modifica el artículo 22 del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, que desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo.

Y ello es así porque tal Disposición Final encomienda la comunicación de las medidas de despido colectivo a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo a la empresa, cuando el propio Estatuto de los Trabajadores, así como la Ley de la Seguridad Social establecen que debe hacerlo la Autoridad laboral, según remarca la sentencia el Alto Tribunal.

A mi entender, tal norma reglamentaria (es decir, la Disposición Final Segunda del RD 1483/2012) no viene a contradecir lo dispuesto en el artículo 51.2 ET pues, difícilmente, la Autoridad laboral, con la comunicación que le ha remitido en ese momento el empresario, podrá tener conocimiento del verdadero alcance del procedimiento de despido

⁵¹¹ *Vid.*, MERCADER UGUINA, J.R., y DE LA PUEBLA PINILLA, A., *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada*, cit., p. 172.

colectivo, puesto que las negociaciones todavía estarán en marcha, las medidas sociales no habrán sido definidas ni el número de trabajadores afectados concretado. Lo preceptuado en el artículo 51.2 ET corresponde al momento inicial del procedimiento del despido colectivo, por lo que la obligación de la Autoridad laboral radica en comunicar a la Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo la comunicación de inicio del despido colectivo, a los efectos de que esta tenga constancia de la existencia del citado procedimiento⁵¹².

Según se afirma en la resolución casacional, la discrepancia entre la disposición reglamentaria y la norma estatutaria resulta patente, pues *«Así lo reconoce el Abogado del Estado, que en el escrito de contestación a la demanda centra, más bien, la defensa de la legalidad del precepto reglamentario impugnado en la necesidad de adaptar el mencionado trámite de comunicación a la nueva regulación del procedimiento de despido colectivo. Y subraya que se trata de un desarrollo reglamentario posible, que en nada perjudica los intereses de los trabajadores»*.

En mi opinión, tal afirmación resulta del todo inconsistente, pues el hecho de que se propugne la necesidad de adaptar el mencionado trámite de comunicación a la nueva regulación del procedimiento de despido colectivo no implica que, implícitamente, se esté afirmando la ilegalidad del precepto reglamentario. Es más, considero, al igual que el Abogado del Estado, que la solución propuesta por la norma

⁵¹² Así lo entendió también la doctrina judicial al establecer, en STSJ Madrid 14-09-2012 (R° 45/2012) que *«Según el modelo español instaurado tras las últimas reformas legislativas operadas, el despido colectivo basado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción ya no precisa autorización de la Autoridad laboral, cuya labor se circunscribe a supervisar la efectividad del período de consultas, colaborar con las partes e, incluso, mediar entre ellas cuando proceda si así se lo piden, sin perjuicio, por supuesto, de la obligación de comunicar la iniciación del procedimiento a la Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo y recabar informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.*

reglamentaria resulta más beneficiosa para los trabajadores, puesto que el contenido del artículo 22 RD 625/1985 y el procedimiento establecido en la Orden ESS/982/2013 se encargan de detallar y concretar, hasta el más mínimo detalle, las obligaciones de comunicación a la Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo, así como el sujeto encargado de realizar tal remisión una vez finalizado el proceso negociador, y quien mejor que el empresario para proceder a cumplir con tal cometido.

Asimismo, el Alto Tribunal, considera que *«No es ocioso añadir, a fin de evitar posible malentendidos, que esta Sala no considera que la imposición a la empresa de un deber de comunicación de las medidas de despido colectivo a la entidad gestora de las prestaciones de desempleo sea, por sí solo, ilegal. Lo que resulta contrario al art. 51.2 del Estatuto de los 5 Trabajadores y a la disposición adicional 63ª del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social es la supresión del deber de comunicación a la entidad gestora que, mientras las mencionadas normas legales no sean modificadas, pesa sobre la Autoridad laboral»*.

No obstante, si bien es cierto que la resolución casacional viene a anular el apartado primero de la DF 2ª del RD 1483/2012 y, por ende, la redacción que la citada disposición otorgó al artículo 22 RD 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por desempleo, no se hace mención alguna a la vigente Orden ESS 982/2013, de 20 de mayo, por la que se regula el contenido y procedimiento de remisión de la comunicación que deben efectuar los empleadores a la Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo en los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, cuya razón de ser, además, estriba en desarrollar

el contenido y procedimiento de la comunicación a que hace referencia el artículo 22 RD 625/1985. Por lo que puede afirmarse que el Alto Tribunal no ha venido a solucionar tal cuestión competencial, pues con la vigencia de esta Orden Ministerial, sigue existiendo tal controvertida cuestión.

Se hace constar en la citada Orden, con respecto al precepto citado que *«En él se establece la información mínima que ha de incluir la comunicación que las empresas, que adopten medidas de despido colectivo conforme al artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores o de suspensión de contratos o de reducción de jornada de acuerdo con el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores, han de efectuar a la Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo, disponiendo que esa información podrá ser completada de acuerdo con lo que establezcan las disposiciones de desarrollo de dicho real decreto»*.

Así, prosigue la citada norma, *«El citado Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, en su disposición final cuarta, autoriza a la Ministra de Empleo y Seguridad Social para dictar cuantas disposiciones sean necesarias para la aplicación y desarrollo de lo establecido en el mismo, y esa habilitación también queda recogida en la Disposición final primera del Real Decreto 625/1985. Asimismo, la obligatoriedad de comunicarse por medios electrónicos con los órganos de la Administración General del Estado o sus órganos públicos vinculados o dependientes viene recogida en el artículo 27.6 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, que podrá desarrollarse por orden ministerial, según lo dispuesto en el artículo 32.1 del Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla dicha Ley»*.

Su objeto radica en establecer la información que debe contener la comunicación que, con carácter previo a su efectividad, han de efectuar a la Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo los empleadores que adopten medidas de despido colectivo, conforme al artículo 51 ET, así como establecer el procedimiento y los medios electrónicos de remisión de la misma, según lo dispuesto en el artículo 22 del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo.

De todo lo que acaba de exponerse, resulta obvio que nos encontramos ante un conflicto importante en cuanto a la determinación de quién debe ser el encargado de proceder a la comunicación de las medidas derivadas del proceso extintivo: la Autoridad laboral o el empresario.

1. Puesto que la resolución casacional procede a la anulación de la DF 2ª RD 1483/2012 y no a la invalidación del artículo 22 RD 625/1985, debería atenderse a la redacción del precepto anterior a la entrada en vigor de la norma reformadora⁵¹³.

⁵¹³ El tenor literal del precepto con anterioridad a la entrada en vigor del RD 1483/2012 era la que sigue: «1. El Instituto Nacional de Empleo facilitará, en el plazo de quince días, a las Empresas que lo soliciten, y a los solos efectos de la resolución de los expedientes de regulación de empleo en los que no haya habido acuerdo, informe sobre si los trabajadores afectados reúnen los requisitos necesarios para tener derecho a la prestación por desempleo.

2. En los supuestos de acuerdo en los expedientes de regulación de empleo, y en los iniciados por los trabajadores, la Autoridad laboral remitirá al Instituto Nacional de Empleo relación nominal y números de documento nacional de identidad y de afiliación a la Seguridad Social de los trabajadores afectados, para que dicho Instituto informe en el plazo de ocho días sobre si los trabajadores reúnen los requisitos para causar derecho a la prestación por desempleo.

3. En la resolución de la Autoridad laboral figurarán, entre otros, los siguientes datos:

- a) Nombre o razón social de la Empresa, domicilio del centro o centros de trabajo y número de inscripción en la Seguridad Social;
- b) Nombre de los trabajadores afectados y números de documento nacional de identidad y afiliación a la Seguridad Social;
- c) Causa y carácter de la situación legal de desempleo de los trabajadores, consignando si el desempleo es total o parcial y, en el primer caso, si es temporal o definitivo. Si fuese temporal, se consignará el plazo por el que se concede la autorización de la suspensión y, si fuese parcial, se indicará el número de horas en que se reduce la jornada ordinaria.

Ahora bien, a mi entender, difícilmente esta redacción puede resultar aplicable al procedimiento de despido colectivo vigente, puesto que en el citado precepto se puede apreciar la influencia de la ya derogada autorización administrativa y el poder de intervención de la Autoridad laboral, potestad de actuación que tal órgano tiene bastante restringida en relación con la regulación anterior a la Reforma Laboral de 2012. Es más, si pretendiésemos realizar una exégesis sistemática de la Orden ESS/982/2013 en relación con el artículo 22 RD 625/1985, de 2 de abril, tal interpretación no resulta plausible puesto que las contradicciones entre ambas normas resultan insoslayables.

2. En mi opinión, las normas que acaban de citarse no contradicen el artículo 51.2 ET, solo hacen respecto de la DA 63ª LGSS, actual 267.3 de la citada norma. Por tanto, otra interpretación posible sería aplicar lo dispuesto en el citado precepto, que establece que *«Las situaciones legales de desempleo recogidas en los apartados 1.a) 1.º, 1.b) 1.º y 1.c) de este artículo, que se produzcan al amparo de lo establecido, respectivamente, en los artículos 51 y 47 del texto*

4. La Autoridad laboral remitirá al Instituto Nacional de Empleo, en unión de la resolución, los correspondientes certificados de Empresa.

5. Los trabajadores afectados deberán solicitar la prestación en la Oficina de Empleo correspondiente en el plazo de los quince días siguientes a la situación legal de desempleo o, en su caso, a la fecha de la notificación de la resolución de la Autoridad laboral.

6. En los supuestos de suspensión de la relación laboral en virtud de expediente de regulación de empleo, o de resolución judicial en el seno de un procedimiento concursal, cuando el período de suspensión se refiera exclusivamente a días laborables, a efectos del pago y consumo de las prestaciones por desempleo, a fin de computar la parte proporcional del descanso semanal, dichos días laborables se multiplicarán por el coeficiente 1,25, salvo en el supuesto de que la suspensión afecte a cinco o seis días laborables consecutivos, en que se abonarán y consumirán siete días».

Dicho coeficiente se aplicará sobre el total de los días laborables del mes, sin que en ningún caso la suma de los días a percibir por el trabajador en concepto de salarios y de prestaciones por desempleo puedan superar los días naturales de dicho mes.

refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, se acreditarán mediante una de las siguientes formas:

- 1º Comunicación escrita del empresario al trabajador en los términos establecidos en los artículos 51 o 47 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. La causa y fecha de efectos de la situación legal de desempleo deberá figurar en el certificado de empresa considerándose documento válido para su acreditación. La fecha de efectos de la situación legal de desempleo indicada en el certificado de empresa habrá de ser en todo caso coincidente con, o posterior a la fecha en que se comunique por el empresario a la Autoridad laboral la decisión empresarial adoptada sobre el despido colectivo, o la suspensión de contratos, o la reducción de jornada. Se respetará el plazo establecido en el artículo 51.4 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores para los despidos colectivos*
- 2º Acta de conciliación administrativa o judicial o resolución judicial definitiva.*

En los dos casos anteriores la acreditación de la situación legal de desempleo deberá completarse con la comunicación de la Autoridad laboral a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo, de la decisión del empresario adoptada al amparo de lo establecido en los artículos 51 o 47 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en la que deberá constar la fecha en la que el empresario ha comunicado su decisión a la Autoridad laboral, la causa de la situación legal de desempleo, los trabajadores afectados, si el desempleo es total o parcial, y en el primer caso si es temporal o definitivo. Si fuese temporal se

deberá hacer constar el plazo por el que se producirá la suspensión o reducción de jornada, y si fuera parcial se indicará el número de horas de reducción y el porcentaje que esta reducción supone respecto a la jornada diaria ordinaria de trabajo», eludiendo la aplicación del artículo 22 RD 625/1985 y la Orden ESS/982/2013, por ser contrarias a lo dispuesto a estas normas con rango legal. No obstante, tal exégesis tampoco estaría exenta de problemas, puesto que no se establece el mecanismo o procedimiento por el que la Autoridad laboral debe proceder a comunicar tales medidas a la Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo.

3. Tal y como se ha avanzado con anterioridad, si bien el Alto Tribunal declara nulo el apartado primero de la DF 2ª RD 1483/2012, nada se dice sobre la Orden ESS/982/2013, que también tiene su razón de ser en la citada disposición anulada.

Si atendemos al principio de jerarquía normativa, el Real Decreto se sitúa en el orden de prelación de las normas jurídicas inmediatamente después de las normas con rango de ley y antes de la Orden Ministerial. Por tanto, en virtud del citado principio, prevalece el artículo 22 RD 625/1985 a la citada Orden, por lo que debería resultar aplicable lo dispuesto en el mentado precepto con la redacción anterior a la DF 2ª RD 1483/2012.

A mi entender, pese a que estas son las únicas exégesis posibles, considero que son totalmente insuficientes para poder dar una solución coherente al problema. Por eso, tal vez, en la *praxis*, sigue siendo el empresario el encargado de comunicar las medidas de despido a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo, aplicándose así lo

dispuesto en la Orden ESS/982/2013⁵¹⁴, norma que, tal y como anteriormente se ha adelantado, sigue vigente.

Y es que, tal y como ya he expuesto con anterioridad, considero que la DF 2ª RD 1483/2012 en nada venía a contradecir lo dispuesto en el artículo 51.2 ET, puesto que estamos hablando de dos obligaciones totalmente diferentes y que tienen lugar en momentos completamente distintos, puesto que la obligación a que se refiere la norma estatutaria tiene lugar al inicio del procedimiento de despido colectivo, una vez que la Autoridad laboral recibe la comunicación de inicio del procedimiento de despido colectivo y la comunica, a la Entidad Gestora de las Prestaciones por desempleo a efectos de que el citado órgano tenga constancia del inicio del proceso extintivo, mientras que la redacción del artículo 22 RD 625/1985 dada por la DF 2ª RD 1483/2012 establecía la obligación de comunicar a la Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo las medidas de despido colectivo con carácter previo a su efectividad y una vez finalizado el procedimiento de despido colectivo, si bien es cierto que si que existe contradicción entre las normas citadas y lo dispuesto en la DA 63ª LGSS, actualmente, artículo 267.3 de la citada norma.

Por todo lo expuesto considero que, si bien debería procederse a una modificación por parte del legislador que aclare esta caótica situación, bien otorgando la competencia al empresario mediante una norma con rango legal pues, según el Alto Tribunal, *«la afirmación de que era necesario adaptar el trámite ahora considerado a la nueva regulación*

⁵¹⁴ Así se desprende de lo establecido en la página web del Servicio Público Estatal de Empleo https://www.sepe.es/contenidos/empresas/contratos_trabajo/certificados_empresa/datos_despidos_colectivos.html.

del procedimiento de despido colectivo no casa bien con el uso que, según se ha visto más arriba, se ha hecho de la figura del decreto-ley para introducir modificaciones en disposiciones reglamentarias: con más razón habría podido hacerse, habiendo razones de urgencia, para adaptar una determinada norma legal a la nueva regulación del procedimiento de despido colectivo» a lo que añade que no considera que la imposición a la empresa de un deber de comunicación de las medidas de despido colectivo a la entidad gestora de las prestaciones de desempleo sea, por sí solo, ilegal, sino que *«Lo que resulta contrario al art. 51.2 del Estatuto de los Trabajadores y a la disposición adicional 63ª del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social es la supresión del deber de comunicación a la entidad gestora que, mientras las mencionadas normas legales no sean modificadas, pesa sobre la Autoridad laboral»*, bien estableciendo una nueva Orden Ministerial que regule el procedimiento de comunicación, para el supuesto en que tal obligación resida en la Autoridad laboral; no es menos cierto que, de acuerdo con la vigente regulación del procedimiento de despido colectivo y, de acuerdo con los trámites previstos en la Orden ESS/982/2013, resulta más adecuada que la comunicación de las medidas se efectúe por el empleador.

En este sentido, la Orden ESS/982/2013, establece en el apartado 2 de su artículo 3 que deberá incluir la siguiente información:

- a) Nombre o razón social del empleador, así como su código de cuenta de cotización a la Seguridad Social, su número de identificación fiscal, y su domicilio.

- b) Relación de su centro, o sus centros de trabajo afectados, con sus códigos de cuenta de cotización a la Seguridad Social, así como sus números de identificación fiscal y sus domicilios.
- c) Consignación de si el empleador pertenece al sector privado o público y, en este último caso, si el ente, organismo o entidad pública tiene consideración de Administración Pública de acuerdo con lo establecido en el artículo 3.2 del texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.
- d) Causa que motiva la adopción de la medida, consignando si se debe a causas económicas, técnicas, organizativas, de producción, de fuerza mayor o de procedimiento concursal.
- e) Indicación de si la medida adoptada supone el despido colectivo.
- f) Relación nominal de los trabajadores afectados por cada centro de trabajo, su número de identificación fiscal y fecha de inicio de la medida decidida por el empleador.
- g) Consignación de si el período de consultas ha finalizado con acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores.
- h) Ámbito territorial de los despidos colectivos.
- i) Nombre y apellidos, número de identificación fiscal, teléfono y dirección de correo electrónico del representante legal de la empresa.
- j) En el supuesto de despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años, la comunicación especificará si la empresa se encuentra incluida en el supuesto previsto en la disposición adicional decimosexta de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, o cuando sea de aplicación el Real Decreto 1484/2012, de 29

de octubre, sobre las aportaciones económicas a realizar por las empresas con beneficios que realicen despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años.

- k) Fecha de la comunicación de la decisión empresarial a la Autoridad laboral sobre la medida a adoptar una vez finalizado el periodo de consultas o fecha de la resolución de la Autoridad laboral si se trata de un expediente por causa de fuerza mayor o fecha de la resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal.

Asimismo, el empresario deberá acompañar a la comunicación el acuerdo empresarial remitido a la Autoridad laboral.

Dicha comunicación, que deberá figurar en el formato electrónico establecido en el artículo 6.2 de la Orden Ministerial citada⁵¹⁵, se realizará a través de los medios electrónicos identificados en su artículo 4⁵¹⁶.

En cuanto al plazo en el que debe realizarse el envío de la información, el artículo 7 de la Orden ESS/982/2013 no deja lugar a duda al establecer que: *«Los sujetos obligados al envío de la información a la Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo deberán realizar dicho envío al finalizar el periodo de consultas y, ya emitido, cuando proceda, el informe al que se refiere el artículo 47 del Real Decreto 1483/2012, a partir de la comunicación de la decisión empresarial a la*

⁵¹⁵ La comunicación utilizará la tecnología XML.

⁵¹⁶ Según el artículo 4 de la Orden ESS/982/2013, de 20 de mayo, *«La transmisión de la información detallada en el artículo 3 se realizará vía internet, a través de la aplicación certific@2, creada por la Orden TAS/3261/2006, de 19 de octubre, por la que se regula la comunicación del contenido del certificado de empresa y de otros datos relativos a los períodos de actividad laboral de los trabajadores y el uso de medios telemáticos en relación con aquella».*

Autoridad laboral y antes de hacerse efectivas las medidas de suspensión del contrato, reducción de jornada o extinción de la relación laboral».

Respecto al procedimiento para el envío de la información, se realizará a través de la página Web del Servicio Público de Empleo Estatal o de su sede electrónica, a través de los medios electrónicos siguientes⁵¹⁷:

- a) Certificado digital expedido por la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda o por las autoridades de certificación reconocidas que figuran en la relación actualizada disponible en la aplicación.
- b) Autorización concedida por la aplicación CONTRAT@, consistente en un código de usuario y una clave personal.

Especial referencia efectúa el artículo 3.2 k) de la Orden ESS 982/2013 sobre el supuesto de despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años, y en concreto, establece la necesidad de que, cuando concurra este supuesto, el empleador especifique en la comunicación de su decisión empresarial de despido colectivo a la Entidad Gestora si la empresa se encuentra incluida en el supuesto previsto en la Disposición Adicional decimosexta de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, o cuando sea de aplicación el Real Decreto 1484/2012, de 29 de octubre, sobre las aportaciones económicas a realizar por las empresas con beneficios que realicen despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años.

Si bien es cierto que el Real Decreto 1484/2012, de 29 de octubre, en su Exposición de Motivos, establece que tiene por objeto: *«Regular el*

⁵¹⁷ Vid., al respecto, artículo 7 de la Orden ESS/982/2013, de 20 de mayo.

procedimiento para la liquidación y el pago de las aportaciones, incorporando aquellos aspectos instrumentales y las cuestiones técnicas necesarias para que los órganos competentes puedan liquidar y recaudar el pago de las mismas»; es decir, viene a ser un instrumento de desarrollo de lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimosexta de la Ley 27/2011, lo curioso es que dicha DA, en su apartado catorce establece que: «Lo previsto en esta disposición será de aplicación a los procedimientos de despido colectivo iniciados a partir del 1 de enero de 2013», mientras que el RD 1484/2012 en el apartado primero de su Disposición Transitoria Primera establece que «De conformidad con lo establecido en el apartado 10 de la disposición adicional decimosexta de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de seguridad social, lo previsto en este real decreto será de aplicación respecto de los trabajadores afectados por los procedimientos de despido colectivo iniciados a partir del 27 de abril de 2011».

Vemos que la aplicación temporal de dichas normas no coincide y, a mi entender, la explicación es la siguiente: la remisión al apartado 10 de la DA. decimosexta es errónea, porque dicho apartado viene a regular el supuesto de cambio de titularidad de la empresa, por lo que considero que tal remisión debería producirse al apartado primero de la DA decimosexta, en concreto a la letra b), que establece que «A los efectos del cálculo del porcentaje de trabajadores despedidos de cincuenta o más años sobre el total de trabajadores despedidos se incluirán los trabajadores afectados por el despido colectivo y aquellos cuyos contratos se hayan extinguido por iniciativa de la empresa en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los

procedimientos previstos en el artículo 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, siempre que dichas extinciones de contratos se hayan producido en los tres años anteriores, con el límite del 27 de abril de 2011, o en el año posterior al inicio del procedimiento de despido colectivo».

Por ello, aunque lo dispuesto en el Real Decreto 1484/2012, de 29 de octubre viene a desarrollar la Disposición Adicional Decimosexta de la Ley 27/2011, podría decirse que, en virtud de lo establecido en su Disposición Transitoria Primera, lo dispuesto en ella, a su vez, se retrotrae a los trabajadores afectados por los procedimientos de despido colectivo iniciados a partir del 27 de abril de 2011; por ello el apartado k) del artículo 3 de la Orden ESS/982/2013, de 20 de mayo establece que *«En el supuesto de despidos colectivos (...) la comunicación especificará si la empresa se encuentra incluida en el supuesto previsto en la disposición adicional decimosexta de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social o cuando sea de aplicación el Real Decreto 1484/2012, de 29 de octubre, sobre las aportaciones económicas a realizar por las empresas con beneficios que realicen los despidos colectivos que afecten a trabajadores con cincuenta o más años».*

Por lo que respecta a la citada Disposición Adicional de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, en su apartado primero dispone que las empresas que realicen despidos colectivos de acuerdo con lo establecido en el artículo 51 ET deberán efectuar una aportación económica al Tesoro Público, siempre que concurren las siguientes circunstancias:

- a. Que los despidos colectivos sean realizados por empresas de más de 100 trabajadores o por empresas que formen parte de grupos de empresas que empleen a ese número de trabajadores.
- b. Que el porcentaje de trabajadores despedidos de cincuenta o más años de edad sobre el total de trabajadores despedidos sea superior al porcentaje de trabajadores de cincuenta o más años sobre el total de trabajadores de la empresa.

A los efectos del cálculo del porcentaje de trabajadores despedidos de cincuenta o más años sobre el total de trabajadores despedidos, se incluirán los trabajadores afectados por el despido colectivo y aquellos cuyos contratos se hayan extinguido por iniciativa de la empresa en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el artículo 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, siempre que dichas extinciones de contratos se hayan producido en los tres años anteriores, con el límite del 27 de abril de 2011, o en el año posterior al inicio del procedimiento de despido colectivo.

- c. Que, aun concurriendo las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que justifiquen el despido colectivo, se cumpla alguna de las dos condiciones siguientes:
 1. Que las empresas o el grupo de empresas del que formen parte hubieran tenido beneficios en los dos ejercicios económicos anteriores a aquel en que el empresario inicia el procedimiento de despido colectivo.
 2. Que las empresas o el grupo de empresas del que formen parte obtengan beneficios en al menos dos ejercicios económicos consecutivos dentro del periodo comprendido entre el ejercicio

económico anterior a la fecha de inicio del procedimiento de despido colectivo y los cuatro ejercicios económicos posteriores a dicha fecha.

A estos efectos se considera que una empresa ha tenido beneficios cuando el resultado del ejercicio, tal y como se define en los modelos de cuentas anuales de pérdidas y ganancias, tanto normal como abreviada, recogidos en el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad, o en la normativa contable que sea de aplicación, sea positivo.

Tal y como se establece en su apartado 7 , las empresas a que se refiere dicha disposición deberán presentar, ante la Autoridad laboral competente en el procedimiento de despido colectivo, un certificado firmado por persona con poder suficiente en el que deberá constar la información que reglamentariamente se determine.

Dicha información aparece detallada en el apartado segundo del artículo 5 RD 1484/2012, y establece dicho certificado deberá contener la siguiente información:

- a. Datos de identificación de la empresa responsable: razón o denominación social, número de identificación fiscal, código o códigos de cuenta de cotización a la Seguridad social, domicilio y actividad.
- b. Resultado del ejercicio e ingresos obtenidos por la empresa o el grupo de empresas del que forme parte, en los dos ejercicios consecutivos mencionados en el artículo 2.1.c), así como el porcentaje medio de los beneficios sobre los ingresos.
- c. Fecha de inicio del procedimiento de despido colectivo.

- d. Número de trabajadores de la empresa en la fecha de inicio del procedimiento de despido colectivo.
- e. Número de trabajadores de la empresa que tuvieran cincuenta o más años en la fecha de inicio del procedimiento de despido colectivo.
- f. Número de trabajadores afectados por el despido colectivo
- g. Número e identificación de los trabajadores de cincuenta o más años afectados por el despido colectivo.
- h. Relación de los contratos de trabajo extinguidos por iniciativa de la empresa en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el artículo 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, con indicación de la edad de dichos trabajadores que se hubieran extinguido en el plazo de tres años anteriores o en el año posterior al inicio del procedimiento de despido colectivo.

La Autoridad laboral deberá remitir dicho certificado al Servicio Público de Empleo Estatal y el Servicio Público de Empleo Estatal podrá, en todo caso, iniciar el procedimiento de liquidación cuando verifique la concurrencia establecida anteriormente, aun cuando no le haya sido remitido por la Autoridad laboral el certificado que se acaba de explicar.

Respecto al deber de información que compete a la Autoridad laboral, la Disposición Adicional Segunda del RD 1483/2012, establece que *«A efectos de completar la acreditación de la situación legal de desempleo, de conformidad con la disposición adicional sexagésimo tercera del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, la Autoridad laboral comunicará a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo, la decisión del empresario adoptada al amparo de lo establecido en los*

artículos 51 o 47 del Estatuto de los Trabajadores, en la que deberá constar la fecha en la que el empresario ha comunicado su decisión a la Autoridad laboral, la causa de la situación legal de desempleo, los trabajadores afectados, si el desempleo es total o parcial, y en el primer caso si es temporal o definitivo. Si fuese temporal se deberá hacer constar el plazo por el que se producirá la suspensión o reducción de jornada, y si fuera parcial se indicará el número de horas de reducción y el porcentaje que esta reducción supone respecto a la jornada diaria ordinaria de trabajo. A la información dispuesta en el párrafo anterior se acompañará el informe evacuado por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social previsto en el artículo 11 del Reglamento».

En cuanto al deber de información al que se ve constreñida la Autoridad laboral en el supuesto en que el despido colectivo se realice por empresas no incursas en procedimiento concursal, que incluyan a trabajadores de cincuenta y cinco o más años de edad que no tuvieren la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967, el artículo 12.5 RPDC, dispone que la Autoridad laboral dará traslado de la comunicación a que se refiere el apartado 1 del propio artículo 12 (es decir, la comunicación de la decisión empresarial de despido colectivo) a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo y a la Administración de la Seguridad Social cuando el procedimiento de despido colectivo incluya a trabajadores respecto de los que deba aplicarse lo dispuesto en el artículo 51.9 ET, pues existe la obligación empresarial de abonar las cuotas destinadas a la financiación de un convenio especial respecto a estos trabajadores, haciendo constar en todo caso la fecha en la que el empresario le ha remitido dicha comunicación.

2.2. Los efectos de la falta de comunicación de la decisión empresarial de despido colectivo

Una vez finalizado el periodo de consultas, el empresario debe comunicar a la Autoridad laboral competente el resultado del mismo y, si se hubiera alcanzado acuerdo alguno, deberá trasladarle copia íntegra del mismo.

En todo caso, comunicará a los representantes de los trabajadores y a la Autoridad laboral la decisión sobre despido colectivo que realiza y, dicha comunicación, se realizará como máximo en el plazo de quince días a contar desde la fecha de la última reunión celebrada en el periodo de consultas.

Si transcurrido dicho plazo de quince días, el empresario no ha comunicado la decisión de despido colectivo, se producirá la caducidad del procedimiento de despido colectivo, lo que impedirá al empresario proceder conforme a lo señalado en el artículo 14 RPDC, es decir, no podrá notificar los despidos de manera individual a los trabajadores afectados, sin perjuicio, en su caso, de la posibilidad de iniciar un nuevo procedimiento⁵¹⁸.

Tanto la norma estatutaria como la reglamentaria, sancionan la inactividad del empresario por no comunicar la decisión de despido colectivo con la «*caducidad del procedimiento*».

A mi entender, ambas normas incurren en un grave error al utilizar el término mencionado para referirse a la inactividad del empresario, pues no hacen sino desenterrar una institución que pereció tras las reformas

⁵¹⁸ Vid. artículos 51.2 ET y 14.4 RPDC.

acaecidas por el RDL 3/2012 y la Ley 3/2012 e intentar dotar al actual procedimiento de despido colectivo de una naturaleza administrativa que, tal y como se ha visto en el epígrafe anterior, no le corresponde.

A mi entender, la denominada «caducidad» del procedimiento se está refiriendo a un supuesto de inactividad empresarial, a una renuncia a la continuación del procedimiento o, como lo denomina algún autor, a un «*desistimiento tácito*»⁵¹⁹ debido a un posible desinterés del proyecto de despido colectivo que motivó la iniciación del procedimiento.

La Memoria de Impacto Normativo, al referirse a tal figura, establece que, en caso de que el empresario incumpla el plazo de quince días para efectuar la comunicación de la decisión de despido colectivo, «*Se producirá la terminación del procedimiento de despido colectivo por desistimiento del empresario, sin perjuicio de que el empresario pueda iniciar un nuevo procedimiento*».

Dicha previsión, según la citada Memoria, constituye una garantía de seguridad jurídica para las partes, al resultar contraria a dicha seguridad el hecho de mantener abierta *sine die* la posibilidad de tomar la decisión empresarial de despido colectivo una vez hubiese finalizado el procedimiento de consultas.

Por tanto, la utilización de tal concepto de “caducidad” resulta un residuo de la lógica administrativa que acompañaba al procedimiento de despido colectivo⁵²⁰.

⁵¹⁹ Así lo denominan MERCADER UGUINA, J.R., y DE LA PUEBLA PINILLA, A., *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada*, ob. cit., p.173.

⁵²⁰ *Ídem*

A mi entender, independientemente de tales observaciones, lo que realmente resulta trascendental es que la posibilidad de ejecutar las extinciones previstas conexas con una exigencia temporal ulterior al procedimiento de negociación erigiéndose como un límite temporal que, de rebasarse, derivará una serie de efectos sobre el proyecto de despido.

Así, las consecuencias que derivan de tal desistimiento es la imposibilidad de notificar individualmente los despidos y por tanto, la imposibilidad de ejecutar la decisión extintiva y, de llevarse a cabo, tal decisión extintiva debería conllevar la nulidad pues el periodo de consultas no se habría desarrollado eficazmente y por tanto, debería considerarse inexistente al no haberse cumplido las exigencias legales⁵²¹. Si, contrariamente, el empleador continuase con el procedimiento y realizase las comunicaciones individuales oportunas, estaría incurriendo ante un despido colectivo de hecho⁵²².

Igualmente, debe hacerse constar el vínculo o nexo entre la mentada comunicación que se erigirá como el *dies a quo* del cómputo de la acción

⁵²¹ Así, la SAN 18-07-2014 (R° 134/2014) dispuso que *«la caducidad, como figura de orden público que, a diferencia de la prescripción excede de los intereses de las partes y responde a una finalidad querida por el legislador de seguridad jurídica, es apreciable de oficio. En este caso la causa de nulidad que se alega no es tal, sino causa de caducidad del periodo de consultas y del procedimiento de despido colectivo. Como señala la norma antes citada, esto impide al empresario proceder conforme a lo señalado en el artículo 14 del Reglamento (esto es, proceder a los despidos individuales) por lo que si se practican tras el periodo de consultas caducado despidos individuales, será como si no hubiera existido periodo de consultas, con las consecuencias legales que procedan»*.

⁵²² La SAN 18-07-2014 (R° 136/2014) estableció que *« A pesar de dicha caducidad del procedimiento de despido colectivo y de su periodo de consultas, esta Sala podría entrar a conocer de la impugnación del despido colectivo subsiguiente, si el mismo hubiera sido practicado por la empresa, de manera que se podría declarar la nulidad del despido colectivo si se identificaran los concretos trabajadores despedidos, puesto que no otra sería la consecuencia de la falta de la decisión de despido colectivo dentro del plazo legalmente previsto y la correspondiente caducidad del procedimiento. Y esto es así porque la caducidad del periodo de consultas lo convertiría en un despido colectivo de hecho, que puede ser impugnado también por la vía del artículo 124 de la Ley de la Jurisdicción Social»*. Vid., al respecto, también las STS 25-11-2013 (R° 52/2013) y SSAN 14-05-2014 (R° 66/2014) y 27-07-2013 (R°127/2012).

colectiva⁵²³, con la eventual caducidad de las pretensiones individuales⁵²⁴.

Por último hay que mencionar que dicha inactividad empresarial, tal y como establece el propio apartado cuarto, no impide la posibilidad de iniciar un nuevo procedimiento, lo que implicaría, a mi entender, cumplir, esta vez y, *ex novo*, con todas las obligaciones y mandatos que requieren tanto el artículo 51 ET como el RPDC.

⁵²³ FALGUERA BARÓ, M.A., *El procedimiento de despido colectivo y el desarrollo del período de consultas: criterios judiciales*, ob. cit., p. 143.

⁵²⁴ El Alto Tribunal estableció, en su STS 19-11-2014 (R° 183/2014) que *«la necesidad, por su trascendencia, de la citada comunicación expresa y formal, se pone de manifiesto también en la regulación del despido colectivo que lleva a cabo la LRJS (...) Si la comunicación o notificación a los representantes de los trabajadores de la decisión empresarial de despido colectivo, es precisamente la determinante del inicio de los plazos para ejercer las acciones expuestas, no puede negarse su trascendencia como requisito esencial para la efectividad del mismo, ni puede entenderse cumplido el mismo de cualquier manera, pues a este respecto la propia norma indica -artículo 51.2 ET- que debe llevarse a cabo de forma imperativa (remitirá) y el contenido de la misma (la decisión final del despido colectivo que haya adoptado y las condiciones del mismo)»*.

3. PRIORIDAD DE PERMANENCIA EN LA EMPRESA

Tanto el artículo 51.5 ET como el 13.1 RPDC, establecen que los representantes legales de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa respecto de los demás trabajadores afectados por el procedimiento de despido colectivo.

Esta preferencia se concreta, para los delegados sindicales, en el artículo 10.3 LOLS; para los delegados de prevención, en el artículo 37.1 LPRL; y, finalmente, para los representantes unitarios, en el artículo 68.b) ET.

Asimismo, tanto la norma estatutaria como la reglamentaria, permiten que dicha prioridad de permanencia pueda favorecer igualmente a los trabajadores pertenecientes a otros colectivos cuando así se hubiera pactado en convenio colectivo o en el acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas.

Esta prioridad de permanencia podría alcanzar a colectivos, tales como trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad.

3.1. Prioridad de permanencia a favor de los representantes de los trabajadores

El artículo 68 ET establece una serie de garantías a favor de los representantes de los trabajadores, dentro de las cuales, se encuentra la *«Prioridad de permanencia en la empresa o centro de trabajo respecto de*

los demás trabajadores, en los supuestos de suspensión o extinción por causas tecnológicas o económicas».

Mientras que la norma estatutaria utiliza el término «garantías» para referirse al conjunto de derechos que se enumeran en su artículo 68 y que se atribuyen a los trabajadores que conforman los órganos de representación de la empresa, garantías dentro de las cuales, se encuentra la prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores en la empresa o centro de trabajo; la legislación internacional, en concreto, el Convenio OIT n° 135 , de 23 de junio de 1971 relativo a la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en la empresa, extrae de estas garantías la prioridad de permanencia de los representantes en la empresa para regularlos de manera separada y diferenciada del resto de garantías⁵²⁵.

Por una parte, en su artículo primero, el Convenio alude a dicha prioridad de permanencia, a la que se refiere como «protección eficaz», al configurarla de la siguiente manera: *«Los representantes de los trabajadores en la empresa deberán gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos, incluido el despido por razón de su condición de representantes de los trabajadores, de sus actividades como tales, de su afiliación al sindicato, o de su participación en la actividad sindical, siempre que dichos representantes actúen conforme a las leyes, contratos colectivos u otros acuerdos comunes en vigor»*, mientras que, por otro lado, en el apartado segundo del artículo 2, regula las garantías de dicho representantes, a las que denomina “facilidades apropiadas”, al

⁵²⁵ DEL JUNCO CACHERO, M., “Despido Objetivo: Garantía de prioridad de permanencia del representante de los trabajadores”, *Temas Laborales*, N° 99, 2009, pp. 301-309.

establecer que «Los representantes de los trabajadores deberán disponer en la empresa de las facilidades apropiadas para permitirles el desempeño rápido y eficaz de sus funciones».

Con independencia de la genérica alusión que a dicha prioridad realiza el Estatuto de los Trabajadores, o de la concreta referencia que de la misma efectúa el Convenio núm. 135 de la OIT, lo cierto es que estas facilidades o beneficios a favor de los representantes de los trabajadores se configuran como un conjunto de garantías que presentan una finalidad doble cual es, por un lado, favorecer y asegurar el ejercicio de las funciones de los representantes legales de los trabajadores ante posibles represalias del empresario y por otro, procurar la defensa de los intereses del colectivo al que representan, que no es otro que el de los trabajadores. En este sentido, la doctrina judicial estableció que tal garantía permite a los representantes de los trabajadores «por una parte, negociar el despido colectivo sin la presión añadida de estar afectados, salvo en los supuestos ya comentados y por otra, asegura que los trabajadores, que permanecen en la empresa después del despido colectivo, mantienen a sus representantes, quienes les garantizan consecuentemente su protección»⁵²⁶.

Ahora bien, volviendo a la regulación que de la prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores contienen los artículos 51.5 ET y 13.1 RPDC, ninguna referencia aparece en los citados artículos acerca del ámbito en el que debe operar esa garantía, lo cual plantea numerosos problemas prácticos.

⁵²⁶ SAN 12-06-2013 (Rº 143/2013).

El derecho de prioridad controvertido ha sido estudiado por la doctrina judicial, por todas STSJ Cataluña de 22-01-2013, (Rº 6055/2012), en la que se sostuvo lo siguiente: «*La prioridad supone el reconocimiento de una preferencia de conservación del empleo en los supuestos de cese debido a las indicadas causas. Pero esas normas no determinan el ámbito al que esa garantía se extiende, pues las expresiones "en la empresa" o "en el centro de trabajo" no tienen esa significación. La garantía es, desde luego, relativa y así lo ha señalado la doctrina científica, destacando que la misma no puede actuar cuando desaparecen todos los puestos de trabajo, pues entonces no hay una alternativa de selección. Esta alternativa se produce cuando existen varios puestos de trabajo sobre los que se proyecta el efecto de la causa extintiva*»⁵²⁷.

Por tanto, el derecho de prioridad se configura, por un lado como una garantía de carácter relativo, ya que no es alegable con carácter absoluto frente al resto de trabajadores que configuren cualquier categoría o grupo profesional, y por otro como una alternativa de selección, alternativa que se produce cuando existen varios puestos de trabajo sobre los que se proyecta el efecto de la causa extintiva.

Por ello, el problema que se plantea es si la garantía se mantiene dentro del ámbito de afectación de la causa extintiva o si puede extenderse más allá de dicha causa.

⁵²⁷Así se pronuncia la SAN 12-6-2013 (Rº 143/2013).

El Tribunal Supremo, en STS 30-11-2005⁵²⁸, resuelve el problema, a mi entender, de manera totalmente errónea, al indicar que *«No hay ninguna regla que establezca que la garantía de la preferencia deba quedar limitada al ámbito de afectación de la causa extintiva. Por el contrario, los preceptos legales citados señalan que la conservación del puesto de trabajo que resulta de la aplicación de la preferencia se extiende a la empresa o al centro de trabajo y este será en principio el ámbito de afectación, aunque esta mención alternativa -empresa, centro de trabajo- juega como una referencia a la conexión entre la garantía y el ámbito de la representación del trabajador, de forma que si este se extiende a la empresa dentro de ésta deberá operar la garantía, mientras que si se trata del centro de trabajo tendrá que limitarse a este. Es cierto que esto obliga a que, por la lógica de la sustitución, pueda resultar afectado por la causa extintiva quien objetivamente no lo estaría en principio, pues si la empresa, para respetar la garantía tiene que emplear al representante en otra unidad productiva -otra estación de servicio en el caso decidido-, esto llevará normalmente consigo que un trabajador de esa unidad productiva pueda resultar excedente, si no hay vacante y su puesto de trabajo es asignado al representante»*, a lo que añade el Tribunal que *«ésta es un consecuencia de la efectividad de la garantía que, en cuanto preferencia, se traduce siempre en un sacrificio potencial para el resto de los trabajadores incluidos en el ámbito en que opera la garantía, con independencia de que este pueda ser más o menos extenso. Por otra parte, si no fuera así las posibilidades de eludir la garantía mediante el ejercicio por parte del empresario de sus facultades*

⁵²⁸ Más actual, la STSJ Castilla y León 16-03-2016 (Rº 195/2015) esgrime la argumentación esgrimida por el Alto Tribunal en la resolución que acaba de citarse para determinar el alcance de la prioridad de permanencia de los representantes legales de los trabajadores.

en orden a la movilidad supondrían un riesgo muy alto para la efectividad de aquella garantía»⁵²⁹.

Según la doctrina científica, si el ámbito de representación del trabajador está circunscrito a un concreto centro de trabajo, las garantías de permanencia deben limitarse a tal ámbito⁵³⁰. Sin embargo, si el trabajador, ostentando tal condición en el centro en cuestión, es partícipe de la comisión negociadora del procedimiento de despido colectivo en la empresa, la prioridad de permanencia se le deberá reconocer a nivel de empresa⁵³¹.

Otra solución fue propuesta por la STSJ Cataluña 21-07-2009 (R° 3005/2009), al señalar que la prioridad de permanencia en la empresa a favor de los representantes de los trabajadores tiene *«un carácter instrumental de garantía del desempeño de sus funciones representativas»*. Ahora bien, según la resolución objeto de cita, *«la garantía sindical que se traduce en la prioridad de permanencia de los representantes legales de los trabajadores no exige para su efectividad que se considere como un derecho de permanencia en el puesto de trabajo esgrimible con carácter absoluto frente a todos los demás trabajadores de cualquier grupo o categoría; por lo que "entenderla vinculada a la idoneidad del trabajador en relación con las características del puesto de trabajo resulta una exigencia razonable de organización de la empresa que no restringe el núcleo esencial del derecho de prioridad, que es relativo por su propia esencia...". De tal manera que "ese derecho de permanencia se produce cuando los puestos que subsisten son*

⁵²⁹ Ya se pronunció así anteriormente en STS 22-04-2003 (R° 687/1998)

⁵³⁰ ROQUETA BUJ, R., *La selección de los trabajadores afectados por los despidos colectivos*, ob. cit., p. 74.

⁵³¹ STSJ Castilla la Mancha 31-03-2014 (R° 62/2014).

equivalentes (por lo que) el derecho de prioridad que tiende a su salvaguarda pueda ejercerse cuando es posible hacerlo efectivo acudiendo a la movilidad de puestos de trabajo, siempre que exista idoneidad del titular del derecho de prioridad de permanencia para obtener una ocupación efectiva mediante el ejercicio de las funciones correspondientes»⁵³².

Consiguientemente, la prioridad de permanencia no corresponderá únicamente a aquellos trabajadores que desempeñen el mismo puesto de trabajo o cualquier puesto análogo, o incluso a aquellos que formen parte de una misma categoría profesional, sino que tal prioridad se extenderá también a los *«puestos de trabajo en los que, por existir homogeneidad pueden ser desempeñados por los representantes de los trabajadores»⁵³³ o que «exista otro puesto de trabajo funcionalmente equivalente al afectado y, por tanto, intercambiable»⁵³⁴.*

En este sentido, la doctrina científica⁵³⁵ ha venido a postular que, con tal exégesis el empresario se verá en la tesitura de agotar todas las probabilidades de reubicación del representante legal de los trabajadores en el centro de trabajo o, en el caso que corresponda, en el centro de trabajo, designarle un nuevo puesto de trabajo que, funcionalmente, resulte equivalente al que él venía desempeñando, debiendo ostentar los requisitos académicos y profesionales que deriven del puesto de trabajo a desarrollar, de acuerdo con el artículo 39.1 ET.

⁵³² En el mismo sentido, STS 06-05-2003 (R° 7043/1998) y SAN 12-06-2013 (R° 143/2013).

⁵³³ SSTSJ Cataluña 08-04-2013 (R° 556/2013); 27-0-2012 (R° 33/2011) y 13-10-2011 (R° 4292/2011).

⁵³⁴ SSTS La Rioja 25-06-2014 (R° 102/2014); Cantabria 18-07-2013 (R° 413/2013); Cataluña 09-10-2013 (R° 3303/2013) y 27-01-2012 (R° 33/2011).

⁵³⁵ ROQUETA BUJ, R., *La selección de los trabajadores afectados por los despidos colectivos*, ob. cit., p. 75.

A mi entender, la garantía de prioridad de permanencia debe mantenerse dentro del ámbito de afectación de la causa extintiva y debe garantizarse únicamente en relación con otros puestos de trabajo en la misma sección donde presta sus servicios el representante o, mejor dicho, mientras subsista actividad laboral del grupo o categoría profesional a la que pertenece el representante, este tendrá derecho a formar parte de este colectivo de trabajadores que continua desarrollando su actividad en la empresa⁵³⁶, pues considero que dicha preferencia queda referida únicamente a la categoría o grupo profesional del representante, y ello por los siguientes motivos:

1. Sería totalmente injusto y discriminatorio para el resto de trabajadores que tal garantía superase el ámbito de afectación de la causa extintiva y se extendiese a otros grupos o categorías profesionales que quedaran fuera del ámbito de afectación de esa causa extintiva pues, a mi entender, se estarían vulnerando, por un lado el principio de seguridad jurídica, y por otro, lo dispuesto en los artículos 4.1.a)⁵³⁷ y 4.2.a)⁵³⁸ ET e incluso, en aquellos supuestos en los que los representantes de los trabajadores tuviesen vinculación a un sindicato, se estaría vulnerando lo establecido en la letra c) del apartado dos del artículo 4 ET⁵³⁹.

⁵³⁶ Vid., al respecto, TUDELA CAMBRONERO, G., *Las garantías de los representantes de los trabajadores en la empresa*, Madrid, Tecnos, 1988, p. 92.

⁵³⁷ «Los trabajadores tienen como derechos básicos, con el contenido y alcance que para cada uno de los mismos disponga su específica normativa, los de:

a) Trabajo y libre elección de profesión y oficio».

⁵³⁸ «En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho:

a) A la ocupación efectiva».

⁵³⁹ «En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho a:

c) A no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español».

2. El derecho de prioridad se configura, por un lado como una garantía de carácter relativo, ya que no es argüible con carácter absoluto frente al resto de trabajadores que configuren cualquier categoría o grupo profesional, y por otro como una alternativa de selección, alternativa que se produce cuando existen varios puestos de trabajo sobre los que se proyecta el efecto de la causa extintiva.
3. Atendiendo al tenor literal de la norma, el artículo 51.5 ET establece que *«Los representantes legales de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa en los supuestos a que se refiere este artículo (...)»*. Como vemos, no se trata de una garantía de permanencia, sino de una garantía de prioridad de permanencia, en la que, necesariamente, habrán de concurrir, para un mismo puesto de trabajo, al menos, más de dos trabajadores⁵⁴⁰ que deberán reunir los criterios técnicos y laborales necesarios para poder ocupar dicho puesto, en cuyo caso, es entonces donde se impondrá la preferencia del representante⁵⁴¹.

En consecuencia, considero que la preferencia de permanencia se debe estimar concurrente cuando nos encontremos ante trabajadores del mismo grupo o categoría profesional, siempre y cuando los puestos que subsistan sean equivalentes⁵⁴².

⁵⁴⁰ La STS 27-07-1989 estableció que *«El presupuesto implícito para la aplicación de la garantía del art. 68 b) del Estatuto de los trabajadores [...] es la existencia de dos o más trabajadores entre los que establecer algún tipo de prioridad o preferencia»*.

⁵⁴¹ STSJ Cataluña 22-04-2008 (R° 1133/2008) *«En el presente caso, por cuanto en la empresa hay dos trabajadores, entre ellas la recurrente, que realizan tareas administrativas, es evidente que existe una idoneidad de la recurrente para desempeñar el puesto de trabajo de la otra trabajadora administrativa y, en consecuencia, entra en juego la garantía de prioridad de permanencia en la empresa dada su condición de representante sindical por lo que se ha infringido su garantía de permanencia»*

⁵⁴² Vid. STSJ Cataluña de 27-01-2012 (R° 33/2011).

Respecto al momento en el que debe concurrir en el representante tal condición será el de la extinción del contrato de trabajo⁵⁴³. Puesto que ni el acuerdo derivado del periodo de consultas ni la decisión empresarial de despido colectivo extinguen, per se, los contratos de los trabajadores afectados, sino que se requiere una ulterior decisión empresarial que ejecute la medida, si tal determinación tiene lugar *a posteriori*, será en ese momento en el que deberá converger tal condición de representante de los trabajadores⁵⁴⁴.

Igualmente, debe hacerse constar que la prioridad de permanencia en la empresa solo es efectiva durante la vigencia del mandato y no se extiende durante el año siguiente al cese en el cargo⁵⁴⁵.

Para finalizar, debe establecerse que, de acuerdo con el artículo 13.3 RPDC, el empresario *«deberá justificar en la decisión final de despido colectivo a que se refiere el artículo 12, la afectación de los trabajadores con prioridad de permanencia en la empresa»*.

Consecuentemente, en el supuesto en que el empleador incluya en el proyecto de despido colectivo a un representante de los trabajadores, este deberá justificar y motivar en la decisión final el porqué de su inclusión⁵⁴⁶.

⁵⁴³ Sirva de ejemplo la STJS Islas Baleares 11-02-2015 (R° 430/2015) en la que, al analizar la prioridad de permanencia, la Sala establece que *«Lo primero que es necesario determinar es si el actor ostentaba la condición de representante sindical. Contrariamente a lo sostenido por el recurso, de la prueba practicada la sentencia impugnada ha llegado a la conclusión de que a la fecha de la extinción contractual el actor no ostentaba la condición de representante legal de los trabajadores»*

⁵⁴⁴ ROQUETA BUJ, R., *La selección de los trabajadores afectados por los despidos colectivos*, *ob. cit.*, p. 77.

⁵⁴⁵ STS 16-09-2013 (R° 1636/2012).

⁵⁴⁶ *Vid.*, al respecto, ROQUETA BUJ, R., *La selección de los trabajadores afectados por los despidos colectivos*, *ob. cit.*, p. 79.

3.2. Prioridad de permanencia a favor de otros colectivos

Los artículos 51.5 ET y 13.2 RPDC permiten que se puedan establecer prioridades de permanencia a favor de trabajadores pertenecientes a otros colectivos, tales como trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad, siempre y cuando así se hubiera pactado en convenio colectivo o en el acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas.

Tal y como se desprende de lo anteriormente dicho, tales preferencias no van a operar automáticamente, sino que va a ser necesario que se pacten expresamente en convenio colectivo o, se reconozcan, en su caso, en el acuerdo que pone fin al periodo de consultas.

Los artículos citados enumeran, de manera ejemplificativa, tres colectivos que a favor de los cuales se puede establecer prioridad de permanencia:

1. Trabajadores con cargas familiares: La preferencia, establecida en beneficio del «*cabeza de familia*», así como su cónyuge, se estableció, por vez primera en el artículo 9 la Ley 25/1971, de 19 de junio, de Protección a la Familia numerosa⁵⁴⁷ y en el artículo 29 del Decreto

⁵⁴⁷ «Se concede prioridad a los cabezas familia numerosa y a sus cónyuges para ser empleados en cualquier puesto de trabajo siempre que reúnan la aptitud, conocimientos y demás condiciones exigidas para desempeñarlos y se trate de puestos de libre contratación o designación y en la forma que reglamentariamente se determine. Se exceptúan de esta prioridad los puestos de carácter directivo o que puedan considerarse como de confianza.

Lo dispuesto en el párrafo anterior será de aplicación tanto a los citados puestos de las empresas como a los de igual carácter de la Administración Pública central, institucional y local.

Asimismo, en aquellos casos en que se produzcan despidos, ceses de personal, reducciones generales de jornada o traslados forzosos, gozarán dentro de su especialidad y categoría, de tal protección, en la forma que reglamentariamente se determine, para la conservación de sus situaciones laborales. En su beneficio se duplicarán los plazos señalados legalmente para desalojar la vivienda que ocuparan por razón su trabajo.

3140/1971, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 25/1971⁵⁴⁸, de 19 de Junio, de Protección a las Familias Numerosas; refrendado por el artículo 15.2 del Decreto 3090/1972, de 2 de noviembre sobre práctica de empleo y por la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, artículo 13.2⁵⁴⁹. Fue esta última ley, derogada ya, la que únicamente se pronuncia acerca de la prioridad de permanencia de los de este colectivo.

Con la entrada en vigor de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas, además de derogar expresamente la Ley 25/1971, de 19 de junio, y el Decreto 3140/1971, de 23 de diciembre, establece, en su artículo 10.1 una remisión a la negociación colectiva para otorgar preferencia alguna a los trabajadores con cargas familiares⁵⁵⁰.

Tras esta previsión expresa, se confirma que tal preferencia no rige de manera automática o general⁵⁵¹, sino que ha de acordarse en convenio colectivo, o tal y como establecen los artículos 51.5 ET y

Lo dispuesto en el presente artículo se entenderá sin perjuicio de las demás preferencias establecidas por la legislación que se encuentre en vigor en cada momento».

⁵⁴⁸ El art.25, de la Orden de 14 de noviembre de 1961, establecía que «En igualdad de antigüedad, tendrán preferencia para continuar prestando servicios los trabajadores con más personas de familia a su cargo, por el orden que señalan las normas en cuestión de ceses por causas no imputables al trabajador».

⁵⁴⁹ «Los trabajadores mayores de cuarenta años, los de mayor antigüedad en la misma categoría profesional, los que sean titulares de familia numerosa, los de capacidad laboral disminuida en el grado que se determine y los representantes sindicales, en relación con los demás trabajadores de la empresa, serán los últimos en el orden de los despidos que puedan autorizarse por reestructuración de las plantillas en la forma, requisitos y prelación entre los distintos grupos que establezcan las disposiciones legales o reglamentarias que les sean aplicables»

⁵⁵⁰ «Los convenios colectivos podrán incluir medidas para la protección de los trabajadores cuya familia tenga la consideración legal de familia numerosa, en particular en materia de derechos de los trabajadores, acción social, movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y extinción del contrato de trabajo».

⁵⁵¹ De igual manera se pronunció el Tribunal Supremo en STS 18-2-2009 (Rº 3319/2005).

13.2 RD 1493/2012, ha de pactarse en el acuerdo que ponga fin al periodo de consultas.

2. Respecto a los trabajadores con discapacidad, en primer lugar y en relación con la cuestión relativa al reconocimiento de preferencias en el procedimiento de despido colectivo, podemos apreciar que ningún precepto de las normas sobre integración laboral de minusválidos permite inferir un derecho preferente para la conservación de su lugar de trabajo en el supuesto de extinción, el artículo 39 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de los derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, más allá de configurar una medida de promoción del empleo de este colectivo, no establecen prioridad legal alguna en cuanto a la permanencia de sus puestos de trabajo respecto a los trabajadores minusválidos. Desde una perspectiva legal, no se establece preferencia absoluta a su favor⁵⁵², aunque algunas resoluciones judiciales han reconocido en la empresa, una obligación de respetar, en la nueva plantilla que resulte tras el despido, el mínimo de trabajadores discapacitados previsto en la Ley 13/1982, derogada por el RDLeg 1/2013, de 29 de noviembre, si bien la misma cuota de reserva de puestos de trabajo se establecen en la nueva norma para las personas con discapacidad, por lo que, a mi entender, tales resoluciones judiciales deberían seguir resultando de aplicación en la actualidad⁵⁵³.

El RDLeg 1/2013, de 29 de noviembre, en su artículo 40.1, establece que *«para garantizar la plena igualdad en el trabajo, el principio de*

⁵⁵² Vid., al respecto, STS 04-02-2002 (R° 2620/1996).

⁵⁵³ Vid. MERCADER UGUINA, J.R., y DE LA PUEBLA PINILLA, A., *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada*, cit., p 176.

igualdad de trato no impedirá que se mantengan o adopten medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por motivo de o por razón de discapacidad», al igual que ya hizo su predecesora, que configuró la llamada «*discriminación positiva desde un punto de vista normativo*»⁵⁵⁴. Por ello, los empresarios deberán adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir que las personas con discapacidad accedan al empleo, desempeñen su trabajo, progresen profesionalmente y accedan a la formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario, tal y como establece el artículo 40.2 RDLeg 1/2013.

Por ello, y para evitar cualquier tipo de discriminación hacia este colectivo, en virtud de lo establecido en el artículo 42.1 del RDLeg 1/2013, de 29 de mayo, Las empresas públicas y privadas que empleen a un número de 50 o más trabajadores vendrán obligadas a que de entre ellos, al menos, el 2 por 100 sean trabajadores con discapacidad.

Así lo hizo ver el Tribunal Supremo, en relación con su norma predecesora, en doctrina considero debe seguir siendo de aplicación, al establecer que «*Al autorizar el despido colectivo con arreglo al procedimiento de regulación de empleo previsto en el Texto refundido de la Ley del Estatuto de los trabajadores, la Administración está*

⁵⁵⁴ Así, expresamente, se pronuncia ASENJO PINILLA, J.L., “Criterios de preferencia y selección de trabajadores en los supuestos de extinción del contrato por causas colectivas y/u objetivas”, *Actum Social*, N° 49, 2011, p. 12/19.

obligada a valorar si la empresa, tras la regulación de empleo, respeta en la nueva plantilla el mínimo de trabajadores minusválidos establecido por la Ley 13/1982, de 7 abril⁵⁵⁵, por tratarse de una obligación impuesta por la Ley a las empresas de más de 50 trabajadores»⁵⁵⁶.

El cómputo mencionado anteriormente se realizará sobre la plantilla total de la empresa correspondiente, cualquiera que sea el número de centros de trabajo de aquella y cualquiera que sea la forma de contratación laboral que vincule a los trabajadores de la empresa. Igualmente se entenderá que estarán incluidos en dicho cómputo los trabajadores con discapacidad que se encuentren en cada momento prestando servicios en las empresas públicas o privadas, en virtud de los contratos de puesta a disposición que las mismas hayan celebrado con empresas de trabajo temporal.

De manera excepcional, las empresas públicas y privadas podrán quedar exentas de esta obligación, de forma parcial o total, bien a través de acuerdos recogidos en la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal y, en su defecto, de ámbito inferior, a tenor de lo dispuesto en el artículo 83.2 y 3 ET, bien por opción voluntaria del empresario, debidamente comunicada a la Autoridad laboral, y siempre que en ambos supuestos se apliquen las medidas alternativas que se determinen reglamentariamente.

Tal silencio sobre la existencia o no de preferencia ha desencadenado a que algunos pronunciamientos se hayan manifestado con gran claridad negando preferencia alguna a favor de los discapacitados,

⁵⁵⁵ Disposición esta que fue derogada por el RDLeg 1/2013, de 29 de mayo.

⁵⁵⁶ STS 16-12-1997 (R^o 793/1991).

alegando que el artículo 38 LISMI, en la actualidad los artículos 39 y 42 RDLeg 1/2013, no contemplaba tal preferencia en caso de expedientes de regulación de empleo⁵⁵⁷, al igual que ocurre en la actualidad.

Fue la STS 02-04-2002 (R^o 2620/1996) la que estableció que la reserva de empleo a favor de los minusválidos era de aplicación a la extinción del contrato de trabajo que deriva de una situación de despido colectivo constituyendo doctrina que, a mi entender, debe seguir siendo de aplicación.

El problema planteado es si, ante una disminución del porcentaje de contratación de personas minusválidas exigible a las empresas, causado por una extinción de carácter colectivo, tienen preferencia de permanencia en la empresa un trabajador que tenga esta condición sobre otro trabajador.

Este problema es resuelto, a mi entender, por la sentencia del Tribunal Supremo mencionada en líneas anteriores, pues la solución propuesta por el Alto Tribunal estriba en compatibilizar los fines del expediente de regulación de empleo con la preferencia reconocida a los trabajadores minusválidos, con arreglo a una serie de principios, asegurándose así la *«consecución de ambos objetivos, el perseguido en*

⁵⁵⁷ Así lo hacen ver MERCADER UGUINA, J.R., y DE LA PUEBLA PINILLA, A., *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada*, cit., p 177, y añaden, citando la STSJ Cataluña 10-04-2007 (R^o 9042/2006), que, en todo caso, la protección de los trabajadores discapacitados ante el despido colectivo podría articularse, través de la protección frente a la discriminación.

el expediente de regulación de empleo, de un lado, y el propósito buscado mediante la imposición de las cuotas de reserva, de otro»⁵⁵⁸.

Por último, cabe mencionar que otras soluciones pueden ser igualmente aceptables, pues la garantía de reserva se podría hacer efectiva a través de la sustitución de trabajadores minusválidos por otros en quienes concurra dicha condición, al igual que la empresa podría prescindir de los servicios del trabajador minusválido cuyas funciones, no se ajustasen a las necesidades de la empresa debido a la situación económica por las que esta atraviesa, pero contratar, nuevamente, otro trabajador discapacitado pero que se adecuara a las necesidades de la empresa y contribuyese a la mejora de dicha situación económica⁵⁵⁹.

3. Respecto a la preferencia de permanencia para los mayores de determinada edad y los de mayor antigüedad en la categoría dentro de la propia empresa, no hay norma legal que establezca prioridad alguna en relación con estos colectivos, pues las normas que antaño si las regulaban expresamente, tales como los artículos 15.2 Decreto 3092/1972 de 2 de noviembre sobre práctica de empleo⁵⁶⁰ y el 13.2 de la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales⁵⁶¹, fueron

⁵⁵⁸ Así, expresamente, se pronuncia FUENTES FERNANDEZ, F., “La proyección de reserva de empleo a favor de los trabajadores minusválidos sobre los expedientes de regulación de empleo”, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, Nº 77, 2004, p. 286.

⁵⁵⁹ *Ibidem*, p. 287.

⁵⁶⁰ «En el caso de que se proponga por la empresa, la jubilación anticipada de trabajadores, necesariamente habrá de acompañarse la correspondiente propuesta de financiación.

El cese o suspensión de los trabajadores se llevará a efecto en cada categoría profesional y como norma general según el orden inverso al de antigüedad de la empresa”.

⁵⁶¹ «Los trabajadores mayores de cuarenta años, los de mayor categoría profesional (...) en relación con los demás trabajadores de la empresa, serán los últimos en el orden de los despidos que pueden autorizarse por reestructuración de las plantillas, o en la forma, requisitos y prelación entre los distintos grupos que establezcan las disposiciones legales o reglamentarias que les sean aplicables».

todas ellas derogadas⁵⁶², por lo que, para que pueda jugar en beneficio de estos colectivos prioridad de permanencia alguna, deberá establecerse de este modo, bien por convenio colectivo o, en todo caso, deberá pactarse en el acuerdo que ponga fin al periodo de consultas del procedimiento de despido colectivo.

Una vez analizados los tres colectivos que tanto la norma estatutaria como la reglamentaria utilizan a título meramente ejemplificativo, procederé a analizar las prioridades otorgadas a otros trabajadores.

1. Trabajadores con contratos fijos respecto a trabajadores contratados de manera temporal. No existe norma legal que establezca precisión o distinción respecto a la prioridad de permanencia en la empresa a favor de alguna de estas tipologías contractuales⁵⁶³.

Tal supuesto despierta cierta inquietud porque, no son pocas las ocasiones, en las que el empresario prefiere prescindir de los servicios del trabajador temporal al resultarle más beneficioso, en cuanto a los costes económicos se refiere. No obstante, aunque la jurisprudencia es reacia respecto a la elección del trabajador temporal, también pondera el principio de adecuación social con respecto a la reducción al mínimo de los costes sociales del despido⁵⁶⁴.

Para evitar despidos fraudulentos, es necesario examinar caso por caso y, para ello, deben analizarse criterios como que los trabajadores con contrato temporal no hayan sido contratados en fechas cercanas al despido y en puestos directamente afectados por

⁵⁶² *Vid.*, al respecto, STS 18-02-2009 (R^o 3319/05).

⁵⁶³ *Vid.*, al respecto, STS 27-10-09 (R^o 5906/2007).

⁵⁶⁴ A ello se refiere, ASENJO PINILLA, J.L., "Criterios de preferencia y selección de trabajadores en los supuestos de extinción del contrato por causas colectivas y/u objetivas", *ob.cit.*, p. 13/19, haciendo mención a la ya citada STS 19-01-98 (R^o 1460/1997).

el ámbito de afectación de la causa extintiva o incluso la modalidad contractual adoptada en relación con la efectiva prestación de servicios en la empresa⁵⁶⁵.

2. Respecto a las situaciones contempladas en las letras a), b) y c) del artículo 53.4 ET, no hay precisión legal alguna que incluya dicho supuesto dentro de las garantías de preferencia, pero su inclusión en la decisión empresarial de extinción colectiva, implicará, de no ser procedente el despido por causas objetivas, declaración automática de nulidad del despido del trabajador afectado⁵⁶⁶, siendo estas situaciones las siguientes:
 - a. La de los trabajadores durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, adopción o acogimiento o paternidad al que se refiere la letra d) del apartado 1 del artículo 45, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dicho período.
 - b. La de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere el supuesto anterior, y la de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4, 5 y 6 del artículo 37, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el apartado 3 del artículo 46; y la de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o

⁵⁶⁵ *Ídem*

⁵⁶⁶ *Ibidem*, p. 14/19.

reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral.

- c. La de los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los períodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo.

Finalmente, si el proyecto de extinción empresarial debiera incluir, de manera necesaria e ineludible, y atendiendo a las precisiones anteriormente comentadas, a trabajadores con prioridad de permanencia en la empresa, el artículo 13 RPDC, en su párrafo tercero dispone que la empresa deberá justificar en la decisión final de despido colectivo a que se refiere el artículo 12 de la citada norma reglamentaria, la afectación de los trabajadores con prioridad de permanencia en la empresa pues, de lo contrario, las consecuencias que derivarán de tal incumplimiento serán las siguientes.

3.3. Consecuencias derivadas del incumplimiento del régimen de prioridades de permanencia

En cuanto a las consecuencias que derivan de la inobservancia de la prioridad de permanencia reconocida, tanto legal como convencionalmente o por acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas, ni el artículo 51 ET ni la norma reglamentaria establecen efecto alguno a tal incumplimiento.

Sí lo hace el artículo 124.13.a) 4ª) LRJS, al establecer que *«También será nula la extinción del contrato acordada por el empresario sin respetar las prioridades de permanencia que pudieran estar establecidas en las leyes, los convenios colectivos o en el acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas. Esta nulidad no afectará a las extinciones que dentro del mismo despido hayan respetado las prioridades de permanencia»*.

De igual modo se pronuncia el artículo 124.13. b) 3ª) LRJS: *«Será nula la extinción del contrato acordada por el empresario sin respetar las prioridades de permanencia que pudieran estar establecidas en las leyes, los convenios colectivos o en el acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas. Esta nulidad no afectará a las extinciones que dentro del mismo despido colectivo hayan respetado las prioridades de permanencia»*.

Una precisión debo realizar respecto a las previsiones contenidas en los artículos anteriormente transcritos, y es que ambos se enmarcan dentro de la impugnación individual del despido colectivo; parece ser, que para proteger al resto de despidos realizados y evitar así que queden contaminados por el incumplimiento de la garantía de preferencia de los trabajadores favorecidos por la misma⁵⁶⁷, si bien lo que diferencia el primero de los preceptos del segundo estriba en la ubicación que encuentran dentro de la norma procesal: el primero de ellos se establece para el supuesto en que la medida empresarial no haya sido impugnada a través del proceso colectivo, mientras que el segundo se dispone para

⁵⁶⁷ MERCADER UGUINA, J.R., y DE LA PUEBLA PINILLA, A., *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada*, cit., p. 177.

el caso en que la medida empresarial haya sido impugnada por los interlocutores sociales.

Precisamente por ello, el artículo 124.2 LRJS establece que *«En ningún caso, podrán ser objeto de este proceso [Haciendo referencia al proceso de impugnación colectiva] las pretensiones relativas a la inaplicación de las reglas de prioridad de permanencia previstas legal o convencionalmente o establecidas en el acuerdo adoptado en el periodo de consultas. Tales pretensiones se plantearán a través del procedimiento individual al que se refiere el apartado 11 del presente artículo»*⁵⁶⁸.

Por lo que respecta a las consecuencias que derivan del incumplimiento de las prioridades de preferencia a favor de determinados trabajadores, cuando el empresario no respete tal prioridad tanto respecto de los representantes de los trabajadores⁵⁶⁹ como de aquellos sujetos que también gocen de tal preferencia, bien por convenio colectivo, bien por acuerdo derivado del periodo de consultas, procederá la declaración de nulidad de los contratos de trabajo de los afectados⁵⁷⁰, tal y como se desprende de los preceptos anteriormente citados, sin que deba

⁵⁶⁸ Respecto a la remisión que el artículo 124.2 LRJS hace a su apartado 11, hay que señalar que dicha remisión es errónea, pues el apartado 11 del artículo 124 contiene los posibles pronunciamientos de la sentencia que se dicte en el procedimiento de impugnación colectiva, por lo que, debemos entender que dicha remisión se refiere al apartado 13 del mismo precepto que es el que regula el procedimiento individual de impugnación del despido.

⁵⁶⁹ Vid., entre otras, la STSJ Castilla y León 31-03-2014 (R^o 62/2014).

⁵⁷⁰ La STSJ Cataluña 26-11-2013 (R^o 3894/2013) que enjuició un supuesto de hecho en el que se incluyó a la actora, en situación de discapacidad, habiéndose pactado durante el periodo de consultas que este colectivo disfrutaba de prioridad de permanencia en la empresa, determinó que *«La inclusión de la actora en la lista de trabajadores y trabajadoras afectados por el despido supone una conculcación de las prioridades de permanencia determinada por el acuerdo entre los representantes de los trabajadores -al excluir de tal medida a los trabajadores y trabajadoras con algún grado de discapacidad reconocido previamente por la empresa- que comporta la consecuencia aludida (la nulidad)»*.

procederse a decretar la nulidad de la medida empresarial de despido colectivo⁵⁷¹.

Respecto a la concurrencia de varios sujetos con diferentes supuestos de preferencia, por ejemplo, representante de los trabajadores/trabajador con cargas familiares; es decir, concurrencia entre una garantía de prioridad de permanencia reconocida legalmente con otra garantía de preferencia reconocida convencionalmente o por acuerdo.

A mi entender, en tal supuesto, la garantía de prioridad que debe prevalecer es la del representante de los trabajadores, pues su preferencia viene reconocida expresamente en la ley, tal y como se desprende de lo establecido en los artículos 68.b) ET, *«Los miembros del comité de empresa y los delegados de personal, como representantes legales de los trabajadores, tendrán, a salvo de lo que se disponga en los convenios colectivos, las siguientes garantías: b) Prioridad de permanencia en la empresa o centro de trabajo respecto de los demás trabajadores, en los supuestos de suspensión o extinción por causas tecnológicas o económicas»* y 51.5 ET *«Los representantes legales de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa en los supuestos a que se refiere este artículo»*, mientras que la preferencia establecida a favor de otros colectivos, tales como los trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con

⁵⁷¹ La SAN 10-06-2013 (Rº 112/2013) dispuso que *«En cualquier caso, lo cierto es que no se ha visto afectada, y que, aunque así hubiera sido, la vía para reclamar su prioridad de permanencia sería la impugnación individual del despido y no la que ahora nos ocupa, tal como contundentemente advierte el art. 124.2 LRJS : "En ningún caso podrán ser objeto de este proceso las pretensiones relativas a la inaplicación de las reglas de prioridad de permanencia previstas legal o convencionalmente o establecidas en el acuerdo adoptado en el periodo de consultas. Tales pretensiones se plantearán a través del procedimiento individual al que se refiere el apartado 11 del presente artículo." Por tanto, queda totalmente descartada la posibilidad de declarar 5 la nulidad del despido colectivo por esta circunstancia»*.

discapacidad, es una posibilidad que se contempla en el artículo 51.5 ET y permite que, mediante convenio colectivo o acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas, pueda establecerse prioridades de permanencia a favor de otros colectivos.

Especialmente problemática puede ser la concurrencia de varias representaciones legalmente reconocidas, pues ni los artículos 68 y 51.5 ET, abordan los problemas que pueden derivar de tal circunstancia.

En mi opinión, a no ser que por convenio colectivo se prevea otra cosa, la selección del trabajador que quedará afectado por la decisión extintiva corresponderá al empresario, siendo su decisión únicamente controlable por los tribunales cuando se estime la concurrencia de abuso de derecho o fraude de ley o cuando dicha selección sea discriminatoria.

En conclusión, aquellos trabajadores que resulten afectados por un despido colectivo y que puedan incluirse dentro alguno de los colectivos que disfruten de las garantías derivadas del régimen de prioridad de permanencia en la empresa, bien porque así se disponga legalmente, bien así se haya pactado por convenio colectivo o por el acuerdo individual que ponga fin al periodo de consultas del procedimiento de despido colectivo, podrán impugnar su despido y solicitar la nulidad del mismo, en base a este motivo, pero para ello, deberán iniciar un proceso individual de despido en virtud de lo establecido en el artículo 124.13 tanto en su apartado a) 4ª) y en su apartado b) 3ª).

Así lo dispone también la Audiencia Nacional, en SAN 20-11-2012 (Rº 167/2012), al establecer que *«Parece claro, por tanto, que la empresa no respetó, al iniciar el periodo de consultas, la prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores, exigida por los artículos 51.5 y*

68.b ET, puesto que no contempló nunca el cierre de sus centros de trabajo , ni tampoco que todos fueran jefes de base, pero dicha infracción no constituye per se causa de nulidad del despido colectivo, puesto que el artículo 124.2 LRJS dispone que en ningún caso podrán ser objeto del proceso de despido colectivo las pretensiones relativas a la inaplicación de las reglas de prioridad de permanencia previstas legal, convencionalmente, o en el propio proceso de negociación del periodo de consultas, que deberán plantearse en los procedimientos individuales correspondientes».

4. NOTIFICACIÓN INDIVIDUAL DE LOS DESPIDOS. FORMALIDADES EN LA COMUNICACIÓN DEL DESPIDO A LOS TRABAJADORES AFECTADOS

4.1. Las formalidades en la comunicación individual de despido a los trabajadores afectados: marco general

Tal y como viene a disponer el apartado cuarto del artículo 51 ET, *«Alcanzado el acuerdo o comunicada la decisión a los representantes de los trabajadores, el empresario podrá notificar los despidos individualmente a los trabajadores afectados, lo que deberá realizar conforme a lo establecido en el artículo 53.1. En todo caso, deberán haber transcurrido como mínimo treinta días entre la fecha de la comunicación de la apertura del periodo de consultas a la Autoridad laboral y la fecha de efectos del despido».*

En el mismo sentido viene a pronunciarse su homólogo reglamentario, el artículo 14 RPDC, al preceptuar, en su apartado primero que *«tras la comunicación de la decisión empresarial de despido colectivo a que se refiere el artículo 12, el empresario podrá comenzar a notificar los despidos de manera individual a los trabajadores afectados, lo que deberá realizar en los términos y condiciones establecidos en el artículo 53.1 del Estatuto de los Trabajadores»*, mientras que, en su segundo apartado viene a añadir que *«En todo caso deberán haber transcurrido como mínimo treinta días entre la fecha de la comunicación de la apertura del periodo de consultas a la Autoridad laboral a que se refiere el artículo 2 y la fecha de efectos de los despidos».*

En conclusión, podríamos afirmar que, en puridad, hasta que los trabajadores afectados por el proceso extintivo no son notificados, de manera individual, bien del acuerdo alcanzado en el periodo negociador, bien de la decisión empresarial individualmente adoptada, no debe hablarse, *stricto sensu*, de «despido» sino de «proyecto de despido», tal y como ha entendido la Directiva 98/59/CEE.

Y ello porque será en esa concreta comunicación o notificación individual donde se determinará su concreta voluntad extintiva y la fecha de efectos a partir de la que dicha extinción deberá desplegar sus consecuencias⁵⁷².

Para poder culminar este «proyecto de despido», tal y como ha quedado expuesto, el empresario «deberá» proceder a su notificación individual, para lo cual, los artículos anteriormente expuestos, remiten a la «*forma y efectos*»⁵⁷³ previstos para el despido por causas objetivas produciéndose, por parte de ambos preceptos, una remisión expresa al artículo 53.1 ET.

De lo anteriormente expuesto se desprende que se han equiparado las formalidades derivadas de la comunicación extintiva del procedimiento de despido colectivo a las de un despido objetivo. Pero esto no siempre ha sido así.

⁵⁷² A este respecto, la STJCE 27-01-2005 (Asunto C-188/03) determinó que «*La circunstancia de que el empresario “tenga la intención” de efectuar despidos colectivos y de que haya elaborado un “proyecto” para ello se corresponde con una hipótesis en la que aún no se ha adoptado decisión alguna. En cambio, la notificación al trabajador de la extinción del contrato de trabajo es la expresión de una decisión de ruptura de la relación laboral, y la cesación efectiva de dicha relación al espirar el plazo de preaviso solo constituye el efecto de dicha decisión.*».

⁵⁷³ Artículo 53 ET.

Las intervenciones legislativas efectuadas por los dos últimos ejecutivos en materia laboral causaron grandes efectos en la configuración de la extinción del contrato por causas empresariales, tanto desde su vertiente individual como desde su óptica colectiva.

Concretamente, con anterioridad a tales actuaciones legislativas, la regulación del despido colectivo y la del despido objetivo eran completamente independientes⁵⁷⁴; el despido colectivo se preveía en el artículo 51 ET y el despido por causas objetivas en los artículos 52 c) y 53 ET.

No obstante, con la Reforma Laboral emprendida por el RDL 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, ratificada *a posteriori* a través de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, con idéntica denominación, se produjo un acercamiento entre tales figuras, al desaparecer del apartado c) del artículo 52 ET las causas que permitían la realización de un despido objetivo y produciéndose una remisión a las causas previstas en el artículo 51.1 ET para el despido colectivo; quedando la redacción del artículo 52 c) ET de la siguiente manera: *«Cuando concorra alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 de esta Ley y la extinción afecte a un número inferior al establecido en el mismo»*.

⁵⁷⁴ Nuestro Alto Tribunal, en SSTS 30-06-2006 (R° 635/2005) y 20-10-2005 (R° 4153/2004) consideró que el despido colectivo y la extinción por causas objetivas eran figuras totalmente diferentes, sometidas a controles completamente distintos; el administrativo, el primero, y al judicial, la segunda; por lo que, en conclusión, *«al tener que estar las causas del despido colectivo expresadas y consignadas en la resolución administrativa que lo autoriza, bastará con que el trabajador afectado conozca esta resolución, para tener noticia de cuáles son las mismas, con lo que no es necesario que la empresa entregue al trabajador un escrito, en el que reproduzca las causas del despido. Y así el art. 51 del ET que regula con detalle todos los trámites que se han de cumplir en los despidos colectivos, no exige ni establece que el empresario entregue al trabajador una comunicación escrita expresiva de las causas del despido, como en cambio sí exige el art. 53-1-a) para el despido objetivo»*.

Y con la Reforma Laboral del 2012, se procedió a la equiparación de las formalidades previstas para la comunicación extintiva a los trabajadores afectados por un proceso extintivo respecto de las exigencias dispuestas para los despidos objetivos individuales, produciéndose una remisión expresa por parte de los artículo 51.4 ET y 14 RPDC, en materia de despido colectivo, al artículo 53.1 ET, que viene a regular la forma y efectos del despido por causas objetivas, disponiéndose en su apartado primero, la preceptiva observancia de tres requisitos o elementos formales, a saber:

1. Comunicación escrita al trabajador expresando la causa.
2. Puesta a disposición del trabajador, de manera simultánea a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades.
3. Concesión de un plazo de preaviso de quince días.
4. Asimismo, otro requisito previsto en el apartado c) *in fine* del citado artículo estriba en la exigencia de entregar copia del escrito de preaviso a la representación legal de los trabajadores⁵⁷⁵.

A mi entender, también resultará de aplicación la disposición prevista en el apartado segundo del artículo 53 ET, que prevé que, durante el periodo de preaviso, *«el trabajador, o su representante legal si se trata de una persona con discapacidad que lo tuviera, tendrá derecho, sin pérdida de su retribución, a una licencia de seis horas semanales con el fin de buscar nuevo empleo»*.

⁵⁷⁵ No obstante, puesto que la citada exigencia se enmarca dentro de la letra c) del artículo 53.1 ET, junto con la obligación relativa a la concesión de un plazo de preaviso de quince días, ambos requerimientos serán tratados conjuntamente, es decir, en el mismo epígrafe.

Ahora bien, aunque la remisión al artículo 53.1 ET es clara, una gran incertidumbre se cernió sobre si tal notificación o comunicación individual era obligatoria o potestativa.

La redacción operada por el RDL 3/2012 sobre el apartado cuarto del artículo 51, con su posterior confirmación por la Ley 3/2012, estableció que *«Comunicada la decisión a los representantes de los trabajadores, el empresario notificará los despidos individualmente a los trabajadores afectados en los términos establecidos en el artículo 53.1 de esta Ley. Lo anterior no obstante, deberán haber transcurrido como mínimo 30 días entre la fecha de la comunicación de la apertura del periodo de consultas a la Autoridad laboral y la fecha de efectos del despido»*.

Dicho apartado cuarto, en su versión actual operada por el RDL 11/2013, y su posterior ratificación a través de la Ley 1/2014, de 28 de febrero, viene a disponer que *«Alcanzado el acuerdo o comunicada la decisión a los representantes de los trabajadores, el empresario podrá notificar los despidos individualmente a los trabajadores afectados, lo que deberá realizar conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de esta Ley»*.

Tal y como puede comprobarse del cotejo de ambas redacciones, se produce un cambio del término *«notificará»* en la redacción dada por el RDL 3/2012 y su posterior confirmación por la Ley 3/2012, por el de *«podrá notificar»* operado tras la modificación llevada a cabo por el RDL 3/2011 y su posterior confirmación a través de la Ley 1/2014; lo que suscitó la duda de si la intención del legislador era convertir en potestativo u opcional la exigencia formal de la notificación individual de la extinción colectiva, de acuerdo con los requisitos exigidos por el

artículo 53.1 ET cuando, en su anterior redacción (la operada por el RDL 3/2012), tenía carácter preceptivo.

Tal y como ha venido a apuntarse por la doctrina científica, tal redacción es otro claro ejemplo de la deficiente técnica legislativa⁵⁷⁶, pues resulta imposible un despido, de carácter verbal, en esta clase de extinciones, y ello porque⁵⁷⁷:

1. En primer lugar, el despido es un acto receptivo, que despliega sus efectos desde su efectiva comunicación o notificación⁵⁷⁸;
2. En segundo lugar, porque un despido llevado a cabo sin su correspondiente formalización o plasmación escrita debería comportar su tramitación ex artículos 103 a 113 LRS sobre la modalidad ordinaria de despido disciplinario y otras extinciones asimiladas⁵⁷⁹;
3. Porque, tanto el artículo 51.4 ET como el artículo 14 RPDC remiten al artículo 51.3 ET que, entre otras formalidades, incluye la relativa a la entrega de una notificación o comunicación escrita, y
4. En último lugar, porque sin tal comunicación individualizada el trabajador tendría complicado el poder ejercitar una acción individualizada contra la decisión empresarial extintiva al carecer de las mínimas garantías procesales.

⁵⁷⁶ Vid., AGUSTÍ MARGALL, J., “La exigibilidad de la comunicación individualizada al trabajador afectado por el despido colectivo y su alcance”, *Revista Jurisdicción Social*, número extraordinario monográfico sobre la Ley 3/2012 y el RDL 20/2012, julio, 2012, p. 25.

⁵⁷⁷ FALGUERA BARÓ, M.A., *El procedimiento del despido colectivo y el desarrollo del periodo de consultas: criterios judiciales*, ob. cit., 2015, p. 150.

⁵⁷⁸ Nuestro Alto Tribunal, en STS 19-11-2014 (Rº 183/2014) vino a establecer que «en nuestro ordenamiento jurídico-laboral, el despido, ya sea individual o colectivo, es un acto formal (comunicación escrita) y recepticio, lo que quiere decir que necesariamente ha de ser conocida por el trabajador la decisión empresarial de proceder a su despido, correspondiendo al empresario la carga de probar que ha notificado por escrito al trabajador el despido, conllevando el incumplimiento de este requisito la improcedencia del mismo».

⁵⁷⁹ FALGUERA BARÓ, M.A., *El procedimiento del despido colectivo y el desarrollo del periodo de consultas: criterios judiciales*, ob. cit., 2015, p. 150.

En virtud de todo lo expuesto, resulta evidente que la única interpretación congruente con el vigente marco normativo del despido colectivo⁵⁸⁰, así como con los artículos 24 y 35 CE y con el Convenio 158 OIT es aquella que determina la exigibilidad y el carácter imperativo o preceptivo de la comunicación escrita y que el sentido que debe dársele al término «podrá» es el de indicar el ámbito temporal u orden cronológico, es decir, a partir de la comunicación a los representantes de los trabajadores o del acuerdo es cuando el empresario «podrá» comenzar a notificar, individualmente, los despidos a los trabajadores afectados⁵⁸¹, notificación que deberá cumplir las formalidades exigidas por el artículo 53.1 ET, siendo además esta una lógica que parece «incardinarse» en lo preceptuado por el artículo 14 RPDC⁵⁸².

Por otro lado, también debe tenerse en cuenta que la realización efectiva del periodo negociador supone el cumplimiento o ejecución de la formalidad o trámite legalmente establecido, de tal forma que una vez finalizado dicho procedimiento de consultas, el empresario estaría facultado o «autorizado» para poder llevar a cabo su proyecto extintivo.

Ahora bien, ello no determina que todas las extinciones deban llevarse a cabo de forma coetánea, siendo admisible su continuidad en el tiempo, siempre y cuando se cumplan los términos fijados en el acuerdo o, en su defecto, la comunicación extintiva del empresario⁵⁸³.

⁵⁸⁰ AGUSTÍ MARAGALL, J., “La comunicación individual de extinción por despido colectivo ex art. 51.4 ET: alcance de la exigencia informativa y de su control judicial”, *XXV JORNADES CATALANES DE DRET SOCIAL*, p. 5.

⁵⁸¹ *Vid.*, entre otras, la STSJ País Vasco 18-12-2012 (Rº 2800/2012).

⁵⁸² FALGUERA BARÓ, M.A., *El procedimiento del despido colectivo y el desarrollo del periodo de consultas: criterios judiciales*, *ob. cit.*, 2015, p. 150.

⁵⁸³ *Ídem*

Dentro de ese marco regulador, tal y como ya ha quedado expuesto, el artículo 51.4 ET viene a afirmar que las notificaciones individuales deberán realizarse «*conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de esta ley*», mientras que el artículo 14.1 RPDC remite a «*los términos y condiciones establecidos en el artículo 53.1 del Estatuto de los Trabajadores*».

En síntesis, el juicio de formalidad en la fase individual de las extinciones de carácter colectivo sigue, de manera sustancial, la propia lógica de los despidos objetivos, lo que viene a coherencia con la referencia que de tal acción individual realiza el artículo 124.13 LRJS a la modalidad prevista en los artículos 120 a 123 LRJS⁵⁸⁴.

Asimismo, también ha venido generando dudas la cuestión relativa a si la preceptiva comunicación individual es exigible en todos los supuestos o, únicamente, cuando el despido colectivo sea el fruto de una decisión unilateral por parte del empresario, entendiéndose que tal acuerdo extintivo le dispensa de la mentada obligación.

Respecto a tal aspecto, existe una controversia interpretativa en la doctrina científica. Por parte de algún sector doctrinal viene a entenderse que cuando existe acuerdo entre la representación de los trabajadores y la parte empresarial no es preceptiva la notificación expresa, entendiéndose que la naturaleza de tal comunicación es meramente potestativa⁵⁸⁵.

En esta línea, algún autor⁵⁸⁶ también ha llegado a apuntar que el sistema de garantías individuales establecido en el artículo 53.1 ET

⁵⁸⁴ *Ídem*

⁵⁸⁵ *Ibidem*, pp. 149 y 150.

⁵⁸⁶ SAEZ LARA, C., *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, ob. cit., p. 206.

para los trabajadores es conveniente o apropiado para cuando lo que se trata de ejecutar es una decisión unilateralmente adoptada por parte del empresario, sistema de garantías que podría entenderse que queda «sustituido» por el sistema de garantías colectivas armado a través del procedimiento de despido colectivo, para el supuesto en el que se haya alcanzado un acuerdo entre los interlocutores sociales y la empresa.

Por parte de otro sector doctrinal⁵⁸⁷, cuya postura me parece la más idónea para poner fin a esta cuestión hermenéutica, la redacción del artículo 51.4 ET es explícitamente clara, debiendo entenderse que la obligación estipulada en el citado precepto es preceptiva en ambos supuestos: con o sin acuerdo extintivo final en el despido colectivo, pues la citada norma no deja lugar a dudas al establecer que *«Alcanzado el acuerdo o comunicada la decisión a los representantes de los trabajadores, el empresario podrá notificar los despidos individualmente a los trabajadores afectados, lo que deberá realizar conforme a lo establecido en el artículo 53.1»*⁵⁸⁸.

⁵⁸⁷ AGUSTÍ MARGALL, J., “La comunicación individual de extinción por despido colectivo ex art. 51.4 ET: alcance de la exigencia informativa y de su control judicial”, *ob. cit.*, p. 6.

⁵⁸⁸ A mi entender, de vital importancia resultan para reforzar la tesis postulada las SSTSJ País Vasco 18-12-2012 (Rº 2800/2012) y 27-11-2012 (Rº 2509/2012), viniendo a establecer, en doctrina considero debería ser aplicable, que *«Según la empresa demandada, el art. 51.4 ET no se aplica a los despidos colectivos con acuerdo. Los argumentos de fuerza en que se basa son: a) que los términos del precepto van referidos a los casos en que se comunica la decisión a los representantes de los trabajadores, lo que según el inciso último del último párrafo del art. 51.2 ET se produce solo en los casos de despido sin acuerdo; b) que el término "decisión" implica la del empresario, a diferencia de los casos con "acuerdo"; 3) que los efectos del despido colectivo, en estos casos, son los que concretamente se hayan pactado y no los del art. 53.1 ET (...) Debemos decir que el art. 51.4 ET afecta a todos los despidos colectivos (sin acuerdo o con él), como acto seguido explicamos. El art. 51.4 ET literalmente dice: "Comunicada la decisión a los representantes de los trabajadores, el empresario notificará los despidos individualmente a los trabajadores afectados en los términos establecidos en el artículo 53.1 de esta Ley. Lo anterior no obstante, deberán haber transcurrido como mínimo 30 días entre la fecha de la comunicación de la apertura del período de consultas a la Autoridad laboral y la fecha de efectos del despido". Una adecuada comprensión del precepto conduce a entender que tanto la exigencia de notificación individual de los despidos como el*

Adentrándome ya en la segunda previsión legal dispuesta en el inciso segundo del artículo 51.4 ET y en el apartado segundo del artículo 14 RPDC que, en conclusión, vienen a establecer que, con independencia de que se haya llegado a un acuerdo o no entre la interlocución social y la empresa, deberán haber transcurrido como mínimo treinta días entre la fecha de la comunicación de la apertura del periodo de consultas a la Autoridad laboral y la fecha de efectos del despido, debe hacerse constar que tal plazo mínimo de treinta días deriva de la exigencia prevista en el artículo 4.1 de la Directiva 98/59/CE⁵⁸⁹.

Con tal previsión comunitaria relativa a la duración del periodo de consultas que, en su introducción a nuestro Ordenamiento Jurídico vino a establecerse una duración distinta según el número de trabajadores que constituyan la empresa⁵⁹⁰, el legislador adaptó de un modo un tanto artificioso, nuestra legislación laboral a las exigencias comunitarias.

Lo que acaba de exponerse viene a suponer que para aquellos supuestos en los que la duración del periodo negociador tenga una duración máxima de quince días, la extinción no pueda desplegar sus efectos hasta que no se haya producido el transcurso de los treinta días.

Y lo mismo ocurrirá en aquellos supuestos en los que, aunque la dimensión de la sociedad determine que la duración del periodo de consultas sea de treinta días, tal proceso negociador se finalice previamente, bien porque se haya alcanzado un acuerdo, bien porque se

plazo que señala para que inicie sus efectos no están limitadas a los casos en que no hubo acuerdo con los representantes de los trabajadores».

⁵⁸⁹ Tal precepto viene a establecer que «Los despidos colectivos cuyo proyecto haya sido notificado a la autoridad pública competente, surtirán efecto no antes de treinta días después de la notificación prevista en el apartado 1 del artículo 3, sin perjuicio de las disposiciones que regulan los derechos individuales en materia de plazos de preaviso».

⁵⁹⁰ A recordar, una duración no superior a treinta días naturales, o a quince días en aquellos supuestos en que las empresas tengan menos de cincuenta trabajadores.

decida sustituir tal procedimiento por los de mediación o arbitraje o bien porque las partes intervinientes determinen que no es posible alcanzar acuerdo o consenso alguno.

A excepción de la sustitución del periodo negociador por los procedimientos de mediación o arbitraje, en los otros dos supuestos, el empresario deberá esperar a que transcurra el periodo de treinta días para poder extinguir los contratos, lo que en la práctica, tal y como ha venido a apuntar la doctrina científica⁵⁹¹, puede generar problemas en la plantilla de la empresa si se da a conocer el listado de trabajadores afectados por el procedimiento de despido colectivo.

Asimismo, también debe hacerse constar que, por otra parte, ni la norma estatutaria ni la reglamentaria establecen periodo máximo alguno.

Por lo tanto, una vez determinado el número de trabajadores afectados y los criterios de selección de los mismos, bien a través de pacto entre los interlocutores en el proceso negociador, bien por decisión unilateral del empresario en defecto de acuerdo, las comunicaciones o notificaciones individuales podrán ser comunicadas con posterioridad a los treinta días exigibles por la normativa comunitaria y nacional, un plazo evidentemente indeterminado⁵⁹², salvo pacto específico durante el periodo de consultas o en la concreción de tal plazo, que se erige necesaria, en la comunicación de la decisión final de despido colectivo⁵⁹³.

⁵⁹¹ Tal y como ha apuntado FALGUERA BARÓ, M.A., *El procedimiento del despido colectivo y el desarrollo del periodo de consultas: criterios judiciales*, ob. cit., p. 151, tal situación conlleva, en algunas ocasiones, a que se opte por permisos retribuidos.

⁵⁹² FALGUERA BARÓ, M.A., *El procedimiento del despido colectivo y el desarrollo del periodo de consultas: criterios judiciales*, ob. cit., p.146.

⁵⁹³ La STSJ Madrid 14-09-2012 (R^o 45/2012) sostuvo que «Según el modelo español instaurado tras las últimas reformas legislativas operadas, el despido colectivo basado en causas

El simple hecho de que se determine un número de trabajadores que resultarán afectados por el proceso extintivo, ya sea por acuerdo, ya sea por decisión unilateral del empresario, no comporta, *per se*, que dentro del plazo estipulado el empresario deba proceder a extinguir los contratos de trabajo de ese determinado número de empleados. Evidentemente no puede superar el número estipulado pero no hay impedimento alguno para que despida a un número inferior de trabajadores que los que, en un primer momento se decidió⁵⁹⁴.

Otra cuestión que debe tenerse presente es la concerniente al límite temporal de los plazos en los que la medida extintiva se encuentra en vigor para aquellos supuestos en los que exista acuerdo al respecto o en caso contrario, cuando el empresario lo haya estipulado de manera unilateral en su decisión extintiva.

Como de costumbre, la Ley no dice nada al respecto, por lo que la doctrina judicial ha venido a concluir que deberán valorarse, en cada caso, las circunstancias convergentes y realizar un juicio de proporcionalidad pues *«En aquellos supuestos como el presente en los que los despidos no conllevan la finalización de la actividad*

económicas, técnicas, organizativas o de producción ya no precisa autorización de la Autoridad laboral, cuya labor se circunscribe a supervisar la efectividad del período de consultas, colaborar con las partes e, incluso, mediar entre ellas cuando proceda si así se lo piden, sin perjuicio, por supuesto, de la obligación de comunicar la iniciación del procedimiento a la Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo y recabar informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Por el contrario, la decisión extintiva colectiva la adopta el empresario una vez haya finalizado sin acuerdo el período consultivo, lo que ha de participar, igualmente, a la Autoridad competente, que no autoriza, ni desautoriza, nada. Simplemente, es así. Como consecuencia de tal decisión empresarial de índole colectiva, se requiere después la notificación individual del despido según el calendario pactado o fijado unilateralmente por el empleador, pero sin que sea menester que esto tenga lugar simultáneamente a la decisión final de despido colectivo. En hipótesis, podría suceder que la fase de consultas finalizase sin acuerdo y, sin embargo, la empresa no decidiera materializar el despido colectivo inicialmente proyectado».

⁵⁹⁴ SAN 12-06-2014 (Rº 79/2014).

empresarial, deviene razonable considerar, máxime cuando con ello se prolonga la vida de los contratos, que se pueda disponer del que resulte necesario para una adecuada ordenación de la actividad productiva que se seguirá realizando con menos efectivos. Ciertamente es que estos argumentos no permiten fijar unos tiempos precisos que dependerán de cada caso concreto, no obstante los citados plazos han de considerarse en todo caso limitados a fin de no perjudicar el principio de actualidad de la causa que soporta los despidos colectivos (...) Ahora bien, la causa no puede servir de justificación para despidos cuya razón de ser estribe en previsiones económicas o en argumentos causales de futuro»⁵⁹⁵.

Pero, ¿qué ocurre en aquellos supuestos en los que no se haya estipulado plazo alguno? Algún autor ha venido a apuntar que, ante tal silencio de la ley, podría acudirse al plazo de un año previsto en el artículo 59.1 ET, *«aun siendo ese término ciertamente abusivo, por la indeterminación que genera»*⁵⁹⁶.

¿Resultaría aplicable en tal supuesto el plazo de caducidad de quince días previsto para la comunicación de la decisión empresarial sobre el despido colectivo a los representantes de los trabajadores y a la Autoridad laboral, de acuerdo con lo establecido en el artículo 51.2 ET *in fine* y 12.1 RPDC? A mi entender, de tales preceptos se desprende claramente que tal plazo únicamente queda previsto en relación con la comunicación de la decisión empresarial *«a los representantes de los trabajadores y a la Autoridad laboral»*, pero nada dice respecto a los trabajadores que resulten afectados por tal proceso extintivo.

⁵⁹⁵ SAN 16-05-2014 (Rº 500/2013).

⁵⁹⁶ Así ha venido a apuntarlo FALGUERA BARÓ, M.A., *El procedimiento del despido colectivo y el desarrollo del periodo de consultas: criterios judiciales*, ob. cit., p. 147.

Igualmente, debe hacerse constar que la Ley no regula qué efectos o consecuencias derivan de la extinción producida *ante tempus*, es decir, aquel despido que se produce sin que haya transcurrido el plazo de treinta días exigido tanto por la normativa estatutaria como por la reglamentaria.

Tal cuestión genera controversia en la doctrina judicial, en relación con las posibles consecuencias que su incumplimiento pueda generar en la calificación del despido.

A mí entender, no sería posible proceder a una extinción de los contratos de trabajo *ante tempus*, sin observar el plazo de treinta días previsto tanto legal como reglamentariamente, y ello porque:

1. En primer lugar, se estaría vetando, de ante mano, la posibilidad de llegar a un acuerdo con la representación de los trabajadores, al cerrar las puertas de la negociación con la temprana cancelación del procedimiento negociador, y
2. En segundo lugar, también se estaría imposibilitando la intervención de la Autoridad laboral en la búsqueda de soluciones que palien o mengüen las consecuencias derivadas del proyecto de despido colectivo⁵⁹⁷.

Una vez expuestas las cuestiones hermenéuticas y, antes de adentrarme en un análisis pormenorizado de las formalidades previstas en el artículo 53.1 ET, me gustaría realizar una observación.

⁵⁹⁷ Tal y como ha establecido FALGUERA BARÓ, M.A., *El procedimiento del despido colectivo y el desarrollo del periodo de consultas: criterios judiciales*, ob. cit., p. 149, «aunque, ciertamente, tras la reforma laboral del 2012 y en función de las limitadas competencias de la Autoridad laboral al respecto, parece difícil que ésta pueda adoptar medida alguna de intervención».

Algún sector de la doctrina científica⁵⁹⁸ ha venido a sostener que la existencia de acuerdo en la fase colectiva del procedimiento extintivo debería tener consecuencias en relación con los requisitos procedimentales de la fase individual, en concreto, en lo referido a la comunicación del despido a los trabajadores que hayan resultado afectados por la reestructuración colectiva arguyendo, para fundamentar su postura, la tesis mantenida por el Alto Tribunal en la que ha venido a considerar suficiente el contenido de la carta de despido que alude al acuerdo alcanzado entre los interlocutores sociales y la representación empresarial cuando quedaba acreditado que dichos interlocutores habían informado a los trabajadores acerca de la existencia y contenido del acuerdo alcanzado⁵⁹⁹.

A mi entender, tal postura resulta totalmente injusta y desafortunada pues el simple hecho de que se haya alcanzado un consenso entre los interlocutores sociales y la representación empresarial no se erige como fundamento suficiente para diferenciar el régimen jurídico de la extinción de carácter colectiva en los determinados supuestos que prevé el artículo 51.4 ET pues, tal y como anteriormente se ha expuesto, considero que de su tenor literal se desprende con claridad sus verdaderas intenciones cuales son que, independientemente de que se haya alcanzado acuerdo o se haya comunicado la decisión a los representantes de los trabajadores *«el empresario podrá notificar los despidos individualmente a los trabajadores afectados, lo que deberá realizar conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de esta ley»*.

⁵⁹⁸ Vid., al respecto, SÁEZ LARA, C., *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, ob. cit., p. 206.

⁵⁹⁹ STS 02-06-2014 (R° 2534/2013)

En el mismo sentido se pronunció la doctrina judicial, doctrina que considero debe ser aplicable, estableciendo que *«el hecho de que se haya alcanzado un acuerdo no constituye razón suficiente para diferenciar el régimen jurídico del despido colectivo en los concretos extremos que regula el art. 51.4 ET. Si el despido colectivo es un despido por las mismas causas del art. 52.c) ET, no hay razón objetiva para que los derechos reconocidos a los trabajadores con carácter de mínimos no sean iguales en todos los casos, haya o no acuerdo en el despido colectivo. Y si para éstos, como fruto de las exigencias de la normativa comunitaria (según veremos de inmediato), se exige un plazo mínimo de treinta días entre la comunicación a la Autoridad laboral del proyecto de despido colectivo y la efectividad de los despidos con la finalidad de que dicha autoridad pueda cumplir las funciones legales que el ordenamiento le da, tampoco advertimos que el hecho de que se alcance acuerdo constituya razón suficiente para diferenciar el trato en los términos que resulta de la tesis de la recurrente (ausencia de todo plazo mínimo en el caso del despido colectivo con acuerdo)»*⁶⁰⁰.

Para finalizar, debe hacerse constar que, tal y como ha quedado expuesto, la notificación del despido deberá cumplir con los requisitos formales anteriormente enumerados. Ahora bien, debe establecerse, de entrada, que las posibles insuficiencias o hipotéticos incumplimientos en que se puedan incurrir en la comunicación individual extintiva son ajenas a la vertiente colectiva del procedimiento extintivo.

En consecuencia, su impugnación, en tales supuestos, deberá llevarse a cabo mediante la acción individual contemplada en el artículo 124.13

⁶⁰⁰ SSTSJ País Vasco 18-12-2012 (R^o 2800/2012) y 27-11-2012 (R^o 2509/2012).

LRJS y no a través de la acción colectiva, tal y como ha venido a establecer nuestro Alto Tribunal⁶⁰¹.

Asimismo, la remisión que los artículos 51.4 ET y 14.1 RPDC realizan al 53.1 ET y, de manera paralela, la operada por el artículo 124.13 LRJS al procedimiento de impugnación del despido por causas objetivas permite trasladar, a la misiva individual derivada de la extinción colectiva, todas las consideraciones que nuestra doctrina judicial ha venido aplicando en el despido objetivo sobre las consecuencias que tal inobservancia despliega sobre la posible calificación de tal extinción⁶⁰².

Y es que, tal y como ya ha quedado expuesto, con la regulación del despido colectivo, la doctrina casacional⁶⁰³ no exigía el cumplimiento de tales formalidades pero, tras la modificación llevada a cabo por la Reforma Laboral del 2012 tales formalidades se erigen como requisitos *sine qua non* para garantizar el derecho de defensa y la tutela judicial efectiva de aquellos trabajadores que resulten afectados por la reestructuración empresarial⁶⁰⁴.

⁶⁰¹ La STS 23-09-2014 (R^o231/2013) estableció que «*Aunque no se acierta a ver el modo en que una deficiente carta de despido (hecho posterior; cuestionable por cada trabajador) puede incidir en la calificación del despido colectivo (hecho anterior; objeto de un específico proceso), interesa también salir al paso de la construcción que anida en el recurso*» a lo que vino a añadir que «*Insistamos en la idea de que las irregularidades que puedan haberse cometido en la notificación de la decisión final del despido a cada uno de los trabajadores no ha de ser examinada en el ámbito de la 20 impugnación del despido colectivo por el cauce del artículo 124.1 de la LRJS , procediendo, en su caso, la alegación de dichas irregularidades en el procedimiento de impugnación individual de los despidos*».

⁶⁰² MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBA PINILLA, A., *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada*, ob. cit., p. 184.

⁶⁰³ STS 20-10-2005 (R^o 4153/2004).

⁶⁰⁴ GOERLICH PESET, J.M., “La extinción del contrato de trabajo en la reforma de 2012: la culminación de una larga evolución”, en AA.VV. (Dir. GARCÍA PERROTE I., y MERCADER UGUINA, J.R.) *La regulación del mercado laboral. Un análisis de la ley 3/2012 y de los aspectos laborales del Real Decreto-Ley 20/2012*, ob.cit., p.363.

Por ello, la remisión a las exigencias y formalidades previstas en el artículo 53 ET viene a alcanzar también a las consecuencias derivadas de la inobservancia de las exigencias previstas en tal precepto legal que, con la precedente regulación, pueden llegar a determinar la improcedencia de la extinción en los términos previstos en el artículo 122 LRJS, precepto al que se remite desde el artículo 124.13 LRJS⁶⁰⁵.

No obstante lo que acaba de exponerse, no todo incumplimiento de las formalidades dispuestas en el artículo 53.1 a) determinará la improcedencia del despido, es más, tal y como seguidamente podrá observarse, por parte del algún sector de la doctrina científica se postula que la inobservancia de tales formalidades bien podría determinar la nulidad de la decisión extintiva⁶⁰⁶ y ello por lo que seguidamente se explicará.

El incumplimiento de los requisitos formales que revisten la comunicación individual del despido no llevan aparejados las mismas consecuencias:

1. Así, cuando la inobservancia radique en la comunicación escrita o en la puesta a disposición, de manera simultánea, de la indemnización

⁶⁰⁵ En la regulación anterior a la presente, no se exigían condiciones especiales algunas para la comunicación individual de la extinción colectiva y en la que la falta de puesta a disposición de la indemnización legalmente establecida no decretaba la improcedencia de tal extinción, sin perjuicio de que el propio trabajador tuviese su derecho a reclamarla ante los tribunales competentes, tal y como lo establecían, primero, el artículo 14 Real Decreto 43/1996, de 19 de enero, por el que se aprobaba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos y, posteriormente, el artículo 18.2 RD 801/2011. Sirva como ejemplo al respecto la STSJ Castilla y León 08-02-2012 (R^o 2140/2011).

⁶⁰⁶ AGUSTÍ MARAGALL, J., *La comunicación individual de extinción por despido colectivo ex artículo 51.4 ET: alcance de la exigencia informativa y de su control judicial*, ob. cit., pp. 18 y 18, y GUALDA ALCALÁ, F.J y GUALDA ALCALÁ, M., *La aplicación del despido colectivo por la doctrina judicial*, ob. cit., pp. 171 y ss.

correspondiente, tal actuación empresarial acarreará la improcedencia del despido.

2. Ahora bien, si el empresario, no cumple con la exigencia de concesión de un plazo de quince días, el despido será procedente, si bien se le condenará al abono de los salarios correspondientes a dicho periodo o si, cumpliéndolo parcialmente, se le condenará al abono de los salarios que resten del citado periodo.

La misma calificación merece la extinción cuando el empresario, por causas económicas, y como consecuencia de tal situación, no puede poner a disposición del trabajador la indemnización correspondiente. En este supuesto, el empleador quedará «exento» de cumplimiento de tal obligación, sin perjuicio del derecho del trabajador de exigir de aquel el abono cuando tenga efectividad la decisión extintiva⁶⁰⁷.

La misma observación debe realizarse para el supuesto en el que exista un error excusable en el cálculo de la citada indemnización, debiendo condenarse al empresario al pago de la diferencia entre la cantidad abonada y la que efectivamente le corresponde.

No obstante, la cuestión que debe plantearse es si la improcedencia es la única consecuencia que puede derivar de tal incumplimiento, es decir, si la insuficiencia informativa derivada de la comunicación individual de despido colectivo debe considerarse, únicamente y en cada caso, un simple defecto formal que debe sancionarse con la declaración de improcedencia, tal y como preceptúa la ley o, reparando en la vertiente constitucional que envuelve a los derechos que resultan afectados (el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho al trabajo) y en virtud

⁶⁰⁷ STS 07-12-2012 (R^o 649/2011).

de la indefensión ocasionada, tal incumplimiento puede ser sancionado con la declaración de nulidad cuando así se haya postulado⁶⁰⁸.

Si bien es cierto que, a mi entender, la norma estatutaria es clara al establecer la improcedencia del despido como consecuencia del incumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 53.1 ET, con las observaciones anteriormente expuestas, ello no es óbice para exponer que, según ha venido a postularse por parte de algún autor⁶⁰⁹, la declaración de nulidad estaría en consonancia con las disposiciones establecidas en el Convenio n° 158 de la OIT (la exigencia de una causa justa para despedir, la facultad de impugnar dicha extinción y de que la misma sea revisada en sede judicial) y con la indiscutible dimensión constitucional de tales disposiciones, distinguidas por el Tribunal Constitucional en sus SSTC 22/1981 02-07-1981 (Cuestión de constitucionalidad 223-1980) y 192/2003 27-10-2003 (R° 449-2001)⁶¹⁰.

En virtud de tales exigencias previstas en la disposición de carácter internacional, que vendría a imponerse a la normativa ordinaria por

⁶⁰⁸ AGUSTÍ MARAGALL, J., “La comunicación individual de extinción por despido colectivo ex artículo 51.4 ET: alcance de la exigencia informativa y de su control judicial”, *ob. cit.*, p. 4

⁶⁰⁹ *Ibidem*, pp. 5 y ss.

⁶¹⁰ La doctrina del Tribunal Constitucional, en sus SSTC 22/1981 02-07-1981 (Cuestión de constitucionalidad 223-1980) y 192/2003 27-10-2003 (R° 449-2001), ha reiterado que *«tanto exigencias constitucionales, como compromisos internacionales, hacen que rija entre nosotros el principio general de la limitación legal del despido, así como su sujeción para su licitud a condiciones de fondo y de forma.»*, añadiendo a continuación que *«ello no quiere decir que, como poder empresarial, la facultad de despido no se enmarque dentro de los poderes que el ordenamiento concede al empresario para la gestión de su empresa y que, por ello, su regulación no haya de tener en cuenta también las exigencias derivadas del reconocimiento constitucional de la libertad de empresa y de la defensa de la productividad, pero lo que resulta claro es que no puede deducirse de esa libertad de empresa ni una absoluta libertad contractual, ni tampoco un principio de libertad ad nutum de despido, dada la necesaria concordancia que debe establecerse entre el art. 35. 1 y 38 CE y, sobre todo, el principio de Estado social y democrático de Derecho»*, para concluir que *“No debe olvidarse que hemos venido señalando desde nuestra STC 22/1981, de 2 de julio, FJ 8, que, en su vertiente individual, el derecho al trabajo (art. 35.1 CE) se concreta en el “derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, en el derecho a no ser despedido sin justa causa»*.

mor del artículo 96 CE y condicionaría la exégesis de la misma, así como de la mentada doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, la deficiencia informativa en la misiva extintiva puede menoscabar el derecho a la tutela judicial efectiva al imposibilitar u obstaculizar la acción judicial de impugnación de la extinción. Ante esta dimensión constitucional que puede alcanzar el menoscabo al incidir en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, la calificación judicial que vendría a resarcir tal tutela, tal y como se ha apuntado por parte del artífice de tal postura⁶¹¹, debería ser la de la nulidad de la decisión extintiva.

Tal exégesis, se apunta, sería congruente con el vigente marco normativo, pues el artículo 53.4 ET y 122.2 a) LRJS determinan la nulidad de la extinción cuando esta sea «*producida con violación de derechos fundamentales y libertades públicas*»⁶¹².

⁶¹¹ AGUSTÍ MARAGALL, J., *La comunicación individual de extinción por despido colectivo ex artículo 51.4 ET: alcance de la exigencia informativa y de su control judicial*, ob. cit., pp. 5 y ss.

⁶¹² AGUSTÍ MARAGALL, J., *La comunicación individual de extinción por despido colectivo ex artículo 51.4 ET: alcance de la exigencia informativa y de su control judicial*, ob. cit., p. 19. Según el citado autor, la clave para poder adoptar la exégesis expuesta radicaría en evolucionar en nuestra concepción aplicativa y comprender que, en algunas ocasiones, la deficiencia informativa no produce una simple inobservancia formal de los requisitos legalmente establecidos para la notificación individual del despido conducente a la declaración de improcedencia en base al artículo 122.3 LRJS (como podría ser la falta de puesta a disposición de la indemnización legalmente establecida, un cálculo erróneo de dicha indemnización)⁶¹², sino que se estaría produciendo la vulneración de una garantía fundamental, cual es la de la tutela judicial efectiva, establecida en el art. 24 CE, a la que corresponde la calificación de nulidad ex art. 53.4 ET y art. 122.2.a) LRJS.

4.2. Requisitos de la notificación individual del despido. La remisión al artículo 53.1 ET

4.2.1. Entrega de la carga de despido

4.2.1.1. Contenido de la comunicación extintiva

La presente exigencia estriba en la necesidad de comunicar al trabajador toda la información necesaria que acredite la causa alegada para justificar la extinción colectiva acometida, sin que sea posible una alegación genérica así como la imposibilidad de una remisión a lo acaecido en el procedimiento de despido colectivo llevado a cabo, pues en tal proceso los trabajadores afectados no han tenido ninguna intervención o participación directa.

Nuestro Alto Tribunal ha venido a reiterar que no se trata únicamente de apuntar una causa abstracta, sino que también debe hacerse constar, de manera expresa, la causa concreta que viene a motivar y justificar la decisión empresarial de proceder a un despido colectivo, lo que exigirá evidenciar la incidencia en la empresa de un concreto tipo de causa o de una posible causa remota⁶¹³.

⁶¹³Nuestro Alto Tribunal en el ATS 27-11-2008 (R^o 2861/2007), en relación con los despidos económicos, técnicos, organizativos o de producción tal órgano judicial determinó que «*El significado de la palabra “causa” en el contexto de la regulación de las causas del despido objetivo por necesidades la empresa se refiere normalmente no al tipo genético de causa de despido (por ejemplo, la reestructuración de la plantilla, el cambio en los productos o en los procesos de producción) o a la causa remota que genera las dificultades os situaciones negativas de la empresa en la que se produce el despido (por ejemplo, la crisis económica o las nuevas tecnologías) sino precisamente, como dice repetidamente el artículo 51 ET, a las concretas dificultades o situaciones económicas de la empresa alegadas por el empresario para justificar su decisión extintiva. Son estas dificultades o situaciones económicas negativas las que constituyen, en terminología del artículo 51 ET [al que, como ya se ha dicho, remite este aspecto de la regulación el artículo 52 c) ET sobre el despido objetivo] las “causas motivadoras*

En la misma línea, se pronuncia nuestra doctrina judicial, pudiendo citar, entre otras, las STSJ Cataluña 11-10-2012 (R° 4199/2012) reiterando la doctrina anterior⁶¹⁴, así como la STSJ Asturias 30-03-2012 (R° 627/2012)⁶¹⁵.

Asimismo, la doctrina de suplicación también ha venido a concretar que, en los casos de despido objetivo basados en causas económicas, para satisfacer las exigencias del artículo 53.1 a) ET deberán reflejarse, en la misiva extintiva, las pérdidas o reducción de ingresos o ventas de la sociedad, sin que ello signifique que resulte exigible una especificación detallada como si de una auditoría se tratase, y, si se alegase una previsión de perdidas, deberán señalarse, además, los fundamentos que justifican tal previsión⁶¹⁶.

En síntesis, según la doctrina judicial expuesta, la misiva extintiva deberá abarcar una descripción de la causa, debiendo entenderse como aquellas concretas circunstancias económicas, técnicas, organizativas o de producción que justificarían o acreditarían la reestructuración empresarial no siendo suficiente, pues, con la enumeración de la causa abstracta o tipología causal descrita por la normativa estatutaria.

(artículo 51.3 ET, artículo 51.4 ET artículo 51.12 ET) que pueden justificar el acto de despido»
En el mismo sentido, SSTS10-11-2011 (R° 157/2010); 30-03-2010 (R° 1068/2009) y 01-07-2010 (R° 3439/2009).

⁶¹⁴ En relación con la insuficiencia de la misiva extintiva se pronunció nuestro Alto Tribunal en STS 19-09-2011 (R° 4056/2010).

⁶¹⁵ El Tribunal Supremo, en STS 10-03-1987 (ROJ 1709/1987) determinó que «*La citada expresión legal de "causa" viene referida propiamente no a la mera manifestación de aquella o aquellas de las causas (económicas, o técnicas, organizativas o de producción) en las que legalmente puede fundarse la decisión extintiva, sino "que equivale a expresión concreta de los hechos que la constituyen en términos similares a los requeridos por el artículo 55.1 del mismo cuerpo legal»*

⁶¹⁶ Sirvan de ejemplo las SSTSJ de Extremadura 05-11-2012 (R° 499/2012) y 26-07-2013 (R° 254/2013).

No obstante lo expuesto, debe cuestionarse si la carta de despido, al ser la extinción producida fruto de un previo proceso negociador, debe atender alguna particularidad producida o acordada en dicho proceso⁶¹⁷.

No debe olvidarse que el objeto o finalidad de la comunicación extintiva es, en esencia, dotar al trabajador de una explicación y descripción suficientemente motivada para que, en su caso, se oponga a tal decisión extintiva ante el órgano judicial correspondiente para la defensa de sus intereses⁶¹⁸.

Es por ello que en las extinciones por causas objetivas «ordinarias», el control de formalidad sobre los extremos contenidos en tal comunicación es más exhaustivo que el previsto para el supuesto de los despidos disciplinarios⁶¹⁹, pues el trabajador no únicamente debe conocer el motivo o causa de su despido, sino también las circunstancias y datos empresariales que justifican la ejecución de dicha decisión extintiva⁶²⁰ pues, a diferencia del despido disciplinario, cuya causa viene

⁶¹⁷ Sirva de ejemplo la STSJ Madrid 24-02-2014 (R° 1384/2013) en la que la carta de despido determinaba el importe de la indemnización a la que se había llegado con la representación de los trabajadores en el periodo de consultas.

⁶¹⁸ Tal y como vino a hacer constar AGUSTÍ MARAGALL, J., *La comunicación individual de extinción por despido colectivo ex art. 51.4 ET: alcance de la exigencia informativa y de su control judicial*, ob. cit., p. 2, «Despedir es algo muy serio. Para el empresario que despide, sin duda. Para el trabajador despedido, mucho más. Si se le da toda la información podrá entender las razones y, a continuación, decidir si consiente o impugna. Pero si no se le da, si se le racanea la misma, no solo se le estará privando de un derecho elemental -saber porqué se le despide- sino que se incrementarán exponencialmente las posibilidades de que impugne y de que prospere su impugnación».

⁶¹⁹ FALGUERA BARÓ, M.A., *El procedimiento del despido colectivo y el desarrollo del periodo de consultas: criterios judiciales*, ob. cit., p. 151.

⁶²⁰ No obstante, nuestro Alto Tribunal ha venido a pronunciarse en algunas ocasiones sobre la exigencia de la expresión “causa”, equiparando el contenido de la comunicación extintiva de un despido objetivo del artículo 52 c) ET a la comunicación por despido disciplinario y, por ende, a las formalidades previstas en el artículo 55.1 ET, viniendo a establecer que aunque el citado precepto «no impone una pormenorizada descripción de aquéllos, sí exige que la comunicación escrita proporcione al trabajador un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de los hechos que se le imputan para que, comprendiendo sin dudas racionales el alcance de aquéllos, pueda impugnar la decisión empresarial y preparar los medios de prueba que juzgue

relacionada con una previa actuación del trabajador, el despido colectivo estará motivado en razones económicas, organizativas, técnicas o de producción que serán ignoradas, en principio, por el trabajador afectado⁶²¹.

No obstante, en un procedimiento de despido colectivo es factible que los trabajadores conozcan la causa extintiva así como la situación que atraviesa la empresa, pues durante el periodo de consultas suelen realizarse asambleas para poner al tanto a los trabajadores sobre el proceso de negociación, proporción de documentos informativos, etc.

Ante esta coyuntura, tal y como anteriormente se ha hecho constar, se ha ocasionado una cierta controversia a nivel doctrinal en relación con las exigencias formales que deben revestir las notificaciones de carácter individual de las extinciones colectivas, principalmente cuando se ha llegado a un acuerdo durante el periodo de negociación⁶²².

Sobre la mencionada controversia se ha pronunciado el Tribunal Supremo⁶²³, a mi entender, de manera totalmente desafortunada, viniendo a establecer que *«Ciertamente, en el hecho probado quinto constan las circunstancias que permiten integrar el contenido de la carta de despido, en cuanto señala que “por las secciones sindicales se comunicó a la plantilla de la empresa la existencia de reuniones con la dirección desde 12.1.2012.La empresa informó a los trabajadores el*

convenientes para su defensa y esta finalidad no se cumple, según reiterada doctrina de la Sala [...], cuando la aludida comunicación solo contiene imputaciones genéricas e indeterminadas» [STS 30-09-2010 (R° 2268/2010)].

⁶²¹ SSTSJ Castilla y León 07-11-2012 (R° 1781/2012); Cataluña 18-04-2001 (R° 4893/2001); 10-01-2000 (R° 166/1999) y 8-02-1999 (R° 5505/1998).

⁶²² *Vid.*, al respecto, entre otras, las SSTSJ Galicia 19-12-2015 (R° 3717/2014); Madrid 9-01-2015 (R° 765/2014); 25-06-2014 (R° 244/2014); 22-01-2014 (R° 187/2013); 09-01-2014 (R° 1834/2013); Castilla la Mancha 12-12-2014 (R° 1341/2014) y Cataluña 31-05-2013 (R° 1010/2013).

⁶²³ STS 02-06-2014 (R° 2354/2013).

5.3.2012 de la presentación del ERE. Se les convocó a una reunión informativa para el 7.3.2012 y a una asamblea el 14.3.2012, el 15.3.2012 y el 16.3.2012. Se les informó sobre las condiciones del acuerdo suscrito en el ERE, que estaría a su disposición a través de las centrales sindicales. Se les convocó a una votación para el día 16.3.2012 y se les informó del resultado. El 20.3.2012 se les informó por la dirección de la firma del acuerdo. El 23.3.2012 se informó de los modelos de comunicación de extinción del contrato. Se informó el 28.3.2012 de las personas afectadas y de los efectos”. En consecuencia, ha de estimarse que el contenido de la carta es suficiente y cumple, como se ha dicho, las exigencias establecidas en el precepto denunciado, por lo que ha de rechazarse este primer motivo».

Por tanto, de tal pronunciamiento se desprende una clara hermenéutica que podría calificarse de finalista: el empresario tendrá que demostrar o justificar que el trabajador ha tenido un conocimiento adecuado y suficiente de los hechos⁶²⁴.

No obstante, de tal razonamiento se desprenden numerosos inconvenientes prácticos, pues una cosa es que el trabajador efectivamente haya tenido acceso a la documentación informativa, conociendo el alcance y la trascendencia de los hechos que acaecen en la empresa y otra muy distinta es que el trabajador, existiendo tal posibilidad potencial, sencillamente no haya accedido a tal documentación y, por tanto, no conozca tal información, bien por imposibilidad del propio trabajador (sirva de ejemplo que se realizase una reunión informativa y el trabajador afectado no hubiese estado

⁶²⁴ FALGUERA BARÓ, M.A., *El procedimiento del despido colectivo y el desarrollo del periodo de consultas: criterios judiciales*, ob. cit., p. 152.

presente) bien porque, no habiéndose celebrado asamblea o reunión informativa alguna, la documentación acreditativa de la situación real de la empresa no esté al alcance de los trabajadores, bien porque los representantes de los trabajadores no desean proporcionarla, bien porque ni los propios representantes la posean⁶²⁵.

En cualquier caso, ha venido a postularse que la notificación de la decisión extintiva no queda limitada al contenido de la propia comunicación, pues si a tal comunicado se adjunta anexo o apéndice con documentación informativa que permita al trabajador conocer el alcance y contenido de las medidas extintivas, o bien tal documentación no se le proporciona de manera física pero si queda a su disposición con la finalidad de que pueda ser consultada, tal configuración de la comunicación extintiva no generará indefensión alguna.

Así lo ha venido a establecer nuestra doctrina casacional⁶²⁶, al entender que *«el contenido de la carta de despido puede ser suficiente si se contextualiza. Si bien es cierto que la misma únicamente contiene las*

⁶²⁵ La STSJ Castilla y León 13-01-2014 (R^o 1552/2013) respecto al tema objeto de estudio, adopta una postura, a mi entender, totalmente injusta, al considerar que *«cuando se ha seguido un previo expediente de regulación de empleo con celebración de varias reuniones para debatir la empresa y la representación de los trabajadores la concurrencia de las circunstancias alegadas y también las soluciones propuestas por la empresa con sometimiento a votación en asamblea de los trabajadores incluso de las propuesta de la empresa (hecho probado sexto), cabe perfectamente que la carta de despido en aras de la brevedad haga una remisión a lo ya debatido, aceptado, y recogido en la documentación obrante en el expediente previo administrativo de regulación de empleo del que ha tenido puntual y completo conocimiento el trabajador que también ha votado, cabe suponer que con el debido conocimiento de la situación, sobre la propuesta empresarial; alegar pues indefensión por desconocimiento de lo ocurrido no responde a la realidad en forma alguna y pretender la improcedencia del despido porque en la carta no se describen de forma suficiente las cosas objetivas que se debatieron y aprobaron en el expediente de regulación de empleo al que se remite expresamente la carta de despido, supone convertir la exigencia formal en cuestión prevista en citado artículo en un simple rito o símbolo desprovisto de la finalidad instrumental propia de los requisitos formales incluyendo el que nos ocupa; procede pues desestimar este tercer motivo del recurso».*

⁶²⁶ STS 23-09-2014 (R^o231/2013).

menciones a las que alude el recurrente (datos a todas luces escasos) no es menos cierto que su contenido ha de ser integrado con la documentación que se acompañaba a cada una de las cartas y que, tal y como consta en el Fundamento de Derecho noveno con indudable valor de hecho probado, a la carta de despido se adjuntó en formato digital, relación definitiva de trabajadores afectados, el informe preceptivo (...) las medidas sociales de acompañamiento, un plan de recolocación externa y las copias de las actas del periodo de consultas y "documentación fin del periodo de consultas"»⁶²⁷.

Pero por si no era suficiente, el Alto Tribunal, en una reciente sentencia de fecha 15-03-2016 (RUD 2507/2014) si bien viene a recordar que «*La remisión que actualmente hace el artículo 51.4 al artículo 53.1 -ambos del ET- para concretar las formalidades de la comunicación individual de la decisión extintiva implica la consecuencia de que, en principio, deba afirmarse que la carta noticiando el despido individual en los PDC ha de revestir -en general- las mismas formalidades que la comunicación del despido objetivo, precisamente porque la remisión se hace sin precisión alguna*», a continuación procede a una completa distorsión de tal exigencia legal.

Tal y como puede desprenderse de lo que acaba de transcribirse, el Tribunal Supremo está sentando una regla general y es que, en principio, la notificación individual del despido deberá revestir las formalidades previstas en el artículo 53.1 ET.

Ahora bien, el Alto Tribunal viene a realizar una serie de precisiones o matizaciones a la regla general expuesta y es que «*la existencia de*

⁶²⁷ En el mismo sentido ya se habían pronunciado, entre otras, las SSTSJ Aragón 09-07-2014 (R^o 380/2014) y Cantabria 30-04-2013 (R^o 995/2012).

negociaciones previas, su preceptivo contenido y la calidad de los sujetos intervinientes determinan (...) que entre las decisiones extintivas del despido objetivo y colectivo medie una decisiva diferencia -el proceso negociador- que por fuerza ha de tener reflejo en las exigencias de su comunicación formal (...). Desde el momento en que el PDC requiere una previa negociación con los representantes de los trabajadores, aquella necesidad formal de comunicación de la causa del trabajador afectado queda atemperada precisamente por la exigencia de la propia negociación, hasta el punto que se deba “conectar lo acaecido en el periodo colectivo con la comunicación individualizada [rebajando las exigencias interpretativas que valen para los casos de extinciones objetivas individuales o plurales] de manera que «en todo caso (...) el contenido de la carta de despido puede ser suficiente si se contextualiza»(STS SG 23/09/2014 Rº 231/2013); y que de esta manera haya de admitirse la suficiencia de la comunicación extintiva efectuada a los trabajadores cuando la misma refiere el acuerdo alcanzado con sus representantes legales en el marco de un ERE, del que aquellos informan al colectivo social (STS 02/06/2014 Rº 2534/2013)».

El Alto Tribunal, en tal resolución, viene a entender que la «mejora» introducida por la Reforma Laboral de 2012, que viene a extender a la comunicación individual del despido derivada de un procedimiento de extinción colectiva la formalidad inherente a la extinción por causas objetivas, no puede distorsionarse llegando al injustificado extremo hermenéutico de entender que el despido colectivo requiere de mayor formalidades que el despido objetivo «y que se limita a la exclusiva referencia a la causa (...) nada más que lo que determina expresamente el artículo 53».

En todo caso, concluye la Sala, *«de existir alguna diferencia, más bien ha de serlo en el sentido de atenuar el formalismo cuando se trata del PDC, precisamente porque el mismo va precedido de documentadas negociaciones entre la empresa y la representación de los trabajadores»*.

Por tanto, el Alto Tribunal, en tal resolución viene a permitir que en la comunicación individual ha de indicarse, únicamente, la expresión concreta *«causa motivadora»* del despido, debiendo proporcionar al trabajador detalles que le permitan tener un conocimiento claro e inequívoco de los motivos generadores de su despido y pudiéndose, todo ello, contextualizar en el marco de las previas negociaciones colectivas, que pueden proporcionar el acceso a elementos fácticos que complementen los términos de la comunicación escrita.

Frente a esta exagerada postura sostenida por la Sala, en la que se degrada a mínimos insostenibles la misiva extintiva, se formuló Voto Particular por diversos magistrados⁶²⁸ discrepantes de la tesis mayoritaria sostenida por la Sala.

La tesis expuesta por los magistrados disidentes, postura que considero debiera constituirse como doctrina aplicable, viene a postular, evocando alguna resolución anterior del Alto Tribunal⁶²⁹ que consideran debiera ser de aplicación al caso concreto en lugar de proceder a un viraje en la doctrina que se había mantenido para enjuiciar tales supuestos, que *«La trascendencia de la determinación del contenido mínimo de la comunicación escrita empresarial en la que se procede a un despido con invocación de causas objetivas, estriba en la finalidad de evitar la*

⁶²⁸ Voto Particular que formulan conjuntamente los/as Excmos/as. Sres/as. Magistrados/as Don Fernando Salinas Molina, Doña M^a Luisa Segoviano Astarburuaga, Doña Rosa María Vicolés Piñol y Don Jordi Agustí Juliá.

⁶²⁹ STS 12-05-2015 (R^o 1731/2014)

indefensión del trabajador despedido que debe conocer de forma suficiente la “causa” del acuerdo empresarial de extinción para poder actuar en condiciones de igualdad en el proceso (arts. 9.2, 14 y 24.1 Constitución –CE) (...)».

En este sentido, consideran que cabe deducir en interpretación de la normativa expuesta, como también es dable entender resulta en sus esenciales extremos de la jurisprudencia social antes citada, entre otros extremos, que:

- a) La referencia a la «causa» como exigencia formal de la comunicación escrita en el despido objetivo (art. 53.1.a ET) es equivalente a la de los «hechos que lo motivan» en la carta de despido disciplinario (art. 55.1 ET);
- b) Para que pudiera llegar a declararse la procedencia del despido tales datos fácticos que han de verse reflejados, como regla básica, en la comunicación escrita, integrada, en su caso, con la documentación acompañadora y deben consistir en los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a la pretensión extintiva empresarial, y, en el supuesto de despido objetivo, los datos fácticos suficientes que configuran el concepto de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción establecido en el art. 51.1.2 y 3 ET al que también se remite el art. 52.c) ET;
- c) Solo los hechos contenidos en la comunicación escrita de despido podrán ser objeto de prueba en el correspondiente juicio;
- d) Debe existir interrelación entre los hechos/causas relatados en la carta de despido y, en su caso, con los hechos que resulten como probados en la sentencia; pues *«la procedencia o improcedencia del*

despido solo podrá decretarse, tratándose de extinción objetiva, cuando cumplidos los requisitos formales se acredite o no, con reflejo concreto en los hechos probados, la concurrencia de la causa legal indicada específicamente en la comunicación escrita»;

- e) La comunicación escrita debe proporcionar al trabajador un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de los hechos que se le imputan o de las causas que se invocan como constitutivos del despido objetivo para que, comprendiendo sin dudas racionales el alcance de aquéllos, pueda impugnar la decisión empresarial y preparar los medios de prueba que juzgue convenientes para su defensa y que esta finalidad no se cumple cuando la aludida comunicación solo contiene imputaciones o afirmaciones genéricas e indeterminadas que perturban gravemente aquella defensa y atentan al principio de igualdad de partes al constituir, en definitiva, esa ambigüedad una posición de ventaja de la que puede prevalecerse la empresa en su oposición a la demanda del trabajador; y
- f) Finalmente, tratándose de despido objetivo en el supuesto de incumplimiento de “as formalidades legales de la comunicación escrita, con mención de causa” la consecuencia, actualmente, es la declaración de improcedencia del despido.

En virtud de todo lo expuesto, los Magistrados rubricantes del voto particular vienen a considerar que *«la insuficiencia de la comunicación escrita de despido es evidente y la adición de hechos no contenidos en la misma, ni directamente ni por remisión, para completarla es inadecuada jurídicamente»*

A mi entender, de todo lo anteriormente expuesto, queda patente que tanto los últimos pronunciamientos jurisprudenciales así como gran

parte de las resoluciones emanadas de la doctrina judicial han «desnaturalizado» la verdadera esencia de la comunicación individual del despido, relativizando su importancia al ir restando o menguando, cada vez más, la trascendencia de los requisitos formales que la revisten, olvidando en todo momento que esa comunicación, esa misiva, es el instrumento más importante, o incluso el único, del que dispone el trabajador para hacer valer sus derechos frente a los Tribunales cuando su pretensión sea la de oponerse a la decisión extintiva, por lo que, tal y como ha venido a entender algún sector de la doctrina judicial, «el contenido exigible de la carta de despido es instrumental del derecho de defensa del trabajador»⁶³⁰.

La expresión de la causa, como exigencia formal de la comunicación escrita en el despido objetivo (artículo 53.1 a) del Estatuto de los Trabajadores), tiene el mismo significado, alcance y finalidad que la de los «hechos que lo motivan» en la carta de despido disciplinario, tal y

⁶³⁰ Según las SSTSJ Catalunya 31-05-2013 (R° 1010/2013); 07-11-2012 (R° 5183/2012) y 25-09-2012 (R° 3911/2012) «El contenido exigible de la carta de despido es instrumental del derecho de defensa del trabajador y de las posibilidades de articulación de la misma que le ofrezca dicho contenido, debiéndose entender improcedente el despido cuando no se ofrece un contenido mínimo exigible para ejercitar dicho derecho(Vid SSTSJ Catalunya Sentencia núm. 6223/2012 de 25 septiembre AS 2012\2489).Con tal propósito garantista, la normativa sustantiva y procesal constituye la referida causa como elemento delimitador del objeto probatorio del juicio de despido, puesto que "para justificar el despido, al demandado no se le admitirán en el juicio otros motivos de oposición a la demanda que los contenidos en la comunicación escrita de dicho despido" (arts.103.2 , 105.2 y LRJS) y de la carga probatoria del empresario al que le corresponde "la carga de probar la veracidad de los hechos imputados en la carta de despido como justificativos del mismo"(art. 120 en relación 105.1 LPL) o, utilizando los términos de la normativa procesal civil, "la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico" correspondiente a su pretensión (art.217.2 de la supletoria Ley de Enjuiciamiento Civil ; derivadamente se configura como referencia, también, para fijar el concreto contenido de los hechos declarados probados de la sentencia (art. 97.2LPL y 209.2ª LEC) y como determinador del sentido del fallo, pues la procedencia, en su caso, de la decisión extintiva ex art. 52.cET solamente deberá efectuarse, como de forma expresa se establece legalmente, "cuando el empresario, habiendo cumplido los requisitos formales exigibles, acredite la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación escrita" (art. 122.1LPL)»

como, en un tiempo no muy lejano, señaló unánimemente la jurisprudencia citada con anterioridad⁶³¹.

Por tanto, a mi entender, la misiva extintiva ha de proporcionar al trabajador un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de los hechos concretos que motivan la extinción de su contrato para que pueda impugnar la decisión empresarial, si no está conforme, y preparar los medios de prueba que juzgue convenientes para su defensa, exigencia que no se cumple cuando la aludida comunicación únicamente contiene referencias genéricas e indeterminadas a la situación de la empresa, perturbando gravemente aquella defensa.

Y es que, tal y como, por suerte, ha venido a reconocer algún sector de la doctrina judicial⁶³², el simple hecho de reproducir en la comunicación escrita que se ha llegado a un acuerdo con los representantes de los trabajadores en relación con la extinción colectiva y que el trabajador notificado se encuentra entre los afectados por la medida comunicándole, asimismo, la fecha de efectos del despido e informándole de la existencia de una memoria, puesta a disposición de los trabajadores en la que se recogen, exponen y fundamentan las causas justificativas del proceso extintivo, no es suficiente, sino que más bien al contrario: no se cumple la exigencia contenida en el artículo 53.1 a) ET cuando no se describe ningún hecho concreto, específicamente

⁶³¹ Es más, algunas resoluciones, tales como las SSTSJ Catalunya 18-03-2005 (Rº 2466/2005); 06-06-2001 (Rº 1727/2001) y 18-04-2002 (Rº 5313/2001) han venido a postular que «*La información ha de ser aún más plena en el despido objetivo que en el disciplinario , pues en este el trabajador puede conocer ya las imputaciones , lo que no ocurre en la extinción por causas objetivas, por lo que se exige que en la carta de despido consten los datos y elementos fácticos precisos para que el trabajador conozca suficientemente las razones esgrimidas para la extinción de su contrato y pueda preparar adecuadamente su defensa y oposición a los argumentos de la empresa*».

⁶³² La resolución que se toma como base para fundamentar la presente postura es la resuelta por el TSJ Asturias en 20-12-2013 (Rº 186/2013).

relacionado con el área productiva o zona geográfica a la que el trabajador se encuentra adscrito y que permita conocer que allí se produce una pérdida de trabajo y un exceso de plantilla para poder extinguir su contrato de trabajo, pues tal concreción resulta necesaria en los despidos fundados en causas organizativas y productivas, al ser *«reiterada la doctrina jurisprudencial que declara que "el ámbito de apreciación de las causas económicas es la empresa o unidad económica de producción, mientras que el ámbito de apreciación de las causas técnicas, organizativas o de producción es el espacio o sector concreto de la actividad empresarial en que ha surgido la dificultad que impide su buen funcionamiento" (STS de 31 de enero de 2008) y que cuando lo que se produce es un desajuste entre la fuerza de trabajo y las necesidades de producción, ese exceso de mano de obra debe remediarse allí donde se produce»*⁶³³.

Por tanto, aunque la empresa alegue que existe acuerdo con los representantes de los trabajadores para proceder a la extinción de los contratos de los trabajadores afectados, y que en la comunicación individual se indica que la memoria explicativa ha sido puesta a disposición de los trabajadores, pudiendo estos consultarla libremente, tal fundamentación resulta contraria a lo dispuesto en el artículo 51 ET, puesto que el citado precepto, en su apartado cuarto, dispone que la notificación individual de los despidos a los trabajadores afectados se *«deberá realizar conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de esta Ley»*.

Resulta necesario, por tanto, que la misiva extintiva proporcione al trabajador una información suficiente de las concretas circunstancias

⁶³³ SSTS de 13-02-2002 (R° 1436/2001) y 21-07-2003 (R° 4454/2002).

que fundamentan la extinción de su contrato, máxime cuando el trabajador no ha sido parte en las negociaciones dimanantes del periodo de consultas, previas a la adopción de la medida empresarial, y debe asumir la completa defensa de su situación al no haberse producido la impugnación colectiva de tal decisión empresarial *ex* artículo 124.1 LRJS⁶³⁴.

Esta postura que acaba de exponerse es, a mi entender, la que debería resultar aplicable a la comunicación individual del despido colectivo. Y ello contrariamente a lo que sostiene la jurisprudencia y otro sector de la doctrina judicial que, a grandes rasgos, vienen a postular que, en aquellos supuestos en los que la extinción individual *«se enmarca en un proceso de despido colectivo concluido por Acuerdo y en la carta de despido se indica que la causa de extinción del contrato de trabajo es la tramitación y aprobación de un ERE acordado por las secciones sindicales»*, será suficiente para ratificar la idoneidad de la misiva, incluso aunque se admita que *«en términos generales podría aseverarse que dicha carta no cumple con lo establecido en el artículo 53.1 a) ET»*⁶³⁵.

En mi opinión, tal postura no es la más acorde con la interpretación que debe realizarse sobre las exigencias o requisitos que legal y reglamentariamente se establecen respecto de la comunicación individual de los despidos colectivos acaecidos, y ello por las razones que seguidamente se expondrán:

1. En primer lugar, tal y como algún autor⁶³⁶ ha venido a matizar, a mi entender, de manera muy acertada, el procedimiento de despido

⁶³⁴ STSJ Asturias 20-12-2013 (R° 1868/2013).

⁶³⁵ STSJ Cataluña 31-05-2013 (R° 1010/2013).

⁶³⁶ AGUSTÍ MARAGALL, J., “La exigencia informativa en la comunicación individual de extinción por despido colectivo *ex* artículo 51.4 ET. Una reflexión respecto de las recientes –y

colectivo y el acuerdo colectivo que, en su caso, se alcance, en ningún caso viene a constituir la «causa» de la extinción de carácter individual, sino que tal procedimiento se erige como un requisito de previo cumplimiento. Y ello porque la causa del despido individual únicamente podrá serlo la «causa objetiva» que haya justificado la tramitación del procedimiento de reestructuración colectiva, causa cuya convergencia, tanto a nivel colectivo e individual, el trabajador tendrá derecho a impugnar (aunque el proceso de negociación haya concluido mediante acuerdo final), derecho que, para su efectivo ejercicio, comportará, de manera ineludible, un previo derecho a conocer tanto la causa objetiva general (que será la que fundamente el proceso extintivo), como las concretas razones objetivas que hayan determinado su particular e individual selección y afectación, tal y como posteriormente se analizará.

2. En segundo lugar, no puede darse por sentado que la deficiencia informativa relativa a la comunicación individual vaya a quedar subsanada o enmendada por la accesibilidad a la mentada documentación a través de los representantes legales y/ o sindicales, pues tal canal de representación no supone garantía alguna de que la información se haya trasladado, de manera efectiva, a los trabajadores afectados. Sirvan como ejemplo aquellos supuestos en los que los trabajadores afectados no están afiliados a sindicato alguno o, por disconformidad respecto a estos interlocutores están

contradictorias sentencias del TSJ Madrid 9.1.2014 y del TSJ Castilla-León 16.1.2014 relativas al despido colectivo de Bankia”, *IUSLabor*, N° 1, 2014, p. 8.

alejados de los órganos de representación colectiva; trabajadores en excedencia, enfermos de larga duración, etc⁶³⁷.

3. Igualmente, también resulta insuficiente en relación con el cumplimiento de las formalidades previstas en el artículo 53.1 a) ET el criterio de la mera accesibilidad a la información, es decir, que el trabajador haya tenido la posibilidad real y efectiva de conocer la causa y los hechos que fundamentan la decisión extintiva, por cuanto tal criterio viene a producir una gran inseguridad a los trabajadores afectados, al mismo tiempo que les transfiere *«la carga del desconocimiento de la causa, cuando –tratándose de un despido causal– corresponde al empresario la carga de acreditar que el trabajador ha recibido toda la información sobre la causa»*⁶³⁸.

Y es que, debemos concluir recordando que la comunicación extintiva debe ofrecer al trabajador una información suficiente de las concretas circunstancias que motivan la extinción de su contrato, información que, a su vez, le proporcione un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de los hechos concretos que fundamentan tal extinción para que pueda impugnar la decisión empresarial si no está de acuerdo con la misma y preparar, a tal fin, los medios de prueba que considere oportunos para su defensa.

Por ello, dicha misiva constituye la herramienta más importante que podrá ostentar el trabajador para hacer valer sus derechos, erigiéndose el contenido de la misma como instrumental del derecho de defensa del trabajador.

⁶³⁷ *Ibidem*, p. 10.

⁶³⁸ AGUSTÍ MARGALL, J., “La comunicación individual de extinción por despido colectivo ex art. 51.4 ET: alcance de la exigencia informativa y de su control judicial”, *ob. cit.*, p. 10.

Por lo que respecta a las insuficiencias o deficiencias informativas en las que puede incurrir la comunicación escrita, debe hacerse constar que la falta de precisión de la causa, en los términos expuestos, viene a determinar (o al menos así venía siendo) la improcedencia de la extinción y no su nulidad.

Se trata de un vicio que afecta únicamente a la misiva extintiva, sin entrar a valorar la concurrencia o no de las causas que hipotéticamente justifican el cese, pudiendo equipararse la falta de expresión de la causa en la misiva extintiva a la inexistencia de causa justificativa para la extinción colectiva⁶³⁹.

No obstante lo que acaba de exponerse, debe resaltarse que la omisión empresarial de la causa podría generar la nulidad de la decisión extintiva cuando se proyecte sobre el contenido del periodo de consultas y esa omisión se produzca respecto de los interlocutores sociales que intervienen en el mentado proceso. Y ello podría determinar que el periodo de consultas carezca de objeto, lo que vendría a implicar un incumplimiento del mismo, por lo que desde tal vertiente colectiva podría ocasionar la nulidad del despido⁶⁴⁰.

Ahora bien, en relación con el elemento causal pueden acaecer diversos supuestos que impliquen o determinen la improcedencia de la decisión extintiva por la inobservancia del requisito previsto en el apartado a) del artículo 53.1 ET:

1. Que no se indique la causa concreta o próxima al cese.

⁶³⁹ GUALDA ALCALÁ F.J. y GUALDA ALCALÁ, M., *La aplicación del despido colectivo por la doctrina judicial, ob. cit.*, p. 171.

⁶⁴⁰ *Ibidem*, pp. 171 y 172.

Nuestro Alto Tribunal ha reiterado en numerosas ocasiones que resulta aplicable a los procedimientos de despido colectivo la doctrina elaborada sobre los requisitos de la comunicación del despido objetivo, aunque si bien es cierto que recientemente ha matizado que tal formalidad no puede distorsionarse llegando al injustificado extremo interpretativo de entender que el despido colectivo pase a tener aún mayor formalidad que el despido objetivo, debiendo limitarse a la exclusiva referencia a la “causa”.

En síntesis la doctrina casacional ha venido a equiparar la alusión a la «causa» del despido colectivo y objetivo a la indicación de los «hechos» en el despido disciplinario con respecto a la precisión en la misiva extintiva, pues la *«trascendencia de la determinación del contenido mínimo de la comunicación escrita empresarial en la que se procede a un despido con invocación de causas objetivas, estriba en la finalidad de evitar la indefensión del trabajador despedido que debe conocer de forma suficiente la “causa del acuerdo empresarial de extinción para poder actuar en condiciones de igualdad en el proceso (artículos 9.2, 14 y 24.1 CE)»*⁶⁴¹.

Desde esta óptica puede apreciarse que, en ocasiones, la inobservancia u omisión de la causa puede afectar a derechos fundamentales de los trabajadores, por lo que no siempre el resultado de tal inobservancia determinará la improcedencia de la decisión extintiva, para lo cual deberá acreditarse, no solo la falta de precisión del elemento causal en la misiva extintiva, sino asimismo

⁶⁴¹ STS 12-05-2015 (Rº 1731/2014).

la vulneración efectiva del concreto derecho fundamental que se alegue⁶⁴².

2. Que no se concrete la situación de la empresa, sino que se alegue la mera causa legal genérica.

La exigencia prevista en el artículo 53.1 a) ET que reza «Comunicación escrita al trabajador expresando la causa» no se cumple haciendo constar en la misiva extintiva, de manera genérica, las causas previstas en el precepto legal, sino que la doctrina casacional ha venido exigiendo que debe hacerse constar la concreta situación empresarial que justifique la extinción pues «el significado de la palabra ‘causa’ en el contexto de la regulación de las causas del despido objetivo por necesidades de la empresa se refiere normalmente no al tipo genérico de causa de despido (...) sino precisamente, como dice repetidamente el artículo 51 ET, a las concretas dificultades o situaciones económicas negativas de la empresa alegadas por el empresario para justificar su decisión extintiva. Son estas dificultades o situaciones económicas negativas las que constituyen, en terminología del artículo 51 ET (...) las causas motivadoras que pueden justificar el acto de despido. Por tanto, no es solamente una causa abstracta la que tiene que expresarse en la carta de despido, sino también la causa concreta y próxima motivadora de la decisión extintiva, que refleja la incidencia de la empresa de un determinado tipo de causa o de una posible causa remota»⁶⁴³.

⁶⁴² Vid., al respecto, GUALDA ALCALÁ F.J. y GUALDA ALCALÁ, M., *La aplicación del despido colectivo por la doctrina judicial*, ob. cit., p. 172.

⁶⁴³ Vid., entre otras, la STS 02-06-2014 (R^o 2534/2013).

Consecuentemente, para que se considere cumplida la exigencia prevista en el artículo 53.1 a) ET, deberá especificarse la concreta situación empresarial; es decir, la concreción de pretendida causa a partir de la realidad económica, organizativa o productiva que converge en la empresa y que justifica la reestructuración empresarial amparada en la concreta causa alegada; en palabras del alto tribunal «la causa concreta y próxima que motiva la extinción». Las consecuencias que derivarían de una posible inconcreción de la situación empresarial sería la improcedencia de la decisión extintiva, pues se consideraría que los requisitos formales previstos en el artículo 53.1 ET habrían sido incumplidos.

3. Que la precisión de la causa sea insuficiente.

Nuestro Alto Tribunal, en relación con este extremo, ha venido a establecer que debe valorarse la suficiencia de la precisión de la causa pretendida por la empresa de tal manera que no genere indefensión al trabajador; es decir, el trabajador afectado debe poder tener conocimiento claro de de aquellas causas invocadas por la empresa que justificarían su extinción contractual.

En concreto, la doctrina casacional ha venido a estableciendo, con relación a la validez formal de la comunicación escrita que tal misiva debe proporcionar al trabajador un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de los hechos que se le imputan o de las causas que se invocan como constitutivos del despido para que, comprendiendo sin dudas racionales el alcance de aquellos, pueda impugnar la decisión empresarial y preparar los medios de prueba que juzgue convenientes para su defensa, finalidad esta que no se cumple «cuando la aludida comunicación solo contiene imputaciones o

afirmaciones genéricas e indeterminadas que perturban gravemente aquella defensa y atentan al principio de igualdad de partes al constituir, en definitiva, esa ambigüedad una posición de ventaja de la que puede prevalecerse la empresa en su oposición a la demanda del trabajador»⁶⁴⁴.

Por consiguiente una insuficiente descripción de los hechos y motivos del despido sitúa al trabajador en situación de indefensión y el ordenamiento reacciona ante ello con la ilicitud del despido o, dicho de otro modo, con la calificación de improcedencia.

Asimismo, la doctrina judicial⁶⁴⁵ ha venido a añadir que el elemento esencial para valorar la suficiencia en la concreción de la causa es la posibilidad de defensa del trabajador, esto es, que la información que se le proporciona sea suficiente para identificar los hechos que motivan la extinción contractual acordada por su empresario y poder combatir el despido practicado, en sus aspectos fáctico y jurídico.

Tal juicio de suficiencia ha de atender a las concretas circunstancias del caso, puesto que en ocasiones una descripción concisa de los hechos puede ser suficiente cuando sean fácilmente identificables para el trabajador y, por el contrario, una descripción aparentemente más amplia puede resultar insuficiente cuando deje lagunas que no puedan ser llenadas por el conocimiento de las circunstancias del caso que pueda tener el trabajador despedido.

⁶⁴⁴ STS 12-05-2015 (R^o 1731/2014).

⁶⁴⁵ Vid., al respecto, la STSJ Castilla y León 2-10-2013 (R^o 1337/2013)

4. Que se incurra en una falta de justificación de la extinción al existir medidas de flexibilidad cuando estas últimas no se integran en la misiva extintiva⁶⁴⁶.

Asimismo, el Alto Tribunal ha venido a entender que se incurre en falta de justificación del despido cuando existen medidas de flexibilidad y no se incorporan a la misiva extintiva.

Así, dicho órgano judicial ha venido a entender que *«Tampoco, por ser procesalmente rechazables, pueden considerarse como integradores de la carta de despido los que figuran en los hechos declarados probados de la sentencia de instancia, no alterados en suplicación, que se constituyeron como datos trascendentes para la decisión judicial de procedencia del despido adoptada a pesar de ser ajenos o complementarios a los hechos relatados en la comunicación de despido»*.

Ahora bien, nuestro Alto Tribunal estableció, a mi entender, lo que podría calificarse de una serie de «supuestos excepcionales» en los que, si bien la misiva extintiva no establece *per se* de una manera precisa y completa las causas de este modo entendidas, no se consideró que las mismas incurrieran en defecto formal alguno que determinara la improcedencia de la extinción, al considerar que no se le produce indefensión alguna al trabajador.

1. La existencia de un proceso de consultas en el que existió una participación directa por parte de la plantilla durante todo el periodo negociador.

⁶⁴⁶ GUALDA ALCALÁ F.J. y GUALDA ALCALÁ, M., *La aplicación del despido colectivo por la doctrina judicial*, ob. cit., pp. 172 y 173.

Este es el supuesto que entró a enjuiciar el Alto Tribunal en STS 02-06-2014 (R° 2534/2013). En este caso, de manera singular⁶⁴⁷, se aceptó la suficiencia de la carta de despido, en la que, si bien se remitía al acuerdo que se había alcanzado con las secciones sindicales dentro del marco del procedimiento de despido colectivo, concurrieron una serie de circunstancias especiales y suficientemente acreditadas que permitieron integrar el contenido de la carta de despido⁶⁴⁸.

En este supuesto, la existencia de un intenso y profundo proceso participativo durante el proceso negociador, en el que se entró a valorar la situación en la que estaba sumida la empresa, permitió concluir al Alto Tribunal que la misiva extintiva no limitaba, en medida alguna, el conocimiento que el trabajador tenía sobre las causas justificativas de la medida extintiva instada por la empresa, por lo que se consideró que al trabajador no se le había generado indefensión alguna.

2. Cuando a la comunicación individual del despido se anexa documentación justificativa del cese.

Este supuesto fue el acaecido en la STS 23-09-2014 (R°231/2013). En tal caso, el Tribunal Supremo también entendió que la comunicación

⁶⁴⁷ Así lo hace constar el Alto Tribunal al referirse a tal supuesto en la STS 12-05-2015 (R° 1731/2014).

⁶⁴⁸ «Por las secciones sindicales se comunicó a la plantilla de la empresa la existencia de reuniones con la dirección desde 12.1.2012. La empresa informó a los trabajadores el 5.3.2012 de la presentación del ERE. Se les convocó a una reunión informativa para el 7.3.2012 y a una asamblea el 14.3.2012, el 15.3.2012 y el 16.3.2012. Se les informó sobre las condiciones del acuerdo suscrito en el ERE, que estaría a su disposición a través de las centrales sindicales. Se les convocó a una votación para el día 16.3.2012 y se les informó del resultado. El 20.3.2012 se les informó por la dirección de la firma del acuerdo. El 23.3.2012 se informó de los modelos de comunicación de extinción del contrato. Se informó el 28.3.2012 de las personas afectadas y de los efectos extintivos».

era suficiente si se integraba con la documentación que se acompañaba, interpretándose que *«Si bien es cierto que la misma únicamente contiene las menciones a las que alude el recurrente (datos a todas luces escasos) no es menos cierto que su contenido ha de ser integrado con la documentación que se acompañaba a cada una de las cartas y que ... a la carta de despido se adjuntó en formato digital, relación definitiva de trabajadores afectados, el informe preceptivo emitido conjuntamente por la Dirección General de Presupuestos y Recursos Humanos de la Consejería de Economía y Hacienda y de la Dirección General de la Fundación Pública de la Consejería de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno de la CAM, las medidas sociales de acompañamiento, un plan de recolocación externa y las copias de las actas del periodo de consultas y "documentación fin del periodo de consultas"»*.

De lo anteriormente expuesto se desprende que la documentación deberá entregarse directamente a cada uno de los trabajadores que resulten afectados por el proceso extintivo, no siendo suficiente con una remisión a la documentación que ya se había suministrado a los interlocutores sociales.

Ahora bien, si bien es cierto que, a mi entender, tales supuestos excepcionales deberían limitarse, de manera extraordinaria, a estos dos casos enjuiciados por el Alto Tribunal en las sentencias que acaban de ser expuestas, he de hacer constar que, con la reciente STS 15-03-2016 (R^o 2507/2014) se contradice, a todas luces, la tesis por mí sostenida.

La resolución objeto de cita viene a sostener que *«desde que el procedimiento de despido colectivo requiere una previa negociación con los representantes de los trabajadores, aquella necesidad de formal*

comunicación de la causa al trabajador afectada queda atemperada precisamente por la existencia de la propia negociación, hasta el punto de que se deba “conectar lo acaecido en el periodo colectivo con la comunicación individualizada, [rebajando las exigencias interpretativas que valen para los casos de extinciones objetivas individuales o plurales]”, de manera que “... en todo caso, el contenido de la carta de despido puede ser suficiente si se contextualiza”» contextualización que ya fue permitida por parte del Alto Tribunal en su STS 23-09-2014 (R° 231/2013).

No obstante, en la resolución casacional fechada en 15-03-2016 (R° 2507/2014) se añade, como colofón a lo anteriormente expuesto que *«de esta manera haya de admitirse la suficiencia de la comunicación extintiva efectuada a los trabajadores, cuando la misma refiere el acuerdo alcanzado con sus representantes legales en el marco de un ERE, del que aquellos informan al colectivo social»* pues de existir alguna diferencia entre el despido objetivo y el colectivo debe serlo en el sentido de *«atenuar el formalismo cuando se trata del procedimiento de despido colectivo, precisamente porque el mismo va precedido de documentadas negociaciones entre la empresa y la representación de los trabajadores. Y en este sentido habrán de entenderse algunas de las consideraciones que la Sala pudiera haber efectuado con anterioridad, y que iban referidas a supuestos en los que la parquedad de la carta de despido no se ajustaba tampoco a las formalidades que en esta resolución hemos proclamado de debido cumplimiento, en aras a las prescripciones legales y al derecho de defensa del trabajador»*.

A diferencia del anterior supuesto que he calificado como excepcional, en el que, en cierta medida, considero oportuno que, de manera insólita, el

Alto Tribunal considerara suficiente el contenido de la misiva extintiva al derivar la misma de una fase colectiva en la que se había llevado a cabo un intenso y profundo proceso participativo durante el periodo negociador y donde el conocimiento que el trabajador tenía sobre las causas justificativas no quedaba agotado con la mentada comunicación individual; en el supuesto enjuiciado por la STS 15-03-2016 (Rº 2507/2014) Caso Bankia, el Alto Tribunal da por suficiente el contenido de una misiva extintiva «modelo» que fue remitida a todos los trabajadores despedidos cuyo contenido, tal y como hacen constar los magistrados detractores y suscriptores del Voto Particular frente a la sentencia que citada en las líneas que preceden a las presentes, dista mucho de revestir los requisitos formales que la doctrina casacional venía exigiendo hasta ese momento, siendo la tesis sostenida por la mayoría de la sala que la carta de despido no solo no refiere detalladamente la causa legitimadora del procedimiento de despido colectivo que es «*la única exigencia legal*», relatando de manera suficiente la existencia de cuantiosas pérdidas y la exigencia de un plan de reestructuración, sino que asimismo también hace referencia «*al menos en parte*» al extenso Acuerdo obtenido con la representación de los trabajadores, por lo que revoca la sentencia de suplicación, que había calificado el despido de improcedente para proceder a declarar la procedencia del mismo.

En síntesis, podemos afirmar que nuestro Alto Tribunal, en menos de un año, ha pasado a considerar que la comunicación escrita de despido objetivo no se ajusta a lo prevenido en el art. 53.1.a) del Estatuto de los Trabajadores, aplicable también a los despidos individuales derivados de un despido colectivo por imperativo del art. 124.11.I LRJS cuando

aquella se limitaba a remitirse al contenido del acuerdo (misiva que ni transcribía ni acompañaba el mismo) alcanzado entre la empresa y la representación legal de los trabajadores al finalizar el periodo de consultas⁶⁴⁹, coligiendo de tal inobservancia la improcedencia de la decisión extintiva a considerar que ha de admitirse la suficiencia de la comunicación extintiva efectuada a los trabajadores cuando en tal misiva se haga referencia al acuerdo alcanzado con los interlocutores sociales en el marco de un procedimiento de despido colectivo, del que aquellos informan al colectivo social, aunque la referencia al acuerdo sea «*al menos en parte*»⁶⁵⁰, suficiencia esta que, por lo que respecta al apartado a) del artículo 53.1 ET, determinará el correcto cumplimiento del mencionado requisito formal y la procedencia de la decisión extintiva.

De todo lo expuesto y, a modo de conclusión, solo cabe reiterar, tal y como ya he hecho constar con anterioridad, que estamos acudiendo a una ominosa degradación jurisprudencial de la importancia, trascendencia e incidencia de la comunicación individual o misiva extintiva iniciada por parte del Alto Tribunal en STS 24-11-2015 (Rº 1681/2014)⁶⁵¹ y culminada en la más que citada STS 15-03-2016 (Rº 2507/2014).

⁶⁴⁹ STS 12-05-2015 (Rº 1731/2014)

⁶⁵⁰ STS 15-03-2016 (Rº 2507/2014) «Caso Bankia».

⁶⁵¹ En tal resolución vino a hacerse constar que «*Por tanto, de una parte, las exigencias procedimentales del artículo 53.1.a) ET no requieren más que en la comunicación escrita al trabajador figuren las causas entendidas como la descripción de la situación de la empresa, su evolución y su influencia en la necesidad de amortizar puestos de trabajo mediante la adopción de la decisión extintiva que se comunica (STS de 9 de diciembre de 1998, Rec. 590/1997); y, de otro lado, queda normativamente reconocida la discrecionalidad -que no arbitrariedad- del empresario en la gestión de las medidas frente a la situación de crisis» por lo que «*en definitiva, ni en relación al contenido de la carta de despido, ni en relación a la actividad probatoria a los efectos de los artículos 105.2, 108.1 y 122.1 LRJS, se le puede**

4.2.1.2. La problemática sobre la inclusión de los criterios de selección en la carta de despido

Como ya ha podido comprobarse con anterioridad, los criterios de selección de los trabajadores que resultarán afectados por la extinción colectiva se erigen, indudablemente, como una información esencial en el proceso de despido colectivo, puesto que se incluyen en la información o documentación obligatoria que el empresario deberá aportar a los interlocutores sociales cuando dé inicio el periodo de consultas, tal y como disponen los artículos 51.2 e) ET y el 3.1 e) RPDC.

No obstante, dando por hecho que tal imposición ha sido observada y que los criterios de afectación se han establecido, de manera adecuada, tanto al inicio del procedimiento de consultas, así como en el acuerdo alcanzado, la disputa radica en determinar si tales criterios también deben hacerse constar en la comunicación extintiva del trabajador que resulte afectado por la reestructuración colectiva.

Tal cuestión ha sido especialmente vidriosa, tanto para la doctrina judicial como para la doctrina científica, dada la redacción que actualmente presenta el artículo 51.4 ET tras la Reforma Laboral operada en 2012.

Como ha quedado patente a lo largo del presente trabajo, en la actualidad, es el empresario quien decide aplicar la medida extintiva, se haya alcanzado o no acuerdo durante el procedimiento de consultas con los interlocutores sociales. No obstante, se exige la observancia legal de una serie de formalidades que debe cumplir el empresario en relación

exigir a la empresa nada más que lo que determina expresamente el artículo 53.1 ET en relación, en este caso, a lo establecido en el artículo 52. C) ET».

con la comunicación extintiva a los trabajadores afectados pues, de la remisión que realiza el artículo 51.4 al 51.3, ambos del ET, se deduce que deberá contener las mismas exigencias formales que deben observarse en los despidos objetivos individuales, por lo que, consecuentemente, la jurisprudencia⁶⁵² relativa a los criterios de selección de los trabajadores afectados en relación con los despidos objetivos, que considera que no es necesario especificar ni probar motivos de elección del trabajador si concurre causa y la media es razonable (salvo prueba de lesión de derechos fundamentales, abuso y fraude de ley) resultaría directamente aplicable a los casos de despido colectivo.

No obstante, existen factores específicos que determinan la existencia de posturas antagónicas al respecto.

La inclusión o no de los criterios de selección de los trabajadores afectados en la comunicación extintiva, de carácter individual ha sido

⁶⁵² Nuestro Alto Tribunal, en STS 16-11-2015 (R° 1681/2014) vino a establecer que «*La única diferencia apreciable, derivada del especial procedimiento que el legislador ha normado en exclusiva para el PDC, consiste en que en este se han de especificar los criterios de selección para los trabajadores cuyos contratos han de extinguirse, en tanto que para los despidos objetivos plurales no se hace en la ley prescripción alguna, más allá de los requisitos formales que establece el art. 53 ET. Ahora bien, la ausencia de prescripción legal específica no supone en mi opinión -contrariamente a lo que la mayoría de la Sala entiende- que el empresario tenga la más absoluta libertad elegir a los trabajadores cuyos contratos van a extinguirse, con tal de que se excluyan el fraude, el abuso del derecho o la vulneración de derechos fundamentales. A lo que entiendo, siempre ha de mantenerse un control judicial de esa discrecionalidad, en tanto que -si es negado su regular ejercicio- ha de acreditarse por el empresario la conexión funcional causa/extinción concreta, que en el PDC se realiza genéricamente durante el periodo de consultas y más concretamente a través de los criterios de selección; pero cuya ausencia -de uno y otros- en la extinción «por causas objetivas», entiendo que no puede atribuir al empresario libérrima discrecionalidad, únicamente limitada por los ya referidos derechos fundamentales, el abuso del derecho o la buena fe. Porque si, como acabo de decir, las medidas extintivas acordadas ex arts. 51 y 52 ET ofrecen homogeneidad ontológica, causal y finalista, me parece obligado sostener que esa misma semejanza justifica la paridad de respuesta en orden a las dos cuestiones que más arriba refería como base del debate: de un lado la justificación de la conexión causal [crisis/despido]; y de otro, la funcional [causa/despido concreto]; sin perjuicio, claro está, de que la gestión empresarial sea patrimonio exclusivo del empresario, obviamente.*»

particularmente espinosa pues, en algunas ocasiones, las posturas sostenidas, tanto por los órganos judiciales como por la doctrina científica resultaban antagónicas y ello porque, aunque existe una remisión expresa al artículo 53.1 ET, es decir, a la atención de las formalidades previstas para los despidos objetivos, gran parte de la doctrina judicial viene a considerar que la remisión realizada por los artículos 51.4 ET y 14.1 RPDC debe entenderse en relación con la «causa» *stricto sensu*, lo que no vendría a incluir los criterios de afectación.

En síntesis, podríamos decir que nos encontramos ante dos tesis o posturas enfrentadas: por un lado, aquella que postula la inclusión en la misiva extintiva de los criterios de selección de los trabajadores afectados⁶⁵³ y, por otro, la postura que considera innecesaria la inclusión de tales criterios de afectación⁶⁵⁴.

1. En relación con la primera de las tesis sostenidas, es decir, aquella que postula la necesaria inclusión en la comunicación extintiva de los criterios de afectación, si bien son escasas las resoluciones de suplicación que postulan esta tesis, sí son cuantiosas las sentencias de juzgados de lo social que se pronuncian en este sentido⁶⁵⁵.

⁶⁵³ Vid., al respecto, GUADALA ALCALÁ, F.J. y GUADALA ALCALÁ M., *La aplicación del despido colectivo por la doctrina judicial*, Gabinete de Estudios Jurídicos CCOO, Editorial Bomarzo, Albacete, 2016, pp. 175 y ss., y AGUSTÍ MARAGALL, J., *La comunicación individual de extinción por despido colectivo ex art. 51.4 ET: alcance de la exigencia informativa y de su control judicial*, ob. cit., pp. 6 y ss., y *La exigencia informativa en la comunicación individual de extinción por despido colectivo ex artículo 51.4 ET. Una reflexión respecto de las recientes –y contradictorias sentencias del TSJ Madrid 9.1.2014 y del TSJ Castilla-León 16.1.2014 relativas al despido colectivo de Bankia*, ob. cit., pp.12 y ss.

⁶⁵⁴ Vid., al respecto, SAEZ LARA, C., *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, ob. cit., pp. 204 y ss., y FALGUERA BARÓ M.A., *El procedimiento del despido colectivo y el desarrollo del período de consultas: criterios judiciales*, ob. cit., pp. 152 y ss.

⁶⁵⁵ Una cantidad ingente de resoluciones procedentes de los Juzgados de lo Social de la Comunidad de Madrid postulan la presente tesis, si bien, tal y como posteriormente podrá

Este sector de la doctrina judicial viene a defender que, dentro del concepto «causa» dispuesto en el artículo 53.1 a) ET deben incluirse los criterios de selección de los trabajadores afectados, es decir, deben hacerse constar aquellas razones o aquellos motivos concretos por los que se despide a ese determinado trabajador.

Para fundamentar tal conclusión, algunas resoluciones realizan un análisis evolutivo de la doctrina casacional relativa a los supuestos de los expedientes de regulación de empleo «innominados», arguyendo que la jurisprudencia⁶⁵⁶ que establecía que la misiva extintiva en un despido colectivo no era equiparable a la carta de despido ya ha quedado atrás, pues la vigente redacción de la norma estatutaria apunta en sentido contrario, al decretar, de manera expresa, una remisión al artículo 53.1 ET por parte del artículo 51.4 del mismo cuerpo legal.

Consecuentemente, consideran que debe aplicarse la doctrina existente en materia de expedientes de regulación de empleo innominados previos a la doctrina casacional anteriormente citada en las que se establecía la necesidad de que el trabajador despedido conociese los criterios que habían determinado su afectación⁶⁵⁷.

Entre estas resoluciones que postulan la inclusión de los criterios de selección de los trabajadores afectados, debe resaltarse la STSJ Madrid 22-01-2014 (R° 1857/2013), que confirmó la sentencia de

comprobarse, el TSJ de dicha Comunidad ya ha unificado su criterio. No obstante, existen numerosas sentencias al respecto en esta línea provenientes juzgados de otras provincias. Sirvan como ejemplo las SSJS n° 2 de A Coruña 6-05-2014 (R° 964/2013), y n° 33 de Barcelona de 10 de septiembre de 2014 (R° 32/14).

⁶⁵⁶ *Vid.*, al respecto, la STS 20-10-2005 (R° 4153/2004).

⁶⁵⁷ *Vid.*, entre otras, las SSTSJ Cataluña 15-03-2005 (R° 9748/2014); 25-11-2004 (R° 7714/1997) y Madrid 23-11-2004 (R° 408/2004); 23-11-2004 (R° 4038/2004); 13-07-2004 (R° 1308/2004) y 16-01-2001 (R° 4583/200).

instancia, en la que se enjuició el despido de un trabajador que resultó afectado por el procedimiento de despido colectivo llevado a cabo por Bankia S.A., en el que se convino o concertó, como criterio de selección, la valoración de los trabajadores derivada de una evaluación de rendimiento que tuvo lugar con anterioridad al inicio del procedimiento de extinción colectiva.

La resolución de instancia declaró la improcedencia de la decisión extintiva al concluir que se había vulnerado lo dispuesto en el artículo 53.1 ET al no concretarse en la carta de despido la «*la causa que motiva su despido individual*» o «*causa subjetiva*», es decir, la nota obtenida por el trabajador en la evaluación realizada.

La citada resolución del TSJ Madrid no solo viene a confirmar la resolución de instancia y, por consiguiente, la tesis por él sostenida, sino que va más allá, al aplicar, de forma analógica, la jurisprudencia relativa a los casos de despidos disciplinarios⁶⁵⁸, según la cual en la misiva extintiva deberán recogerse todos los hechos que lo motivan y, aun cuando no se exhorte a una explicación detallada, «*sí exige que la comunicación escrita proporcione al trabajador un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de los hechos que se le imputan para que, comprendiendo sin dudas racionales el alcance de aquéllos, pueda impugnar la decisión empresarial y preparar los medios de prueba que juzgue convenientes para su defensa y (...) esta finalidad no se cumple, cuando la aludida*

⁶⁵⁸ STS 18-01-2000 (R^o 3894/1998).

*comunicación solo contiene imputaciones genéricas e indeterminadas*⁶⁵⁹.

Por ello, la sentencia de suplicación concluye que en el supuesto objeto de enjuiciamiento la misiva extintiva comprende una vaga y genérica alusión a las razones por las que el trabajador resultó elegido o afectado por la decisión extintiva, por lo que infringe el deber de motivación o concreción exigido jurisprudencialmente⁶⁶⁰.

En el mismo sentido apuntan las SSTSJ de Castilla y León 16-01-2014 (R° 693/2012); 02-07-2014 (R° 452/2014) y 10-07-2014 (R° 454/2014) que, juzgando más extinciones derivadas del mismo proceso de despido colectivo instando por Bankia S.A., concluyen que la *«empresa debería haber consignado en la carta comunicando el despido al actor, cuáles han sido dichos criterios de valoración y evaluación, que han llevado a la anterior a considerar el despido de este trabajador concreto, frente a otros posibles, en base al propio*

⁶⁵⁹ Considerando aplicable, por tanto, la doctrina contenida en las SSTS 18-01-2000 (R° 3894/1998); 22-10-1990 (ROJ 7521/1990); 13-12-1990 (ROJ 17534/1990) 19-01-1988 (ROJ 118/1988); 08-02-1988 (ROJ 12979/1988) y 03-10-1988 (ROJ 16563/1988).

⁶⁶⁰ En palabras del propio TSJ Madrid *«Esta alusión genérica que se hace en la carta entregada al demandante de los motivos por los que se le ha afectado a la extinción de su contrato de trabajo es evidente que incumple las exigencias de concreción que exige la jurisprudencia para que no resulte gravemente perturbada la defensa del demandante que se ha visto colocado en situación de desigualdad al constituir esa inconcreción una posición de ventaja de la que se ha valido la empresa que al haberse comprometido en el ACUERDO alcanzado con los Representantes de los Trabajadores a aplicar el baremo pactado para designar a los trabajadores afectados de extinción de su contrato de trabajo por el ERE, venía obligada al cumplimiento de lo pactado y a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley, conforme a lo dispuesto en el artículo 1258 del Código Civil . Este Acuerdo trasladado al contenido de la carta de despido le obligaba a observar las mismas exigencias de determinación precisa de los hechos en que fundaba su decisión unilateral de extinguir el contrato del demandante en los mismos términos que se requieren para el despido disciplinario de modo que aquél, al impugnarlo, pueda conocer exactamente los motivos de la decisión unilateral. Lo que no ha sucedido en el presente caso y, en consecuencia, la sentencia de la instancia que ha calificado tal extinción de despido impropio debe ser mantenida y confirmada íntegramente en base a sus propios fundamentos fácticos y jurídicos que son conformes a derechos.*

acuerdo colectivo de 8-2-13. Al no haberlo hecho así, ello supone una privación al actor de tener el necesario conocimiento de todos los elementos concurrentes, en orden a impugnar, o no, el despido efectuado, incumpliendo, con ello, el requisito que exige el Art. 53.1.a) ET, lo cual conlleva, conforme al Art. 122.3 LRJS, la consecuencia de declaración de dicho despido efectuado como improcedente».

2. En sentido contrario, gran parte de la doctrina judicial postula la tesis opuesta, al considerar que el concepto «causa» establecido en el artículo 53.1 a) ET únicamente comprende las causas objetivas (económicas, técnicas, organizativas o de producción) sin que la inclusión en la misiva extintiva del criterio de selección del trabajador afectado por la reestructuración colectiva pueda erigirse como elemento formal del despido.

De todas las resoluciones que abogan por esta postura es destacable, entre otras, la STSJ Asturias 10-01-2014 (Rº 2259/2013), que estableció que al hallarnos en presencia de un procedimiento de despido colectivo *«posterior a la reforma del Real Decreto Ley 3/2012, y en este caso lo es, aunque en el mismo existe una previsión de comunicación al trabajador de la decisión que adopte en el despido colectivo la empresa, con remisión a las previsiones del artículo 53 ET, no existe precepto alguno que imponga a la empresa la obligación de expresar qué concretas razones han determinado la elección del trabajador afectado. Lo anterior, en definitiva, implica que el control judicial queda reducido, en esta materia de los criterios de selección de los trabajadores afectados, a aquellos casos en que el trabajador afectado aporte indicios de la concurrencia de discriminación o vulneración de cualquier derecho fundamental»*,

viniendo a considerar el órgano sentenciador que la empresa no estaba obligada a facilitar al trabajador despedido las concretas razones que determinaron su elección, sino que era el propio trabajador el que estaba obligado a realizar una actividad tendente a desvirtuar los criterios de selección.

En contraposición a la tesis anteriormente expuesta y siguiendo la misma línea argumentativa sostenida por el TSJ de Asturias, el TSJ de Madrid, en STSJ Madrid 30-12-2013 (Rº 1978/2013), estableció que es en el trabajador en quien recae *«no solo la alegación sino también la carga de la prueba de la arbitrariedad o del abuso o desviación en la selección»*.

Según la citada resolución, la causa del despido quedaría constituida por las circunstancias económicas, organizativas y de producción de la empresa, mientras que la justificación de la selección no es otra cosa que la motivación de la preferencia empresarial en la selección que se perfila en nuestro ordenamiento como discrecional, y que solo debe ser explicitada en orden a evitar la tacha de arbitrariedad, pero que basta con que se determine en sus criterios generales, viniendo a considerar que la facultad de selección se incardina en el mismo poder de organización empresarial, por lo que el elemento causal debe diferenciarse del criterio de afectación, no pudiendo equipararse ambos elementos.

Tal y como se desprende de lo que acaba de exponerse, la heterogeneidad de criterios reinantes o imperantes en el seno del TSJ de Madrid era más que patente, resolviendo mediante soluciones totalmente opuestas supuestos de hecho completamente

idénticos⁶⁶¹e, inclusive, llegando a dictarse por una misma Sección - 2ª- sentencias con criterios opuestos⁶⁶².

Ante tal escenario, el TSJ de Madrid fue convocado en Pleno, con la finalidad que sus criterios quedaran unificados y armonizados en aras de cumplir con el principio de seguridad jurídica⁶⁶³, surgiendo, de tal convocatoria, la STJS Madrid 25-06-2014 (Rº 244/2014), en la que la mayoría de la Sala concluyó que el artículo 53.1 a) no conmina al empresario a que haga constar en la misiva extintiva la descripción y/o aclaración del criterio de afectación, sino que tal necesaria especificación hace referencia, únicamente, a la conexión de funcionalidad o instrumental que anteriormente también exigía la definición legal de las diversas causas de extinción del contrato de trabajo por necesidades de la empresa sin que la «causa» pueda equipararse a la obligación de que en la comunicación extintiva individual se haga mención expresa y pormenorizada a los criterios de selección convenidos en el período de consultas con los representantes de los trabajadores y su aplicación concreta en cada caso, *«de lo que nada dice el artículo 53.1 a) del Estatuto de los Trabajadores. En efecto, tal exigencia es una formalidad que, en principio, no se contiene en el mandato de este precepto legal, máxime*

⁶⁶¹ Baste con observar la disparidad de criterios y soluciones con los que respondió tal órgano judicial respecto a las impugnaciones individuales derivadas del procedimiento colectivo de Bankia S.A.

⁶⁶² *Vid.*, al respecto, JIMENEZ BATISTA, A., “Sobre los requisitos formales de la comunicación extintiva: explicación del criterio de selección”, *ob. cit.*, p. 21.

⁶⁶³ Tras el mentado Pleno, todas las resoluciones dictadas por dicho órgano judicial siguen el criterio mayoritario expuesto en dicha sentencia. Sirvan como ejemplo las SSTSJ Madrid de 19-09-2014 (Rº 438/2014); 15-09-2014 (Rº 337/2014); 11-09-2014 (Rº 407/2014); 08-09-2014 (Rº 191/2014); 29-07-2014 (Rº 229/2014); 24-07-2014 (Rº 54/2014); 23-07-2014 (Rº 302/2014); 21-07-2014 (Rº 317/2014) y 18-07-2014 (Rº 360/2014).

cuando el 122.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social habla de “conurrencia de la causa legal indicada en la comunicación escrita” (el énfasis es nuestro), dando a entender pues que es ésta -la legal- la única que es preciso hacer constar en la comunicación singular de despido objetivo».

Continúa argumentando la Sala en dicha resolución que la exigencia de incluir en la misiva extintiva el criterio de afectación de los trabajadores que han sido incluidos en la reestructuración colectiva vendría a contradecir *«la jurisprudencia en esta materia y no es, además, lo que se deduce de la normativa que disciplina los despidos objetivos individuales o plurales que no lleguen a los umbrales numéricos del artículo 51.1 del mismo texto legal, ni de aquellos otros que provengan de despido colectivo en el que no hubo pacto durante el período de consultas».*

Así, dicho órgano judicial hace uso de la doctrina casacional establecida en la resolución del Alto Tribunal de 15-10-2003 (R^o 1205/2003), para concluir que es al empresario a quien corresponde elegir a los trabajadores que quedarán afectados por la decisión extintiva, siempre y cuando en dicha elección no concurra fraude de ley, abuso de derecho o discriminación⁶⁶⁴.

⁶⁶⁴ Considera que *«aunque se trate de doctrina anterior a la reforma laboral de 2012 y atinente a despido objetivo individual, no es ocioso recordar que como señala (tal) sentencia (...) dictada en función unificadora: la selección de los trabajadores afectados' por los despidos objetivos del art. 52.c. ET 'corresponde en principio al empresario y su decisión solo será revisable por los órganos judiciales cuando resulte apreciable fraude de ley o abuso de derecho o cuando la selección se realice por móviles discriminatorios'. Lo que tiene que acreditar el empresario en el despido económico se limita, por tanto, en principio, a que la 'actualización de la causa económica afecta al puesto de trabajo' amortizado. Únicamente si se acusa un panorama discriminatorio, o si se prueba por parte de quien lo alega fraude de ley o abuso de derecho, cabe extender el control judicial más allá del juicio de razonabilidad del acto o actos de despido sometidos a su conocimiento. Todo ello, sin perjuicio de la preferencia de*

En base a todo lo expuesto, el TSJ Madrid realizó un ejercicio de armonización de criterios, viniendo a determinar que el artículo 53.1 a) no conmina al empresario a incluir, en la misiva extintiva, los criterios de selección, sino que tal precepto únicamente obliga al empresario a concretar la causa del despido objetivo o el elemento causal, es decir, la causa económica, técnica, organizativa o de producción, sin que tal inclusión deje al trabajador en una situación de indefensión.

Es más, la Sala entiende que tal hermenéutica no supone incumplimiento alguno del artículo 105.2 LRJS, ya que si es el trabajador afectado el que evoca su disconformidad respecto a su inclusión basándose en los criterios de selección acordados durante el periodo negociador, tal situación faculta que el empleador pueda desplegar su actividad probatoria pertinente en aras a demostrar y justificar la apropiada afectación o selección del trabajador demandante⁶⁶⁵.

Por último, debe mencionarse que algunas resoluciones judiciales han venido a entender que el hecho de que los criterios de selección no se hagan constar en la misiva extintiva no genera indefensión alguna respecto al trabajador, puesto que tal información puede obtenerse por el propio trabajador solicitándola a la empresa o a través del juzgado (bien como diligencias preliminares o como prueba documental para aportar al acto de juicio o con carácter

permanencia en la empresa de los representantes legales de los trabajadores, que en el ordenamiento legal español es la única expresamente establecida».

⁶⁶⁵ En el mismo sentido se han pronunciado las SSTSJ Comunidad Valenciana 08-07-2014 (R° 1221/2014) y Aragón 30-06-2014 (R° 378/2014).

anticipado)⁶⁶⁶ o cuando el trabajador haya podido ostentar dicha información a través de sus representantes legales⁶⁶⁷.

Dejando a un lado las posturas analizadas y adoptadas por los diversos órganos de suplicación, debe hacerse mención ahora de cuál es la tesis que nuestro Alto Tribunal ha decidido adoptar.

Dicho órgano judicial en STS 02-06-2014 (RUD 2534/2013), cuyo objeto de enjuiciamiento fue la impugnación de diversos despidos individuales frente a un procedimiento de despido colectivo instado por la empresa Capgemini España S.L., vino a colegir, apoyándose en sus SSTS 30-03-2010 (R° 1068/2009) y 01-07-2010 (R° 3439/2009), que el contenido de la misiva extintiva era suficiente y cumplía con las exigencias establecidas en el artículo 53 ET, comunicación en la que únicamente se hacía constar que el contrato del trabajador se veía extinguido de acuerdo con el pacto alcanzado durante el periodo de consultas del procedimiento de despido colectivo⁶⁶⁸, por lo que, según algún autor, si con tal genérica fundamentación se dan por cumplidos los requisitos de suficiencia

⁶⁶⁶ En este sentido son destacables las SSTSJ de Asturias 10-01-2014 (R° 2259/2013) y Navarra n° 351/2012 de 19-10-2010 (R° 340/2012).

⁶⁶⁷ STSJ Cataluña 31-05-2013 (R° 1010/2013). Asimismo, en este sentido, *vid.*, al respecto SEMPERE NAVARRO, A.V., “Criterios sobre despidos colectivos: negociación de buena fe, selección de afectados e indemnizaciones”, *Revista de Aranzadi Doctrinal*, N° 10, 2014, p. 229, donde dispone que «La mayoría de sentencias consideran que no hace falta que en la carta de despido se identifique el criterio de inclusión en el ámbito del despido, pero mientras unas entienden que ello es así en todo caso, otras lo limitan al caso en que el trabajador ha tenido la posibilidad de conocer los motivos de afectación por otra vía (por ejemplo, a través de las Secciones sindicales firmantes del acuerdo)».

⁶⁶⁸ La misiva extintiva rezaba lo siguiente «Por medio de la presente esta Dirección le comunica la extinción de su contrato de trabajo con fecha de efectos del próximo 9 de abril de 2012, de conformidad con el Acuerdo alcanzado con las Secciones Sindicales dentro del marzo del Expediente de Regulación de Empleo presentado ante la Dirección General de Empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social el 5 de marzo de 2012».

legalmente exigidos, podría colegirse que no resulta exigible el criterio de selección de los trabajadores afectados⁶⁶⁹.

No obstante, el análisis jurídico del concepto o elemento causal que la resolución que acaba de comentarse no realizó, llegó con la sentencia que seguidamente procederá a analizarse.

Nuestro Alto Tribunal, en STS 15-03-2016 (RUD 2507/2014)⁶⁷⁰ se pronunció, al enjuiciar el procedimiento de despido colectivo instado por Bankia S.A., sobre los requisitos de la notificación del despido a los trabajadores.

El embrión de tal resolución resulta ser la ya comentada STSJ de Madrid 09-04-2014 (R^o1905/2013) que enjuició la impugnación de diversos despidos individuales derivados del procedimiento de despido colectivo instado por Bankia S.A., decretando la improcedencia de la decisión extintiva no únicamente porque la valoración del trabajador no se hacía constar en la misiva extintiva, (es decir, los criterios de selección o afectación del trabajador), sino que, además, la Sala venía a cuestionar el que tampoco se les hubiese notificado sus resultados con anterioridad al acuerdo pactado entre los interlocutores sociales y la

⁶⁶⁹ JIMENEZ BATISTA, A., “Sobre los requisitos formales de la comunicación extintiva: explicación del criterio de selección”, *ob. cit.*, p. 23.

⁶⁷⁰ Finalmente nuestro Alto Tribunal pudo proceder a la “unificación de doctrina” debido a que las «decisiones contrastadas son de signo opuesto y van referidas a los despidos individuales adoptados como consecuencia de un mismo procedimiento de despido colectivo - que afecta hasta un máximo de 4.500 empleados-, siendo de igual tenor literal las cartas por las que se puso fin a la relación laboral, pero si bien la sentencia recurrida consideró que el despido era improcedente, por insuficiencia de la carta de cese, la referencial lo consideró ajustado a derecho, al entender que los términos de la carta se ajustaban a las prescripciones legales y que ninguna indefensión se había causado a la trabajadora accionante. Con lo que se evidencia que entre las decisiones contrastadas media el presupuesto de admisibilidad -la contradicción que requiere el art. 219 LRJS, en tanto que estamos en presencia de dos pronunciamientos de signo opuesto en litigios prácticamente idénticos en sus hechos, fundamentos y pretensiones».

representación empresarial, por lo que al no conocer los demandantes su valoración no solo no pudieron defenderse adecuadamente, sino que se les privó de la posibilidad de adherirse a las bajas indemnizadas, lo que posiblemente hubiesen realizado de saber que tenían una puntuación que les conduciría a una extinción decidida por la empresa con menor indemnización que en el caso que se hubiesen adherido a la extinción indemnizada.

En consecuencia, podría afirmarse que esta resolución, *de facto*, vino a obligar al empresario no solo a profundizar en la información relativa a la misiva extintiva, sino también a exigirle un deber de información previo incluso a la determinación de proceder a la extinción de los contratos de trabajo.

En la resolución que deriva del recurso de casación interpuesto contra la resolución de suplicación que acaba de comentarse, nuestro Alto Tribunal, contrariamente al criterio sostenido en dicha sentencia, y de un modo inaudito, ha venido a considerar que resulta innecesaria la reproducción, en la misiva extintiva de los criterios de selección pues *«Siendo ello así, parece razonable entender que en la comunicación individual del despido colectivo no es necesaria la reproducción de los criterios de selección fijados o acordados durante las negociaciones»*, y ello porque:

- a) Tal requisito está ausente en el artículo 53.1 ET y en la remisión legal que al mismo hace el artículo 54.1, de manera que su exigencia desbordaría el mandato legal; y porque la «causa legal» es el único dato que ha de constar en la comunicación extintiva;

- b) Atendiendo a consideraciones finalísticas, porque resultaría un formalismo innecesario; y
- c) Desde una perspectiva eminentemente práctica, tampoco resultaría en absoluto razonable pretender que en cada comunicación individual del cese se hagan constar –de manera expresa y pormenorizada, los criterios de selección utilizados pues, de lo contrario, se le estaría dando a la carga de despido una extensión desmesurada e innecesaria.

Es más, nuestro Alto Tribunal, en la resolución objeto de cita, va más allá y considera que también resulta inexigible la constancia, en la misiva extintiva, de la concreta aplicación de los criterios al personal afectado, haciendo constar, expresamente, que *«Por estas mismas consideraciones – y algunas más- también excluimos la necesidad de que en la referida comunicación se lleve a cabo la justificación individualizada del cese que se comunica, con detallada referencia a la singular aplicación de los criterios de selección utilizados en el procedimiento de despido colectivo que se trate»*, y ello en base a tres razones:

- a) La primera de ellas, la ya expresada ausencia legal de tal exigencia, excediendo tal pretensión del mandato legal, que se limita a la expresión de la «causa»;
- b) En segundo lugar, el adecuado cumplimiento de tal exigencia supondría no solo la valoración individual del concreto trabajador a notificar, sino también la del resto de sus compañeros con los que habría que realizarse el juicio de comparación, dando lugar a que la carta de despido tuviese una dimensión irracional; y

- c) En último término, porque el derecho de defensa que corresponde al hipotético trabajador demandante, queda en todo caso garantizado con la posibilidad que el mismo tiene de reclamar a la empresa los datos que considere necesarios para presentar la correspondiente demanda.

Por todo lo expuesto viene, finalmente, a concluir el Alto Tribunal que *«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- los propios criterios de selección y/o su específica aplicación a los singulares trabajadores, demanda que bien pudiera ser preparada o precedida de aquellas medidas-diligencias preliminares; actos preparatorios; solicitud de aportación de documental- que autoriza la Ley y que permiten al trabajador la adecuada defensa de sus derechos e intereses legítimos [nos remitimos a los ya citados artículos 76 y 77 LRJS; y artículo 256 LEC]»*.

En mi opinión y, a modo de síntesis, la tesis sostenida por el Tribunal Supremo, así como las posturas que, en la misma dirección, apunta gran parte de la doctrina judicial anteriormente comentada, resulta del todo injustificable por los motivos que seguidamente se procederán a exponer.

1. Tal y como anteriormente ha quedado expuesto, la misiva extintiva es, en algunas ocasiones, el único instrumento que tiene el trabajador para poder amparar su pretensión. Por ello, en mi opinión, en el ámbito individual del despido colectivo la información preceptiva debe abarcar no solo la concreción de los criterios de

selección de los trabajadores afectados, sino también su aplicación concreta al trabajador y las razones que han llevado al empresario a tal decisión; es decir, la explicación del proceso de selección y la precisión en su aplicación que resuelve la concreta afectación de un determinado trabajador⁶⁷¹.

Por tanto, a modo de ejemplo, ¿Cómo debería haberse procedido en el más que citado caso Bankia? A mi entender, debería haberse hecho constar en la misiva extintiva la nota derivada de la evaluación realizada a los empleados de la entidad, pues ese fue el criterio que determinaba la selección de los trabajadores que quedaban afectados por el proceso extintivo; es más, no solo la nota del propio trabajador afectado, sino también la del resto de empleados del mismo ámbito eventualmente afectados.

Y es que el artículo 124.13 LRJS es claro al determinar en la regla segunda de su primer apartado que «*cuando el objeto del debate verse sobre preferencias atribuidas a determinados trabajadores, éstos deberán ser demandados*». Por tanto, para poder proceder a tal fin, el trabajador deberá conocer a esos concretos trabajadores y por qué razón ha sido él el afectado⁶⁷².

2. Otro de los motivos postulados por la doctrina judicial para evitar la precisión de los criterios de selección así como su concreta aplicación a los trabajadores en cuestión radica en sostener que no puede exigirse un nivel de concreción tan elevado que implique la

⁶⁷¹ AGUSTÍ MARAGALL, J., *La comunicación individual de extinción por despido colectivo ex artículo 51.4 ET: alcance de la exigencia informativa y de su control judicial*, ob. cit., p.14.

⁶⁷² AGUSTÍ MARAGALL, J., *La exigencia informativa en la comunicación individual de extinción por despido colectivo ex artículo 51.4 ET. Una reflexión respecto de las recientes –y contradictorias sentencias del TSJ Madrid 9.1.2014 y del TSJ Castilla-León 16.1.2014 relativas al despido colectivo de Bankia*, ob. cit., p. 13.

desaparición de la libertad empresarial para organizar sus efectivos laborales estando, la decisión tomada, limitada por la no vulneración de los derechos fundamentales así como por las preferencias legal o convencionalmente establecidas⁶⁷³.

Tal y como se ha venido a apuntar por parte de algún autor⁶⁷⁴, aquí estriba otro de los grandes errores de la cuestión objeto de análisis, pues no debe confundirse la libertad empresarial, ejercitada siempre dentro de los límites anteriormente expuestos, con la obligación informativa que deriva de su ejercicio, que vendría a corresponderse con el derecho del trabajador a comprobar o revisar que dicha libertad de empresa se haya ejercido dentro de los límites establecidos.

Consecuentemente, no puede considerarse limitada la libertad de empresa por la concordante obligación de información que de tal exigencia se deriva. Y es que, en ocasiones, nuestros operadores judiciales parecen olvidar que en nuestra Carta Magna, junto a la libertad empresarial reconocida en su artículo 38 CE, se encuentran recogidos otros derechos también constitucionalmente amparados, tales como el artículo 35 que reconoce el derecho al trabajo (y a no ser despedido si no es por justa causa) y el derecho a la tutela judicial efectiva ex artículo 24, cuya proyección podríamos decir que encuentra dos vertientes: en primer lugar, aquella que viene a comprender el derecho del trabajador a impugnar, ante los tribunales, la decisión empresarial de despido cuando considere que

⁶⁷³ Vid., al respecto, SSTSJ Cataluña 03-01-2007 (R° 5437/2006) y 31-05-2013 (1010/2013).

⁶⁷⁴ AGUSTÍ MARAGALL, J., *La comunicación individual de extinción por despido colectivo ex artículo 51.4 ET: alcance de la exigencia informativa y de su control judicial*, ob. cit., p.14.

tal ha sido realizado de una manera injusta y, en segundo lugar, aquella que comporta el derecho del trabajador a disponer de toda la información y documentación esencial sobre tal decisión empresarial para así poder garantizar su derecho de defensa (artículo 24.2 CE).

3. Asimismo, el Alto Tribunal, con las manifestaciones realizadas en STS 15-03-2016 (RUD 2507/2014), está degradando las garantías del derecho de defensa del trabajador al transferirle el ejercicio de las obligaciones de información y documentación que corresponden a la empresa, por lo que dicho trabajador se encuentra en la tesitura de llevar a cabo unas labores de pesquisas esclarecedoras que, en numerosísimas ocasiones, se verán frustradas por la falta de cooperación de la sociedad en cuestión.

Asimismo, parece ser que nuestro Tribunal Supremo ha olvidado la importancia y trascendencia que tradicionalmente se le venía dando a la comunicación extintiva, privándola de toda esencia y, lo que es más importante, olvidando los efectos procesales que dicha misiva extintiva despliega en el juicio por despido.

Es más, el art. 124.13 LRJS viene a establecer que *«el trabajador individualmente afectado por el despido podrá impugnar el mismo a través del procedimiento previsto en los arts. 120 a 123 de esta Ley»*, exponiendo a continuación una serie de normas o reglas específicas.

El artículo 120 LRJS que viene a regular la impugnación de la extinción contractual por causas objetivas, nos reenvía, a su vez, *«a las normas contenidas en el capítulo relativo a los procesos por despidos y sanciones»*, normas entre las que se encuentra el artículo 105 LRJS, que, además de disponer en su apartado primero,

segundo inciso que «*Asimismo, le corresponderá (al demandado) la carga de probar la veracidad de los hechos imputados en la carta de despido como justificativos del mismo*», viene a disponer, en su apartado segundo, una disposición prohibitiva completamente determinante para la cuestión objeto de estudio, «*Para justificar el despido, al demandado no se le admitirán en el juicio otros motivos de oposición a la demanda que los contenidos en la comunicación escrita de dicho despido*».

Por tanto, el carácter imperativo de dicho mandato procesal no permite interpretación flexible alguna: el juez, de oficio deberá inadmitir cualquier alegación que no aparezca reflejada en la misiva extintiva⁶⁷⁵.

Y es que, tras esta exigencia procesal se encuentra la garantía de la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE) y la prohibición de la indefensión que supone descubrir en fase de juicio los hechos y razones que justificarían, en su caso, la individual afectación que se impugna⁶⁷⁶, de ahí la importancia y trascendencia de que en la misiva extintiva se hagan constar los criterios de selección y el porqué de la concreta afectación del trabajador en cuestión.

4.2.2. La puesta a disposición de la indemnización

El artículo 53.1 ET viene a disponer en su apartado b) y, en relación con los requisitos que el empresario deberá atender respecto a las notificaciones individuales de la decisión extintiva lo siguiente «*Poner a*

⁶⁷⁵ *Ídem*

⁶⁷⁶ *Ídem*

*disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades*⁶⁷⁷.

*Cuando la decisión extintiva se fundare en el artículo 52, c), de esta Ley, con alegación de causa económica, y como consecuencia de tal situación económica no se pudiera poner a disposición del trabajador la indemnización a que se refiere el párrafo anterior, el empresario, haciéndolo constar en la comunicación escrita, podrá dejar de hacerlo, sin perjuicio del derecho del trabajador de exigir de aquél su abono cuando tenga efectividad la decisión extintiva»*⁶⁷⁸.

Tal y como acaba de ser expuesto, la obligación de poner a disposición la indemnización legalmente estipulada en el momento de la comunicación escrita queda dispensada en aquellos supuestos en los que concurra una situación económica que lo imposibilite, lo que la jurisprudencia ha venido equiparando a «falta de liquidez».

Tal y como han venido haciendo la jurisprudencia⁶⁷⁹ y la doctrina judicial⁶⁸⁰, debe distinguirse la mala situación económica de la empresa, que se erige como causa objetiva de despido, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 52 c) ET en relación con el artículo 51.1 del mismo cuerpo legal, de la mera alegación empresarial de falta de liquidez para, con

⁶⁷⁷ La Disposición Final Quinta de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014 (B.O.E. 26 de diciembre) vino a suprimir el apartado 8 del artículo 33 ET que fijaba la obligación del Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) de pagar parte de esta indemnización en aquellas empresas de menos de veinticinco trabajadores.

⁶⁷⁸ Tal y como viene a exponerse por SAÉZ LARA C., *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, ob. cit., p. 205, «El trabajador ha de tener un acceso efectivo e incondicionado a la indemnización».

⁶⁷⁹ SSTs 21-12-2005 (R° 547/2004); 25-01-2005 (R° 28/2004) y 23-01-2005 (R° 38/2004).

⁶⁸⁰ SSTSJ Castilla y León 22-12-2014 (R° 1675/2014); Andalucía 05-06-2013 (R° 786/2013); 20-12-2012 (R° 2236/2012) y Cataluña 23-07-2012 (R° 769/2011).

base en ello, eximirse de poner a disposición del trabajador la indemnización correspondiente en el momento de la comunicación del cese, sin perjuicio de su obligación de satisfacerla en otro momento posterior, tal como permite el segundo inciso del artículo 53.1.b) ET.

A este respecto, tal y como establece la doctrina casacional, no basta con la simple afirmación del empresario acerca de su situación de falta de liquidez, sino que es necesario, además, que se acredite cuando el empresario ponga en duda tal alegación, *«pues el precepto últimamente citado, refiriéndose ya en concreto a la obligación de puesta a disposición de la indemnización en el momento que señala (esto es, independientemente de que la mala situación económica pueda o no justificar el despido objetivo), requiere que "como consecuencia de tal situación económica no se pudiera poner a disposición del trabajador la indemnización", pues cabe perfectamente la posibilidad de que, por adversa que fuere la situación económica de la empresa, pueda ésta, sin embargo, disponer de dinero suficiente para poner a disposición del despedido la correspondiente indemnización con simultaneidad a la comunicación del cese»*⁶⁸¹.

En relación con la prueba de tal coyuntura, excluyente de la obligación legal, cabe recordar que, por regla general, la carga de probar la iliquidez recae sobre el empresario, por ser quien tiene mayor facilidad y disponibilidad a esos efectos (art. 217.7 LEC). Y ello pese a que pueda no ser exigible en todos los casos prueba plena al respecto bastando, en ocasiones, con la aportación de sólidos indicios de los que se desprenda

⁶⁸¹ STS 25-01-2005 (R° 6290/2003); Cataluña 12-03-2013 (R° 384/2012) y 6-03-2013 (R° 78/2012) y Galicia 26-02-2013 (R° 5107/2012).

racionalmente la realidad de la alegación⁶⁸². Tal y como dispuso el Alto Tribunal en resoluciones vetustas, *«es la empresa, y no el trabajador, quien tiene la mayor disponibilidad de los elementos probatorios acerca de la falta de liquidez de aquella»* y ello porque está al alcance de la empresa, y no del trabajador *«la pertinente documentación (amén de otros posibles elementos probatorios, tales como pericial contable, testifical a cargo del personal de contabilidad, etc.) de cuyo examen pueda desprenderse la situación de iliquidez, situación ésta que no siempre podrá acreditarse a través de una prueba plena, pero que sí será posible advenir introduciendo en el proceso determinados indicios, con apreciable grado de solidez, acerca de su realidad, lo que habrá de considerarse suficiente al respecto, pues en tal caso la destrucción o neutralización de esos indicios, si razonablemente hacen presumir la realidad de la iliquidez, incumbiría al trabajador "ex" apartado 3 del art. 217 de la LEC»*⁶⁸³.

Ahora bien, a excepción del caso que acaba de exponerse, es decir, la excepción prevista en el párrafo segundo del artículo 53.1 b) ET, el empresario deberá poner a disposición del trabajador, de manera simultánea a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades.

Tal requisito ha sido interpretado, de una manera bastante inflexible, por parte de la doctrina casacional. Por ello, el retraso de dicha puesta a disposición, por mínimo que sea, se ha calificado como una infracción o incumplimiento de lo dispuesto en el precepto anteriormente citado, con

⁶⁸² STS 03-02-2014 (R^o 1012/2013).

⁶⁸³ SSTs 21-12-2005 (R^o 5470/2004) y 25-01-2005 (R^o 6290/2003).

lo que se consideraría la no superación del juicio de formalidad⁶⁸⁴ y conllevaría, consecuentemente, la declaración de improcedencia de la extinción⁶⁸⁵.

Otro de los problemas o conflictos reside en la nota de «simultaneidad», que ha desatado el debate concerniente a cómo debe producirse el pago de la indemnización.

En relación con los mecanismos de pago de tal compensación, el Alto Tribunal ha venido aceptando, a efectos del libramiento, el cheque bancario, incluso cuando tal mecanismo fuera rechazado por el trabajador, siempre y cuando el cheque tuviese fondos bancarios⁶⁸⁶.

Sin embargo, el Tribunal Supremo no venía admitiendo la puesta a disposición de tal indemnización por transferencia bancaria, al entender que con tal mecanismo de pago se estaba incumpliendo la preceptiva nota de «simultaneidad»⁶⁸⁷.

⁶⁸⁴ FALGUERA BARÓ, M.A., *El procedimiento del despido colectivo y el desarrollo del periodo de consultas: criterios judiciales*, ob. cit., p. 155.

⁶⁸⁵ Vid., entre otras, SSTs 02-11-2005 (R° 2939/2004); 23-09-2005 (R° 3357/2004); 25-05-2001 (R° 1915/2000) y 23-04-2001 (R° 1915/2000).

⁶⁸⁶ Tal y como vino a disponer el Alto Tribunal en STS 22-04-2010 (R° 3449/2009) «Como quiera que lo discutido es si la entrega de cheque bancario cumple el requisito de simultaneidad del despido con la puesta a disposición y visto que la entrega de la carta de despido y del cheque se produjeron al mismo tiempo, lo único que resta por decidir es si el cheque constituye un medio lícito de pago, a lo que se ha contestado afirmativamente en las resoluciones recaídas a propósito del despido reconocido improcedente y al efecto de exonerar del pago de salarios de trámite con la particularidad de que en el artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores se prevé que la puesta a disposición se realice mediante la consignación en el Juzgado, requisito que, como se advierte en las sentencias citadas ha sido flexibilizado en los supuestos de entrega directa al trabajador. Por tanto lo único a resolver no es la naturaleza del trámite sino la naturaleza del documento utilizado como medio de pago y considerado el cheque plenamente válido por su equivalencia en dinero en metálico en la puesta a disposición del artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores no existe razón para alterar su naturaleza por tratarse de un trámite que corresponde a diferente modalidad de despido, debiendo reconocerse al cheque entregado, cuya disponibilidad de fondos no se ha discutido, idéntico valor liberatorio». En el mismo sentido se pronuncia la STS 10-05-2010 (R° 3611/2009).

⁶⁸⁷ Un claro ejemplo lo encontramos en la STSJ Andalucía 26-06-2013 (R° 953/2013) en la que se declara el despido improcedente al producirse la transferencia bancaria un día después de

No obstante, este parecer restrictivo⁶⁸⁸ se ha visto modificado estos últimos tiempos, viniendo a entender el Alto Tribunal que su doctrina referente a la validez del cheque bancario como mecanismo de pago merece ver extendida *«su aplicación al supuesto de pago mediante transferencia bancaria, que ha de ser considerada como medio de pago válido por su equivalencia a dinero en metálico, pues (...) lo cierto es que no existe razón alguna para dar a este medio de pago un trato distinto al otorgado al cheque bancario a los efectos examinados, pues ninguna duda cabe de que estamos ante un medio de pago más fiable incluso que aquel»*⁶⁸⁹, si bien requiriendo que se produzca en tiempo válido⁶⁹⁰, es decir, requiriendo proximidad en el tiempo que media entre el acto de la comunicación y el pago de la indemnización⁶⁹¹.

la entrega de la carta por lo que no existió simultaneidad entre la entrega de la carta y la puesta a disposición de la indemnización, y ello porque viene a entender que *«el requisito de simultaneidad que el precepto exige, vinculando en un mismo momento la entrega de la comunicación escrita con la puesta a disposición de las cantidad legalmente prevista como indemnización en estos supuestos, (comporta) que el trabajador en el momento en que recibe esa comunicación pueda disponer de la referida cantidad», por lo que si la carta se entregó el día 20 y el ingreso se realizó el día 21, no hay simultaneidad entre la entrega de la carta y la puesta a disposición»*

⁶⁸⁸ Vid., al respecto, las SSTS 22-01-2008 (RCUD 1689/2007) y 21-03-2006 (RCUD 2496/2005).

⁶⁸⁹ STS 05-12-2011 (R^o 1667/2011).

⁶⁹⁰ La misma STS 05-12-2001 (R^o 1667/2001) viene a matizar que *«Partiendo de ello, solo queda por examinar si este pago se ha efectuado en tiempo válido que pueda considerarse efectuado de forma simultánea a la entrega de la comunicación escrita. La respuesta ha de ser afirmativa, por cuanto consta acreditado y es incontrovertido que el día 4-3-2010, es decir el día anterior a la extinción del contrato, se transfirió a la trabajadora la correspondiente indemnización, por lo que efectivamente, como señala la sentencia recurrida, es razonable que se recibiera muy pocos días después -si no se había ya recibido-, con lo cual ha de entenderse cumplido el requisito de forma cuestionado»*.

⁶⁹¹ Tal y como la STSJ Andalucía 26-06-2013 (R^o 953/2013) vino a disponer, en este sentido que *«solo queda por examinar si este pago se ha efectuado en tiempo válido que pueda considerarse efectuado de forma simultánea a la entrega de la comunicación escrita. La respuesta ha de ser afirmativa, por cuanto consta acreditado y es incontrovertido que el día anterior a la extinción del contrato, se transfirió a la trabajadora la correspondiente indemnización, por lo que efectivamente, es razonable que se recibiera muy pocos días después -si no se había ya recibido-, con lo cual ha de entenderse cumplido el requisito de forma cuestionado»*

Tampoco vendría a cumplir la previsión del artículo 53.1 ET la puesta a disposición de una indemnización insuficiente, acarreando tal consignación incompleta el incumplimiento del requisito de simultaneidad establecido en el precepto arriba citado⁶⁹².

No obstante lo anterior, cuando la indemnización puesta a disposición es inexacta debido a una distinta apreciación sostenida por las partes en relación con la interpretación de las circunstancias que reviste el contrato de trabajo, según lo dispuesto en el artículo 51.4 ET y artículo 122.3 y así como la doctrina casacional, entra en juego la llamada teoría del «error excusable», según la cual, cuando la indemnización ha sido calculada erróneamente por una «*discrepancia de matiz jurídico que pueda considerarse como razonable*»⁶⁹³ entre empresario y trabajador respecto a la cuantía que corresponde por salario, respecto a la antigüedad del trabajador en la empresa o por un «error de cálculo» que pueda justificarse⁶⁹⁴.

⁶⁹² La justificación que postula el Alto Tribunal en STS23-03-2012 (R° 743/2011), obedece a que *«la finalidad del precepto, al exigir la puesta a disposición de la indemnización, es que el trabajador disponga de la cantidad legalmente fijada como indemnización en el mismo momento de la comunicación del acuerdo de extinción (“simultáneamente”). Por tanto, la doctrina señalada, relativa a las consecuencias del error en la fijación de la cantidad guarda relación con la salvaguarda de ese derecho. Se ha entendido que el derecho queda satisfecho si la suma puesta a disposición se aparta, de forma inexcusable, de la que hubiera correspondido con arreglo a los parámetros que la ley establece»*.

⁶⁹³ STS 24-10-2006 (R° 2154/2005).

⁶⁹⁴ El Tribunal Supremo, en STS 16-04-2013 (R° 1437/2012) vino a establecer que *«Esta Sala se ha pronunciado en numerosas ocasiones acerca de qué supuestos pueden ser calificados de error inexcusable y cuáles de excusable, cuando la cantidad que el empresario pone a disposición del trabajador es inferior a la que legalmente corresponde. Si bien la mayoría de las sentencias se han dictado examinando el importe de la consignación de la indemnización en despidos reconocidos como improcedentes por el empresario, dada la identidad de razón, la doctrina establecida es aplicable a los supuestos de extinción del contrato por causas objetivas»*. En este sentido, el Alto Tribunal realiza una síntesis de los criterios seguidos para determinar la improcedencia o no de la decisión extintiva, citando a título ejemplificativo de, entre otras, las siguientes resoluciones: *«- STS de 24-04-00, RCU 308/99, a pesar de la diferencia entre lo consignado y lo que debió consignar la empresa, entendió que se trataba de error excusable pues el juzgado de instancia consideró correcto el cálculo efectuado por la empresa y fue la sentencia de suplicación la que elevó dicha cantidad. - STS de 26-12-05,*

Si, en caso contrario, el error concurrente tiene el carácter de inexcusable, la calificación que merecerá la decisión extintiva será la de improcedente, mientras que cuando el error sea excusable, las diferencias económicas derivadas de la indemnización no tienen efecto alguno en la calificación del despido (independientemente de que se condene al empresario al pago de las diferencias económicas, según lo dispuesto en el artículo 122.3 LRJS).

Todas estas reglas expuestas resultan aplicables a los supuestos de despidos colectivos, si bien ejercitables en cuanto a su calificación en la acción individual⁶⁹⁵ según la remisión establecida por el artículo 51.4 ET al precepto 53.1 del mismo cuerpo legal.

Ahora bien, en relación con la puesta a disposición de la indemnización legalmente correspondiente nos encontramos, en lo concerniente a los despidos colectivos, una cuestión añadida, cual es la relativa a los supuestos en los que el periodo de consultas del procedimiento extintivo

RCUD 239/05 , entendió que la escasa cuantía de la diferencia -157,90 euros - unido a que el salario de la demandante era de cálculo especialmente complejo, lo discutible de los conceptos y la presencia de factores ajenos a la mala fe en la consignación efectuada, hacen que el error haya de calificarse de excusable. - STS de 26-01-06, RCUUD 3813/04 , entendió que se trataba de un error excusable el no haber incluido como salario, a efectos del cálculo del depósito, el importe atribuido a las stock options. Razona la sentencia que el estudio individualizado del carácter salarial o no de las opciones de compra de acciones suscritas no es sencillo y la complejidad del mismo aumenta con los problemas de conflicto de leyes planteados por los acuerdos de suscripción. Continúa razonando que de las opciones de compra de acciones pueden derivar dos ventajas o utilidades patrimoniales distintas, y solo una de ellas puede, en su caso, ser considerada como salario e incluida, por tanto, en el cálculo de la indemnización de despido. La primera utilidad, que es la que cabe considerar salario, si se asigna en contraprestación del trabajo realizado, es la constituida por la diferencia entre el precio de la acción en el mercado en el momento de la adquisición y el precio del ejercicio del derecho pactado. La segunda utilidad, que se produce ya fuera del marco de la relación de trabajo, y que carece en consecuencia de la condición de salario, es la obtenida por el trabajador mediante un posible posterior negocio jurídico mercantil con un tercero, consistente en "la venta de las acciones que adquirió al ejercitar la opción". Concluye que concurre una dificultad jurídica para fijar el salario, por lo que considera el error excusable»

⁶⁹⁵ FALGUERA BARÓ, M.A., *El procedimiento del despido colectivo y el desarrollo del periodo de consultas: criterios judiciales*, ob. cit., p. 156.

termina mediante acuerdo en el que, a su vez, se pacta el pago diferido o aplazado de la mentada indemnización.

En tal situación, tal y como ha apuntado la doctrina científica, existe una colisión entre el mandato legal y las posibilidades dispositivas que derivan de la negociación colectiva⁶⁹⁶.

En este sentido debe señalarse que, las soluciones postuladas por la doctrina judicial se muestran un tanto contradictorias en relación con su validez y los posibles efectos que tales pactos puedan tener en la calificación del despido, tal y como posteriormente se analizarán.

Esta controversia fue, finalmente, resuelta por el Alto Tribunal, sosteniendo que «*Debe entenderse que el acuerdo logrado en el marco de un ERE y futo de una negociación colectiva, tiene análoga eficacia a lo acordado en Convenio Colectivo; los pactos son claros y contienen todos los elementos necesarios para vincular a ambas partes, según el artículo 1261 del Código Civil. Los pactos alcanzan y vinculan a todos los trabajadores y empresas comprendidos en el ámbito de aplicación de dichos Acuerdos y durante todo el tiempo de su vigencia*»⁶⁹⁷. Ahora bien, no puede obviarse que en el supuesto enjuiciado por el Alto Tribunal la indemnización no se puso a disposición en el momento en que se comunicó la decisión extintiva individual pero sí en el momento en el que se extinguió el contrato.

Igualmente polémicas resultan las posturas adoptadas por la jurisprudencia y por la doctrina judicial en relación con el tema objeto de estudio. Y ello porque por parte de cierto sector de la doctrina científica se ha apuntado que se sigue una hermenéutica poco

⁶⁹⁶ FALGUERA BARÓ, M.A., *El procedimiento del despido colectivo y el desarrollo del periodo de consultas: criterios judiciales*, ob. cit., p. 158.

⁶⁹⁷ STS 02-06-2014 (R^o 2534/2013).

respetuosa con la autonomía colectiva, puesto que el acuerdo es un «todo inescindible» con eficacia vinculante para las partes intervinientes en el mismo, por lo que su consideración de mejora debería también apreciarse en su globalidad⁶⁹⁸.

En sentido totalmente contrario, por parte de otro sector de la mentada doctrina, se ha postulado que de la tesis sostenida por parte del Alto Tribunal se desprende una «disponibilidad colectiva» no sometida a Ley, lo que vendría a contrariar, tanto lo dispuesto en el artículo 3.1 ET, el principio de jerarquía normativa que del mismo se difiere en relación con el artículo 9.3 CE, así como la doctrina constitucional en la materia, especialmente, tras las SSTC 119/2014, de 16 de julio y 8/2015, de 22 de enero, resoluciones dictadas analizando la constitucionalidad de la Reforma Laboral acometida en el año 2012, «*consagrando una subordinación asimilable al vasallaje de la autonomía colectiva a la heteronomía*»⁶⁹⁹.

En mi opinión, de las posturas que acaban de exponerse, la más adecuada es la segunda, pues considero que la adopción de un acuerdo que difiera de lo dispuesto en la norma estatutaria objeto de referencia incurre en una disponibilidad colectiva no permitida por la ley, incurriendo en la vulneración de los principios y preceptos anteriormente expuestos.

No obstante, con independencia de una u otra postura, lo que sí resulta evidente es que los criterios sostenidos por la doctrina casacional y judicial vienen a confirmarnos la tesis de que el legislador debería

⁶⁹⁸ SÁEZ LARA, C., *Restructuraciones empresariales y despidos colectivos*, ob. cit. p. 208.

⁶⁹⁹ FALGUERA BARÓ, M.A., *El procedimiento del despido colectivo y el desarrollo del periodo de consultas: criterios judiciales*, ob. cit., pp. 160 y 161.

meditar y valorar la trascendencia y efectos que deben desprenderse de la existencia de un acuerdo en el procedimiento de despido colectivo en esta etapa en la que la decisión de extinción colectiva se ejecuta de manera individual.

Respecto a las consecuencias que derivan de la falta de puesta a disposición de la indemnización correspondiente, deben realizarse una serie de precisiones. Así, cuando la decisión extintiva se fundare en causa económica y como consecuencia de tal situación, el empresario no pudiese poner a disposición del trabajador la correspondiente indemnización, este podrá dejar de hacerlo sin que ello implique consecuencia alguna en la calificación del despido, sin perjuicio del derecho del trabajador de exigir del empleador su abono cuando tenga efectividad la decisión extintiva⁷⁰⁰.

Contrariamente, cuando la empresa no esté incurso en el supuesto excepcional que exonere al empresario de tal puesta a disposición, cualquier retraso en la misma, aunque sea ínfimo, se considera un incumplimiento de lo preceptuado en el artículo 53.1 b) ET, con la consecuente inobservancia del juicio de formalidad y, por tanto, la declaración de improcedencia de la decisión extintiva⁷⁰¹.

A ello deben sumarse los efectos que derivan de una consignación insuficiente que, en principio, no resultará adecuada para cumplir la formalidad estipulada en el citado artículo, conllevando tal deficiente

⁷⁰⁰ No debe olvidarse que, nuestro Alto Tribunal, en STS 05-12-2011, que el trabajador debe tener un acceso efectivo e incondicionado a la indemnización.

⁷⁰¹ Sirvan como ejemplo las SSTS 02-11-2005 (R° 2929/2004); 13-10-2005 (R° 3801/2004); 23-09-2005 (R° 3357/2004); 25-05-2001 (R° 2973/2000) y 23-04-2001 (R° 1915/2000).

inobservancia el incumplimiento de simultaneidad requerida en la puesta a disposición de la indemnización⁷⁰².

No obstante, cuando la insuficiencia de la indemnización radique en una divergencia hermenéutica que realizan las partes de las circunstancias que envuelven el contrato de trabajo, estaremos en presencia de la teoría del «error excusable», tal y como disponen los artículos 53.4 ET y 122.3 LRJS; es decir, cuando la indemnización se ha calculado erróneamente por una «*discrepancia de matiz jurídico que pueda considerarse como razonable*»⁷⁰³ entre los sujetos que intervienen en la relación laboral respecto al salario percibido o a la antigüedad, así como a un “error de cálculo” justificable⁷⁰⁴. De lo contrario estaremos en presencia de un error inexcusable o injustificable.

La disparidad entre ambos supuestos es sustancialmente importante pues, en el primero de los casos, las diferencias económicas relativas a la indemnización no tienen efecto alguno en la calificación del despido, es decir, la extinción sería procedente y se condenaría al empresario al abono de la diferencia, *ex* artículo 122.3 LRJS, mientras que, en el segundo de los supuestos, el relativo al error “inexcusable o injustificable” la calificación que merece la decisión extintiva es la de

⁷⁰² Según el Alto Tribunal, la justificación de tal manifestación radica en que «*la finalidad del precepto, al exigir la puesta a disposición de la indemnización es el que el trabajador disponga de la cantidad legalmente fijada como indemnización en el mismo momento de la comunicación del acuerdo de extinción (“simultáneamente”). Por tanto, la doctrina señalada, relativa a las consecuencias del error en la fijación de la cantidad, guarda relación con la salvaguarda de ese derecho. Se ha entendido que el derecho no queda satisfecho si la suma puesta a disposición se aparta, de forma inexcusable, de la que hubiera correspondido con arreglo a los parámetros que la ley establece*» [STS UD 23-03-2013 (R° 734/2011)].

⁷⁰³ STS 24-10-2006 (R° 2154/2005) y SSTSJ Andalucía 06-02-2013 (R° 222/2012); Cataluña 15-05-2012 (R° 955/2012) y Aragón 30-09-2009 (R° 671/2009).

⁷⁰⁴ *Vid.*, al respecto, la STS 16-04-2013 (RCUD 1437/2012).

improcedencia por inobservancia de la formalidad establecida en el artículo 53.1 ET, concretamente, artículo 53.1 b) ET.

Por consiguiente la falta de puesta a disposición de manera simultánea o su percepción en cuantía inferior a la que legalmente le corresponde al trabajador en base a un error inexcusable determinará, en principio, la declaración de improcedencia del despido, calificación que se producirá a través del ejercicio de la acción individual, en tanto que esta cuestión no puede ser objeto de la colectiva⁷⁰⁵.

Ahora bien, el artículo 15.2 RPDC, de forma especialmente enigmática (al igual que normativa *reglamentaria predecesora*) dispone expresamente que «*en caso de incumplimiento empresarial del pago de las indemnizaciones debidas por el despido o si existiese disconformidad respecto de su cuantía, el trabajador podrá, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4.2 g) del Estatuto de los Trabajadores, demandar ante el Juzgado de lo Social competente el pago de la misma o, en su caso, el abono de las diferencias que a su juicio pudieran existir*». La redacción que acaba de transcribirse conlleva numerosos problemas aplicativos.

Tal y como ha venido a señalar la doctrina científica⁷⁰⁶, habrá que descartarse que tal norma reglamentaria pase por no dotar de efecto alguno la calificación del despido para aquel supuesto en que se haya inobservado el citado requisito pues la norma reglamentaria incurre en un supuesto de *ultra vires*. Consecuentemente, dicho supuesto debe derivarse a una mera reclamación de cantidad.

⁷⁰⁵ FALGUERA BARÓ, M.A., *El procedimiento del despido colectivo y el desarrollo del período de consultas: criterios judiciales*, ob. cit., p. 157.

⁷⁰⁶ *Ídem*

Lo que acaba de exponerse se debe a que el artículo 51.4 ET viene a establecer, de forma expresa, que el empresario deberá proceder a *«notificar los despidos individualmente a los trabajadores afectados, lo que deberá realizar conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de esta ley»*.

Por tanto, hay una palpable contradicción entre lo legalmente establecido y lo reglamentariamente dispuesto, por lo que tal discordancia únicamente sería salvable si se estima que lo que el precepto estatutario exige es, exclusivamente, el requisito formal establecido en la letra a) del artículo 53.1 ET *«la comunicación escrita al trabajador expresando la causa»* pero de la exigencia impuesta en el artículo 54.1 ET se desprende que, en puridad, tal estimación “parcial” no resulta posible pues la remisión que el artículo 54.1 ET realiza al 53.1 ET es una remisión íntegra⁷⁰⁷. Es más, si atendemos a lo dispuesto en el artículo 14.2 RPDC queda patente que no solo exige una remisión a la notificación, sino también a los términos y condiciones previstas en el artículo 53.1 ET, por lo que puede concluirse que si el empresario no satisface la indemnización legalmente exigida o, para el supuesto de los despidos por causas económicas, el empresario alega la falta de liquidez y no logra acreditar tal situación, así como para el supuesto en que abone la cantidad en concepto de indemnización en cuantía inferior a que legalmente corresponde en virtud de un error inexcusable, el

⁷⁰⁷ Ídem

despido del trabajador afectado deberá declararse improcedente, tal y como ha venido a establecer la doctrina judicial.⁷⁰⁸

Sin embargo, también podría interpretarse que, aquello que la norma reglamentaria prevé es únicamente la posibilidad de interponer demanda en reclamación de cantidad, para aquel supuesto en que el trabajador esté conforme con la causalidad del despido pero quiera reclamar el abono total o parcial de la indemnización que el empleador todavía no le haya satisfecho⁷⁰⁹.

No obstante, esta potencial alternativa colisiona con la posición mantenida por el Alto Tribunal en lo que a los despidos objetivos se refiere, advirtiendo al respecto diversas coyunturas.

La primera, la relativa a aquellos supuestos en los que el trabajador considera que la indemnización percibida resulta insuficiente (con independencia de que dicho error se daba a un error excusable o no). En tal circunstancia, el asalariado deberá entablar demanda por despido objeto prevista en los artículos 120 y ss. LRJS, de tal forma que si su opción radica en una exclusiva reclamación de cantidad está incurriendo en la excepción de inadecuación del procedimiento⁷¹⁰.

No obstante, si el trabajador considera que la indemnización es la que le corresponde percibir pero el empresario no ha procedido a su abono (únicamente cuando la causa del despido sea económica y el empresario no disponga de liquidez suficiente para sufragar dicho coste pues, de lo

⁷⁰⁸ Vid., entre otras, las SSTSJ País Vasco 06-05-2014 (R° 699/2014); Galicia 27-03-2014 (R° 4328/2014); 24-02-2014 (R° 1384/2013); Cantabria 08-01-2014 (R° 803/2013) y Madrid 9-12-2013 (R° 1514/2013).

⁷⁰⁹ FALGUERA BARÓ, M.A., *El procedimiento del despido colectivo y el desarrollo del período de consultas: criterios judiciales*, ob. cit., p. 157.

⁷¹⁰ STS 04-05-2012 (RCUD 2645/2011).

contrario, se estaría incumpliendo el requisito de simultaneidad en la puesta a disposición de la indemnización en virtud de lo anteriormente expuesto) deberá instarse un procedimiento de cantidad ordinario⁷¹¹.

Consecuentemente, podría extraerse que la norma reglamentaria excedería el marco legalmente establecido en esta cuestión si se procede a la mentada exégesis⁷¹².

Ahora bien, por lo que respecta a la obligación empresarial de puesta a disposición de la indemnización legal al trabajador afectado por la decisión extintiva de manera simultánea a la misiva extintiva existe un problema añadido con relación a si tal cuestión podría verse afectada por acuerdos que aumentasen la cuantía de la indemnización legalmente establecida pero que permitan su abono diferido o aplazado a través de diversos pagos aplazados⁷¹³.

Tal y como ha quedado expuesto con anterioridad, en esta situación, converge una colisión entre el mandato legal y las posibilidades dispositivas dimanantes de la negociación colectiva⁷¹⁴.

En este sentido, debe apuntarse que la doctrina judicial ha venido mostrándose vacilante al respecto, en relación con la validez de tales

⁷¹¹ STS 22-01-2007 (Rº 3011/2005).

⁷¹² FALGUERA BARÓ, M.A., *El procedimiento del despido colectivo y el desarrollo del período de consultas: criterios judiciales*, ob. cit., p. 158.

⁷¹³ Tal y como se hace constar en SAEZ LARA, C., *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, ob. cit., p. 206, tal cuestión ya se suscitó también en el anterior modelo normativo con relación a si podían pactarse acuerdos relativos a la reducción o pérdida de la cantidad indemnizatoria mediante el recurso a medidas compensatorias adecuadas. La doctrina casacional vaciló al entender que la indemnización de 20 días establecida en el antiguo 51.8 ET era un mínimo de carácter indisponible hasta entender que su carácter era dispositivo y su disponibilidad era posible pudiendo llegar a acuerdos colectivos.

⁷¹⁴ FALGUERA BARÓ, M.A., *El procedimiento del despido colectivo y el desarrollo del período de consultas: criterios judiciales*, ob. cit., p. 158.

pactos así como a los posibles efectos que los mismos pueden tener en la calificación del despido.

Sirva de ejemplo la STSJ Madrid 14-07-2014 (Rº 457/2014), que dispone que *«el empresario debe necesariamente poner a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización de veinte días por año de servicio y que si no lo hace el despido debe declararse improcedente aunque se hubiera acordado entre la empresa y la Comisión Negociadora "ad hoc", que la entrega de la indemnización no se haría, en el momento de la comunicación del despido»*, por lo que, consecuentemente, declara la improcedencia del despido⁷¹⁵.

Pero el carácter pendular de la doctrina judicial ha llegado hasta el punto de que un mismo Tribunal Superior de Justicia ha resuelto, en diversas ocasiones, la cuestión anteriormente expuesta de manera totalmente contradictoria.

Tal es el ejemplo del TSJ Castilla y León que reconoció la improcedencia de la decisión extintiva al considerar que el empleador, debía cumplir, entre otras obligaciones, con la exigencia de la puesta a disposición simultánea de la indemnización legalmente establecida, por lo que a partir de tal consideración (y solo con relación a la indemnización legal, no a los incrementos que se habían acordado durante el periodo negociador) viene a afirmar que, aun siendo los motivos alegados por el empleador de naturaleza económica, no ha quedado probada la falta de

⁷¹⁵ En el mismo sentido se pronunciaron las SSTSJ Canarias 29-04-2014 (Rº 162/2014); Madrid 24-03-2014 (Rº 2023/2013) y País Vasco 27-11-2012 (Rº2509/2012).

liquidez empresarial para poder costear las indemnizaciones derivadas de la extinción de carácter colectivo⁷¹⁶.

En sentido totalmente contrario, la misma Sala y el mismo Tribunal, ante un supuesto de hecho análogo al enjuiciado en la sentencia que acaba de citarse, viene a considerar, en apenas un año de diferencia, que *«la empresa no actuó de forma unilateral, pues la forma de pago devenía de un acuerdo logrado en el marco de un ERE y fruto de la negociación colectiva - con análoga eficacia a lo acordado en Convenio Colectivo - y no puede considerarse desde luego infrinja mínimos de derecho necesario ni que incurra en abuso de derecho»*⁷¹⁷. Pero es que la Sala va más allá y considera que, en todo caso, el art 53.1.b ET *«constituye regla de derecho necesario relativo (no absoluto)»* por lo que el mentado órgano judicial confirma la sentencia de instancia que declaró la procedencia de la decisión extintiva.

Tal y como se desprende de lo que acaba de exponerse, la *«disponibilidad»*⁷¹⁸ de la regulación prevista en el artículo 53.1 ET a través de un acuerdo de carácter colectivo nacido de un periodo negociador dista mucho de ser una cuestión pacífica, pues igualmente contradictoria se muestra la Audiencia Nacional.

Dicho órgano judicial entendió que los acuerdos en los que se difiere el pago de las indemnizaciones o se acuerdan plazos de pago son legítimos y no tienen incidencia alguna en la calificación de la acción colectiva, siempre y cuando se acredite en fase de juicio que la empresa carecía de liquidez. Así, consideró la Sala que *«acreditada la dificultad de liquidez,*

⁷¹⁶ STSJ Castilla y León 23-01-2013 (R^o 2399/2012).

⁷¹⁷ STSJ Castilla y León 10-11-2014 (R^o 1296/2014).

⁷¹⁸ SÁEZ LARA, C., *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, ob. cit. p. 208.

la posición de la empresa de ofrecer un aplazamiento en los pagos, con ofrecimiento de garantías y el abono de una indemnización superior, no puede considerarse irrazonable, ni contraria a lo establecido en el art. 53.1.b) del ET»⁷¹⁹.

Con posterioridad a la resolución que acaba de citarse, la propia Audiencia Nacional, partiendo de la doctrina anteriormente expuesta, vino a entender que el empresario no había justificado su falta de liquidez, por lo que ante tal circunstancia se declara la improcedencia del despido pero únicamente en lo relativo a la cantidad indemnizatoria legalmente exigida, es decir, en relación con los veinte días por año, y no en lo relativo a la cantidad pactada que venía a acrecentar esa indemnización legalmente establecida.

Así, la propia Audiencia Nacional considera que *«Procede declarar no ajustada a derecho la decisión extintiva en cuanto prevé el abono diferido de las indemnizaciones correspondientes a los trabajadores despedidos colectivamente, si bien resta por determinar si tal declaración lo es al total del diferimiento o solo afectaría a la indemnización legal de 20 días por año y 12 meses máximo y no a la adicional de 25 días y 14 meses»*. En opinión de la Sala, los contratos en su obligado respeto a la ley, art. 1.255 CC, se rigen por la voluntad libre de las partes que bien pueden convenir contraprestaciones diferidas en el tiempo, máxime cuando tal diferimiento se revela como causa justificante de haber logrado una indemnización superior a la legal. Por tanto, *«basada la decisión extintiva en el acuerdo en tal sentido alcanzado en consultas, así ha de respetarse, por lo que la declaración de no correspondencia de*

⁷¹⁹ SAN 19-11-2013 (Rº 293/2013).

dicha decisión con la legalidad lo es respecto de la indemnización de 20 días año y 12 mensualidades»⁷²⁰.

Sin embargo el Alto Tribunal, en STS 20-07-2016 (R° 323/2014) entrando a resolver recurso planteado frente a la resolución que acaba de comentarse, determinó que la simultaneidad en la puesta a disposición de la indemnización derivada de despido objetivo respecto de la entrega de la comunicación extintiva, pues las normas referentes a la indemnización mínima en los supuestos de despido colectivo son de derecho relativo y, por tanto, mejorables. Por ello, considera que existe la posibilidad de acuerdo siempre que sea más favorable y respete la indemnización mínima legalmente exigible, y que la exigencia de simultaneizar la comunicación del cese con la puesta a disposición no es una exigencia de derecho necesario, por lo que *«en la negociación colectiva previa se puede convenir el aplazamiento de su pago, siempre que no sea desproporcionado, quedando la empresa liberada de probar su falta de liquidez, y constituyendo esta posibilidad una herramienta útil para la negociación colectiva»⁷²¹.*

⁷²⁰ SAN 16-05-2014 (R° 500/2013).

⁷²¹ En este sentido, el Alto Tribunal, para fundamentar su postura, trae a colación la postura adoptada en la STS 22-07-2015 (R° 2161/2014), en la que señaló que *«El problema de si en la negociación colectiva, previa a un despido colectivo por causas económicas, se puede convenir un fraccionamiento, o aplazamiento del pago de las indemnizaciones adeudadas por las extinciones contractuales que se acuerdan, debe tener una respuesta positiva por cuanto aunque la cuantía mínima de la indemnización que establece la ley no se puede rebajar por ser un mínimo legal, si cabe fraccionar su pago, siempre que el aplazamiento que se convenga no sea desproporcionado. Debe tenerse presente que el derecho a la negociación colectiva, reconocido por el artículo 37 CE regulado por el artículo 51 ET, a efectos de despidos colectivos, quedaría vacío de contenido si en la negociación de unas extinciones contractuales colectivas por razones económicas, los negociadores se vieran privados de una herramienta tan útil en estos casos como es el fraccionamiento de los pagos a realizar. Por lo expuesto, debe distinguirse entre despidos objetivos individuales y colectivos, para admitir en estos últimos la validez de los pactos sobre aplazamiento del pago de las indemnizaciones, salvo que sean abusivos».*

Por las razones expuestas, el Alto Tribunal considera el aplazamiento de la indemnización fue acordado en el pacto con el que finalizó el periodo negociador, no existiendo ningún solo dato que permita considerarlo como abusivo entendiendo, asimismo, que el aplazamiento convenido no resulta desproporcionado, sino adecuado a la finalidad pretendida, que va ligada a la conservación de la empresa y de los puestos de trabajo no afectados por el proceso de reestructuración, anulando y dejando sin efecto la declaración de la Audiencia Nacional que declaró no ajustado a derecho el aplazamiento de la indemnización, manteniéndola, no obstante, en el resto de pronunciamientos.

Por lo demás, en otras resoluciones relativas a los pactos de aplazamiento del pago de las indemnizaciones se ha venido a discutir no sus efectos, sino su posible incumplimiento *a posteriori*, descartándose en tales casos el acuerdo deba anularse, sin perjuicio del derecho que ostentarán los trabajadores afectados de exigir el abono de las cantidades que les corresponda⁷²².

En cualquier caso, resulta evidente que esta concreta cuestión no tiene consecuencia alguna en la calificación de la extinción colectiva

⁷²² La STSJ Extremadura 19-03-2013 (R° 18/2013) concluyó que «no existe amparo legal para que prospere la acción de despido ejercitada por el actor, por los motivos que hemos expuesto y tomando en consideración, además, el artículo 49.1.i) del ET, que determina, en su redacción anterior a la reforma operada por la Ley 3/2012, de 6 de julio, que el contrato de trabajo se extinguirá "Por despido colectivo fundado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, siempre que aquél haya sido debidamente autorizado conforme a lo dispuesto en esta Ley", teniendo en cuenta que no ha sido impugnada la resolución de la Autoridad laboral que lo aprueba, debiendo reconocer a su favor el derecho a exigir el cumplimiento del acuerdo alcanzado en su integridad, pues lo contrario sería tanto como decir que alcanzado un acuerdo en conciliación judicial en los términos expuestos el incumplimiento por parte de la empresa del pago de la indemnización que se hubiera comprometido a abonar supondría la declaración de improcedencia del despido, lo que del propio modo carece de amparo normativo».

ejercitada a través de la propia acción colectiva, sino únicamente en relación con las impugnaciones de carácter individual⁷²³.

4.2.3. La concesión de un plazo de preaviso de quince días y la entrega de copia del escrito de preaviso a la representación legal de los trabajadores.

Por último, el artículo 53.1 ET, en su apartado c) establece que debe concederse un plazo de preaviso de quince días, computado desde la entrega de la comunicación personal al trabajador hasta la extinción del contrato de trabajo.

Aunque esta exigencia cobre mayor sentido respecto al despido objetivo, con la finalidad de evitar que la extinción se produzca de manera repentina⁷²⁴, no debe excluirse tal requerimiento en el ámbito del despido colectivo, con independencia de que esta última figura vaya precedida de un periodo de negociación con los representantes de los trabajadores, pues debemos recordar que la remisión que producen, tanto el artículo 51.4 ET como el 14.1 RPDC, es una remisión en bloque a lo dispuesto en el artículo 53.1 ET; por tanto, no puede ni debe excluirse de tal interpretación el apartado c) relativo a la concesión de un plazo de preaviso de quince días.

Y es que no debe olvidarse que el inicio del procedimiento no requiere la identificación empresarial de los trabajadores potencialmente afectados

⁷²³ SSTSJ Andalucía 11-10-2012 (Rº 4/2012) y Cataluña 21-05-2013 (Rº 9/2013).

⁷²⁴ *Vid.*, al respecto, ALTES TÁRREGA, J.A., BLASCO PELLICER, A. y NORES TORRES, L.E., *El despido objetivo*, Tirant lo Blanch, 2010, p. 241.

por la extinción, de tal modo que los trabajadores, aunque conozcan que se está llevando a cabo una reestructuración colectiva, pueden desconocer su afectación por tal proceso⁷²⁵.

En cualquier caso, tal y como posteriormente se analizará, la no concesión del plazo de preaviso no genera efecto alguno sobre la calificación del despido, sin perjuicio de que el empresario quede obligado a satisfacer los salarios relativos a dicho periodo, tal y como establece el artículo 122.3 LRJS.

Ahora bien, el artículo 53.1 c) *in fine* establece, además, que cuando el despido se fundare en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, el empresario dará una copia del escrito de preaviso a la representación legal de los trabajadores para su conocimiento.

Nuestro Alto Tribunal realizó una exégesis correctora de la literalidad del precepto en cuestión, atendiendo a la finalidad de dicha imposición. Así, la Sala aclaró que el objetivo de este requerimiento radica en que la representación de legal de los trabajadores pueda conocer los despidos objetivos que están acaeciendo en la empresa.

Por ello, *«la información a los representantes de los trabajadores sobre los despidos objetivos económicos es una pieza esencial del sistema legal de control de la distinción institucional entre el despido colectivo y el objetivo. Sin una información de esta clase, que tiene necesariamente que centralizarse en la representación unitaria de los trabajadores, estos tendrán importantes dificultades para conocer la situación de la empresa en orden a la correcta utilización del cauce del despido objetivo*

⁷²⁵ MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBA PINILLA, A., *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada*, ob. cit., p. 187.

y económico y, por tanto, será muy difícil acreditar (...) la utilización indebida del despido objetivo por sobrepasar los límites cuantitativos mencionados en el último precepto»⁷²⁶.

Y es que tal exigencia informativa permitirá no solo a la representación unitaria, sino también a los propios trabajadores conocer si el cese está dentro de los umbrales cuantitativos del despido colectivo previstos por el artículo 51.1 ET.

Por tanto, tal finalidad viene a explicar que, a pesar de la literalidad del artículo 53.1 c) ET, que viene a referirse al «escrito de preaviso», deba entenderse que la copia que ha de facilitarse a la representación social no es la del preaviso, sino la de la comunicación del despido del apartado a) del citado artículo; «*comunicación escrita al trabajador expresando la causa*», tal y como entendió la doctrina casacional⁷²⁷.

⁷²⁶ SSTS 11-06-2014 (R^o 649/2013); 08-11-2011 (R^o 3394/2010); 07-03-2011 (R^o 2965/2010) y 18-04-2007 (R^o 4781/2005).

⁷²⁷ El Alto Tribunal, en STS 7-03-2011 (R^o 2965/2010) dispuso que «*El artículo 53.1.c) del Estatuto de los Trabajadores establece como requisito para el despido objetivo "la concesión de un plazo de preaviso de treinta días, computado desde la entrega de la comunicación personal al trabajador hasta la extinción del contrato de trabajo". El precepto añade que "en el supuesto contemplado en el artículo 52 .c) del escrito de preaviso se dará copia a la representación legal de los trabajadores para su conocimiento". Pero, como ha señalado la doctrina científica, hay un error en la redacción de este precepto, pues la copia que ha de facilitarse a los representantes de los trabajadores no es la del preaviso, que no es en sí mismo una comunicación del despido, sino una parte del contenido de la comunicación del cese. Por tanto, la exigencia de información a los representantes sindicales del artículo 53.1.c) del Estatuto de los Trabajadores no se refiere realmente al preaviso, sino a la comunicación del despido del apartado a) de este número; comunicación en la que debe exponerse la causa de la decisión extintiva y en la que normalmente, aparte de esta mención preceptiva de la causa, deben contenerse también las referencias a la concesión del preaviso y a la puesta a disposición de la indemnización, si bien el preaviso podría no incluirse en la comunicación*».

No obstante, el citado órgano, ya en STS 18-04-2007 (R^o 4781/2005) estableció que «*el tenor literal del artículo 53.1.c) del Estatuto de los Trabajadores "exige dar copia del escrito de preaviso" a los representantes de los trabajadores, requisito que, en la interpretación finalista efectuada por esta Sala, debe ser entendido como puesta en conocimiento de la representación de los trabajadores de la carta de despido que se ha entregado al trabajador; la forma prevista en la ley para tal puesta en conocimiento es la entrega de "copia" de la carta de despido*».

Y esto resulta patente, según el Alto Tribunal, *«porque el preaviso no es la manifestación de la voluntad extintiva con su fundamento, sino simplemente un plazo que se establece entre ésta y la efectividad del cese con la finalidad de que el trabajador pueda "buscar un nuevo empleo", como indica el número 2 del artículo 53. No es, por tanto, una declaración de la voluntad extintiva de la que pueda darse "copia" a los representantes de los trabajadores, sino, solo una parte accidental de la misma, cuya omisión no tiene consecuencias relevantes en orden a la calificación, pues, como dice el número 4 del artículo 53, "la no concesión del preaviso no anulará la extinción", sin perjuicio de que el empresario deba abonar los salarios correspondientes. Por ello, hay que entender que la información debe referirse a la comunicación del cese, lo que, por lo demás, podría constituir una ampliación de los derechos de información del artículo 64 del Estatuto de los Trabajadores»*⁷²⁸.

La finalidad de tal requisito (que la representación de los trabajadores tenga conocimiento del despido que ha efectuado la empresa, en orden a la correcta utilización de los cauces legales) es, precisamente, la que permite cuestionar su exigibilidad para el supuesto de la notificación individual de la extinción colectiva, en la medida en que en el propio

⁷²⁸ Continúa razonando la sentencia que *«De esta forma, estamos en el ámbito del apartado a) del número 1 del artículo 53 del Estatuto de los Trabajadores y del apartado a) del número 2 del artículo 122 de la Ley de Procedimiento Laboral. Este último prevé que "la decisión extintiva será nula cuando...no se hubieren cumplido las formalidades legales 6 de la comunicación escrita, con mención de causa". El precepto utiliza el plural y en su apartado b) contiene una referencia específica a la puesta a disposición de la indemnización. Por tanto, las formalidades serán, por una parte, la propia comunicación escrita con expresión de la causa, así como la constancia de su recepción. Pero también debe incluirse entre esas formalidades la entrega de la copia de la carta de despido a los representantes de los trabajadores, y ello porque la omisión de esta exigencia no es un mero incumplimiento de un deber de información cuya represión se agote en una sanción administrativa»*. En el mismo sentido se pronuncia la STS 11-06-2014 (R⁶649/2013).

periodo se deberán haber seguido los trámites establecidos en el artículo 51 ET y, por tanto, ya se habrán cumplido los objetivos señalados⁷²⁹.

No obstante, debe tenerse en cuenta que no todos los representantes de los trabajadores habrán participado, necesariamente, en el proceso negociador, (recordemos que los artículos 41.4 ET y 27.2 RPDC vienen a delimitar que la comisión negociadora estará integrada por un máximo de trece miembros en representación de cada una de las partes).

Asimismo, la obligación de entregar a los representantes unitarios una copia de la comunicación de los despidos individuales cumple, en el ámbito de las extinciones colectivas, otras finalidades distintas, tales como el control de que el empresario respeta los criterios de selección de los trabajadores afectados, el efectivo cumplimiento del plazo previsto para ejecutar la decisión de despido colectivo e incluso si la motivación del despido individual se ajusta a las causas alegadas durante el periodo negociador⁷³⁰.

Ahora bien, sentada la exigencia del requisito formal de entregar copia de la comunicación del despido a los representantes de los trabajadores, procede determinar la forma en que ha de cumplirse esta obligación.

El tenor literal del precepto exige dar copia del escrito de preaviso de la carta de despido a la representación legal de los trabajadores, lo que supone la entrega de una reproducción de la carta de despido que se ha entregado al trabajador, no consiste simplemente en dar información a los representantes de los trabajadores, sino en facilitar dicha

⁷²⁹ MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBA PINILLA, A., *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada*, ob. cit., p. 187.

⁷³⁰ *Ídem*

información de una determinada forma, cual es la entrega de copia de la carta de despido.

Por ello, ¿es necesario entregar dicha copia a todos los representantes de los trabajadores o basta con que se entregue a una parte o incluso a uno de ellos? Según la doctrina casacional⁷³¹, el propio tenor literal del precepto 53.1 c) ET no establece la obligación de entregar copia de la carta de despido a los representantes de los trabajadores, sino que señala que *«del escrito de preaviso se dará copia a la representación legal de los trabajadores para su conocimiento»*, con lo cual se vino a concluir que no procede exigir que se dé copia de la carta de despido a todos y cada uno de los representantes de los trabajadores y ello por los motivos que seguidamente serán expuestos sirviendo incluso, algunos de ellos, para sintetizar la fundamentación expuesta sobre el presente requisito procedimental:

1. El propio tenor literal del artículo 53.1 c) ET establece que *«del escrito de preaviso se dará copia a la representación legal de los trabajadores para su conocimiento»*, por lo que del mismo no resulta la exigencia de entrega de copia de la carta de despido, sino del escrito de preaviso.
2. La interpretación jurisprudencial del precepto se ha limitado a establecer que donde la norma habla de escrito de preaviso, ha de entenderse que se refiere a «carta de despido»⁷³².

⁷³¹ STS 11-06-2014 (R° 649/2013).

⁷³² Baste recordar lo dispuesto por nuestro Alto Tribunal realizados en las SSTS 7-03-2011 (R° 2965/2010) y 18-04-2007 (R° 478/2005).

3. El tenor literal del precepto objeto de análisis se refiere a «*la representación legal de los trabajadores*», no a cada uno de los representantes de los trabajadores.
4. La finalidad de tal requisito, tal y como anteriormente ha quedado expuesto, es que dicha representación tenga conocimiento del despido que ha efectuado la empresa, en orden a la correcta utilización del cauce del despido objetivo, por lo que dicha finalidad queda consumada con la entrega de copia de la carta de despido a uno de los representantes.
5. Y por último, el artículo 64 ET, que regula los derechos de información y consulta del Comité de empresa -y de los delegados de personal en virtud de lo establecido en el artículo 62.2 del citado Estatuto- viene a disponer en su apartado 6 que «*La información se deberá facilitar por el empresario al Comité de empresa, sin perjuicio de lo establecido específicamente en cada caso, en un momento, de una manera y con un contenido apropiados, que permita a la representación de los trabajadores proceder a su examen adecuado y preparar, en su caso, la consulta y el informe*». Por tanto, si se dispone una previsión específica, en relación con la preceptiva entrega de la copia de la carta de despido a la representación legal de los trabajadores, esa será la manera en la que habrá de procederse a la comunicación o entrega de la citada información⁷³³.

⁷³³ Según la STS 11-06-2014 (R° 649/2013) «*En el asunto ahora examinado hay una previsión específica, que es que se entregue copia de la carta de despido a la representación legal de los trabajadores, por lo que esta será la forma en la que habrá de realizarse la citada información, siendo suficiente con que se efectúe la entrega a uno solo de los Delegados de personal para poder cumplir las previsiones del apartado 6 del artículo 64 del Estatuto de los Trabajadores , es decir, para que los representantes puedan proceder al examen adecuado de la carta, las causas alegadas, en su caso, y número de trabajadores afectados*».

En relación con las consecuencias que derivan de la inobservancia de las exigencias previstas en este apartado c) del artículo 53.1 ET, debe hacerse constar que, tal y como se desprende de lo que acaba de exponerse, el citado apartado viene a imponer al empresario dos exigencias totalmente diferenciadas, cuya inobservancia afecta, de manera totalmente diferente, a la calificación del despido.

1. En relación con el plazo de preaviso de quince días, que habrá de computarse desde la entrega de la comunicación personal al trabajador hasta que el contrato se extinga debe hacerse constar que la inobservancia de este requisito no genera efectos sobre la calificación del despido, tal y como se deduce de lo establecido en los artículos 53.4 ET «*No obstante, la no concesión del preaviso o el error en el cálculo de la indemnización no determinará la improcedencia del despido, sin perjuicio de la obligación del empresario de abonar los salarios correspondientes a dicho período o al pago de la indemnización en la cuantía correcta, con independencia de los demás efectos que procedan*» y 122.3 LRJS «*La decisión extintiva se calificará de improcedente cuando no se hubieran cumplido los requisitos establecidos en el apartado 1 del artículo 53 ET. No obstante, la no concesión del preaviso o el error excusable en el cálculo de la indemnización no determinará la improcedencia del despido, sin perjuicio de la obligación del empresario de abonar los salarios correspondientes a dicho periodo o al pago de la indemnización en la cuantía correcta, con independencia de los demás efectos que procedan*», así como de la doctrina casacional⁷³⁴.

⁷³⁴ STS 19-02-1990 (ROJ 1462/1990).

Ahora bien, tal y como se desprende de los preceptos que acaban de transcribirse, el empresario deberá abonar los salarios correspondientes a los días que resten de ese plazo de quince días de preaviso legalmente establecido, sin que tales cantidades puedan ser descontadas de la indemnización que, hipotéticamente, pueda corresponderle⁷³⁵.

En este sentido, El Alto Tribunal en STS 15-01-2008 (Rº 635/2007), confirmando, a su vez, la doctrina unificada en su STS 28-02-2005 (Rº 1110/2004) estableció que *«la no concesión de este periodo de preaviso, si bien no anula la extinción, obliga al empresario al abono de los salarios correspondientes a dicho periodo de vigencia de existencia del contrato (artículo 53.2 y 4 ET) (...) pues se trata de retribuciones salariales correspondientes a distintas situaciones, una vigente al contrato de trabajo y la otra correspondiente a la situación en que el contrato ya está extinguido»*.

Asimismo, los artículos 53.4 ET y 122.3 LRJS también permiten al empresario la opción de proceder al pago de una indemnización en la cuantía correcta, es decir, indemnización que también deberá ascender a la cuantía que corresponda por los días de falta de preaviso⁷³⁶ y que será totalmente compatible con la que corresponda,

⁷³⁵ Vid., al respecto, GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A., *El despido. Cuestiones prácticas, jurisprudencia y preguntas con respuestas*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 106.

⁷³⁶ La STSJ Comunidad Valenciana 04-07-2014 (Rº 04-07-2014) vino a establecer que *«En el mismo sentido y aunque se considere de aplicación el plazo de preaviso establecido en el art. 53.1 c) del Estatuto de los Trabajadores, se ha de concluir que el incumplimiento de dicho plazo no puede llevar aparejada la declaración de improcedencia del despido del demandante sino que la consecuencia de dicho incumplimiento ha de ser al igual que sucede cuando se incumple el plazo de preaviso en el despido objetivo por causas económicas, la condena de la empresa demandada al abono de los salarios correspondientes a los días de preaviso incumplidos, que, en el presente caso, se correspondería, al no existir discrepancia alguna sobre el montante de aquel, a la suma de 1.372,53 €, tal y como se concreta en el fundamento*

en su caso (bien porque no se hayan cumplido el resto de requisitos del artículo 53.1 ET, bien porque no concurra la causa justificativa alegada por la empresa) con la indemnización por despido improcedente.

Así lo estableció nuestro Alto Tribunal al considerar que *«la indemnización por despido improcedente, reconocido por la empresa, es compatible con la indemnización por falta de preaviso que se ha pactado para los casos de decisión unilateral de ruptura de la relación laboral»*⁷³⁷.

2. En relación con la segunda de las exigencias establecidas en el párrafo segundo del artículo 53.1 c) ET, la inobservancia de tal requisito formal, a diferencia de lo que ocurre con la falta de preaviso por parte del empresario, sí tiene incidencia en la posible calificación del despido.

Con anterioridad a la Reforma Laboral llevada a cabo por la Ley 35/2010, las consecuencias que derivaban de tal inobservancia era la de la nulidad de la decisión extintiva, pues las consecuencias legales inherentes a tal declaración se producían en virtud de lo establecido en el artículo 53.4 del Estatuto de los Trabajadores y 122.2 de la Ley de Procedimiento Laboral⁷³⁸.

de derecho tercero último párrafo de la sentencia que se combate, procediendo en este punto la estimación de la censura jurídica deducida por la defensa de la parte actoræ».

⁷³⁷ STS 15-07-2013 (Rº 2926/2012).

⁷³⁸ Así, el Alto Tribunal, vino a establecer en las SSTs 18-04-2007 (Rº 4781/2005) y 07-03-2011 (Rº 2965/2010) respecto a la falta de comunicación que *«El incumplimiento del deber de información a los representantes de los trabajadores no afecta a la improcedencia, pues ésta solo se produce si la causa que justifica el cese no ha sido acreditada (artículo 122.1 de la Ley de Procedimiento Laboral). Por su parte, la nulidad viene dada, en la regulación de los artículos 53.4 del Estatuto de los Trabajadores y 122.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, por incumplimientos formales, por incumplimientos sustantivos vinculados a la protección de*

La actual redacción del artículo 53.4 ET, en su penúltimo inciso, no deja lugar a dudas al establecer que *«La decisión extintiva se considerará procedente siempre que se acredite la concurrencia de la causa en que se fundamentó la decisión extintiva y se hubieren cumplido los requisitos establecidos en el apartado 1 de este artículo. En otro caso, se considerará improcedente»*. En el mismo sentido se pronuncia el artículo 122.3 LRJS, párrafo primero, al considerar que *«La decisión extintiva se calificará de improcedente cuando no se hubieren cumplido los requisitos establecidos en el apartado 1 del artículo 53 del ET»*.

Consecuentemente, de lo que acaba de exponerse resulta que la inobservancia de tal formalidad, es decir, la falta de entrega de la copia del *«escrito de preaviso»* o, como ha entendido la doctrina casacional de la *«copia de la propia comunicación de despido entregada al trabajador»* conllevará la declaración de improcedencia del despido.

Especialmente vidrioso resulta el tratamiento de tal cuestión por parte de la doctrina judicial pues, mientras alguna resolución ha entendido que tal inobservancia no debe tener consecuencia alguna en la declaración de procedencia de la extinción, otras sentencias de

los derechos fundamentales o la conciliación del trabajo con la vida familiar y por la represión del fraude en los límites numéricos del despido objetivo. En la relación de incumplimientos formales del artículo 122.2 de la Ley de Procedimiento Laboral no hay una referencia específica al incumplimiento del preaviso y de la entrega de la copia de este a los representantes de los trabajadores. Es más, como ya se ha dicho, se establece expresamente que el incumplimiento del preaviso no es determinante de la nulidad (artículo 122.3 de la Ley de Procedimiento Laboral en relación con el artículo 53.4 del Estatuto de los Trabajadores). Pero esto no puede llevar a la conclusión de la sentencia de contraste, para la que, si no hay nulidad por omisión del preaviso, tampoco puede haberla por omisión de la entrega de la una copia de esta decisión a los representantes de los trabajadores. No es así, porque ya se ha razonado que la obligación de entregar esta copia no se refiere a la concesión del preaviso, sino a la comunicación del cese».

suplicación consideran, al igual que nuestro Alto Tribunal, que las consecuencias que derivan de tal incumplimiento deben comportar la improcedencia de la decisión extintiva.

Así, el TSJ Castilla y León de 23-07-2013 (Rº 403/2013) consideró que *«El tenor literal del precepto exige dar copia del escrito de preaviso de la carta de despido, a los representantes de los trabajadores, lo que supone la entrega de una reproducción de la carta de despido que se ha entregado al trabajador, no consiste simplemente en dar información a los representantes de los trabajadores, sino en facilitar dicha información de una determinada forma, cual es la entrega de copia de la carta de despido. (...)La consecuencia derivada de la falta de entrega, no pueda ser otra que la contemplada en su redacción actual en el Art. 122.3 LRJS, la declaración de improcedencia por no cumplirse por el empresario con los requisitos del Art. 53.1 ET»*.

Totalmente contraria a tal postura se muestra el TSJ Comunidad Valenciana en su STSJ 04-07-2014 (Rº 1277/2014). En la resolución objeto de cita la dicho órgano judicial viene a considerar que *«las consecuencias derivadas del incumplimiento de alguno de los requisitos establecidos en el art. 53.1 ET no puede ser la misma con independencia del requisito omitido, sino que dependerá del concreto requisito que no se haya observado, al igual que sucede con el incumplimiento de los requisitos formales del despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Ahora bien en el caso del despido individual derivado de un despido colectivo solo si se omite la comunicación escrita al trabajador afectado con expresión de la causa o no se pone a disposición del*

mismo la indemnización devengada (salvo que exista causa económica y no haya liquidez) habrá que declarar la improcedencia del despido, no así cuando no se haya entregado copia de la carta de despido a los representantes de los trabajadores», por lo que considera que tal inobservancia no tiene consecuencia alguna en la calificación del despido.

En este sentido se pronunció nuestro Alto Tribunal en relación con la forma y efectos de la notificación individual del contrato de trabajo, haciendo constar que el incumplimiento de lo previsto en el artículo 53.1 ET genera actualmente *«la declaración judicial de improcedencia del despido objetivo efectuado (art. 53.4.IV ET: "La decisión extintiva se considerará procedente siempre que se acredite la concurrencia de la causa en que se fundamentó la decisión extintiva y se hubieren cumplido los requisitos establecidos en el apartado 1 de este artículo. En otro caso se considerará improcedente"»*⁷³⁹.

A mi entender, el tenor literal del artículo 53.1 ET es lo suficientemente clarificador para no dejar lugar a dudas. Y es que el citado precepto, una vez enumeradas las exigencias formales establece, en su apartado cuarto, que *«La decisión extintiva se considerará improcedente cuando no se acredite la concurrencia de la causa en la que se fundamentó la decisión extintiva y se hubiesen cumplido los requisitos establecidos en el apartado 1 de este artículo. En otro caso se considerará improcedente»*.

⁷³⁹ STS 12-05-2015 (R^o 1731/2014).

Por ello, la única consecuencia que cabe ante la inobservancia de tal exigencia formal es la de improcedencia, tal y como se desprende de los preceptos que acaban de transcribirse así como de la doctrina casacional y cierto sector de la doctrina judicial anteriormente referenciada pues la omisión de esta exigencia no es un mero incumplimiento de un deber de información cuya represión se agote en una sanción administrativa. La información a los representantes de los trabajadores sobre los despidos objetivos económicos se erige como una pieza esencial del sistema legal de control de la distinción institucional entre el despido colectivo y el objetivo, por lo que, *«sin una información de esta clase, que tiene necesariamente que centralizarse en la representación unitaria de los trabajadores, éstos tendrán importantes dificultades para conocer la situación de la empresa en orden a la correcta utilización del cauce del despido objetivo económico y, por tanto, será muy difícil acreditar la eventual superación de los límites cuantitativos a efectos de mantener en el proceso la causa de nulidad del apartado d) del número 2 del artículo 122 de la Ley de Procedimiento Laboral en relación con el artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores : la utilización indebida del despido objetivo por sobrepasar los límites cuantitativos mencionados en el último precepto citado»*⁷⁴⁰, siendo suficiente con que la copia de la misiva se entregue a uno de los miembros de la representación de los trabajadores⁷⁴¹ pues el tenor literal del

⁷⁴⁰ STS 11-06-2014 (R° 649/2013)

⁷⁴¹ En el supuesto enjuiciado por la STS 11-06-2014 (R° 649/2013) se entregó copia de la carta de despido a uno de los dos Delegados de personal de la empresa, concluyendo la Sala que el 53.1 c) *«no establece la obligación de entregar copia de la carta de despido a los representantes de los trabajadores, sino que señala que "del escrito de preaviso se dará copia a la representación legal de los trabajadores para su conocimiento"»*, en consecuencia, *«No procede*

precepto se refiere a "la representación legal de los trabajadores", no a cada uno de dichos representantes.

4.3. Otros requisitos formales de la comunicación del despido

El juicio de formalidad llevado a cabo por los órganos judiciales con relación al despido objetivo no se limita a valorar los aspectos relativos a la notificación y a la puesta a disposición de la indemnización preceptiva, sino que, aunque no se hagan constar de manera expresa en el artículo 53.1 ET, pueden concurrir otros requerimientos u obligaciones establecidos de manera legal o convencional con relevancia o efectos en la posible calificación del despido colectivo cuando se haya ejercido la acción individual.

4.3.1. Formalidades establecidas legal y reglamentariamente

En relación con las garantías de los representantes legales y sindicales, si bien es cierto que, a diferencia de lo que ocurre en los despidos disciplinarios, la ley no establece instrucción de expediente previo contradictorio, dichos representantes sí ostentan una concreta protección respecto a posibles actuaciones discriminatorias contra sus personas.

exigir que se dé copia de la carta de despido a todos y cada uno de los representantes de los trabajadores» por lo que resulta suficiente «con que se efectúe la entrega a uno solo de los Delegados de personal para poder cumplir las previsiones del apartado 6 del artículo 64 del Estatuto de los Trabajadores».

La mentada protección radica, tal y como ya ha sido expuesto con anterioridad, en la prioridad de permanencia de tales representantes, contemplada, para el despido objetivo en el artículo 52 c) y, respecto a nuestro procedimiento de despido colectivo, en los artículos 51.5 ET y 13.1 RPDC que, en síntesis, vienen a establecer que los representantes legales de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa en los supuestos a que se refiere dicho artículo 51 pudiendo, mediante convenio colectivo o acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas, establecerse prioridades de permanencia a favor de otros colectivos, tales como trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad.

Asimismo, no debe olvidarse que estas garantías de prioridad de permanencia estarán en vigor solo mientras dure el mandato de representación, y que finalizará cuando dicho mandato lo haga, sin que pueda extenderse la misma por aplicación analógica⁷⁴² ex artículo 68 c) ET al año posterior al cese⁷⁴³.

También se ha planteado, en sede judicial, si un representante de los trabajadores incluido entre los afectados por el despido colectivo, cuyo procedimiento negociador ha finalizado por acuerdo, suscrito por él mismo, puede, *a posteriori*, realizar oposición alguna a tal cese postulando su prioridad de permanencia en la empresa.

La doctrina judicial ha venido a manifestar al respecto que el representante durante el periodo negociador actúa en representación del interés general de los trabajadores, «*por lo que pueden negociarse*

⁷⁴² FALGUERA BARÓ, M.A., *El procedimiento del despido colectivo y el desarrollo del periodo de consultas: criterios judiciales*, ob. cit., p. 162.

⁷⁴³ STS 16-09-2013 (R^o 1636/2012).

criterios objetivos de selección, pero no le es dado impugnar concretos nombres de la lista de afectados al no estar previsto legalmente ni en el art.51 del Estatuto de los Trabajadores ni en el Real Decreto 1483/2012, en tanto han de ser los trabajadores, individualmente considerados, quienes procedan a dicha impugnación en su caso. (...) Por ello, la impugnación individual de su inclusión no le era exigible al actor durante la negociación del despido colectivo, en tanto afectaba a sus intereses personales y no a los colectivos que allí representaba»⁷⁴⁴, por lo que, en síntesis, podríamos concluir que tal representante si podría oponerse a tal extinción, en fase individual, aduciendo su primacía o prioridad de permanencia en la empresa.

Otra cuestión que considero debe traerse a colación es la postura que, por parte del algún autor se ha mantenido, relativa a que al presente supuesto resultaría aplicable la disposición legal contenida en el artículo 10.3.3 LOLS en relación con la audiencia a los delegados sindicales para los supuestos de despido de trabajadores afiliados puesto que el citado precepto no encierra calificación expresa alguna de extinción así como tampoco limitación alguna con relación a sus efectos (es decir, en tal norma no se limitan sus efectos al régimen sancionador)⁷⁴⁵.

El precepto referenciado viene a exigir audiencia a los cargos del sindicato en la empresa *«previamente a la adopción de medidas de carácter colectivo que afecten a los trabajadores en general y a los afiliados a su sindicato en particular, y especialmente en los despidos y sanciones de éstos últimos»*, viniendo a distinguir el régimen

⁷⁴⁴ STSJ Galicia 25-11-2014 (R° 3042/2014).

⁷⁴⁵ FALGUERA BARÓ, M.A., *El procedimiento del despido colectivo y el desarrollo del periodo de consultas: criterios judiciales*, ob. cit., p. 162.

sancionador y los despidos, sin entrar a profundizar o proceder a mayores precisiones al respecto⁷⁴⁶. Según esta tesis, nos encontramos ante un requerimiento preceptivo para aquellos trabajadores afiliados, siempre y cuando existan delegados sindicales en la empresa en los términos que prevé la LOLS (supuestos a los que también debería añadirse aquellos casos en los que la comisión representativa ha quedado constituida por secciones sindicales y se haya pactado un listado concreto)⁷⁴⁷.

Cuestión más vidriosa resulta de la exigencia dispuesta en el artículo 64.5 a y b) ET. El precepto citado, en su letra a), dispone que el comité de empresa tendrá derecho a emitir informe, con carácter previo a la ejecución por parte del empresario en los supuestos de «*las reestructuraciones de plantilla y ceses totales o parciales, definitivos o temporales de aquella*», viniendo a reiterarse tal manifestación en el artículo 3.3 RDC; y, si bien este último aspecto no incida en la calificación colectiva de la extinción, ha venido a cuestionarse si puede exceptuarse su incidencia en la acción individual⁷⁴⁸.

En lo que respecta a las consecuencias que puedan derivar de las exigencias legal y reglamentariamente exigidas, debe hacerse constar que, en lo referente a la protección específica prevista para la representación legal de los trabajadores en relación con la prioridad de permanencia en la empresa, puesto que se ha dedicado un epígrafe en el presente trabajo relativo al alcance y las consecuencias que derivan del

⁷⁴⁶ FALGUERA BARÓ, M.A., *El procedimiento del despido colectivo y el desarrollo del periodo de consultas: criterios judiciales*, ob. cit., pp. 162 y 163.

⁷⁴⁷ *Ibidem*, p. 163.

⁷⁴⁸ *Ibidem*, p. 165.

incumplimiento de tal garantía, me remito a las conclusiones expuestas en el apartado correspondiente.

Por lo que respecta a la «presunta» exigencia de audiencia previa a los cargos del sindicato en la empresa, a mi entender, tal obligación únicamente está prevista para el despido disciplinario, por lo que no puede alcanzar a las extinciones derivadas de otras causas de diferente naturaleza, con independencia de que sean o no consideradas suficientes para justificar la decisión empresarial extintiva⁷⁴⁹.

Por tanto, la audiencia previa a los delegados sindicales será obligatoria cuando se trate de despidos disciplinarios y no cuando sean supuestos de extinción contractuales basados en otras causas.

Otra cuestión objeto de análisis es la relativa a la exigencia del informe previsto en los artículos 64.5 a) y b) ET. Aunque la omisión de tal requisito no tiene consecuencia alguna en la calificación de la acción colectiva del despido⁷⁵⁰, por parte de algún autor⁷⁵¹ ha venido a plantearse si tal inobservancia podría tener incidencia en la acción individual del despido.

⁷⁴⁹ Así lo entendió también nuestro Alto Tribunal en SSTS 18-02-1997 (R^o 1686/1994) y 23-05-1995 (R^o 2313/1994).

⁷⁵⁰ Tal y como estableció la SAN 12-06-2014 (R^o 79/2014) Caso Coca Cola Iberian Partners, S.A., «*En todo caso el artículo 3.3 del Real Decreto 1483/2012, para salvar la aplicación del artículo 64.5 del Estatuto de los Trabajadores, obliga a la empresa a solicitar por escrito la emisión de un informe a los representantes de los trabajadores (esto es, a todos los comités de empresa o delegados de personal de centros y delegados sindicales de los centros), al iniciar el procedimiento de despido colectivo. Esta petición de informe se ha convertido en un trámite meramente formal, que en modo alguno reúne los requisitos para ser considerado como un procedimiento de información y consulta negociador, que es lo que exige la Directiva 2002/14/CE, pero ello no afecta a la legalidad del periodo de consultas en tanto en cuanto la negociación de este se lleve a cabo, como exige la Directiva, por los representantes legales o sindicales de los trabajadores, aunque sea mediante su agrupación en comisiones negociadoras formadas a partir de los mismos o por comité intercentros*».

⁷⁵¹ FALGUERA BARÓ, M.A., *El procedimiento del despido colectivo y el desarrollo del período de consultas: criterios judiciales*, ob. cit., pp. 163 y ss.

A mi entender, el tenor literal del precepto reglamentario es claro. El artículo 3.3 RPDC establece que el empresario deberá solicitar por escrito la emisión del informe a la representación legal de los trabajadores. Si contrastamos el precepto citado con lo establecido en el artículo 8 e) del ya derogado RD 801/2011 que disponía que a la comunicación empresarial debía acompañarse la copia del escrito mediante la que se solicitaba el informe, se desprende con claridad un importante matiz distintivo pues, con la regulación anterior a la precedente, tal solicitud se erigía como uno de los requisitos documentales preceptivos lo que, a mi entender, parece no ocurrir con la actual normativa reguladora.

De todo lo expuesto se desprende, en mi opinión, que la inobservancia de tal formalidad no tendrá consecuencias en la calificación del despido, independientemente de que el ejercicio de la acción se realice colectivamente o a través de la acción individual del despido, sin perjuicio de que tal incumplimiento pueda ser denunciado como incumplimiento en materia sindical, modalidad procesal esta que resulta ajena a la materia objeto de estudio del presente trabajo.

Así lo entendió la doctrina judicial al establecer que *«el incumplimiento de tales obligaciones empresariales, no establecidas en las exigencias del artículo 51, no pueden derivar en la nulidad del ERE, sino que en todo caso de concurrir podría ser denunciado como incumplimiento en materia sindical, ajenas a la modalidad procesal que se contempla»*⁷⁵².

⁷⁵² STSJ Galicia 06-07-2012 (R° 3967/2012).

4.3.2. Formalidades establecidas en el convenio colectivo con respecto a esta materia

En primer lugar, podríamos hablar de la existencia de una visible o patente cautela por parte del legislador en relación con el convenio colectivo pues, de una parte, el artículo 51 ET únicamente se refiere, de manera directa, a dichos instrumentos colectivos (en relación con la posibilidad de establecer criterios de permanencia) y de otra lo hace, de manera indirecta, en relación con la posibilidad de acudir a los procesos de mediación o arbitraje con la finalidad de solucionar las posibles discrepancias que puedan aflorar durante el periodo negociador lo que, evidentemente, debe ajustarse a lo dispuesto en el artículo 85.1 ET.⁷⁵³

Y es que, tal y como reconoció la doctrina judicial⁷⁵⁴, el periodo de consultas constituye una manifestación propia de la negociación colectiva, manifestación a la que resulta aplicable lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 37 CE⁷⁵⁵.

Pero tal manifestación no debería reemplazar la grata labor que realiza el convenio colectivo como instrumento de prevención.

Pese a que son escasos los instrumentos colectivos que contengan obligaciones de este calibre, resulta bastante evidente que el artículo 51 ET no es una «*norma de derecho indisponible absoluto*»⁷⁵⁶ por lo que no parece que exista limitación alguna para que su contenido pueda ser

⁷⁵³ FALGUERA BARÓ, M.A., *El procedimiento del despido colectivo y el desarrollo del periodo de consultas: criterios judiciales*, ob. cit., p. 165.

⁷⁵⁴ SAN 20-3-2013 (Rº 219/2012)

⁷⁵⁵ El citado precepto establece que «*La ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios*».

⁷⁵⁶ FALGUERA BARÓ, M.A., *El procedimiento del despido colectivo y el desarrollo del periodo de consultas: criterios judiciales*, ob. cit., p. 165.

mejorado o incluso se concreten algunos de sus determinados aspectos⁷⁵⁷.

No obstante, debe hacerse notar que, con independencia de que no exista alusión alguna en el más que citado artículo 51 ET (al margen de las que ya han sido expuestas), nuestro legislador no ha dispuesto las consecuencias que pueden derivar de un supuesto incumplimiento o una posible omisión de los pactos o acuerdos establecidos en convenio colectivo, una desprevención que resulta insólita si se observa que el artículo 55.1 ET viene a contemplar las exigencias formales establecidas por convenio colectivo respecto al despido disciplinario; no viniendo a suceder lo mismo, tal y como ya ha quedado expuesto, respecto al artículo 51 ET ni tampoco en relación con el artículo 53.1 ET.

Este vacío o silencio legal acerca de los pactos convencionales y los procedimientos de despido colectivo han conducido a una heterogeneidad de resoluciones judiciales, en las que las valoraciones de las consecuencias o efectos que deben derivar de aquellos supuestos en los que el convenio colectivo establezca instrumentos de tramitación determinados, que sean inobservados por el legislador.

Pero, con independencia de que tales obligaciones se cumplan con la precisión requerida, el legislador no ha venido a determinar las consecuencias que su posible incumplimiento pueden desplegar en la

⁷⁵⁷ Debe señalarse que la jurisprudencia ha venido admitiendo, respecto a medidas de reestructuración de carácter interno, en especial, en relación con la modificación sustancial de condiciones de trabajo, que por convenio colectivo o incluso por pactos empresariales puedan establecerse medios de tramitación diferentes a los legalmente establecidos o incluso, la posibilidad de establecer supuestos o casos de causalidad particulares en los que el empleador puede recurrir a tales medidas de flexibilidad interna de una manera automática, sin necesidad de cumplir los trámites legalmente previstos. En este sentido véanse, entre otras, las SSTs 24-10-2002 (R^o16/2002); 17-07-2000 (R^o 4155/1999) y 09-11-1998 (R^o 182/1998).

calificación o enjuiciamiento del despido, lo que ha conducido a una multitud de resoluciones judiciales heterogéneas y contradictorias.

Lo que sí ha establecido la doctrina casacional es que tales pactos convencionales deben ser, a los efectos de que puedan valorarse los efectos de su inobservancia en la calificación del despido, claros y terminantes, no debiendo basarse en simples deducciones por parte de los firmantes⁷⁵⁸.

No obstante la precisión realizada por el Alto Tribunal, nuestra doctrina judicial se muestra vacilante, considerando que tal incumplimiento debe derivar en la nulidad de la decisión extintiva, al omitirse las obligaciones pactadas⁷⁵⁹, mientras que, en otras resoluciones, se considera que el hecho de que el convenio colectivo prevea una serie de trámites formales que no encuentran reflejo en la normativa legalmente aplicable implica que la inobservancia de tales formalidades no incidan, de modo alguno, en la posible calificación del despido⁷⁶⁰.

A mi entender, la calificación que merece el incumplimiento de las obligaciones pactadas en convenio colectivo es la de nulidad de la decisión extintiva. Y ello porque si el convenio colectivo que resulta aplicable establece una serie de formalidades que deben tenderse en cuenta a la hora de llevar a cabo un procedimiento de despido colectivo y tales requerimientos no han sido observados, considero que el periodo

⁷⁵⁸ STS 18-02-2014 (R^o 59/2013) viene a disponer que « Siendo ello así, de acuerdo con cuanto señala la sentencia recurrida, se evidencia claramente una falta de voluntad negociadora de la Corporación, al mantener una postura de imposición rígida y sin cesión alguna respecto de su decisión, ya adoptada, sin ofrecer alternativas ni dilucidar sobre las medidas propuestas. Tal conducta encaminada a dar un mero cumplimiento formal al trámite de consultas sobre una decisión ya tomada, unida a los antedichos incumplimientos de sus obligaciones en cuanto a la aportación de toda la documentación necesaria, clara y exhaustiva para la acreditación de las causas esgrimidas ante los trabajadores afectados»

⁷⁵⁹ SAN 21-04-2014 (R^o 76/2014) y STSJ País Vasco 04-06-2013 (R^o 9/2013).

⁷⁶⁰ STSJ Cantabria 30-04-2013 (R^o 995/2012).

negociador está viciado, por lo que, consiguientemente, debe tenerse por no celebrado, especialmente cuando las disposiciones acordadas en convenio colectivo tienen fuerza vinculante entre los firmantes.

A pesar de lo que acaba de exponerse, no puedo desatender que el artículo 124.11 LRJS no contempla tal supuesto como posible causa de nulidad de la decisión extintiva, aunque, a mi entender, tal presupuesto podría subsumirse dentro del motivo de nulidad referido a la no realización del periodo de consultas, pues entiendo que tales vicios o defectos formales no deben sino castigarse con la mayor sanción jurídica que pueda recibir tal inobservancia, cuál es la de nulidad de la decisión extintiva.

4.4. El alcance del control judicial de la exigencia informativa en la comunicación del despido

1. La adopción de una postura o finalidad instrumental y no «*sacramental*»⁷⁶¹ en el control judicial.

En coherencia con todo lo que se ha expuesto hasta ahora, las pautas o métodos de evaluación en los que se basará el órgano sentenciador para entrar a valorar la suficiente exhaustividad de la misiva extintiva se harán en base a un «criterio instrumental» pues, tal y como se ha afirmado, por parte de algún sector de la doctrina judicial, «*el contenido exigible de la carta de despido es instrumental del derecho de defensa del trabajador y de las posibilidades de*

⁷⁶¹ Término acuñado por AGUSTÍ MARGALL, J., en *La comunicación individual de extinción por despido colectivo ex artículo 51.4 ET: alcance de la exigencia informativa y de su control judicial*, ob. cit., p. 15.

articulación de la misma que le ofrezca dicho contenido, debiéndose entender improcedente el despido cuando no se ofrece un contenido mínimo exigible para ejercitar dicho derecho»⁷⁶².

Por lo tanto, tal exigencia no debe erigirse como un «*criterio sacramental*»⁷⁶³ que conduzca a la improcedencia de la extinción ante una hipotética comprobación formal de que la misiva extintiva resulta insuficiente en cuando a su obligación informativa, siempre y cuando dicha insuficiencia informativa resulte claramente irrelevante con respecto al derecho de defensa del trabajador⁷⁶⁴.

De este modo, en un supuesto de cese total de una sociedad, de un centro de trabajo o de una sección empresarial, la fase informativa a nivel «individual» de la extinción colectiva resultaría irrelevante al resultar todos los trabajadores afectados, si bien, por el contrario, la fase informativa a nivel «colectivo» resultaría, evidentemente, imprescindible, en cuanto la eminente objetividad de la situación empresarial que comportaría el cierre o cese de tal actividad no exoneraría al empresario de la obligación de indicar los motivos que le llevan a tomar tal decisión, es decir, a informar en relación con las causas alegadas para acreditar tal restructuración y a la justificación de tal decisión extintiva.

Por parte de algún autor⁷⁶⁵ se ha sostenido que únicamente podrá desatenderse tal exigencia cuando se demuestre, en fase de juicio, que el empleado, por su condición de representante de los

⁷⁶² Así lo ha venido a sostener el TSJ Cataluña en sus resoluciones de 31-05-2013 (R° 1010/2013); 7-11-2012 (R° 7505/2012) y 31-05-2013 (R° 1010/2013).

⁷⁶³ AGUSTÍ MARAGALL, J., *La comunicación individual de extinción por despido colectivo ex artículo 51.4 ET: alcance de la exigencia informativa y de su control judicial*, ob. cit., p.15.

⁷⁶⁴ *Ídem*

⁷⁶⁵ *Ibidem*, pp. 15 y 16.

trabajadores o por su cargo o función en la sociedad, disponía de toda la información necesaria para poder fundamentar la impugnación de su extinción, cuya carga probatoria recaerá sobre el empresario.

2. ¿Puede apreciar de oficio el órgano sentenciador la insuficiencia informativa de la misiva extintiva?

Es decir, ¿puede el órgano judicial entrar a valorar la insuficiencia informativa en la comunicación individual de despido sin una previa solicitud por la parte actora en la demanda de impugnación de la decisión extintiva? ¿Ante la ausencia de tal pretensión puede el órgano sentenciador sentenciar, de oficio, la insuficiencia informativa de la misiva extintiva y declarar la improcedencia el despido?

Con anterioridad a la Reforma Laboral de 2010, los artículos 53.4 ET y 122.2 LPL recogían la imperiosa exigencia dirigida al juzgador de apreciar, de oficio, el incumplimiento de tales formalidades y declarar la nulidad de la decisión extintiva, pues la inobservancia formal de los requisitos establecidos en el artículo 53.1 ET determinaban la nulidad de la decisión extintiva y no su improcedencia. Así lo entendían también doctrina casacional⁷⁶⁶ y judicial⁷⁶⁷.

Con la Reforma Laboral acometida en el año 2010, se reformaron los artículos 53.4 y 122.2 LPL, estableciéndose que el incumplimiento formal en la notificación del despido acarrearía la improcedencia de tal extinción y no la nulidad y suprimió la expresa disposición

⁷⁶⁶ *Vid.*, al respecto las SSTs 19-01-2009 (R^o 4105/2007) y 29-09-2008 (R^o 1659/2007)

⁷⁶⁷ *Vid.*, al respecto, la STSJ Galicia 17-09-2010 (R^o 560/2008).

estatutaria de que el juzgador apreciase de oficio tales incumplimientos.

Ante tal escenario, a mi entender, la insuficiencia informativa en la misiva extintiva no resulta apreciable de oficio, sino que tal pretensión debe hacerse constar en la demanda por la que se impugne la decisión extintiva, debiendo postularse que el órgano sentenciador declare la improcedencia del despido en base a tal causa. Así se ha interpretado también tanto por la doctrina judicial⁷⁶⁸ como por parte del algún autor de la doctrina científica⁷⁶⁹.

Por ello, en base a las argumentaciones sostenidas por tales operadores jurídicos, los razonamientos que permitirían fundamentar la imposibilidad de que el juzgador, de oficio, entrase a valorar la insuficiencia de la misiva extintiva radicarían en los presentes argumentos:

- a. El primero de los motivos radicaría, tal y como se ha hecho constar anteriormente, en la supresión del mandato imperativo al juzgador de apreciar de oficio los posibles incumplimientos

⁷⁶⁸ Vid., al respecto, la STSJ Cataluña 20-09-2011 (R^o 5816/2011), que vino a establecer que *«Lo que no resulta apreciable de oficio a efectos de declaración de improcedencia, por no tratarse de una cuestión de orden público procesal como se ha afirmado antes, es el juicio de formalidad sobre la posible existencia de defectos formales en el hecho de la comunicación del despido acordado por la empresa si ello no es alegado por el trabajador demandante, cual sucede en el caso de autos y recoge la sentencia de instancia en sus fundamentos jurídicos, por la que dicha resolución incurrió en incongruencia extra petita al conceder cuestión distinta de lo pedido por el actor en su demanda ratificada en el acto de juicio, contrariando así el artículo 24 de la Constitución Española, en la medida en que ello significó una vulneración del principio dispositivo y una efectiva denegación del derecho a la tutela judicial, pues produjo una modificación sustancial del objeto válido del proceso, con la consiguiente indefensión de la demandada que no pudo alegar ni practicar prueba alguna en el acto de juicio en relación con la supuesta y posible falta del requisito formal de la comunicación del despido defraudando con ello el principio de contradicción»*.

⁷⁶⁹ AGUSTÍ MARAGALL, J., *La comunicación individual de extinción por despido colectivo ex artículo 51.4 ET: alcance de la exigencia informativa y de su control judicial*, ob. cit., p.17.

formales, supresión llevada a cabo por la Reforma Laboral acometida en el año 2010 y que eliminó tal disposición del artículo 53.4 ET.

Así, si bien el artículo 122.3 LRJS, aplicable a los supuestos de impugnación individual de la extinción colectiva por la remisión que el artículo 124.13 LRJS realiza a tal precepto, preserva una redacción imperativa al establecer que *«la decisión extintiva se calificará de improcedente cuando no se hubieren cumplidos los requisitos establecidos en el art. 53.1 ET»* con la aludida supresión del explícito encargo del control de oficio al juzgador, no permite sostenerla pervivencia del mentado control de oficio⁷⁷⁰.

Ahora bien, tal y como estableció la doctrina judicial en doctrina considero debe seguir resultando de aplicación es que *«Lo que sí es apreciable de oficio a los efectos de declarar la nulidad del despido -que no la improcedencia- por el Juzgador de instancia, sin necesidad de alegación por la parte actora, es, si llegase a la conclusión, de la existencia de discriminación o de indicios de violación de los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador en el hecho del despido»*⁷⁷¹.

- b. Y en segundo lugar, debe ser la alegación y justificación, en la demanda de impugnación de despido, de la indefensión creada al trabajador por tal deficiencia informativa, la que determinará, en su caso, la apreciación de la misma y la consiguiente

⁷⁷⁰ AGUSTÍ MARAGALL, J., “La exigencia informativa en la comunicación individual de extinción por despido colectivo ex artículo 51.4 ET. Una reflexión respecto de las recientes – y contradictorias sentencias del TSJ Madrid 9.1.2014 y del TSJ Castilla-León 16.1.2014 relativas al despido colectivo de Bankia”, *ob. cit.*, p. 13.

⁷⁷¹ STSJ Cataluña 20-09-2011 (R^o 5816/2011).

consideración del incumplimiento formal del artículo 53.1 ET en relación con el artículo 51.4 ET, lo que determinará la improcedencia de la decisión extintiva.

3. La misiva extintiva se erige como límite alegatorio y probatorio de la empresa en la fase de juicio.

La deducción o conclusión a la que se ha llegado con la anterior argumentación, es decir, la no apreciación de oficio de la posible insuficiencia informativa en que incurra la misiva extintiva debe compatibilizarse con el mandato imperativo establecido en el artículo 105.2 LRJS que establece que «*al demandado no se le admitirán en el juicio otros motivos de oposición a la demanda que los contenidos en la comunicación escrita de dicho despido*».

Tal mandato se erige como una exigencia de orden público procesal, que el juzgador de instancia deberá aplicar (se haya alegado o no, por parte del actor, la insuficiencia informativa en la que incurre la misiva extintiva), pues afecta al objeto del debate judicial⁷⁷².

Por tanto, el juzgador de instancia no deberá permitir que, el empleador, al contestar a la demanda, alegue fundamentos justificativos que no han aparecido en la misiva extintiva, tal y como sucedería si estuviésemos presenciando un proceso por impugnación de despido disciplinario o despido objetivo individual⁷⁷³.

⁷⁷² AGUSTÍ MARAGALL, J., “La comunicación individual de extinción por despido colectivo ex artículo 51.4 ET: alcance de la exigencia informativa y de su control judicial”, *ob. cit.*, p.17.

⁷⁷³ En términos procesales, el defensor de la empresa, al contestar a la demanda, no debería alegar otras cuestiones, si las hubiese, que las estrictamente procesales o argüir u objetar hechos aducidos en la demanda de los que diverge pero, bajo ningún concepto, puede permitírsele al empleador alegar nuevos motivos o completar los ya expuestos en la misiva extintiva para justificar la decisión en ella expuesta.

Vid., al respecto AGUSTÍ MARGALL, J., *La comunicación individual de extinción por despido colectivo ex artículo 51.4 ET: alcance de la exigencia informativa y de su control judicial*, *ob. cit.*, pp. 19 y 20, que viene a considerar que, cuando la empresa intenta completar

En síntesis, podríamos concluir que *«lo que no se explique en la carta de despido, no podrá justificarse en el pleito»*. De ahí la importancia y trascendencia que, a mi entender, y tal y como expuesto en numerosas ocasiones a lo largo del presente trabajo, debe otorgársele a la comunicación individual de despido o misiva extintiva.

o ampliar la justificación contenida en la misiva extintiva, con tal actitud, está poniendo de manifiesto la insuficiencia de la misma, lo que facilitará la apreciación judicial en un sentido idéntico.

CAPÍTULO V

LA IMPUGNACIÓN DEL DESPIDO COLECTIVO

Tal y como se ha expuesto en diversas ocasiones a lo largo del presente trabajo, una de las mayores novedades del actual sistema normativo de despido colectivo ha sido la sustitución del control o autorización administrativo *ex ante* de la decisión empresarial por un control judicial *ex post* de la misma⁷⁷⁴.

Los innumerables procesos de reestructuración colectiva acometidos han puesto en «*un primer plano la tutela judicial como elemento sustancial de la defensa de su empleo*»⁷⁷⁵.

Por ello, el control judicial de la extinción colectiva se ha interpretado, por parte de algunos sectores, como una herramienta de tutela de los trabajadores, el último mecanismo de que disponen para la tutela y protección de sus intereses.

Pero no debe olvidarse, en contraposición a lo que acaba de plantearse, la Reforma Laboral de 2012 limitó el control judicial sobre los procedimientos de despido quedando patente que «*el control judicial de estos despidos debe ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas. Esta idea vale tanto para el control judicial de los despidos colectivos, cuanto para los despidos por causas objetivas ex artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores*»⁷⁷⁶.

Tal y como se desprende del Preámbulo de la Ley 3/2012, con la mentada ley se produjo una asimilación de los despidos colectivos con el resto de extinciones, a efectos de su impugnación y calificación judicial, con la particularidad de que se prevé una acción para la que están

⁷⁷⁴SÁEZ LARA, C., *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, ob. cit., p. 209

⁷⁷⁵ Cfr., RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., “La problemática aplicación del nuevo marco laboral del despido”, *Relaciones Laborales*, 12/2013, p. 21.

⁷⁷⁶ Preámbulo de la Ley 3/2012.

legitimados los representantes de los trabajadores y que permitirá dar una solución homogénea para todos los trabajadores afectados por el despido⁷⁷⁷.

Así, el artículo 51.6 ET viene a disponer que «*la decisión empresarial podrá impugnarse a través de las acciones previstas para este despido*», lo que nos remite al artículo 124 LRJS, que contempla una diversidad de acciones: una acción de carácter colectiva, una impugnación de naturaleza administrativa, una acción empresarial de carácter declarativo y, finalmente, las impugnaciones individuales de los trabajadores que resulten afectados por la reestructuración empresarial.

Por lo tanto, podría afirmarse que la decisión empresarial de despido colectivo queda expuesta a un control judicial al que puede accederse por medio de una diversidad de vías procesales, cuyo eje o núcleo central es la acción colectiva con relación al cumplimiento de la finalidad relativa a la homogeneidad proclamada⁷⁷⁸.

Si analizamos con atención el artículo 124 LRJS, podremos observar que tal precepto contiene diversas «*submodalidades procesales*»⁷⁷⁹, especialmente, la relativa a la impugnación colectiva de la extinción de igual naturaleza, así como la impugnación de carácter individual de los despidos acaecidos en el marco de la reestructuración colectiva. Igualmente, el citado precepto remite al procedimiento de oficio establecido en el artículo 148 LRJS y preceptúa una acción de naturaleza empresarial con la finalidad de que pueda convalidarse la decisión de despido colectivo.

⁷⁷⁷ Así viene a exponerse en el Preámbulo de la Ley 3/2012.

⁷⁷⁸ SÁEZ LARA, C., *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, ob. cit., p. 210.

⁷⁷⁹ *Ídem*

Según nuestro Alto Tribunal, el artículo 124 LRJS establece diferencias notables entre las diversas vías procesales en lo que concierne al momento (y orden cronológico) en que pueden ser utilizadas, a los sujetos litigantes, a los órganos de la jurisdicción social competentes, a los distintos objetos del proceso, a los trámites del procedimiento y a los efectos de las respectivas sentencias⁷⁸⁰.

Por ello, según dicho órgano judicial, la finalidad del legislador a través de esta «*compleja máquina procesal*» era doble⁷⁸¹:

- 1) En primer lugar, pretendía evitar las posibles desigualdades o disparidades que pudieran derivar de los pronunciamientos judiciales (que muy probablemente se hubieran producido de haberse aceptado el enjuiciamiento directo en las impugnaciones de las extinciones individuales subsiguientes de todas las cuestiones jurídicas potencialmente implicadas en una decisión de extinción colectiva) y
- 2) En segundo lugar, el otro objetivo o finalidad perseguido era el de simplificar la labor de los órganos judiciales a través de una

⁷⁸⁰ Tal y como ha venido a apuntarse por parte del algún autor, tal diferenciación entre el objeto y motivos impugnatorios entre la acción colectiva y la individual no resulta siempre del todo clara.

Y ello porque el objeto del procedimiento de extinción colectiva es la decisión empresarial de despido colectivo (con independencia de que se haya alcanzado acuerdo o no) pero en el proceso de impugnación individual, sino ha existido acción colectiva, aunque el objeto sea la extinción individual derivada de la ejecución del despido colectivo, también se estará impugnando, indirectamente, la propia decisión de despido colectivo (ello con independencia de que estemos en presencia de una decisión unilateral o de un acuerdo dimanante del proceso negociador).

Vid., al respecto, SÁEZ LARA, C., *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, ob. cit., p. 211.

⁷⁸¹ Tales argumentaciones se llevaron a cabo en la STS 20-09-2013 (R° 11/2013), resolución que fue declarada nula por el ATS 26-03-2014 (R° 11/2013) por incongruencia de la resolución judicial, pues lo impugnado fue el despido en su totalidad, no solicitándose la nulidad parcial. Por consiguiente, la mentada STS 20-09-2013 (R° 11/2013) fue sustituida por la STS 18-07-2014 (R° 11/2013).

operación de reparto o división del trabajo, en lo que corresponde de un lado a las Salas de lo Social la resolución prejudicial de los motivos que afectan colectivamente a todos los implicados, y de otro lado a los Juzgados de lo Social la resolución de las restantes cuestiones planteadas por los trabajadores despedidos, a raíz de los sucesivos actos de despido individual adoptados en ejecución del despido colectivo.

Tal y como ha quedado expuesto, el primero de los objetivos es evitar las posibles desigualdades o disparidades que pudieran derivar de los pronunciamientos judiciales y conseguir una solución homogénea para todos los trabajadores que hayan resultado afectados por el proceso extintivo.

El sistema impugnatorio legalmente establecido se compone de una diversidad de acciones, cuyo núcleo central radica en la acción colectiva que pueden ejercer los representantes de los trabajadores y, con carácter subsidiario, la acción declarativa de naturaleza empresarial.

El ejercicio de estas acciones a través de las correspondientes interposiciones de demandas, produce efectos suspensivos sobre la demanda de la autoridad pública interpuesta de oficio teniendo, las sentencias resolutorias, el carácter y efectos de cosa juzgada.

Así, el procedimiento impugnatorio de despido colectivo previsto en el artículo 124 LRJS es un proceso especial⁷⁸², preferente y sumario en el

⁷⁸² El artículo 153 LRJS relativo al ámbito de aplicación del proceso de conflictos colectivos viene a establecer, en su apartado primero que «*Se tramitarán a través del presente proceso las demandas que afecten a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores o a un colectivo genérico susceptible de determinación individual y que versen sobre la aplicación e interpretación de una norma estatal, convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia, pactos o acuerdos de empresa, o de una decisión empresarial de carácter colectivo, incluidas las que regulan el apartado 2 del artículo 40, el apartado 2 del artículo 41, y las suspensiones y*

que se ejercita una acción colectiva y la resolución que se dicta a tal efecto tiene los efectos de cosa juzgada⁷⁸³. Asimismo, si el órgano sentenciador declara la nulidad de la extinción, tal resolución resulta directamente ejecutable, sin que resulte necesario acudir a procesos de carácter individual.

En lo relativo a la acción individual de impugnación del despido por parte de aquellos trabajadores que hayan resultado afectados por la decisión empresarial debe hacerse constar que, por un lado, se orquestan como fórmulas de carácter subsidiario a la acción relativa a la impugnación colectiva y, por otro lado, de su tenor literal se desprende que el objetivo de tales acciones radica en debatir controversias individuales, tales como la aplicación de la prioridad de permanencia en la empresa de determinados trabajadores.

Asimismo, la acción empresarial de carácter declarativo también provoca efectos suspensivos sobre las impugnaciones de naturaleza individual.

Ahora bien, con independencia de que el acervo de acciones expuestas tenga como objetivo homogeneizar las respuestas de los órganos judiciales, su integración estructurada y ordenada en lo que podría denominarse «*sistema de impugnación del despido colectivo*»⁷⁸⁴ requiere de una serie de precisiones.

reducciones de jornada previstas en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores que afecten a un número de trabajadores igual o superior a los umbrales previstos en el apartado 1 del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, o de una práctica de empresa y de los acuerdos de interés profesional de los trabajadores autónomos económicamente dependientes, así como la impugnación directa de los convenios o pactos colectivos no comprendidos en el artículo 163 de esta Ley. Las decisiones empresariales de despidos colectivos se tramitarán de conformidad con lo previsto en el artículo 124 de esta Ley».

⁷⁸³ SÁEZ LARA, C., *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, ob. cit., p. 212.

⁷⁸⁴ *Ídem*

Para nuestro Alto Tribunal⁷⁸⁵, la distinción entre las distintas vías procesales contempladas en el artículo 124 LRJS radicaría, en última ratio, en la diferenciación entre los correspondientes objetos procesales:

1. El objeto de la acción prevista en el artículo 124.1 LRJS reside en la decisión extintiva de carácter colectivo, mientras que
2. El artículo 124.13 LRJS tiene por objeto los propios despidos individuales que derivan de la ejecución de la extinción colectiva.

Como vemos, nos encontramos ante diversas acciones que comprenden distintos objetos procesales y que, a su vez, comportan que el ejercicio de tales acciones se ampare en diversas causas de impugnación quedando las cuestiones o asuntos de carácter individual (como por ejemplo, las concernientes a la inaplicación de las reglas de prioridad de permanencia en la empresa) circunscritas al proceso impugnatorio individual.

No obstante, pese a lo sostenido por el Alto Tribunal, si la acción colectiva no se ha ejercitado, la vía impugnatoria de carácter individual que radica en el trabajador despedido también podrá ser una vía indirecta de control judicial de la extinción colectiva, aunque directamente se esté combatiendo la decisión empresarial de despido individual⁷⁸⁶.

⁷⁸⁵ *Vid.*, al respecto, la STS 20-09-2013 (R° 11/2013), resolución que fue declarada nula por el ATS 26-03-2014 (R° 11/2013) por incongruencia de la resolución judicial, pues lo impugnado fue el despido en su totalidad, no solicitándose la nulidad parcial.

Por consiguiente, la mentada STS 20-09-2013 (R° 11/2013) fue sustituida, tal y como anteriormente se ha hecho constar, por la STS 18-07-2014 (R° 11/2013).

⁷⁸⁶ *Vid.*, al respecto, SÁEZ LARA, C., *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, *ob. cit.*, p. 214.

Y es que, tal y como después podrá comprobarse, cuando no se haya interpuesto la acción colectiva, en a través de la acción individual del despido podrán exponerse, tanto las causas relativas a la segunda fase del despido, es decir, aquellas cuestiones de naturaleza individual,

Pese a los esfuerzos de intentar organizar y estructurar esta «*compleja maquinaria procesal*» tal sistematización parece dispersarse a lo largo de los trece apartados que componen el artículo 124 LRJS.

Si bien es cierto que parece desprenderse cierto orden de la acción de carácter colectivo en relación con la de oficio por parte de la Autoridad laboral contemplada, en esencia, para la impugnación del acuerdo alcanzado en el periodo de consultas cuando en ellos se apreciara fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión de tal acuerdo o cuando la entidad gestora de la prestación por desempleo hubiese informado de que la decisión extintiva de la empresa pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados, por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo⁷⁸⁷, la inclusión en tales vías de impugnación de la acción empresarial declarativa presenta ciertas dificultades de ajuste, tal y como posteriormente podrá comprobarse.

Asimismo y en relación con esta tendencia o actividad de sistematización de las distintas vías impugnatorias del despido colectivo que ha diseñado el Alto Tribunal, por parte del algún autor⁷⁸⁸ ha venido a apuntarse la necesidad de diferenciar, en el proceso de impugnación de carácter colectivo, si la decisión de despido ha venido dimanada de una voluntad empresarial de carácter unilateral o si, por el contrario, existió un acuerdo con los interlocutores sociales. En este último supuesto aunque, formalmente, el objeto de impugnación sea la decisión

así como las pertenecientes a la primera fase del despido o fase colectiva, relativas a la inexistencia de causa justificativa así como la inobservancia de requisitos formales.

⁷⁸⁷ Artículo 148 b) LRJS.

⁷⁸⁸ SÁEZ LARA, C., *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, ob. cit., p. 215.

empresarial, materialmente tal impugnación se ejercita contra el acuerdo que aceptaría o admitiría la decisión empresarial.

Consecuentemente, según esta postura, en la medida en que lo que se ha impugnado sea realmente el contenido del acuerdo alcanzado durante el periodo negociador deberían limitarse los sujetos legitimados así como las causas o motivos que fundamenten la impugnación, con la finalidad de que se preserve su eficacia.

Con independencia de lo que acaba de exponerse, lo que si resulta evidente es que el sistema de impugnación del despido colectivo se erige como una cuestión de carácter complejo, aglutinada o aglomerada en un único precepto, el artículo 124 LRJS que, a lo largo de sus trece apartados intenta exponer toda la regulación relativa a un proceso que resulta especialmente complicado. De ahí que, al igual que nuestro Alto Tribunal, intente ejercerse una labor de sistematización y, a lo largo de las páginas siguientes, se analicen las distintas acciones previstas en tal precepto, empezando por las fórmulas legales dispuestas para la coordinación entre las acciones en él contempladas y adentrándonos en las modalidades general y a instancia del empresario, así como también en relación con la regulación procesal relativa a las acciones de impugnación frente a los despidos derivados de la ejecución de la extinción de carácter colectivo.

1. COORDINACIÓN ENTRE LAS DIVERSAS ACCIONES DE IMPUGNACIÓN

Tal y como se ha expuesto anteriormente, el sistema impugnatorio del despido colectivo viene a disponer algunas reglas o pautas de coordinación, estructuración y organización entre las múltiples y dispersas vías de impugnación.

De este modo, dispone que si una vez ejercitada la acción colectiva por parte de los representantes de los trabajadores, dando inicio al proceso de impugnación de tal naturaleza, se plantease demanda de oficio, de acuerdo con lo previsto en el artículo 148 b) LRJS, se suspenderá ésta hasta que aquel se resuelva (artículo 124.7 LRJS).

Así, la sentencia que resuelva tal proceso, una vez firme, tendrá los efectos de cosa juzgada sobre el proceso de oficio que haya quedado pendiente de resolución, tal y como viene a disponer el artículo 124.7 LRJS.

Igualmente, el artículo 124 LRJS, en su apartado tercero, viene a disponer que, el empresario podrá interponer demanda con el propósito de que se declara ajustada a derecho la decisión extintiva por él adoptada, únicamente cuando tal decisión no haya sido impugnada por los representantes de los trabajadores o por la propia Autoridad laboral, estando legitimados pasivamente los representantes legales de los trabajadores.

Tal acción podrá ejercitarse una vez transcurrido el plazo de caducidad de veinte días para el ejercicio de la acción por los representantes de los trabajadores y en el plazo de veinte días desde la finalización del plazo anterior.

La presentación de la demanda por el empresario suspenderá el plazo de caducidad de la acción individual del despido y la resolución que se dicte tendrá naturaleza declarativa y producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales en los términos previstos en el artículo 160.5 LRJS⁷⁸⁹.

Pese a que esta acción empresarial de naturaleza declarativa está contemplada como una vía alternativa a la iniciada de oficio por parte de la autoridad administrativa⁷⁹⁰, el artículo 124 también viene a prever que, con posterioridad a tal acción, se interpusiese demanda de oficio que se suspenderá ésta hasta la resolución de aquel. En este supuesto, la Autoridad laboral estará legitimada para ser parte en el proceso. Asimismo, la resolución que ponga fin al proceso, una vez firme, tendrá eficacia de cosa juzgada sobre el proceso de oficio pendiente de resolución, tal y como dispone el artículo 124.7 LRJS.

Con relación al presente sistema impugnatorio y, tal y como ha venido a apuntar la doctrina científica⁷⁹¹, el procedimiento de oficio pone de manifiesto diversas dificultades de ajuste, y ello porque:

1. En primer lugar, no se prevé su estructuración o engranaje en relación con los procesos de impugnación de los trabajadores que resultan afectados por la reestructuración y,

⁷⁸⁹ El apartado 5 del artículo 160 LRJS viene a disponer que «*La sentencia firme producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse, que versen sobre idéntico objeto o en relación de directa conexión con aquel, tanto en el orden social como en el contencioso-administrativo, que quedarán en suspenso durante la tramitación del conflicto colectivo. La suspensión se acordará aunque hubiere recaído sentencia de instancia y estuviere pendiente el recurso de suplicación y de casación, vinculando al tribunal correspondiente la sentencia firme recaída en el proceso de conflicto colectivo, incluso aunque en el recurso de casación unificadora no se hubiere invocado aquella como sentencia contradictoria*».

⁷⁹⁰ SÁEZ LARA, C., *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, ob. cit., p. 216.

⁷⁹¹ *Ídem*

2. En segundo lugar, tampoco queda clara su coordinación o combinación con la acción empresarial de naturaleza declarativa, que viene a definirse como una acción subsidiaria, tanto a la acción colectiva que ostentan los representantes de los trabajadores, así como a la demanda de oficio, pero contempla la interposición de esta segunda con posterioridad a la acción empresarial declarativa, lo que resulta posible al no determinarse el plazo de interposición de la demanda de oficio.

Con respecto a la coordinación entre el procedimiento colectivo y las impugnaciones individuales de los trabajadores afectados, tras la modificación introducida por la reforma acometida en agosto de 2013⁷⁹², la acción de impugnación individual podría tener carácter un carácter subsidiario respecto a la acción colectiva, pues se persigue la acción de impugnación colectiva alcance una mayor extensión y se admite que las resoluciones que determinan la nulidad de una extinción colectiva resulten directamente ejecutables, sin ser necesario el recurso a procedimientos de carácter individual. Por tanto, podría afirmarse que la impugnación individual resulta supeditada o condicionada por la acción de impugnación de naturaleza colectiva.

En consecuencia, se dispone una regulación distinta para la impugnación individual en atención a si ha preexistido o no impugnación colectiva del despido⁷⁹³:

1. La primera de las diferencias estriba, para empezar, en relación con el *dies a quo* para computar el plazo de caducidad de veinte días

⁷⁹² Reforma llevada a cabo por el RDL 11/2013y confirmada por la Ley 1/2014.

⁷⁹³ SÁEZ LARA, C., *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, ob. cit., pp. 218 y ss.

previsto para la impugnación del despido individual. El mentado plazo para la impugnación individual comenzará cuando haya transcurrido el plazo de caducidad de veinte días previsto para el ejercicio de la acción por los representantes de los trabajadores, cuando el despido colectivo no se haya impugnado a través de la acción colectiva.

Cuando la reestructuración colectiva sí haya sido impugnada a través del procedimiento colectivo, el plazo de caducidad para el ejercicio de la acción de impugnación individual empezará a computarse desde la firmeza de la sentencia que se haya dictado en el correspondiente proceso colectivo o, en su caso, desde la conciliación judicial alcanzada⁷⁹⁴. Obsérvese que el apartado 9 del artículo 124 LRJS ordena al empresario a notificar, a los trabajadores que pudieran resultar afectados por el despido colectivo, la existencia del proceso planteado por los representantes de los trabajadores para que, en el plazo de quince días, comuniquen al órgano judicial un domicilio a efectos de notificación de la sentencia.

2. En segundo lugar, para el supuesto de impugnación de carácter colectivo, la sentencia o resolución firme así como el acuerdo dimanante de la conciliación judicial, tendrán la eficacia de cosa juzgada sobre los procesos de naturaleza individual⁷⁹⁵, por lo que el objeto de dichos procesos estará circunscrito a las materias o asuntos de naturaleza individual que no hayan sido objeto de la pretensión

⁷⁹⁴ *Ibidem*, p. 217.

⁷⁹⁵ SÁEZ LARA, C., *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, *ob. cit.*, p. 217, viene a apuntar, en relación con lo que acaba de exponerse que «*El efecto de cosa juzgada de los acuerdos de conciliación judicial introducido también en la reforma de agosto de 2013, tal vez deba ponerse en relación con la falta de efectos de los acuerdos alcanzados en el periodo de consultas, por ejemplo, a efectos de presunción de la existencia de la causa*».

formulada mediante el proceso colectivo, tal y como establece el artículo 124. 13 b) 2ª LRJS.

Con tal concreción parece precisarse una distribución entre impugnación colectiva e individual para el enjuiciamiento de asuntos colectivos y de naturaleza individual⁷⁹⁶ pero que,

⁷⁹⁶ La STSJ Galicia 11-02-2011 (Rº 4468/2010) en relación con un expediente de regulación de empleo acometido en una mercantil declarada en concurso, determinó que «1).- *El recurso de suplicación y los demás recursos previstos en la legislación laboral, en tanto en cuanto se cuestione la decisión judicial de suspensión, modificación o extinción de las relaciones laborales en su vertiente colectiva, desligada, por tanto, de la afectación particularizada a los intereses concretos de determinados trabajadores. Estos recursos contra la decisión judicial colectiva no tendrán efectos suspensivos sobre la tramitación del concurso ni de los incidentes concursales.* 2) *Las acciones que los trabajadores puedan ejercer contra el auto, en cuestiones que se refieran estrictamente a la relación jurídica individual (por ej.: salario, cuantía de las indemnizaciones, categoría profesional, ejercicio del derecho preferente de permanencia en la empresa por los representantes de los trabajadores, etc.), se sustanciarán por el procedimiento del incidente concursal, promovido en el seno del propio concurso ante el juez de lo Mercantil que conoce de este, quien ha de tramitarlo por el procedimiento del incidente concursal en materia laboral previsto en los artículos 195 y 196 LC y que concluirá por sentencia de 9 dicho órgano judicial recurrible en suplicación ante la correspondiente Sala de lo Social del Tribunal Superior de justicia. Estos dos cauces de impugnación diferenciados, responden, por un lado, a que el expediente judicial de regulación de empleo, de naturaleza colectiva, similar o paralelo al que se plantea en situaciones extraconcursoales ante la Autoridad laboral, no es propiamente un proceso en que el que se articula una auténtica contradicción entre partes, sino más bien un procedimiento sin partes, de tal modo que si el período de consultas termina en un acuerdo, el carácter procesal del procedimiento desaparece y se asemeja más a una negociación formalizada que a un proceso judicial propiamente dicho. Y, por otro, a que en el expediente de medidas colectivas no son parte obligada los concretos trabajadores afectados ya que, de conformidad con los artículos 64 y 184.1 de la Ley Concursal, tienen la condición de parte en el expediente judicial de regulación de empleo, el deudor, la Administración concursal, los representantes de los trabajadores y el Fondo de Garantía Salarial, sin perjuicio de la posible participación, en su caso, de otros sujetos personados en el concurso cuya intervención en el expediente haya sido autorizada judicialmente por acreditar un interés legítimo. El derecho a una tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE requiere que cualquiera de los afectados por las medidas pueda impugnar la decisión, en lo que a él atañe, con plenitud de armas procesales. Darles obligadamente la consideración de parte en el expediente judicial de medidas colectivas puede afectar e impedir la rapidez y celeridad que suelen requerir ese tipo de medidas. De ahí que, como señala la Sentencia del Tribunal Superior de justicia del País Vasco de 15 de enero de 2008 (Rec. 2773/07), nuestro legislador haya optado por la doble vía, de tal forma que la impugnación de la decisión judicial, en lo que se sustente en condiciones particulares de un trabajador, se examine separadamente, permitiéndole invocar esas singularidades suyas, que no se pudieron tener en cuenta en el examen generalizado con que se afronta la decisión colectiva».*

Vid., asimismo, SÁEZ LARA, C., Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos, ob. cit., p. 218.

únicamente operaría para el supuesto en que se hubiese accionado la impugnación colectiva; por lo que, en tal supuesto, parece, en principio, que no podrían ser objeto de impugnación en la acción ejercitada por el trabajador afectado por el despido (la acción individual) aquellas cuestiones relativas a la concurrencia de la causa justificativa del despido colectivo, aquellos incumplimientos o defectos formales del proceso extintivo, restringiendo la cognición judicial a aquellos conflictos o asuntos de carácter individual, a saber, como ejemplo, los relativos a la aplicación de las reglas de prioridad de permanencia en la empresa, cuestiones que serán analizadas con mayor detalle y profundidad cuando abordemos la impugnación individual.

3. Por último, debe hacerse constar que, la sentencia colectiva que determine la nulidad de la extinción colectiva puede ser ejecutada directamente, sin tener que acudir a las acciones o impugnaciones individuales de despido.

La reforma que el RDL 11/2013 operó sobre el artículo 247.2 LRJS⁷⁹⁷ amplió la aplicación del proceso ejecutivo regulado por el citado precepto a las sentencias firmes pero, únicamente, en aquellos casos en los que la decisión empresarial colectiva se haya declarado nula⁷⁹⁸.

⁷⁹⁷ El citado apartado viene a establecer que «*La modalidad de ejecución de sentencias firmes regulada en este artículo será aplicable a los restantes títulos ejecutivos, judiciales o extrajudiciales, de naturaleza social, estimatorios de pretensión de condena y susceptibles de ejecución individual en los términos del apartado 3 del artículo 160, así como a las sentencias firmes u otros títulos ejecutivos sobre movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, suspensión del contrato o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, de carácter colectivo, y en los supuestos de despido colectivo en los que la decisión empresarial colectiva haya sido declarada nula*».

⁷⁹⁸ SÁEZ LARA, C., *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, ob. cit., p. 218.

Tal y como se desprende del tenor literal del precepto que acaba de citarse, la modalidad ejecutiva prevista en el artículo 247 LRJ no se ha estimado adecuado o conveniente para aquellos supuestos en los que se declare la improcedencia del despido colectivo, posiblemente porque el alcance o trascendencia de sus consecuencias revisten mayor complejidad.

No obstante, tal y como posteriormente podrá comprobarse cuando se examine la acción colectiva, la nulidad del despido implicará, en algunas ocasiones, la extinción indemnizada de los contratos laborales cuando la readmisión de los trabajadores devenga imposible.

2. LA IMPUGNACIÓN COLECTIVA POR PARTE DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES

Antes de proceder a un análisis pormenorizado de esta acción impugnativa de carácter colectivo debe hacerse constar, en relación con su naturaleza jurídica, que se trata de un verdadero proceso colectivo⁷⁹⁹, tanto por razón de los sujetos que resultan legitimados para instarlo, los representantes de los trabajadores, así como por los efectos de la resolución o sentencia que derivarán de tal proceso, sentencia esta que, tal y como anteriormente se ha avanzado, desplegará su eficacia de cosa juzgada sobre aquellos otros procesos que estén pendientes.

Esta es la vía de impugnación más importante de cuantas se hayan establecido, quedando supeditadas todas las demás vías de impugnación a ésta⁸⁰⁰.

De este modo, tal y como anteriormente ha quedado expuesto, el empresario únicamente podrá interponer demanda en la que se solicite la conformación judicial de la extinción colectiva cuando no se haya impugnado, con carácter previo, por la representación de los trabajadores, tal y como se establece por el artículo 124.3 LRJS.

Asimismo, la impugnación individual de los trabajadores que resulten afectados por el despido colectivo queda supedita a este proceso de impugnación, de tal forma que el inicio del cómputo del plazo de caducidad de la acción individual se demora a un momento posterior (artículo 124.13 a), reglas 1ª y b), regla 1ª LRJS).

⁷⁹⁹ Así ha venido a calificarlo ALFONSO MELLADO, C.L., “Reforma laboral y Ley Reguladora de la Jurisdicción Social”, *Revista de Derecho Social*, N° 57, 2012, p. 273.

⁸⁰⁰ BALLESTER LAGUNA, F., *La impugnación del despido colectivo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 21.

Lo mismo debe decirse respecto de la demanda de oficio a instancias de la Autoridad laboral, cuya interposición queda en suspenso hasta que quede resuelta la pretensión instada por los representantes de los trabajadores, tal y como dispone el artículo 124.7 LRJS.

Por tanto, una vez expuestas las características más trascendentales de esta vía impugnativa, procedamos a su análisis de manera pormenorizada.

2.1. El carácter preferente del proceso

Con la finalidad de lograr una mayor rapidez en la resolución de los conflictos planteados, la Reforma Laboral de 2012 planteó, a través de las normas que ejecutaron tal modificación legislativa, una serie de medidas, a saber, el carácter urgente y preferente de la modalidad de impugnación de despido, determinadas normas de competencia, y la obligación empresarial de aportar la documentación e información que acredita o justifica su reestructuración empresarial en un plazo a contar a partir de la admisión de la demanda, con la finalidad de poder practicar, en su caso, la prueba sobre la misma de forma anticipada⁸⁰¹.

⁸⁰¹ La Exposición de Motivos de la Ley 3/2012 vino a establecer que «*Se ha creado una nueva modalidad procesal para el despido colectivo, cuya regulación persigue evitar una demora innecesaria en la búsqueda de una respuesta judicial a la decisión empresarial extintiva. (...) En aras de la celeridad que ha de presidir el procedimiento laboral, esta nueva modalidad procesal tendrá el carácter de preferente y urgente, y viene caracterizada por atribuir a los Tribunales Superiores de Justicia y a la Audiencia Nacional el conocimiento, en primera instancia, de la impugnación por parte de los representantes de los trabajadores del despido colectivo, reconociéndose, posteriormente en aras de la celeridad, el recurso de casación (...). Dada la complejidad que se presenta en la mayoría de despidos colectivos, se ha considerado oportuno, para evitar dilaciones en el tiempo, establecer la obligación empresarial de aportar la documentación que justificaría su decisión extintiva, en un plazo a contar a partir de la*

Esta celeridad pretendida y atribuida al proceso impugnatorio queda patente en el apartado 8 del artículo 124 LRJS, donde se hace constar, expresamente, el carácter urgente que ostenta el proceso en cuestión, con preferencia absoluta sobre cualesquiera otros asuntos, salvo los de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas.

De tal forma que cuando se interponga una demanda de tal naturaleza, el órgano judicial que conozca del asunto deberá despacharla con preferencia absoluta sobre cualquier otro asunto, exceptuando, tal y como lo ha hecho el precepto anteriormente referenciado, los supuestos en los que el objeto de enjuiciamiento radique en la vulneración de derechos fundamentales o de libertades públicas, respecto de los que nuestra Carta Magna, en su artículo 53.2, viene a garantizar la preferencia y sumariedad en la tramitación de tales derechos y libertades ante los tribunales ordinarios, debiendo entender que con prioridad o preferencia de cualquier otro proceso en el que no se estén purgando derechos tan relevantes⁸⁰², como viene a establecer el artículo 179.1 LRJS⁸⁰³.

De todo lo que acaba de exponerse se desprende que el carácter absoluto que la ley dispone del proceso de impugnación y que la preferencia del mismo sobre otros procesos no se produzca, en puridad, en los términos proclamados, pues se produce una cesión, tal y como la propia ley viene

admisión de la demanda, y así poder practicar, en su caso, la prueba sobre la misma de forma anticipada».

⁸⁰² BALLESTER LAGUNA, F., *La impugnación del despido colectivo*, ob. cit., p. 25.

⁸⁰³ El mentado precepto viene a establecer, en relación con los procesos de tutela de derechos fundamentales o libertades públicas, que «*La tramitación de estos procesos tendrá carácter urgente a todos los efectos, siendo preferente respecto de todos los que sigan en el juzgado o tribunal. Los recursos que se interpongan se resolverán por el tribunal con igual preferencia*».

a establecer, en lo que concierne a los procesos relativos a la tutela de derechos fundamentales y de libertades públicas.

Ahora bien, fuera de estos supuestos, la impugnación judicial del despido colectivo por parte de los representantes de los trabajadores prima sobre cualquier otro proceso, incluidos aquellos a los que la propia norma procesal reconoce la preferencia en relación con su despacho, debiendo entenderse en este sentido el carácter absoluto de la preferencia que se le otorga al proceso impugnatorio.

De otra parte, el artículo 159 LRJS viene a disponer, con relación al proceso de conflictos colectivos, el mismo carácter preferente que se predica respecto al proceso de impugnatorio instado por la representación de los trabajadores, viniendo a disponer el aludido precepto, al igual que el relativo a tal proceso de impugnación, que *«Este proceso tendrá carácter urgente. La preferencia en el despacho de asuntos será absoluta sobre cualesquiera otros, salvo los de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas»*.

De lo que acaba de ser expuesto, puede colegirse que tanto el proceso de impugnación de la extinción colectiva como el de conflictos colectivos están en igualdad de condición en lo que concierne al carácter urgente y a la preferencia en su despacho o tramitación, debiendo resolverse las controversias que de su práctica deriven a favor del que haya conocido preferentemente sobre la demanda interpuesta en primer lugar⁸⁰⁴.

Ahora bien, puesto que entre las causas que permiten fundamentar la impugnación de la extinción colectiva por la representación social se encuentra la posible vulneración de derechos fundamentales o

⁸⁰⁴ BALLESTER LAGUNA, F., *La impugnación del despido colectivo*, ob. cit., p. 25.

libertades públicas en la decisión empresarial de despido colectivo, debe deducirse que cuando la vulneración de tales principios constituya el eje de la pretensión ejercida por los representantes de los trabajadores, el proceso impugnatorio se beneficiará de la misma preferencia que la que recaiga sobre cualquier otro hecho, acción o suceso que atente contra los derechos fundamentales o libertades públicas, debiendo determinarse la preferencia, en estos supuestos, en relación con el orden de entrada que han seguido las distintas demandas ante el órgano judicial⁸⁰⁵.

Si bien es cierto que de las normas que procedieron a ejecutar la Reforma Laboral de 2012 no parece inferirse ninguna otra medida para dar previsión a la celeridad pretendida, de la propia LRJS sí pueden interpretarse en clave de la celeridad deseada otras medidas legales que, igualmente, se enmarcan dentro del proceso de impugnación de despido colectivo por parte de la representación legal de los trabajadores, a saber, la previsión legal contemplada en el apartado 5 del artículo 124 LRJS relativa a la innecesaridad de agotar ninguna de las formas de evitación del proceso (haciendo referencia a los artículos 63 y siguientes del mismo cuerpo legal), la reducción de los plazos procesales, pues el artículo 124.10 LRJS dispone que el acto de juicio, que deberá tener lugar en única convocatoria, deberá celebrarse dentro de los quince días siguientes a la admisión a trámite de la demanda y la previsión contemplada en el artículo 124.11 LRJS en relación con que la sentencia que ponga fin al procedimiento deberá dictarse dentro de los cinco días siguientes a la celebración del juicio, el reconocimiento de agosto como mes hábil para los trámites procesales, tanto en relación con el proceso declarativo como en fase de recurso y de ejecución, tal y

⁸⁰⁵ *Ídem*

como se desprende de lo establecido en el artículo 43.4 LRJS y, por último, la medida prevista en el artículo 124.8 LRJS relativa a la irrecurribilidad de las resoluciones de tramitación que se dicten durante el proceso, a excepción del eventual recurso de la declaración inicial de competencia.

Con independencia de que las medidas anteriormente expuestas consigan la celeridad pretendida⁸⁰⁶, debe hacerse constar que la previsión contemplada en el artículo 124.5 LRJS y relativa a la innecesaridad de agotar ninguna de las formas de evitación del proceso, encuentra también su razón de ser en las negociaciones que presiden el periodo negociador derivado del procedimiento de despido colectivo, pues en ellas la constante voluntad entre los interlocutores intervinientes, representantes de los trabajadores y representación empresarial, radica en la consecución de un acuerdo.

En relación con este punto, lo que sí que viene a resultar trascendente es si, con independencia de que tal trámite sea preceptivo o, contrariamente, innecesario u optativo, tal previsión produce efectos suspensivos sobre el plazo de caducidad de la acción de impugnación. La respuesta a la mentada cuestión la encontramos en el artículo 64.3 LRJS, que viene a disponer que *«Cuando por naturaleza de la pretensión ejercitada pudiera tener eficacia jurídica el acuerdo de conciliación o mediación que pudiera alcanzarse, aun estando*

⁸⁰⁶ En relación con la capacidad o idoneidad de estas medidas para dar cumplimiento a la celeridad pretendida, *vid.*, al respecto, BODAS MARTÍN, R., “Modificaciones de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social producidas por el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero”, en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R. (Dir.), *Reforma Laboral de 2012, análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Lex Nova, Valladolid, 2012, pp. 423 a 425, y BALLESTER LAGUNA, F., *La impugnación del despido colectivo, ob. cit.*, pp. 26 a 28.

exceptuado el proceso del referido requisito del intento previo si las partes acuden en tiempo oportuno voluntariamente y de común acuerdo a tales vías previas, se suspenderán los plazos de caducidad o se interrumpirán los de prescripción en la forma establecida en el artículo siguiente».

Del precepto que acaba de transcribirse se deduce que, por regla general, el ejercicio o acceso de las mentadas vías de evitación del proceso cuando las mismas no tienen carácter preceptivo, tal y como ocurre en el supuesto objeto de estudio, puede desplegar efectos negativos con respecto al ejercicio de la acción de impugnación del despido colectivo ante el órgano judicial pertinente, pues en tal caso no se produciría el efecto suspensivo del plazo de caducidad de la acción, efecto este que si se origina en aquellos supuestos en los que los actos de evitación del proceso tienen carácter obligatorio y se erigen como una formalidad legal o preceptiva. Únicamente cuando las partes acuerden el acceso a tales vías o tal y como, acertadamente a mi entender, ha venido a apuntar algún autor⁸⁰⁷, cuando una de las partes reclamantes acceda, de manera unilateral, a estos recursos, se producirá el efecto de suspender el plazo de caducidad de acuerdo con las previsiones estipuladas en el artículo 65 LRJS⁸⁰⁸.

⁸⁰⁷ BALLESTER LAGUNA, F., *La impugnación del despido colectivo*, ob. cit., p. 27.

⁸⁰⁸ El artículo 65 LRJS viene a establecer que «1.La presentación de la solicitud de conciliación o de mediación suspenderá los plazos de caducidad e interrumpirá los de prescripción. El cómputo de la caducidad se reanuda al día siguiente de intentada la conciliación o mediación o transcurridos quince días hábiles, excluyendo del cómputo los sábados, desde su presentación sin que se haya celebrado.

2. En todo caso, transcurridos treinta días, computados en la forma indicada en el número anterior, sin haberse celebrado el acto de conciliación o sin haberse iniciado mediación o alcanzado acuerdo en la misma se tendrá por terminado el procedimiento y cumplido el trámite.

De lo que acaba de exponerse se desprende que los actos de evitación del proceso no están prohibidos en materia de despido colectivo, sino que el acceso a tales vías no tiene carácter preceptivo. No obstante, tal y como ha avenido a postularse⁸⁰⁹, el recurso a tales actos puede resultar desfavorable, por lo que respecta, al menos, a título individual por la parte demandante, pues puede dificultar o incluso impedir el ejercicio de la acción de impugnación si no se observa que tal actuación no resulta suficiente para interrumpir o detener el plazo de caducidad, por lo que carece de efectos suspensivos en el cómputo del plazo de caducidad ligado a la acción de impugnación del procedimiento de despido colectivo por parte de los representantes de los trabajadores.

3. También se suspenderán los plazos de caducidad y se interrumpirán los de prescripción por la suscripción de un compromiso arbitral, celebrado en virtud de los acuerdos interprofesionales y los convenios colectivos a que se refiere el artículo 83 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores o de los derivados de los acuerdos de interés profesional conforme al apartado 4 del artículo 18 de la Ley del Estatuto del trabajo autónomo.

En estos casos el cómputo de la caducidad se reanudará al día siguiente de que adquiera firmeza el laudo arbitral; de interponerse un recurso judicial de anulación del laudo, la reanudación tendrá lugar desde el día siguiente a la firmeza de la sentencia que se dicte.

Igual efecto se producirá aun cuando en el procedimiento arbitral se apreciase la incompetencia, reanudándose el cómputo de la caducidad desde la firmeza de la resolución que pusiera fin al arbitraje.

4. Las acciones de impugnación y recursos judiciales de anulación de laudos arbitrales cuyo conocimiento corresponda al orden social, cuando no tengan establecido un procedimiento especial, incluidos los laudos arbitrales establecidos por acuerdos de interés profesional de los trabajadores autónomos económicamente dependientes, se sustanciarán, a instancia de los interesados, por los trámites del procedimiento ordinario, ante el juzgado o tribunal al que hubiera correspondido el conocimiento del asunto sometido a arbitraje, con fundamento en exceso sobre el arbitraje, haber resuelto aspectos no sometidos a él o que no pudieran ser objeto del mismo, vicio esencial de procedimiento o infracción de normas imperativas. La acción caducará en el plazo de treinta días hábiles, excluidos los sábados, domingos y festivos, desde la notificación del laudo.

De formularse la impugnación por el Fondo de Garantía Salarial, en relación con posibles obligaciones de garantía salarial, o por otros terceros posibles perjudicados, se podrá fundamentar en ilegalidad o lesividad y el plazo para el ejercicio de la acción contará desde que pudieran haber conocido la existencia del laudo arbitral».

⁸⁰⁹ BALLESTER LAGUNA, F., *La impugnación del despido colectivo*, ob. cit., pp. 27 y 28.

2.2. Reglas de determinación de competencia

Los artículos 7 a), segundo párrafo y 8.1, párrafo 2º, ambos, de la LRJS, disponen que conocerán en única instancia de los despidos colectivos impugnados por los representantes de los trabajadores las salas de lo social de los Tribunales Superiores de Justicia o la sala de lo social de la Audiencia Nacional, obedeciendo al alcance de la extinción colectiva, en concreto, dependiendo de si tal extinción excede o no del ámbito de una Comunidad Autónoma⁸¹⁰.

Las resoluciones dimanantes de tales procesos podrán ser recurridas en casación ordinaria ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, tal y como permite el artículo 124.11, párrafo primero LRJS.

Asimismo, para el supuesto en que una de las causas que motive la impugnación de la extinción colectiva por parte de los representantes de los trabajadores sea la vulneración de derechos fundamentales o libertades públicas, de acuerdo con el artículo 124.2 d) LRJS será posible, además, la interposición de un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional cuando los órganos judiciales ordinarios no hayan sido resarcido, acertadamente, los intereses constitucionales convergentes.

Además, la LRJS también contempla otra serie de recursos específicos:

1. El proceso de revisión de sentencias firmes y el proceso de error judicial previsto en el artículo 236 LRJS, de acuerdo con las causas y

⁸¹⁰ Si bien tal competencia se reconoce a los procesos regulados en los apartados 1 a 10 del artículo 124 LRJS, debe entenderse que tal atribución competencial se produce o incluye los apartados 1 a 12 del artículo 124LRJS.

términos especialmente restringidos que en el citado precepto se describen

2. El recurso contra la resolución de declaración inicial de incompetencia que, de manera excepcional, posibilita el artículo 124.8 y 5.4 LRJS pues, recordemos que, con la finalidad de garantizar el principio de celeridad, se estableció la irrecurribilidad de las diligencias de ordenación dictadas a lo largo del proceso, con la excepción anteriormente indicada.
3. Finalmente, tampoco cabrá el recurso de casación para la unificación de doctrina ante el Alto Tribunal, previsto para las sentencias de suplicación dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia (artículo 218 LRJS), resoluciones estas que resultan inexistentes en la modalidad procesal de impugnación de la extinción colectiva por parte de la representación de los trabajadores⁸¹¹.

Para concluir, y partiendo de la premisa de que el ámbito de la extinción colectiva se erige como el elemento constituyente o determinante de la competencia judicial en la instancia, deviene necesario precisar los criterios que deberán servir para determinar el mentado ámbito, debiendo tenerse en cuenta si la empresa se divide en uno o diversos centros de trabajo así como el ámbito o marco de afectación de la extinción colectiva.

1. Por ello, cuando la empresa tenga un único centro de trabajo y la extinción colectiva afecte a todos o a una parte de los trabajadores que preste sus servicios en el centro de trabajo en cuestión, la determinación del marco o ámbito en el que debe

⁸¹¹ BALLESTER LAGUNA, F., *La impugnación del despido colectivo*, ob. cit., p. 31.

producirse el proceso de despido colectivo no comportará mayores problemas al coincidir con el propio ámbito en el que se establece el único centro de trabajo que posee o constituye la empresa. En este supuesto, será competente en instancia el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma en el que esté ubicado el centro de trabajo en cuestión.

2. Por el contrario, cuando la empresa esté formada por diversos centros de trabajo, la competencia vendrá determinada, no por la ubicación geográfica de los centros de trabajo que posea la empresa, sino que tal competencia se concretará según los centros de trabajo en los que presten sus servicios los trabajadores afectados por la reestructuración colectiva⁸¹².

Ahora bien, más complejo resulta qué debe entenderse por trabajadores afectados por la decisión, pues tal cuestión puede interpretarse de manera estricta o de un modo más amplio, dependiendo de si debe incluirse únicamente a aquellos trabajadores que resultarán despedidos o, por el contrario, puede abarcar también a aquellos empleados que van a verse afectados por una serie de medidas que divergen del propio despido colectivo (tales como la movilidad geográfica o la movilidad funcional derivadas de las medidas sociales de acompañamiento).

En mi opinión, considero debe seguirse una exégesis interpretativa de carácter estricta o literal, debiendo ser considerados, a mi entender, únicamente a aquellos trabajadores que van a verse afectados por la

⁸¹² Tal y como viene a señalar a título de ejemplo BALLESTER LAGUNA, F., *La impugnación del despido colectivo*, ob. cit., p. 31, una determinada sociedad puede tener centros de trabajo en Alicante, Valladolid y Navarra, pero si la extinción colectiva únicamente afecta a trabajadores que prestan sus servicios en el centro de trabajo de Alicante, el órgano competente para conocer del asunto será el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana y no la Audiencia Nacional.

decisión empresarial de despido colectivo, modalidad que, tal y como su propio indica, radica en la impugnación del despido colectivo, tal y como se desprende del artículo 124.1 LRJS.

2.3. Legitimación activa

El artículo 124.1 LRJS determina que *«la decisión empresarial podrá impugnarse por los representantes de los trabajadores a través del proceso previsto en los apartados siguientes. Cuando la impugnación sea formulada por los representantes sindicales, estos deberán tener implantación suficiente en el ámbito del despido colectivo»*.

Por tanto, tal y como se desprende del precepto transcrito, la decisión empresarial podrá ser impugnada por los representantes legales de los trabajadores, a saber, tanto por los representantes unitarios como por los sindicales.

Ahora bien, debemos recordar que, tal y como dispone el artículo 41.4 ET, en el periodo de consultas también están legitimadas para negociar las denominadas comisiones *ad hoc*, una comisión de origen asambleario, constituida por representantes voluntarios y elegidos por voluntad de sus representados⁸¹³. Asimismo, debe añadirse que estas comisiones se constituyen en aquellos centros en los que no existen representantes legales (para el supuesto en el que la decisión afecte a un único centro de trabajo) o cuando no existiendo representantes

⁸¹³ Aunque si bien es cierto el RPDC viene a limitar tal voluntad al proclamar que se trata de un órgano colegiado y las decisiones o acuerdos que derivan del mismo tienen el carácter de vinculantes.

legales de los trabajadores, han optado por esta opción en lugar de permitir que la comisión interlocutora se constituya por los representantes legales de los trabajadores de los centros que cuenten con estos (para el supuesto en que la decisión empresarial afecte a más de un centro de trabajo).

Y es que, precisamente, una cuestión que suscitó dudas desde el arranque aplicativo de la nueva regulación relativa a la impugnación del despido colectivo fue si las comisiones ad hoc estaban legitimadas activamente para poder impugnar el proceso de despido colectivo previsto en el artículo 124 LRJS, pues recordemos que el precepto citado, en su apartado primero, únicamente está haciendo referencia a la legitimación de los representantes legales de los trabajadores y de los representantes sindicales.

Tanto la doctrina científica⁸¹⁴ como la doctrina judicial⁸¹⁵ vinieron a reconocer la legitimación activa de este modalidad de comisión representativa de trabajadores en base a cuantiosos argumentos jurídicos hasta llegar a concluir que dicha comisión debe ser incluida en la concepción o noción de representación legal, a los efectos previstos en el artículo 124 LRJS pues sus miembros han resultado elegidos, igualmente, conforme a las exigencias legalmente establecidas en los

⁸¹⁴ CAVAS MARTINEZ, F., El procedimiento de impugnación del despido colectivo tras la reforma laboral” *ob. cit.*, pág. 15 y ss., y MARÍN MORAL, I., “La legitimación activa de una comisión de trabajadores en la impugnación de un despido colectivo y causas de nulidad”, *Aranzadi Social, Revista Doctrinal* N° 6, 2012, pp. 61 y ss.

⁸¹⁵ *Vid.*, entre otras, STSJ Cataluña 23-05-2012 (R° 1049/212).

artículos 51.2 y 51.4 ET⁸¹⁶, esgrimiendo como argumentos justificativos los siguientes⁸¹⁷:

1. El primero de tales argumentos tiene un carácter constitucional, y estriba en que una interpretación *stricto sensu* del artículo 124.1 LRJS que impidiera la impugnación de la decisión empresarial en las empresas o centros que carecieran de representación, se erigiría como un atentado al derecho a la tutela judicial efectiva. Es más, una interpretación que no permitiese la legitimación activa de tales comisiones por una previsión expresa de las mismas, deformaría por completo el procedimiento de consultas, pues la decisión empresarial, en caso de que no se llegara a acuerdo alguno, la decisión empresarial resultaría inapelable.
2. El segundo de los argumentos estriba en una exégesis literal de distintos pasajes del artículo 124 LRJS sobre las reglas de legitimación activa y pasiva.

Así, el artículo 124.3 LRJS que legitima al empresario a ejercer la acción de jactancia con las precisiones que en tal proceso se establecen, en el supuesto de no existir representación unitaria, los eventuales demandados deberán ser los miembros de la comisión *ad hoc*.

En el mismo sentido debe interpretarse el apartado cuarto del citado precepto, que viene a establecer que *«en el caso de que el periodo de consultas regulado en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores hubiera finalizado con acuerdo, también deberá demandarse a los*

⁸¹⁶ VALLE MUÑOZ, F.A., “La legitimación activa de las comisiones representativas de trabajadores elegidas “ad hoc” en la impugnación judicial del despido colectivo”, *IUSlabor*, N° 2, 2014, p. 4

⁸¹⁷ *Idem*

firmantes del mismo». Por tato, si los firmantes del mismo han sido los miembros de la comisión *ad hoc*, éstos serán los sujetos legitimados pasivamente, junto con el empresario.

3. El tercero dimanaría de las funciones que tal comisión lleva a cabo en las negociaciones derivadas del periodo de consultas, puesto que los artículos artículo 51.2 y artículo 41.4, ambos del ET, les otorga toda competencia y capacidad para negociar y acordar con la representación empresarial. Sería una contradicción pues que si bien el legislador le ha reconocido legitimación para negociar, posteriormente se le negase para impugnar.
4. De los motivos que acaban de exponerse se desprende que, en lo relativo al proceso de impugnación de la extinción colectiva prevista en el artículo 124 LRJS, la noción que se utiliza de los representantes de los trabajadores, se perfila de una manera más específica, abarcando en tal concepto a las comisiones *ad hoc*. Y es que la expresión utilizada por el Legislador relativa a “los representantes legales de los trabajadores” no permite deducir, per se, su voluntad de excluir a dichas comisiones, a las que sí ha legitimado para negociar el procedimiento de despido colectivo.

Asimismo, la Audiencia Nacional confirmó que las comisiones *ad hoc* están legitimadas para accionar contra el despido colectivo, puesto que son representantes legales de los trabajadores y, como tal, están legitimados tanto para formar parte de las negociaciones dimanantes del periodo de consultas, así como para impugnar el despido colectivo.

Para llegar a tal conclusión, la Sala parte de la idea de que las comisiones *ad hoc*, ya estén conformadas por miembros designados por los propios sindicatos o conformadas por trabajadores ajenos a ellos,

ostentan la condición de representantes legales de los trabajadores pues, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.1 Directiva 1995/59/CEE, nuestra norma estatutaria, a modo de previsión, viene a proveer la existencia de tal representación para aquellos supuestos en los que no existan representantes formalmente elegidos⁸¹⁸.

Por ello la Sala viene a considerar que *«Estamos, por tanto, ante una representación específica de los trabajadores, promovida por la ley, para resolver precisamente que el período de consulta pueda negociarse con representantes de los trabajadores, donde estos no están elegidos formalmente, lo que sucede, como anticipamos más arriba, en la inmensa mayoría de empresas de nuestro país. Por consiguiente, si las comisiones ad hoc, sindicalizadas o no, están formadas por representantes legales de los trabajadores, están legitimadas activamente para impugnar el despido colectivo, en cuya negociación participaron, cuando no alcanzaron acuerdo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 124.1 LRJS y estarán legitimadas pasivamente cuando alcanzaron acuerdo, o cuando sea el empresario, quien promueva la acción de jactancia, a tenor con lo dispuesto en el art. 124.3 y 4 LRJS. - Si no fuera así, vaciaríamos de contenido, uno de los objetivos expresos para la impugnación de los despidos colectivos, predicada en la exposición de motivos de la Ley 3/2012 para todos ellos, sin distinguir, de ninguna manera, entre despidos negociados con delegados de personal, comités de empresa, sindicatos o comisiones ad hoc, como es la búsqueda de soluciones homogéneas para el despido colectivo, puesto que estos últimos solo podrían impugnarse individualmente, si las comisiones ad hoc no estuvieran legitimadas para impugnarlos».*

⁸¹⁸ SAN 13-05-2013 (Rº 89/2013).

Ahora bien, el mismo órgano judicial vino, *a posteriori*⁸¹⁹, a matizar esta doctrina, sosteniendo que la comisión *ad hoc* carece de personalidad jurídica, así que, por consiguiente, según la Sala, serían los propios trabajadores que la componen quienes, en nombre propio, serían los que estarían habilitados o legitimados para impugnar la decisión empresarial cuando el periodo negociador ha concluido sin acuerdo. Esta cuestión no quedaría adecuadamente solventada si se confronta o compara la tesis expuesta con la doctrina general que sostiene que los miembros que conforman el comité de empresas no están individualmente legitimados.

Por tanto, tal y como ha venido a postularse por algún autor⁸²⁰, a mi entender, de manera acertada, tales comisiones, atendiendo a su origen asambleario, así como a la consideración que el propio RPDC realiza sobre las mismas al contemplarlas como órgano colegiado, la Ley debería dotarlas de capacidad procesal, tal y como la norma estatutaria realiza respecto al comité de empresa en su artículo 65.1.

En cuanto a la posición de nuestro Alto Tribunal, este ha venido a postular la tesis de considerar la comisión *ad hoc* como representación legal conforme a la norma estatutaria y, por consiguiente, tal comisión está legitimada activamente de conformidad con el artículo 124 LRJS.

Por tanto, la postura del Alto Tribunal es clara, al considerar que la comisión *ad hoc* ostenta legitimación procesal, al sostener que «*a los efectos del procedimiento de impugnación colectivo, el concepto de representación de los trabajadores se perfila de modo específico, con inclusión de todos los entes colectivos de representación que la propia*

⁸¹⁹ SAN 20-05-2013 (R° 108/2013).

⁸²⁰ SÁEZ LARA, C., *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, ob. cit., p. 221.

norma sustantiva regula y a quienes confiere capacidad de negociación y de suscripción de acuerdos porque, a tales fines, ostentan la representación de los trabajadores»⁸²¹.

Para nuestro Alto Tribunal, la comisión *ad hoc* se configura como un órgano de representación extraordinaria, en tanto que solo surge en defecto de los mecanismos de representación legal o sindical «ordinarios», y que puede calificarse de especializado en la medida en que tiene por exclusiva competencia la negociación que forzosamente haya de iniciarse con la propuesta empresarial amparada en los artículos 41 o 51 ET pese a que, sorprendentemente, el legislador no ha tenido en cuenta esa realidad a la hora de acomodar las reglas procesales por las que ha de regirse la eventual impugnación de la decisión empresarial adoptada sin acuerdo y, como se ha visto, al señalar a los sujetos legitimados para accionar por la vía del artículo 124 LRJS, se ha limitado a mencionar a los representantes «clásicos» de los trabajadores.

Ahora bien, atendiendo que los trabajadores individualmente considerados están excluidos de la acción que hace nacer el proceso del art. 124 LRJS y ello porque se trata de un procedimiento de carácter colectivo que, como tal, busca obtener una solución judicial homogénea para todos los afectados por la decisión empresarial objeto de la impugnación, otra interpretación que difiera de la sostenida por el Alto Tribunal y que se ampare en la literalidad estricta del propio artículo 124 LRJS impediría la impugnación de las decisiones empresariales extintivas de carácter colectivo en las empresas o centros de trabajo que

⁸²¹ STS 18-03-2014 (R^o 114/2013).

carecen de representación legal o sindical, pues ello supondría, no solo vaciar de contenido el derecho a tutela judicial efectiva que los trabajadores pueden tener desde la perspectiva colectiva, sino desvirtuar por completo el periodo previo de consultas en tanto que sobre él planearía la amenaza de que, de no alcanzarse un acuerdo con la comisión *ad hoc*, la decisión de la empresa devendría irrevocable, solo pendiente de las eventuales acciones individuales de los trabajadores afectados, las cuales tienen una finalidad distinta y sirven a la tutela de intereses no comparables con los que el proceso colectivo trata de satisfacer⁸²².

Igualmente, nuestro Alto Tribunal también ha venido a reconocer a la legitimación de las comisiones híbridas, que son aquellas comisiones compuestas por secciones sindicales y representantes legales y/o representantes *ad hoc*⁸²³.

Así, nuestro Alto Tribunal ha venido a establecer que *«Si bien el legislador ha previsto la forma de constitución y actuación de esta comisión en el marco de las negociaciones que han de desarrollarse en el periodo de consultas del despido colectivo, no ha previsto su legitimación para impugnar el citado despido. En efecto, el artículo 124 LRJS, en su apartado 1 se limita a establecer que la decisión empresarial podrá*

⁸²² Asimismo, nuestro Alto Tribunal, en la STS 18-03-2014 (R° 114/2013) viene a sostener, en relación con la comisión *ad hoc*, que ha de estar incluida en el concepto de representación legal a los efectos del art. 124 LRJS, que tal argumento queda demostrado, además por el hecho de que la acción pueda ejercitarse también, subsidiariamente, por el propio empresario en un supuesto en que, lógicamente, se ha de partir de la falta de acuerdo y en que en el caso de inexistencia de representación legal o sindical en la empresa, los únicos posibles demandados habrán de ser los integrantes de la comisión *ad hoc* en calidad de tal.

Por último, viene a sostener que el art. 124.4 LRJS determina a los legitimados pasivamente en caso de que se hubiera alcanzado acuerdo y se refiere a "los firmantes", quienes, en un supuesto como el que ahora se analiza, hubieran sido la empresa y la comisión *ad hoc*.

⁸²³ SSTS 17-03-2016 (R° 226/2015) y 21-04-2015 (R° 331/2014).

impugnarse por los representantes legales de los trabajadores y por los representantes sindicales, a los que exige un plus, ya que para estar legitimados activamente han de tener implantación suficiente en el ámbito del despido colectivo, pero no menciona, entre los sujetos legitimados, a las denominadas comisiones "ad hoc", a las que se refiere el artículo 41. 4 a), primer párrafo ET, ni a las denominadas comisiones "híbridas" o "mixtas", a las que se refiere el artículo 41.4 b), regla 2ª ET -precepto aplicable por la remisión efectuada por el artículo 51.2 ET -. 3.- La citada comisión "híbrida" ostenta legitimación activa para impugnar el despido colectivo, en el que ha intervenido como interlocutora en el periodo de consultas».

Los motivos que esgrime el Alto Tribunal⁸²⁴ para justificar la legitimación de tales comisiones, son los siguientes:

1. El derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución, en su vertiente colectiva, quedaría insatisfecho si a la comisión se le negara la legitimación activa, pues se cercenaría la posibilidad de impugnación por los trabajadores del despido colectivo. En efecto, en los supuestos en que no exista representación legal o sindical, el único sujeto que, por parte de los trabajadores, puede impugnar el despido colectivo es el sujeto colectivo que ha negociado en el periodo de consultas -sea la comisión *ad hoc* sea la comisión híbrida, ahora examinada- ya que el trabajador individual no está legitimado para impugnar el despido, pues únicamente se le reconoce acción para la impugnación individual, tal y como resulta del artículo 124.13 LRJS;

⁸²⁴ STS 21-04-2015 (Rº 331/2014).

2. El artículo 17 LRJS dispone que los titulares de un derecho subjetivo o un interés legítimo podrán ejercitar acciones ante los órganos jurisdiccionales del orden social, en los términos establecidos en las leyes, y no se puede negar el interés legítimo que ostenta la comisión en la impugnación del despido colectivo;
3. En base al principio *pro actione*, consagrado por el Tribunal Constitucional;
4. Carece de toda justificación que en los supuestos en los que ha negociado la representación legal o la sindical, existente en la empresa, sea posible la impugnación del despido, por estar activamente legitimadas dichas representaciones, y no quepa tal impugnación, si no hay representación legal o sindical y ha negociado la comisión *ad hoc* o la comisión híbrida, por no tener reconocida legitimación para accionar;
5. De forma paralela a la anterior consideración, se subraya que no existe justificación alguna para admitir que el empresario está legitimado para accionar en el supuesto de que exista representación legal o sindical -únicamente están legitimados pasivamente los sujetos colectivos- y no si ha negociado la comisión *ad hoc* o la comisión «híbrida». En efecto, si se les niega legitimación activa a estas comisiones, por identidad de razón, no cabe reconocerles legitimación pasiva;
6. El periodo de consultas resultaría viciado ya que la comisión se vería abocada a alcanzar un acuerdo si se admitiese que no tiene legitimación para impugnar el despido efectuado por la empresa y, en consecuencia, desde la vertiente colectiva, su decisión es inatacable;

7. Sería contrario a toda lógica el otorgar a la comisión plena capacidad para negociar en representación de los trabajadores, con las mismas facultades que corresponderían a la representación unitaria o a la sindical, y negarles legitimación para impugnar el despido, legitimación que si se reconoce a dichas representaciones y,
8. Por último, el propio Tribunal esgrime que en STS 18-03-2014 (R° 114/2013) reconoció legitimación activa a la comisión *ad hoc* para impugnar el despido colectivo en el que intervino, en representación de los trabajadores, durante el periodo de consultas por lo que, por identidad de razón debe reconocer dicha legitimación a la comisión «híbrida».

Ahora bien, si bien es cierto que el Tribunal Supremo ha venido a reconocer la legitimación, tanto de las comisiones *ad hoc* como de las comisiones híbridas o mixtas para impugnar el despido colectivo, tal legitimación «*se ha admitido en supuestos en los que no existía representación legal ni sindical para impugnar el despido colectivo*»⁸²⁵.

Ahora bien, ¿qué consecuencias tiene que, existiendo representación legal o sindical, el recurso de impugnación se interpone por parte de una de estas dos comisiones?

Sirva como ejemplo el supuesto enjuiciado por la STS 17-03-2016 (R° 226/2015). En tal caso, al existir representantes unitarios y sindicales, se cuestiona la falta de legitimación activa de los miembros de la comisión negociadora para impugnar el despido colectivo y, posteriormente interponer recurso de casación contra la sentencia de instancia.

⁸²⁵ SSTS 17-03-2016 (R° 226/2015) y 21-04-2015 (R° 331/2014).

El Alto Tribunal, esgrimiendo los argumentos que ya han sido expuestos, reconoce la legitimación de tales comisiones si bien introduciendo el matiz anteriormente introducido, respecto a que tal legitimación se ha reconocido en supuestos en los que no existía ni representación legal ni sindical para impugnar el despido colectivo.

Ante tal supuesto, la Sala viene a manifestar que *«Tal circunstancia, sin embargo, no concurre en el supuesto ahora examinado en el que hay representación sindical - el delegado sindical de la CNT en el Grupo de Empresas Hermanos Ruiz Dorantes cuya implantación suficiente en el ámbito del conflicto ha sido declarada por la sentencia de instancia, y representación legal -el delegado de personal de la empresa Lebriplak SA- por lo que estos eran los sujetos legitimados para impugnar el despido colectivo de la empresa Lebriplak SA, careciendo de legitimación para efectuar dicha impugnación los dos miembros de la comisión negociadora, D Luciano y D. Romeo . No obstante, el que hayan demandado estos dos sujetos carentes de legitimación para hacerlo no acarrea consecuencia alguna ya que al haber sido presentada la demanda -y también el recurso de casación- por los sujetos titulares de la legitimación activa, el delegado sindical y el delegado de personal, sucede que la demanda y el recurso han sido presentados por los sujetos legitimados»*.

Una vez analizada «la primera parte» del artículo 124.1 LRJS, *«La decisión empresarial podrá impugnarse por los representantes legales de los trabajadores a través del proceso previsto en los apartados siguientes»*, debemos proceder al análisis de la segunda precisión que prosigue a la inicial, *«Cuando la impugnación sea formulada por los*

representantes sindicales, éstos deberán tener implantación suficiente en el ámbito del despido colectivo».

Por tanto, de esta segunda precisión se desprende una exigencia, cual es que, para el supuesto de que la impugnación se accione por los representantes sindicales, éstos deberán tener implantación suficiente en el ámbito del despido colectivo.

Esta exigencia a la representación sindical de «implantación suficiente» en el ámbito del despido colectivo implicará acreditar su presencia (no siendo imperativo que tal implantación sea mayoritaria) en los órganos unitarios o, en su caso, un nivel de afiliación pertinente entre los trabajadores⁸²⁶.

El requerimiento mencionado resulta acorde con la obligación contenida en el artículo 17 LRJS que, en su apartado segundo, concede a los sindicatos con implantación suficiente en el ámbito del conflicto, legitimación para ejercitar las acciones ante los órganos jurisdiccionales del orden social para la defensa de los intereses económicos y sociales que les son propios, siempre que exista un vínculo entre el sindicato en cuestión y el objeto del pleito de que se trate pudiendo, igualmente, personarse y ser tenidos por parte en dichos procesos, sin que tal intervención haga detener o retroceder el curso de las actuaciones.

En cualquier caso, quiénes vayan a ser los representantes sindicales con implantación suficiente dependerá, en cualquier caso, de la hermenéutica interpretativa que postule la doctrina judicial⁸²⁷ y que, al tratarse del acceso al proceso deberá optarse por una interpretación

⁸²⁶ SÁEZ LARA, C., *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, ob. cit., p. 222.

⁸²⁷ *Ibidem*, p. 223.

amplia y no limitada o inflexible, tal y como ha establecido el Tribunal Constitucional⁸²⁸.

La doctrina judicial ha sido la encargada de modular esta exigencia de “implantación suficiente”.

Así, la mentada doctrina ha venido a considerar que un sindicato tiene representación suficiente aunque carezca de ella en uno de los diversos centros de trabajo afectados por la extinción colectiva al considerar que *«con independencia de cuál de las normas citadas sea la aplicable al caso que nos ocupa, lo cierto es que podemos concluir sin género de dudas que el Sindicato ELA tiene implantación suficiente en el ámbito del despido colectivo. Así, la empresa ha adoptado una única decisión de despido colectivo de la totalidad de la plantilla de dos centros de trabajo, pero lo ha hecho como una unidad, tanto en la decisión impugnada como en la tramitación previa a la misma»*⁸²⁹.

Igualmente, se le reconoce la «implantación suficiente» a un sindicato aunque este cuente con una representación minoritaria en la sociedad⁸³⁰.

⁸²⁸ SSTC 1/2007 de 15-01-2007 (RAC 5256/2003) y 352/2006 de 14-12-2006 (CI 2096/1999).

⁸²⁹ Prosigue argumentado el TSJ País Vasco en su sentencia de 09-10-2012 (R° 13/2012) que *«Fiel reflejo de ello es que la empresa ha negociado durante el período de consultas exclusivamente con el Comité Intercentros que la Memoria justificativa del pretendido despido colectivo afectaba de manera absolutamente indiferenciada a los dos centros de trabajo y que, desde luego, ha admitido la legitimación que para ese proceso negociador, tuvo el Sindicato ELA en el marco del Comité Intercentros incluso para negociar el despido en la parte afectante al centro de Urbina en cuyo concreto Comité de Empresa ELA no tendría representación. El papel relevante que al Comité Intercentros otorga el Convenio Colectivo, según la; propias palabras de la empresa en el acto del juicio oral, Comité que habría asumido las funciones de los Comités de los dos centros de la demandada en Araba, ilustra suficientemente acerca de la implantación de ELA en el ámbito de este conflicto, tal como la propia empresa lo ha delimitado con sus propias actuaciones en el proceso negociador»*

⁸³⁰ La STSJ País Vasco 11-12-2012 (R° 19/2012) vino a establecer que *«no cabe duda que las centrales sindicales cuentan con legitimación activa suficiente para promover el presente litigio, tanto por su efectiva presencia en el órgano unitario de representación del personal,*

Contrariamente, la doctrina judicial ha venido a sostener que carece de legitimación activa un sindicato sin implantación en los diversos centros de trabajo que han resultado afectados por la extinción colectiva, independientemente de que estén presentes en los órganos unitarios de otros centros de trabajo que ostenta la empresa⁸³¹.

Igualmente, también carecen de legitimación activa por no tener «implantación suficiente» cuando, aunque dicho sindicato posee 14 representantes unitarios, elegidos en la lista de UGT y, actualmente afiliados a ATRAE, por cuanto el cambio de afiliación durante la vigencia del mandato, no implica la modificación de la atribución de resultados pues, tal y como establece la Sala, la finalidad perseguida por el artículo 12.3 RD 1844/1994, de 9 de septiembre *«asegura el mantenimiento de los representantes unitarios, que cambiaron de afiliación durante la vigencia de su mandato, en la condición de representantes unitarios, para proteger los intereses de los trabajadores de sus centros de trabajo, quienes, de este modo, no quedan sin representación, pero no implica que su nuevo sindicato obtenga una representatividad que no ganó en el proceso electoral, como recuerda el Tribunal Supremo en sentencia de 3-10-2011, rec. 3904/2000 , donde subraya que la representación reconocida a los elegidos en una lista no deriva de su propia identidad personal, sino de la defensa de un proyecto*

como por el elevado número de trabajadores afiliados con que cuentan en el ámbito de la empresa demandada, deducible del alto número de trabajadores afectados por el expediente inscritos en dichas centrales. Por el contrario, los miembros del Comité de Empresa carecen de legitimación activa para impugnar, en su condición de tales, y de afiliados a ELA y LAB, a título individual, la decisión de la que discrepan. Y tampoco en nombre del órgano unitario, cuya representación no acreditan ni deviene del mero hecho de que sean la mayoría».

⁸³¹ SSAN 11-12-2013 (R° 5390/2013) y 12-06-2013 (R° 143/2013).

o programa que es sobre el que los electores decidieron votar a otra candidatura»⁸³².

Asimismo, también se ha venido a considerar que un sindicato de ámbito estatal con una sección sindical en uno de los centros de trabajo afectados, donde no tiene representantes unitarios, ni acredita un número mínimo de afiliados, carece de legitimación activa para impugnar el despido colectivo al considerarse que carece de «implantación suficiente»⁸³³.

Ahora bien, tal y como se desprende de la doctrina expuesta, debe hacerse constar que, en relación con la postura o tesis sostenida por la Audiencia Nacional (pues la mayoría de resoluciones que acaban de citarse y analizarse han sido enjuiciadas por el mentado órgano judicial) deben realizarse una serie de advertencias o precisiones.

El citado órgano judicial ha venido postulando que lo verdaderamente trascendental es si el sindicato en cuestión participó de las negociaciones dimanantes del periodo de consultas pues resultaría del todo incoherente que quien formó parte de la comisión negociadora del proceso de extinción colectiva no estuviera facultado para poder accionar contra este mediante la impugnación del despido pues la propia intervención en el proceso negociador justifica o atestigua, per se, la obligación o exigencia de la implantación⁸³⁴.

Y es que en la cuestión relativa a la exigencia de legitimación activa a la representación de carácter sindical ha conducido a la Audiencia

⁸³² SAN 10-02-2014 (R° 451/2013).

⁸³³ SAN 27-03-2013 (R° 74/2013).

⁸³⁴ SSAN 12-06-2013 (R° 143/2013) y 22-04-2013 (R° 73/2013).

Nacional a identificar⁸³⁵ «implantación suficiente en el ámbito de despido colectivo» con la «representatividad suficiente para tener derecho a participar en el periodo de consultas»⁸³⁶, doctrina esta que se justifica⁸³⁷ con el objetivo de determinar o prefijar unas directrices con el interés de que permanezcan y garanticen la seguridad jurídica⁸³⁸.

⁸³⁵ SAEZ LARA, C., *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, ob. cit., p. 224.

⁸³⁶ Así la SAN 16-05-2014 (R° 500/2013) viene a establecer que «Este término implantación suficiente no se corresponde con el previsto en el art. 154 LRJS para los conflictos colectivos. Y ello por cuanto dicho art. 154 legitima para promover conflictos a los sindicatos que cumplan el requisito de que su ámbito de actuación se corresponda o sea más amplio que el del conflicto mismo. La jurisprudencia se ha encargado de matizar la legitimidad de los sindicatos para promover acciones de conflicto colectivo exigiendo una necesaria conexión entre el accionante y la pretensión ejercitada (por todas STS de 19-12-2012 rec 282/2011 y SAN de 10-2-2014). Y en el caso de los conflictos colectivos ha exigido el cumplimiento del denominado "principio de correspondencia", tanto a la representación unitaria como a la sindical de los trabajadores. Ese principio de correspondencia no es aplicable para la impugnación de despidos colectivos, bastando para la representación sindical, con acreditar "implantación suficiente". La voluntad del legislador es que el sindicato que accione y con ello pueda llegar a dejar sin efecto el despido colectivo ostente un nivel de representatividad suficiente como tener por acreditado su interés directo en el caso concreto, que se valora en función de esa presencia real dentro de las plantillas afectadas, más aún cuando tales impugnaciones en muchos casos se plantean frente a decisiones empresariales amparadas en acuerdos logrados en el periodo consultivo con sindicatos con suficiente implantación. La función del sindicato es la defensa de los intereses de los trabajadores afiliados, pero ello no llega a convertirlos en guardianes abstractos de la legalidad (STC 201/94 y 101/96)».

⁸³⁷ Así, la Audiencia Nacional en la sentencia del Caso Panrico, SAN 16-05-2014 (R° 500/2013) viene a postular que «Por estos motivos y con el objeto además de establecer unos criterios con voluntad de permanencia y seguridad jurídica, la Sala entiende que la implantación suficiente que legitimaría para accionar vía art. 124 LRJS se logra cuando el sindicato ostente en el ámbito de la medida impugnada, en este caso un despido colectivo que afecta al total de la plantilla de PANRICO, un 7,69% del total de representantes unitarios electos, por ser dicho 7,69% el porcentaje necesario para poder ocupar uno de los 13 puestos, número máximo de miembros que integran la comisión representativa de los trabajadores para el periodo de consultas. De este modo el término implantación suficiente quedaría vinculado al mínimo exigible al sindicato para que pudiera ejercitar su acción sindical en el proceso consultivo y el umbral del 7,69% se configuraría como un dato objetivo a partir del que el ejercicio de la pretensión estaría legitimado por el nivel de representatividad alcanzado por el sindicato en el colectivo de trabajadores afectados por la decisión empresarial. Al ostentar CGT un 1,92% del total de representantes unitarios no alcanzaría el citado umbral y no se puede estimar que tenga la suficiente implantación precisa para ejercitar la acción, por lo que debe estimarse su falta de legitimación activa»

⁸³⁸ No obstante, debe hacerse constar que el Alto Tribunal, en STS 30-07-2016 (R° 323/2014), estimando en parte el recurso formulado por CGT, declara que el citado sindicato tiene legitimación activa para impugnar el despido colectivo objeto de la litis, y ello porque la Sala no comparte el criterio sostenido por la Audiencia Nacional según el que la legitimación suficiente se lograría cuando el sindicato acreditase un porcentaje de representantes

Según la propia Audiencia Nacional, la mentada equiparación vendría a fundamentarse en que la voluntad del legislador es que el sindicato que accione y con ello, pueda llegar a dejar sin efecto el despido colectivo, ostente un nivel de representatividad suficiente como tener por acreditado su interés directo en el caso concreto, que se valora en función de esa presencia real dentro de las plantillas afectadas, más aún cuando tales impugnaciones en muchos casos se plantean frente a decisiones empresariales amparadas en acuerdos logrados en el periodo consultivo con sindicatos con suficiente implantación, pues la función del sindicato es la defensa de los intereses de los trabajadores afiliados, pero ello no llega a convertirlos en guardianes abstractos de la legalidad⁸³⁹.

Tal hermenéutica se fundamenta, según la propia Sala, en que *«La capacidad representativa se diseña en sus líneas básicas en el art. 6.3 LOLS, norma que en su apartado g) abre la vía para que dichas funciones puedan perfilarse con amplitud. Y es en el art. 41.4 ET al que remite el 51.2 donde se dota de capacidad representativa a los representantes legales y/o sindicales de los trabajadores para intervenir como interlocutores en el periodo de consultas y alcanzar los correspondientes acuerdos. Dicha capacidad se extiende luego al proceso judicial en el art. 124.1 LRJS que atribuye legitimación procesal a los*

unitarios en el ámbito de la medida impugnada que le permitiese ocupar uno de los trece puestos en la comisión negociadora, puesto que una aplicación general de tal criterio supondría una prohibición de que otros sindicatos que no hubieran participado en las consultas, pero con implantación en el ámbito del conflicto, pudieran personarse como demandantes o como demandados en los procesos de despido colectivo.

⁸³⁹ SAN 16-05-2014 (Rº 500/2013).

*representantes legales de los trabajadores y a los representantes sindicales»*⁸⁴⁰.

Podría decirse que se limita el acceso al proceso a la representación sindical, pues se equipara la legitimación procesal y negocial, que no está legalmente contemplada.

Estaríamos ante una limitación de la legitimación procesal, fundamentación de la cual se vincula a la existencia de un acuerdo derivado del proceso colectivo y que fundamenta la medida empresarial contra la que se acciona.⁸⁴¹

En relación con la postura adoptada por el Alto Tribunal a este respecto radica en relacionar, en primer lugar, el artículo 124 LRJS, que regula la legitimación activa, previniéndose que la decisión empresarial podrá impugnarse por los representantes legales de los trabajadores o por los representantes sindicales, si bien en este supuesto deberán tener implantación suficiente en el ámbito del despido colectivo con el criterio de implantación suficiente contemplado en el art. 17.2 LRJS⁸⁴², que prevé que los sindicatos estarán legitimados en las acciones de cualquier

⁸⁴⁰ SAN 13-06-2014 (R° 105/2014).

⁸⁴¹Tal y como viene apuntarse por SAEZ LARA, C., *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, ob. cit., p. 225, mediante la adopción de tal exégesis interpretativa puede alcanzarse una protección del acuerdo derivado del periodo de consultas, pero el medio utilizado para tal fin, es decir, limitar procesalmente a un sindicato no parece la opción más adecuada, puesto que tal limitación carece de norma que lo justifique y, en segundo lugar, debería superar un estricto test de constitucionalidad, desde la óptica del artículo 24.1 CE.

⁸⁴² El mentado precepto viene a establecer que «*Los sindicatos con implantación suficiente en el ámbito del conflicto están legitimados para accionar en cualquier proceso en el que estén en juego sus intereses colectivos de los trabajadores, siempre que exista un vínculo entre dicho sindicato y el objeto del pleito de que se trate*». Al citado artículo se refieren las SSAN 27-03-2013 (R° 74/2013) y 20-03-2013 (R° 219/2012) para precisar la legitimación activa de la representación sindical.

proceso en el que estén en juego intereses colectivos de los trabajadores, cuando exista un vínculo entre dicho sindicato y el objeto del pleito⁸⁴³.

Es decir, tal y como se ha postulado por algún sector de la doctrina científica⁸⁴⁴, para interpretar tal indeterminado concepto jurídico debe acudir a la hermenéutica que se ha efectuado sobre la “implantación suficiente en el ámbito del despido” en relación con la legitimación de las representaciones sindicales en la empresa para incoar el proceso de conflictos colectivos (artículos 153 y siguientes LRJS).

Así parece haberlo entendido también nuestro Alto Tribunal. El mencionado órgano judicial considera que la legitimación activa en los procesos de despido colectivo previstos en el artículo 124 LRJS se concede, para el caso en que la impugnación sea ejercitada por los representantes sindicales, a aquellos que tengan implantación suficiente en el ámbito del conflicto colectivo, tal y como establece el mencionado precepto. Ahora bien, la norma nada establece sobre qué debe entenderse por implantación suficiente.

Por ello, la Sala⁸⁴⁵ se ha pronunciado en el mismo sentido que la doctrina científica: tal expresión debe entenderse acudiendo a la legitimación propia de las secciones sindicales para interponer despidos colectivos. Y ello porque considera que el artículo 124 LRJS no puede interpretarse al margen de otras normas procesales, cuya integración sistemática resulta imprescindible:

1. El artículo 17.2 LRJS, precepto que establece una regla general procesal que no es sino una traslación del artículo 7 CE;

⁸⁴³ STS 24-06-2014 (R° 297/2013).

⁸⁴⁴ BALLESTER LAGUNA, F., *La impugnación del despido colectivo*, ob. cit., p. 38.

⁸⁴⁵ SSTS 20-07-2016 (R° 323/2014) y 28-01-2015 (R° 16/2014).

2. El artículo 155 LRJS; y

3. El artículo 13 LEC.

Tal y como concluye el Alto Tribunal, *«parece claro, pues, que el legislador tiene una actitud “proactiva” respecto a la intervención procesal de los sindicatos, cuando de intereses colectivos se trata, para favorecer el cumplimiento de su función constitucional»*⁸⁴⁶.

Asimismo, el Tribunal Supremo⁸⁴⁷ reconoce que, tanto de la doctrina jurisprudencial, como de las sentencias del Tribunal Constitucional, se desprende que la capacidad abstracta que tienen los sindicatos para la protección y defensa de los derechos de los trabajadores no consiente, sin más, en concluir que es posible a priori que lleven a cabo cualquier actividad en cualquier ámbito, pues tal capacidad no alcanza a transformarlos en guardianes abstractos de la legalidad, cualesquiera que sean las circunstancias en las que ésta pretenda hacerse valer⁸⁴⁸ y siendo necesaria una conexión entre la organización que acciona y la pretensión ejercitada⁸⁴⁹.

Ese vínculo especial y concreto entre el sindicato (sus fines, su actividad, etc.) y el objeto del debate en el pleito de que se trate habrá de ponderarse en cada caso y se plasma en la noción de interés profesional o económico, traducible en una ventaja o beneficio cierto,

⁸⁴⁶ STS 30-07-2016 (R° 323/2014).

⁸⁴⁷ STS 19-12-2012 (R° 282/2011).

⁸⁴⁸ SSTC 101/1996 de 11-10-1996 (RAC 1849/1994) y 201/1994 de 04-07-1994 (RAC 1074/1993).

⁸⁴⁹ SSTS 23-02-2015 (R° 255/2013); 2-07-2012 (R° 2086/2011); 29-04-2010 (R° 128/2009); 12-05-2009 (R° 121/2008); 16-11-2008 (R° 124/2007); 4-03-2005 (R° 6076/2003) y 10-03-2003 (R° 33/2002).

cualificado y específico derivado de la eventual estimación del recurso entablado⁸⁵⁰

Por eso se ha negado la legitimación en los casos de no concurrir ese principio de correspondencia y tratarse de sindicato que no estuviera implantado en la empresa demanda⁸⁵¹.

Sirva como ejemplo la propia STS 24-06-2014 (Rº 297/2013) en la que el Alto Tribunal consideró que el sindicato accionante carecía de la implantación suficiente al no tener afiliado a ningún representante unitario de los trabajadores en ningún centro de trabajo, con lo cual, adolecía del presupuesto constitutivo para poder impugnar el despido colectivo, de acuerdo con las prescripciones establecidas en el artículo 124.1 LRJS⁸⁵².

A modo de síntesis debe exponerse que, tal y como puede desprenderse de lo que acaba de plantearse, en algunas ocasiones, la doctrina judicial y la jurisprudencia no acaban de entender, de igual modo, el requisito relativo a la «*implantación suficiente*» existiendo cierta contradicción, especialmente en la doctrina judicial en la que, en algunas supuestos, se reconoce la legitimación activa del sindicato en cuestión «*tanto por su*

⁸⁵⁰ SSTC 7/2001, 164/2003, 142/2004, 153/2007 y 202/2007.

⁸⁵¹ SSTS 20-03-2012 (Rº 71/2010); 6-06-2011 (Rº 162/2010) y 29-04-2010 (Rº 128/2009).

⁸⁵² El Alto Tribunal en la citada sentencia viene a establecer que «*En el caso ahora examinado es evidente la falta de implantación suficiente del sindicato accionante, que exige el art. 124 .1 de la LRJS para poder impugnar el despido colectivo, puesto que, como concluye con acierto la sentencia recurrida: "no habiéndose probado por CGT, quien cargaba con la prueba... mas que la constitución de una sección sindical el 23-01-2012 en el centro de trabajo de Madrid, siendo pacífico que dicha sección no tiene afiliado a ningún representante unitario de los trabajadores ni en dicho centro, ni en ningún otro, no habiéndose probado, ni intentado probar, que tenga más afiliado que (...), quien admitió, a preguntas de la Sala, que la empresa no descuenta cuotas en nómina, lo que hace imposible conocer exactamente el número de afiliados en la empresa, debemos convenir con los demandados, que CGT no acredita la mínima implantación en el ámbito del despido colectivo, que es presupuesto constitutivo para impugnarlo, a tenor con lo dispuesto en el art. 124.1 LRJS"*».

efectiva presencia en el órgano unitario de representación del personal, como por el elevado número de trabajadores afiliados con que cuentan en el ámbito de la empresa»⁸⁵³ mientras que, en sentido contrario, ha venido a negarse tal legitimación activa de una determinada sección sindical radicada en uno de los centros de trabajo de la empresa en cuestión al entender que «siendo pacífico que dicha sección no tiene afiliado a ningún representante unitario de los trabajadores ni en dicho centro, ni en ningún otro, no habiéndose probado, ni intentado probar, que tenga más afiliado que don Carlos Miguel»⁸⁵⁴.

A mi entender, y siguiendo la postura sostenida por parte de algún sector de la doctrina científica⁸⁵⁵ así como la postulada por el Alto Tribunal, la hermenéutica establecida respecto al requisito de implantación suficiente en el ámbito del conflicto colectivo es la que debe guiar la interpretación del requisito exigido expresamente por el artículo 124.1 LRJS relativo a la representación sindical para poder accionar frente al despido colectivo, consistente en que tengan «*implantación suficiente*» en el ámbito de la mentada extinción.

En conclusión, cabe entender que, en relación con las representación sindicales, nuestra norma estatutaria resulta más exigente cuando se trata de participar en las negociaciones dimanantes del periodo de consultas, que cuando se trata de impugnarlo, pues en el primero de los supuestos, el artículo 41.4 ET exige que las representación sindicales tengan la representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los delegados de personal, mientras que, en el segundo caso, resulta

⁸⁵³ STSJ País Vasco 11-12-2012 (R° 19/2012).

⁸⁵⁴ SAN 27-03-2013 (R° 74/2013).

⁸⁵⁵ BALLESTER LAGUNA, F., *La impugnación del despido colectivo*, ob. cit., pp. 46 y 47.

suficiente que la sección o secciones sindicales accionantes tengan implantación suficiente en el ámbito del despido colectivo, en los términos que ya han sido expuestos y que, tal y como se ha apuntado, no requiere su presencia mayoritaria⁸⁵⁶.

Finalmente, debe hacerse constar que también están legitimados para accionar frente a la extinción colectiva la representación unitaria de los trabajadores.

Debe recordarse pues que el artículo 65.1 ET reconoce al comité de empresa capacidad, como órgano colegiado, para ejercer acciones administrativas o judiciales en todo lo relativo al ámbito de sus competencias, por decisión mayoritaria de sus miembros.

A este respecto, debe recordarse que la actuación procesal de la representación unitaria se rige por sus reglas generales⁸⁵⁷ y, en relación

⁸⁵⁶ Así se desprende de la SSTSJ País Vasco 11-12-2012 (R° 19/2012) y 9-10-2012 (R° 13/2012).

⁸⁵⁷ La SAN 11-03-2013 (R° 381/2012) vino a establecer que «*Como es sabido, los representantes legales de los trabajadores pueden ser unitarios o sindicales: Los representantes unitarios pueden ser delegados de personal, cuyas competencias se ejercen mancomunadamente, a tenor con lo dispuesto en el art. 62.2 ET , o comités de empresa, cuyas competencias judiciales o administrativas, en todo lo relativo al ámbito de sus competencias, debe ejercerse por decisión mayoritaria de sus miembros, conforme dispone el art. 65.1 ET . Parece claro, por tanto, que la legitimación activa de los representantes unitarios para la impugnación del despido colectivo solo puede ejercerse mancomunadamente por los delegados, cuando esa sea la representación en la empresa, o por la mayoría del comité de empresa, cuando sea ese el órgano unitario en la empresa. - Dicha conclusión excluye la posibilidad de que representantes unitarios puedan ejercer dicha acción, por el mero hecho de ostentar dicha condición, salvo que acrediten las mayorías citadas. Por consiguiente, probado que los cinco demandantes individuales, afiliados a ELA, ostentan la condición de componentes de comités de empresa, aunque no se ha acreditado exactamente de qué comité o comités de la empresa demandada, sin que se haya probado que su iniciativa contara con la mayoría del comité o comités, debemos estimar inexorablemente la excepción de falta de legitimación activa , porque los representantes unitarios no están legitimados para impugnar individual o pluralmente el despido colectivo conforme a lo dispuesto en el art. 124.1 LRJS».*

En base a estos argumentos, la Audiencia Nacional, en su SAN 26-11-2013 (R° 321/2013) ante un supuesto en el que de tres delegados de personal únicamente uno es el que interpone la demanda, considera que «*se hace absolutamente evidente que el demandante carece de legitimación activa para impugnar el despido colectivo, por cuanto los delegados de los*

con la representación colegiada, como el comité de empresa o comité Intercentros se exigirá la acreditación de la correcta conformación de la voluntad del órgano⁸⁵⁸.

Lo mismo ocurre con los delegados de personal que, para poder impugnar la decisión extintiva, deberá alcanzarse un acuerdo mayoritario por parte de sus miembros, independientemente de que el artículo 62.2 ET los configure como un órgano mancomunado⁸⁵⁹.

Asimismo y, en relación con las representaciones sindicales, podrán actuar tanto los sindicatos, de manera directa, como las secciones sindicales (de manera indirecta), de acuerdo con lo que se establezca en el Estatuto del Sindicato. Además, debe añadirse que cuando se declare

trabajadores no pueden actuar unilateralmente, como defiende el demandante, sino mancomunadamente, como exige el art. 62.2 ET».

⁸⁵⁸ Contrariamente, la STSJ País Vasco 11-12-2012 (R° 19/2012) considera que si bien no cabe duda que las centrales sindicales cuentan con legitimación activa suficiente para promover el litigio en cuestión, tanto por su efectiva presencia en el órgano unitario de representación del personal, como por el elevado número de trabajadores afiliados con que cuentan en el ámbito de la empresa demandada, deducible del alto número de trabajadores afectados por el expediente inscritos en dichas centrales, contrariamente, los miembros del Comité de Empresa carecen de legitimación activa para impugnar, en su condición de tales, y de afiliados a ELA y LAB, a título individual, la decisión de la que discrepan. Y tampoco en nombre del órgano unitario, cuya representación no acreditan ni deviene del mero hecho de que sean la mayoría.

La STSJ País Vasco 09-10-2012 (R° 13/2012) viene a reconocer la legitimación activa del Comité Intercentros, al considerar suficiente la certificación presentada en relación con la reunión del comité y su decisión de iniciar acciones judiciales y administrativas respecto a la decisión empresarial de extinguir los contratos de toda la plantilla, pues la certificación se halla debidamente firmada por el Presidente y por el Secretario del Comité, lo que ya sería suficiente para considerar correctamente adoptada la decisión con la conformación de la mayoría según se previene en el artículo 65 ET en relación con los apartados 2 y 3 de su artículo 63 para los Comités Intercentros.

⁸⁵⁹ Aunque las SSAN 27-03-2013 (R° 74/2013) y 20-03-2013 (R° 219/2012), obiter dicta, vinieron a determinar requisito sine qua non que los delegados de personal prueben que la impugnación fue decidida de manera mancomunada.

No obstante, en el ámbito relativo al proceso de conflicto colectivo, ha venido a considerarse suficiente el acuerdo mayoritario. Así lo consideraron las SSTSJ Comunidad Valenciana 8-07-2010 (R° 1381/2010) y Castilla-La Mancha 26-01-2005 (R° 1937/2004).

actuar en nombre de una concreta sección sindical, deberá acreditarse la legitimación activa pretendida⁸⁶⁰.

En cuanto a las comisiones *ad hoc*, será suficiente con que los trabajadores concedan poderes a los miembros que las integran⁸⁶¹.

Igualmente, deberá observarse que la existencia de diversos sujetos con legitimación activa para impugnar la extinción colectiva puede desembocar en la aplicación de las pautas previstas para la acumulación de acciones o de procesos prevista en los artículos 25 y siguientes LRJS⁸⁶².

Otra cuestión que debemos debatir en relación con la legitimación activa es la que deviene dependiente del resultado del periodo negociador, según finalice con acuerdo o sin él.

Cuando el periodo negociador finalice sin acuerdo, tanto la representación unitaria como la sindical (siempre que cuente con la «*implantación suficiente en el ámbito del despido colectivo*») podrán impugnarlo, ya sea de manera conjunta, ya sea de manera separada, dependiendo de los intereses que estén en juego⁸⁶³.

Mayor problemática ha derivado del supuesto en que el periodo de consultas finalice con acuerdo, pues la controversia fundamental ha radicado en, si en caso de que se llegue a tal acuerdo, están legitimados para impugnar la extinción colectiva los sujetos rubricantes del mismo.

⁸⁶⁰ *Vid.*, al respecto, las SSAN 10-02-2014 (R° 451/2013) y 11-03-2013 (R° 10/2013)

⁸⁶¹ SAN 13-05-2013 (R° 89/2013).

⁸⁶² BALLESTER LAGUNA, F., *La impugnación del despido colectivo*, *ob. cit.*, p. 47.

⁸⁶³ Así se considera por parte de BALLESTER LAGUNA, F., *La impugnación del despido colectivo*, *ob. cit.*, p 40, a lo que añade que tal postura debe sostenerse «a diferencia de lo que ocurre con la legitimación para intervenir durante el periodo de consultas, que se ha interpretado en términos alternativos y excluyentes entre la representación unitaria o sindical».

Cuando el periodo de consultas finalice con acuerdo, los interlocutores sociales que hubieran participado en su conclusión, ya sea la representación unitaria o la sindical, no podrán impugnar el despido colectivo⁸⁶⁴, al menos como regla general, estando legitimados para ellos los sujetos colectivos que no hubieran participado en las negociaciones o, de haber sido parte en tal periodo negociador, aquellos interlocutores colectivos que no hubieran estado conformes⁸⁶⁵.

Es más, el artículo 124.4 LRJS considera legitimados pasivamente a los rubricantes del acuerdo dimanante del periodo de consultas.

Consiguientemente, para el supuesto en que las negociaciones se hubieren encabezado por los delegados de personal, los miembros del comité de empresa, o por el comité intercentros⁸⁶⁶, según cada supuesto, estarán legitimados activamente para accionar contra la extinción colectiva aquellas representaciones sindicales con implantación suficiente en el ámbito de la mentada extinción; no siendo aceptable que uno o diversos miembros del órgano de representación unitaria que no hubiera prestado su conformidad a la extinción pueda impugnarlo⁸⁶⁷, pues la voluntad mayoritaria del citado órgano representativo ya habría quedado patente al mostrarse conforme al acuerdo y, asimismo, la LRJS únicamente reconoce la legitimación activa al órgano como tal, que viene a expresarse a través de los votos mayoritarios de sus componentes. En contra, y para el supuesto en que el proceso negociador se hubiera llevado a cabo por una o diversas secciones sindicales que

⁸⁶⁴ Me remito a lo expuesto con anterioridad, respecto a la discusión mantenida en la doctrina judicial sobre la posibilidad de que el acuerdo que ponga fin al proceso de negociación pueda impugnarse por aquellos sujetos que lo han firmado.

⁸⁶⁵ BALLESTER LAGUNA, F., *La impugnación del despido colectivo*, ob. cit., p. 40.

⁸⁶⁶ Siempre que tenga atribuida la competencia por convenio colectivo.

⁸⁶⁷ Recordemos lo expuesto en la SAN 26-11-2013 (R° 321/2013).

ostenten la mayoría del órgano de representación unitaria, estarán legitimados para impugnar la extinción colectiva, tanto las secciones sindicales con implantación suficiente en el ámbito del despido colectivo que no hubieran sido parte en el proceso de consultas o que, de haber intervenido, se hubieran opuesto al mismo, así como los órganos de representación unitaria, que han estado ausentes, como tal, en el periodo de consultas del procedimiento de despido colectivo⁸⁶⁸.

Si bien con anterioridad ha quedado expuesto que, por regla general, los sujetos firmantes del acuerdo que da por finalizado el periodo de consultas no pueden, *a posteriori*, impugnarlo, viene a apuntarse que tal principio general debe desatenderse cuando la impugnación se fundamente en la convergencia de vicios en el consentimiento puesto que no hay motivo alguno para excluir la posibilidad de que tales sujetos, que se han visto afectados por la convergencia de tales vicios, puedan combatirlos en sede judicial⁸⁶⁹.

En otro orden de cosas, debe ahora abordarse el aspecto relativo a si puede impugnarse la decisión extintiva individualmente o en solitario por parte de los representantes de los trabajadores o de las comisiones *ad hoc* radicadas en algunos centros de trabajo de la empresa cuando tal extinción haya afectado a varios centros de trabajo cuyos representantes renunciaran a actuar.

En relación con lo que acaba de exponerse, debe hacerse constar que los representantes de los trabajadores establecidos o instaurados en centros de trabajo cuyos trabajadores no se hayan visto afectados por la decisión extintiva no estarán legitimados para impugnar el despido colectivo

⁸⁶⁸ BALLESTER LAGUNA, F., *La impugnación del despido colectivo, ob. cit.*, pp. 40 y 41

⁸⁶⁹ *Ibidem*, p. 41.

acaecido en otros centros de trabajo a los cuales no llega su actividad representativa.

No obstante, cuando se trate de los representantes de los trabajadores propios de algún o algunos centros de trabajo afectados por la decisión extintiva, según se ha postulado por algún autor⁸⁷⁰, debería reconocerse tal legitimación, ya que carecería de sentido el hecho de que la falta de acción por parte de los representantes de algunos centros de trabajo, que puede deberse tanto a la carencia de interés en la eventual impugnación así como en relación con una imposibilidad de poder ejercerla, obstaculizara o incluso impidiera que el resto de representantes no pudiera ejercitar la acción colectiva de impugnación⁸⁷¹.

El problema que deriva de la mentada hermenéutica estriba respecto al alcance que debe concedérsele a dicha impugnación, con relación a si la misma puede cuestionar la totalidad del despido colectivo o, por el contrario, debe quedar circunscrita a los centros de trabajo en los que los sujetos accionantes desenvuelven su actividad representativa⁸⁷².

Tal y como ha venido a ponderarse por algún sector de la doctrina científica⁸⁷³, en relación con los pros y los contras que derivan del posible alcance que se le conceda a la mentada impugnación, las conclusiones que derivan de tal reflexión son las siguientes⁸⁷⁴:

⁸⁷⁰ BALLESTER LAGUNA, F., *La impugnación del despido colectivo*, ob. cit., p. 44.

⁸⁷¹ SAN 20-03-2013 (Rº 219/2012).

⁸⁷² SAN 20-03-2013 (Rº 219/2013).

⁸⁷³ BALLESTER LAGUNA, F., *La impugnación del despido colectivo*, ob. cit., p. 45.

⁸⁷⁴ Conclusiones alcanzadas por BALLESTER LAGUNA, F., *La impugnación del despido colectivo*, ob. cit., pp. 45 a 47.

1. Por un lado, estimar que la pretensión ejercitada y su consiguiente pronunciamiento judicial no puede sobrepasar el límite del centro o centros de trabajo donde estén ubicados los sujetos accionantes concordaría con la jurisprudencia relativa al proceso de conflictos colectivos, que viene a considerar que la resolución judicial no puede afectar a trabajadores que no estén bajo el manto de representación de los sujetos que accionan el proceso en cuestión.
2. Asimismo, de esta tesis postulada también se desprenden una serie de inconvenientes, entre los cuales, destaca el hecho de que, con tal interpretación, se proyecta un ámbito de afectación del conflicto totalmente distorsionado, que dista mucho del alcance que verdaderamente comprende pues es un conflicto, cuyo nivel de afectación abarca a la totalidad de la empresa pero que, en puridad, se plantea únicamente en el marco de uno o varios centros de trabajo, lo que puede contravenir el principio de correspondencia entre los sujetos colectivos que intervienen en el proceso y el ámbito del conflicto que se ha planteado, un dato que, para la jurisprudencia resulta objetivo e indisponible que no puede verse adulterado por la pretensión⁸⁷⁵.
3. Otra desventaja o contrariedad derivaría sobre tal restrictiva interpretación del alcance de la pretensión ejercitada derivaría del principio de seguridad jurídica previsto en el artículo 9.3 CE, en relación con la posibilidad de evitar la existencia de resoluciones discordantes sobre un mismo asunto.

La solución que pondría fin al controvertido alcance de la pretensión ejercitada sería mediante la adopción de una hermenéutica amplia con

⁸⁷⁵ STS 2-07-2012 (RUD 2086/2011).

relación al alcance de la misma. Sin embargo, con tal interpretación se estaría incurriendo en una falta de correspondencia entre el ámbito en que actúan los sujetos accionantes y el marco real de afectación de la extinción colectiva⁸⁷⁶, problemática esta que aminoraría en relación con los representantes sindicales, pues su legitimación depende, en puridad, de que tengan la suficiente implantación en el ámbito del despido colectivo.

Para finalizar, debe hacerse constar que por parte del algún autor⁸⁷⁷ ha venido a defenderse la legitimación activa directa de los trabajadores afectados por el despido colectivo.

A este respecto se ha pronunciado otro sector de la doctrina científica⁸⁷⁸, a mi entender, de manera totalmente acertada, negando tal posibilidad, puesto que los trabajadores disponen de una propia vía de impugnación de los despidos, de conformidad con el artículo 124.13 LRJS.

2.4. Legitimación pasiva

Por lo que se refiere a la legitimación pasiva en el proceso de impugnación de despido colectivo, la impugnación de la medida empresarial exigirá demandar, imperiosamente, al empresario.

⁸⁷⁶ No obstante, tal y como apunta BALLESTER LAGUNA, F., *La impugnación del despido colectivo*, *ob. cit.*, p. 45, en el proceso impugnatorio de convenios colectivos, el mentado principio de correspondencia no resulta exigible, llegándose al extremo de admitir la legitimación de un comité de centro para impugnar un convenio colectivo de empresa por resultar ilegal.

⁸⁷⁷ LUJAN ALCARAZ, J. y TARRAGA POVEDA, J., “Legitimación activa en la nueva modalidad procesal de despidos colectivos”, *Aranzadi Social, Revista Doctrinal*, N° 2, 2012, p. 401.

⁸⁷⁸ BALLESTER LAGUNA, F., *La impugnación del despido colectivo*, *ob. cit.*, p. 46.

Asimismo, el artículo 124.4 LRJS dispone que, en caso de que el periodo de consultas dimanante del procedimiento de despido colectivo hubiera finalizado con acuerdo, también deberá demandarse a los rubricantes del mismo.

Por tanto, también estarán legitimados pasivamente «*los sujetos firmantes del mismo*» surgiendo así un litisconsorcio pasivo necesario⁸⁷⁹, debiendo entenderse por tales sujetos a los miembros que constituyeron la comisión negociadora del proceso de consultas⁸⁸⁰ quienes, tal y como se ha defendido⁸⁸¹, no están legitimados activamente para accionar contra la extinción colectiva, a excepción de casos extraordinarios en los que se alegue la concurrencia de vicios del consentimiento en la adopción del acuerdo.

Ahora bien, los sujetos demandados, si comparten la postura sostenida por la parte actora, solo podrán allanarse a sus pretensiones, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 21 LEC, o solicitar que la resolución se ajuste a derecho, pero no resultará admisible que se conviertan en demandantes y aleguen hechos nuevos, pues se estaría produciendo una variación de la demanda que crearía indefensión a los demandados⁸⁸².

⁸⁷⁹ Vid., al respecto, AZAGRA SOLANO, M., “Despido colectivo: comunicación de la decisión a los representantes de los trabajadores”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, N° 4, 2014, pp. 153 y ss.

⁸⁸⁰ Tal y como vino a disponer la SAN 13-05-2013 (R° 89/2013) «*si las comisiones ad hoc, sindicalizadas o no, están formadas por representantes legales de los trabajadores, están legitimadas activamente para impugnar el despido colectivo, en cuya negociación participaron, cuando no alcanzaron acuerdo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 124.1 LRJS y estarán legitimadas pasivamente cuando alcanzaron acuerdo, o cuando sea el empresario, quien promueva la acción de jactancia, a tenor con lo dispuesto en el art. 124.3 y 4 LRJS*».

Por tanto, las comisiones ad hoc también estarán legitimadas pasivamente para el supuesto en el que no se haya alcanzado acuerdo durante el periodo negociador.

⁸⁸¹ BALLESTER LAGUNA, F., *La impugnación del despido colectivo*, ob. cit., p. 50.

⁸⁸² La Audiencia Nacional, en SAN 04-07-2013 (R° 168/2013) estableció que «*Dicha opción no es posible en el art. 124, donde los demandados que compartan la tesis actora, podrán allanarse a sus pretensiones, de conformidad con lo dispuesto en el art. 21 LEC, o pedir una*

2.5. La intervención en el proceso de otros sujetos

Además de la necesaria intervención de los legitimados activa y pasivamente, también se permite la intervención en el proceso de otros sujetos.

Tal intervención procesal ha venido originando algunas dudas interpretativas en su puesta en práctica: quiénes pueden personarse en este proceso, cuál será su posición procesal y sus facultades de defensa y de prueba⁸⁸³.

2.5.1. La intervención de la Autoridad laboral

Asimismo, se prevé la intervención o personación en el proceso de la Autoridad laboral, que podrá ser parte en el proceso iniciado por la representación de los trabajadores (o por el propio empresario) cuando iniciado el citado proceso, la Autoridad laboral presentase demanda de oficio, de acuerdo con lo establecido en el artículo 148 b) LRJS⁸⁸⁴, y que

sentencia ajustada a derecho, pero no admite, de ningún modo, que se conviertan en demandantes y aleguen (...) hechos nuevos, (...) puesto que dicha alegación comporta objetivamente una variación de la demanda, que provocó indefensión a los demandados». En el mismo sentido se pronuncia la SAN 15-07-2013 (R^o 200/2013).

⁸⁸³ SAEZ LARA, C., *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, ob. cit., p. 228.

⁸⁸⁴ El mentado precepto dispone que la Autoridad laboral podrá iniciar proceso de oficio como consecuencia de, entre otros supuestos, «*De los acuerdos de la Autoridad laboral competente, cuando ésta apreciara fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión de los acuerdos de suspensión, reducción de la jornada o extinción a que se refieren el artículo 47 y el apartado 6 del artículo 51 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y los remitiera a la autoridad judicial a efectos de su posible declaración de nulidad. Del mismo modo actuará la Autoridad laboral cuando la entidad gestora de la prestación por desempleo hubiese informado que la decisión extintiva de la empresa pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados, por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo*».

quedará suspendido, tal y como dispone el artículo 124.7 LRJS⁸⁸⁵, hasta que aquel proceso quede resuelto.

No obstante, se ignora el verdadero alcance o la auténtica trascendencia que posee esta atribución de la condición de parte a la Autoridad laboral, trascendencia que penderá de la hermenéusis que realicen los aplicadores del derecho⁸⁸⁶.

Tal personación no resultará conflictiva cuando coincida la pretensión esgrimida por la representación de los trabajadores con la de la Autoridad laboral, pretensión esta que estribará en la declaración de nulidad por convergir alguno de los vicios previstos en el artículo 148 b) LRJS. En tal supuesto, la Autoridad laboral estará interesada en personarse en proceso iniciado por la representación de los trabajadores, con la finalidad de defender su postura, pudiendo además, que lo resuelto en el procedimiento instando por la representación de los trabajadores, en el supuesto en el que la Autoridad laboral se presente en tal proceso, despliegue los efectos de cosa juzgada respecto al proceso de oficio pendiente⁸⁸⁷.

Contrariamente, cuando el objeto de la pretensión ejercitada no sea la declaración de nulidad en base a los motivos enumerados en el artículo 148 b) LRJS, es decir, por dolo, coacción, fraude o abuso de derecho en la concusión del acuerdo que pone fin al periodo de consultas (porque, por ejemplo, se busca que el órgano judicial dictamine la improcedencia del

⁸⁸⁵ El artículo 124 LRJS, en su apartado séptimo, dispone que «*Si una vez iniciado el proceso por los representantes de los trabajadores se plantea demanda de oficio de conformidad con lo previsto en el artículo 148.b) de esta Ley, se suspenderá ésta hasta la resolución de aquél. En este supuesto, la Autoridad laboral estará legitimada para ser parte en el proceso incoado por los representantes de los trabajadores o por el empresario. La sentencia, una vez firme, tendrá eficacia de cosa juzgada sobre el proceso de oficio pendiente de resolución*».

⁸⁸⁶ BALLESTER LAGUNA, F., *La impugnación del despido colectivo*, ob. cit., p. 50.

⁸⁸⁷ *Ídem*

despido colectivo) la intervención en el proceso de la Autoridad laboral no parece tan evidente, y ello porque:⁸⁸⁸

1. Por un lado, la pretensión ejercitada, que queda precisada o determinada en la demanda de impugnación del despido colectivo interpuesta por la representación de los trabajadores, les es totalmente desconocida, y
2. Por otro lado, parece cuestionable que la única pretensión que la Autoridad laboral puede ejercitar se lleve a cabo mediante su personación en el proceso y su ejercicio *ex novo* de la mentada pretensión, pues resulta evidente que la inseguridad jurídica así como la indefensión de las partes intervinientes en el proceso resulta más que patente.

Ahora bien, si la interpretación que se adopta tiene un alcance más limitado respecto al alcance y trascendencia de la intervención en el proceso de la Autoridad laboral, podría decirse que su intervención en el proceso tendría poco sentido, pues sus posibilidades de actuación serían más bien nulas⁸⁸⁹.

Igualmente, en relación con la advertencia prevista en el artículo 124.7 LRJS relativa a que «*La sentencia, una vez firme, tendrá eficacia de cosa juzgada sobre el proceso de oficio pendiente de resolución*» debe plantearse si resulta exigible su aplicación para el supuesto en que la pretensión de la demanda instada por la representación de los trabajadores no tenga como objeto la declaración de nulidad de la extinción colectiva en base a los motivos que justifican la pretensión de

⁸⁸⁸ *Ibidem*, p. 51.

⁸⁸⁹ Contrario a esta interpretación restrictiva se muestra BALLESTER LAGUNA, F., *La impugnación del despido colectivo*, *ob. cit.*, p. 51.

la Autoridad laboral, es decir, la concurrencia de dolo, coacción fraude o abuso de derecho en la adopción del acuerdo derivado del periodo negociador.

2.5.2. La intervención del FOGASA

Otro organismo que también puede intervenir en el proceso, aunque el artículo 124 LRJS no prevé su personación es el FOGASA. El FOGASA podrá ser parte en el proceso de despido colectivo, y ello porque, si bien la sentencia que ponga fin al proceso no incide directamente sobre él, sino que serán las pretensiones individualmente ejercitadas las que puedan despertar su interés, no obstante, de acuerdo con lo establecido en el artículo 23 LRJS, su objetivo o finalidad puede estribar en personarse en el proceso como «*interviniente adhesivo simple*» para los supuestos de responsabilidad subsidiaria⁸⁹⁰, pues el contenido de la sentencia que derive del proceso colectivo, ya declare la extinción colectiva ajustada a derecho, improcedente o nula, extenderá los efectos de cosa juzgada en las demandas individuales de despido, en las que el FOGASA solo podrá refutar en el proceso de impugnación del despido colectivo⁸⁹¹.

Una vez analizada la personación en el proceso de la Autoridad laboral y del FOGASA, debemos plantearnos si es posible que intervengan en el proceso de despido colectivo otros sujetos que no hayan accionado contra la extinción colectiva.

⁸⁹⁰ SAEZ LARA, C., *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, ob. cit., p. 228.

⁸⁹¹ PRECIADO DOMÈNECH, C.H., “El nuevo proceso de despido colectivo en la Ley 3/12 de 6 de julio” *Jurisdicción social. Revista on-line de la comisión de lo social de Jueces para la Democracia*, 2012, N° 125, p. 134.

2.5.3. La personación de los sindicatos

En relación con la posible personación en el proceso de los sindicatos, la doctrina judicial ha venido a imposibilitar su intervención y estimar su falta de legitimación para ser parte del proceso cuando estos *«no han presentado demanda ni han sido demandados»*.

La Audiencia Nacional⁸⁹² ha venido a considerar que las reglas de legitimación activa del art. 124 LRJS constituyen una especificación de la genérica previsión del art. 17, que operaría en caso de duda o laguna, y ello porque *«si la previsión genérica de la personación operara siempre y en todo caso, no tendría sentido que el art. 155 LRJS se molestara en incluir esta posibilidad para el proceso de conflicto colectivo»* de modo que viene a considerar que *«la propia existencia de esta norma expresa confirma que no opera en el despido colectivo, para el que nada de esto se contempla directa o indirectamente»*.

Los sindicatos, en aras de justificar su personación en el proceso, defendieron su interés legítimo, aludiendo incluso a la existencia de pleitos individuales que se verían afectados por los efectos de cosa juzgada de la sentencia que se derivase del proceso de despido colectivo en cuestión.

Si bien la Sala coincide sin fisuras en que ostentan interés legítimo innegable viene a recordarles que *«el art. 17 LRJS no habilita al titular de un interés legítimo a personarse en todo pleito en el que el mismo se dilucide, sino que, en su apartado primero, le reconoce el derecho a "ejercitar acciones ante los órganos jurisdiccionales del orden social, en*

⁸⁹² SAN 08-07-2013 (Rº 180/2013).

los términos establecidos en las leyes" lo que nos devuelve al art. 124 LEC y a sus reglas de legitimación activa. CCOO, UGT y CSI-CSIF tenían a su disposición la posibilidad de impugnar el despido para defender esos intereses legítimos que nadie pone en duda, tal como hicieron los demandantes, y sin embargo optaron por no ejercitar ese derecho».

Aunque, si bien por parte del algún autor de la doctrina científica⁸⁹³ ha venido a señalarse que tal resolución contravendría la doctrina constitucional interpretativa del derecho a la tutela judicial efectiva respaldado por el artículo 24 CE, a mi entender, la postura sostenida por la Audiencia Nacional resulta del todo apropiada, conveniente y lógica pues la Sala no está en ningún momento privando el acceso de los sindicatos al proceso, sino que únicamente les está haciendo constar que la vía por ellos pretendida no es la adecuada en el proceso de impugnación de despido colectivo. Así, el mencionado órgano judicial viene a razonar que los sindicatos accionantes *«no tenían, en absoluto, cerrado el paso procesal para la tutela judicial de sus pretensiones, en el plazo de caducidad que la ley contempla a estos efectos; plazo estricto y de orden público que han dejado pasar y que, si se les permitiera ahora sumarse, como solicitan, a la parte demandante, estarían defraudando. Por otro lado, el derecho a la tutela judicial efectiva también asiste a la parte demandada, que se encuentra con que, más allá de las demandas*

⁸⁹³ Así lo ha entendido SAEZ LARA, C., *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, ob. cit., p. 229, postulando, asimismo, que *«Más acorde con el artículo 24 CE es entender que pueden adherirse formalmente a la demanda, haciendo suyas las pretensiones de la misma y sin causar indefensión a los demandados (que puede conocer las alegaciones subsumidas en la causa de pedir de la demanda y sin que se entre a conocer sobre causas nuevas de pedir que determinarán la manifiesta indefensión de la contraparte) y ello de conformidad con el artículo 85.1 LRJS».*

para cuya contestación debía prepararse, ahora se suman las alegaciones de tres sindicatos más, que plantean nuevos hechos y causas de pedir, vulnerando así, flagrantemente, el derecho a la defensa de la empresa. Y todo ello, insistimos, cuando han dejado pasar el plazo de impugnación que la ley procesal les confería. La vulneración no se produciría si CCOO, UGT y CSI-CSIF hubieran ejercitado el derecho que tenían a plantear demanda, lo que habría permitido conciliar la tutela judicial efectiva de todas las partes. En definitiva, entendemos que los tres sindicatos referidos no ostentan legitimación para participar en el presente pleito, dado que no son demandantes ni han sido demandados, ni tampoco el legislador prevé la posibilidad de su personación en el procedimiento de despido colectivo, pudiendo haber hecho valer su interés legítimo mediante la interposición de la correspondiente demanda, a lo que tenían derecho en las mismas condiciones que quienes sí las han interpuesto».

2.5.4. La personación de los trabajadores afectados

Si tal y como se ha expuesto con anterioridad, se ha venido discutiendo si los trabajadores afectados por la decisión empresarial de reestructuración colectiva estaban legitimados activamente para impugnar el despido colectivo, también ha venido a plantearse si el mentado colectivo puede presentarse en el proceso de idéntica naturaleza.

El artículo 124 LRJS no contempla tal posibilidad, con la única salvedad de la referencia prevista en el apartado nueve del citado precepto y relativa a la notificación del proceso planteado por los representantes de los trabajadores a los trabajadores que pudieran resultar afectados, para que en el plazo de quince días comuniquen al órgano judicial un domicilio a efectos de notificación de la sentencia.

Si bien es cierto que, a mi entender, los trabajadores afectados no estarían legitimados para ejercitar la acción prevista en el artículo 124.1 LRJS, es decir, la acción de carácter colectiva, pues se estaría produciendo una injerencia por parte de un colectivo al que la ley no legitima para tal ejercicio, disponiendo tal personal afectado de la acción o impugnación individual prevista en el artículo 124.13 LRJS, la doctrina judicial⁸⁹⁴, por el contrario, entiende que debe admitirse su intervención en el proceso, al considerarse que *«los trabajadores que han solicitado personarse en la causa, son terceros para los que no está expresamente prevista una intervención principal, pero que sin embargo,*

⁸⁹⁴ STSJ Cantabria 26-09-2012 (R° 2/2012).

ostentan un interés legítimo en relación al mismo, en los términos del art. 17.1 LRJS»⁸⁹⁵.

Aunque la Sala reitera no entrar en consideraciones generales, relativas a la posible legitimación activa o pasiva de los trabajadores, individualmente considerados, en todos los supuestos de reclamación, que admite la modalidad procesal del art. 124 LRJS, pues la mentada cuestión excede de lo que concretamente se ha planteado en el proceso objeto de enjuiciamiento, no obstante, considera que *«debe admitirse el personamiento de los referidos trabajadores, junto a los restantes que así lo han solicitado (...) respecto a la (trabajadora) que no se había interesado previamente su intervención, al concurrir en el presente caso, el referido interés legítimo. De este modo, aunque el art. 124 LRSJ, no regula expresamente la participación de los trabajadores afectados por la medida, en el proceso, más allá de lo establecido en el apartado noveno, esto es, a fin de practicar las oportunas notificaciones (art. 124.12 LRJS), lo cierto es que cabe admitir su intervención, por la vía prevista en el art. 13 LEC. Dicho artículo es aplicable al proceso laboral, de conformidad con lo establecido en la disposición final 4ª LRJS.*

Por tanto, debe entenderse que los mismos, tienen la condición de terceros, no originariamente demandados, ya que han solicitado una intervención voluntaria en el proceso y consta que, en este concreto supuesto, ostentan un interés legítimo, pues la sentencia que se dicte, va

⁸⁹⁵ Debe hacerse constar, asimismo, que la Sala considera que en el supuesto objeto de enjuiciamiento han de tomarse en consideración las concretas circunstancias concurrentes, en especial que *«la demanda se formula por la empresa, tras el acuerdo con la representación de los trabajadores y también, que la medida no ha sido impugnada por los no firmantes, lo que determina que los trabajadores que han solicitado personarse en la causa, son terceros para los que no está expresamente prevista una intervención principal, pero que sin embargo, ostentan un interés legítimo».*

a producir efecto de cosa juzgada en las impugnaciones individuales, lo que puede provocar una efectiva indefensión material, desde la perspectiva de la eventual falta de contradicción».

En síntesis, la argumentación esgrimida por el citado órgano judicial para fundamentar la intervención de los trabajadores afectados en el proceso radica en que el mentado colectivo ostenta un interés legítimo, en términos del art. 17 LRJS y 13 LEC, puesto que la sentencia que se dicte producirá el efecto de cosa juzgada en las impugnaciones individuales, lo que podría provocar una indefensión material desde la óptica de una posible falta de contradicción.

A mí entender, tal postura resulta insostenible, y ello porque:

1. Por un lado, se les estaría concediendo a los trabajadores afectados una doble vía de intervención en el proceso de despido colectivo, contraviniendo con tal actuación lo dispuesto en el artículo 124 LRJS que, en su apartado primero, legitima a los representantes legales de los trabajadores a impugnar la decisión empresarial de despido colectivo; por lo que, es en este colectivo, en quien radicaría el ejercicio de la acción colectiva y,
2. Por otro lado, los trabajadores afectados por la decisión extintiva disponen de la vía del artículo 124.13 LRJS, es decir, de la acción individual o de la impugnación individual del despido para garantizar su derecho de defensa.

También se mostró contrario a esta doctrina judicial nuestro Alto Tribunal en STS 26-12-2013 (Rº 28/2013), al entender que no es posible la entrada de trabajadores individuales en un proceso colectivo, como es

el proceso del art. 124 LRJS, tanto en su regulación general, como en la especial del apartado tercero del citado artículo.

Según la Sala, *«se trata de una modalidad procesal, que es, desde luego, una variante del proceso colectivo, tanto por su objeto que se refiere a los pronunciamientos de carácter general que relaciona el número 2 de este precepto, como por el propio contenido de la sentencia que el propio art. 124.3 define como declarativa. Así se desprende además con toda claridad de las reglas de legitimación de los números 1 y 3 del artículo. Para el proceso colectivo de impugnación están activamente legitimados los representantes legales o sindicales de los trabajadores y para el proceso de reconocimiento de la procedencia también, aunque pasivamente, los representantes de los trabajadores»*.

La Sala sostiene que esta es la regla general en todos los procesos colectivos, tal y como ha venido a mantenerse unánimemente por la jurisprudencia⁸⁹⁶.

Igualmente, el Tribunal Constitucional⁸⁹⁷ ratificó el criterio que acaba de exponerse en un supuesto en que un trabajador individual trataba de personarse en un determinado proceso colectivo, alegando el Tribunal Constitucional, con relación a la propia configuración del objeto del proceso, que tal ordenación *«explica que el litigio se sustancie siempre*

⁸⁹⁶ Vid., al respecto, las SSTS 15-12-2000 (R° 2014/2000); 14-06-2002 (R° 1278/2001) y 01-06-2004 (R° 128/2003). En esta última resolución el Alto Tribunal consideró que *«bien es cierto que la cuestión sustancial debatida en el presente conflicto afecta, sin duda alguna, de forma preponderante, al colectivo de trabajadores prejubilados, no lo es menos, sin embargo, que ninguno de ellos, a título individual, se halla legitimado para comparecer en este procedimiento»*.

Asimismo, la STS 22-12-2000 (R° 411/2000), aludiendo a resoluciones anteriores del Alto Tribunal de 02-07-1997 (R° 3646/1996) y 17-11-1999 (R° 1787/1999) estableció que en el proceso de conflicto colectivo solo pueden figurar como demandantes o demandados sujetos colectivos.

⁸⁹⁷ STC 12/2009 12-01-2009(RAC 4241/2007).

entre entes colectivos o de dimensión colectiva, entre los que se incluyen los empresarios», pero en el que no entran o forman parte los trabajadores.

Asimismo, el Tribunal Supremo⁸⁹⁸ viene a considerar que la apertura a los trabajadores individuales, aun en el supuesto de que se limitara a los casos de ausencia de la representación colectiva, desestabilizaría el proceso y sin ninguna duda el propio resultado de la negociación en el periodo de consultas, pues, cuando los representantes colectivos hubieran llegado a un acuerdo, podría abrirse una impugnación colectiva por parte de trabajadores individuales que tendría la posibilidad de cuestionar no solo su despido, sino todos los despidos acordados.

Por tanto, una entrada de tales características convertiría los procedimientos colectivos del art. 124 LRJ en procesos plurales masivos con grave quebranto de su urgencia, que es esencial para lograr una rápida decisión sobre los despidos colectivos.

2.6. El objeto del proceso

El objeto de impugnación del proceso de despido colectivo, tal y como se desprende el artículo 124.1 LRJS es la decisión empresarial, con independencia de que ésta se haya producido de manera unilateral al finalizar el periodo de consultas o, por el contrario, la misma sea fruto de un consenso alcanzado entre empresario e interlocutores sociales

⁸⁹⁸ STS 26-12-2013 (R° 28/2013).

exteriorizado a través de un acuerdo que ponga fin al proceso negociador.

Ahora bien, una decisión extintiva de carácter colectivo puede adoptarse formalmente como tal, sometiéndose al procedimiento legalmente previsto en el art. 51 del Estatuto de los Trabajadores y en sus normas de desarrollo reglamentario, lo que podríamos denominar un despido colectivo de «derecho».

Pero, asimismo, también producirse al margen de este procedimiento, prescindiendo, por ejemplo, del periodo de negociación, o llegando al supuesto, incluso, de ocultar su carácter colectivo.

En el primero de los supuestos, es decir, aquella extinción colectiva que se ha llevado a cabo sin observar alguna de las formalidades legalmente establecidas, estaríamos ante un despido colectivo irregular, mientras que, en el segundo, ante lo que la doctrina judicial, y posteriormente la jurisprudencia, han venido a denominar “despido colectivo de hecho” que también podría calificarse en determinados casos como un despido fraudulento.

Pues bien, la acción colectiva que ostentan los representantes legales de los trabajadores no solo les permitiría accionar contra los despidos colectivos formalmente acometidos como tal, sino también frente aquellos supuestos en los que, estricta o formalmente, no estamos en presencia de una extinción de carácter colectiva, cual es el caso del llamado despido colectivo «de hecho».

La doctrina judicial⁸⁹⁹ vino a afirmar que el art. 51.1 ET distingue entre dos modalidades de despido colectivo:

1. Despido colectivo de derecho, cuando el empresario, superado el umbral numérico requerido para proceder una extinción de carácter colectiva sigue el procedimiento regulado en el art. 51.2 ET, y
2. Despido colectivo de hecho, cuando no lo hace así, aunque haya despedido trabajadores por encima del umbral antes dicho por causas no imputables a los mismos.

Por tanto, para determinar si estamos ante un despido colectivo hemos de tomar como referencia todos los despidos producidos en un periodo de noventa días consecutivos que no sean por causa inherente a la persona del trabajador, lo que incluye⁹⁰⁰, no solamente los despidos producidos alegando causas objetivas al amparo del artículo 52.c del Estatuto de los Trabajadores, sino también todos los despidos producidos en los cuales, aunque se alegaran causas no inherentes a la persona del trabajador (y por tanto no computables *ab initio*), hayan quedado desvinculados de tales causas por ser calificados como improcedentes o nulos.

De este modo, la suma de las extinciones individuales objetivas y disciplinarias, cuando sobrepasen los umbrales numéricos relativos a las extinciones colectivas, se añadirán o incorporarán al despido colectivo de hecho llevado a cabo por el empresario⁹⁰¹.

Asimismo, la impugnación de dicho despido colectivo podrá llevarse a cabo por la modalidad procesal del artículo 124 de la Ley de la

⁸⁹⁹ SSAN 04-09-2013 (R° 240/2013); 14-02-2013 (R° 345/2012) y 27-07-2012 (R° 127/2012)

⁹⁰⁰ Así vino a determinarse por el Alto Tribunal en SSTS 29-05-2008 (RCUD 2417/2006); 22-05-2008 (RCUD 3315/2006); 14-05-2008 (RCUD 3688/2006); 22-01-2008 (R° 4042/2006) y las posteriores sentencias de 27-06-2012 (RCUD 1744/2011) y de 8-07-2012 (RCUD 2341/2011)

⁹⁰¹ SAN 27-07-2012 (R° 127/2012) confirmada por la STS 25-11-2013 (R° 52/2013)

Jurisdicción Social debiendo añadirse que en tal caso y de acuerdo con el artículo 124.6 de la Ley de la Jurisdicción Social, el plazo de caducidad de la acción colectiva solamente podría computarse si se produjese una notificación a los representantes de los trabajadores de la decisión empresarial de despido colectivo, o bien desde la fecha en que se acreditase que el sujeto colectivo tenía un perfecto conocimiento del conjunto de los despidos practicados, sus causas y circunstancias, suficiente al menos para poder identificar los despidos y determinar el cómputo de los mismos a efectos de su naturaleza colectiva⁹⁰².

El Alto Tribunal refrendó la tesis sostenida por la Audiencia Nacional en su SAN 27-07-2012 (R^o 127/2012), admitiendo el ejercicio de la acción colectiva frente a un despido «aparentemente» plural pero que, en puridad, resultaba ser una extinción colectiva de hecho al superar los umbrales numéricos establecidos en el apartado primero del artículo 51 ET relativos al despido colectivo⁹⁰³.

Asimismo, la jurisprudencia ha venido a defender que el *dies ad quem*, para el cómputo de los 90 días, es la fecha del último despido por motivos no inherentes a la persona del trabajador, que se constituye, a su vez, en *dies a quo* para el cómputo siguiente⁹⁰⁴.

Por tanto, tal y como han señalado la doctrina casacional⁹⁰⁵ y la judicial⁹⁰⁶, el plazo de caducidad para la impugnación del despido colectivo de hecho, cuando se base en que en un período de 90 días se han producido despidos por motivos no inherentes a la persona del

⁹⁰² SAN 14-05-2014 (R^o 66/2014).

⁹⁰³ STS 25-11-2013 (R^o 52/2013).

⁹⁰⁴ STS 23-01-2013 (R^o 1362/2012).

⁹⁰⁵ STS 23-01-2013 (R^o 1362/2012).

⁹⁰⁶ SAN 04-09-2013 (R^o 240/2013).

trabajador, que superen de los umbrales del art. 51.1 ET, habrá de activarse a partir del día siguiente a la fecha del último despido de esa naturaleza.

De igual forma, otro asunto que ha provocado la intervención judicial ha sido el relativo al objeto de este proceso colectivo en relación con el cauce procedimental adecuado para impugnar la decisión o acuerdo, así como las medidas sociales que derivan de tal reestructuración empresarial.

Y es que, tal y como se ha expuesto con anterioridad, el objeto del proceso de despido colectivo es la decisión empresarial de la mentada reestructuración, tal y como se desprende del apartado primero del artículo 124 LRJS.

Ahora bien, a la decisión empresarial o al acuerdo que ponga fin al periodo de consultas se acompañarán las medidas sociales de acompañamiento, el plan de recolocación externa o cualesquiera otras que hayan podido pactarse durante las negociaciones del mentado proceso o incluso por convenio colectivo, por lo que se plantea la duda de cuál debe ser el cauce procesal adecuado para poder entrar a impugnar la pertinencia o incluso el propio contenido que tales medidas encierran.

La doctrina judicial⁹⁰⁷ ha venido a entender que el objeto del proceso del artículo 124 de la Ley de la Jurisdicción Social queda delimitado por referencia a lo que es la decisión colectiva del empresario o, en su caso conforme al pacto alcanzado, tras el periodo de consultas en el procedimiento empresarial de despido colectivo, pero solamente en la estricta materia de despido, no en cualesquiera otras materias que

⁹⁰⁷ SAN 12-06-2014 (R^o 79/2014).

puedan ser incluidas en el texto de la decisión pero no pertenezcan al ámbito del despido.

En consecuencia, quedan fuera de tal procedimiento aquellas medidas de acompañamiento al despido para cuya impugnación la Ley establece expresamente que ha de seguirse el proceso de conflicto colectivo, como pueden ser las medidas colectivas de movilidad geográfica o funcional o de modificación sustancial de condiciones de trabajo, de suspensión de contratos o reducción temporal de jornada o de inaplicación de convenios colectivos.

En tales casos, según entiende la doctrina judicial, por determinación expresa de la norma estatutaria, dichas medidas han de impugnarse por otra vía procedimental, como es la de conflicto colectivo (artículos 40.2, 41.5, 47.1 y 82.3 ET y 153 LRJS) y ello es así aunque dichas medidas hayan sido objeto de negociación y, en su caso, acuerdo a lo largo del mismo periodo de consultas e incluso aunque queden incluidas dentro del texto de la misma decisión empresarial de despido colectivo.

Contrariamente, existen otros contenidos de la decisión empresarial de despido colectivo que son inherentes a la decisión relativa a las extinciones contractuales y no separables de la misma, independientemente de si son de obligatoria inserción en la decisión de despido colectivo, como son los referentes a criterios de selección o plazo de ejecución de los despidos, o si pueden introducirse potestativamente por el empresario (con o sin pacto), como son indemnizaciones mejoradas, forma de pago de las indemnizaciones, según la doctrina judicial que sirve de referencia, tales medidas forman parte inseparable de la decisión de despido colectivo y su impugnación colectiva no debe

segregarse en un procedimiento paralelo de conflicto colectivo, sino que debe quedar integrada en el procedimiento del artículo 124 de la Ley de la Jurisdicción Social⁹⁰⁸.

Ahora bien, una vez expuesta la solución adoptada por la Audiencia Nacional, no puede obviarse que la postura por esta sostenida con relación al presente objeto de estudio se ha mostrado vacilante y ciertamente contradictoria.

Así, el citado órgano judicial, vino a entender que si los legitimados activamente accionan o impugnan propiamente la decisión empresarial, las alternativas derivadas del despido, con independencia de que tuvieran un acogimiento individual o voluntario quedaban indisolublemente anudadas al resultado del procedimiento de impugnación de despido colectivo *«por cuanto la confirmación de la nulidad del despido colectivo incidirá necesariamente sobre los trabajadores acogidos voluntariamente a las medidas controvertidas, del mismo modo que lo hará si se declara ajustado a derecho el despido colectivo, porque, de ser así, se convalidarían automáticamente los acogimientos voluntarios a las medidas reiteradas»*⁹⁰⁹.

⁹⁰⁸ Tal y como señala la Audiencia Nacional, *«Baste pensar que la decisión sobre la legalidad o no de dichos contenidos (criterios de selección, plazo de ejecución, indemnizaciones) constituye una premisa para que puedan resolverse adecuadamente los procesos de despidos individuales que puedan estar suspendidos o esperando a iniciarse a la firmeza de la sentencia que recaiga en el procedimiento por despido colectivo, luego una interpretación coherente con los principios legales de concentración y celeridad procesal (artículo 74.1 de la Ley de la Jurisdicción Social) lleva a rechazar la escisión en dos del procedimiento de impugnación de la medida empresarial de despido colectivo en los contenidos inherentes a la materia de la extinción contractual. Lo mismo puede decirse de la eventual caducidad de la decisión de despido colectivo por no adoptarse en el plazo legalmente previsto tras el periodo de consultas, cuestión que necesariamente ha de situarse dentro del perímetro del procedimiento del artículo 124 de la Ley de la Jurisdicción Social, aún cuando no exista previsión legal expresa en dicho precepto»*.

⁹⁰⁹ Debe hacerse constar que la citada sentencia tiene como objeto de enjuiciamiento la impugnación de una serie de medidas de flexibilidad interna que fueron ofrecidas como

A modo de conclusión, podemos colegir que si bien el criterio adoptado por la Audiencia Nacional en relación con la impugnación de determinados contenidos de la decisión empresarial de despido colectivo, con independencia de que tal decisión haya sido adoptada de manera unilateral o que sea fruto de un pacto o acuerdo de consenso entre la representación de los trabajadores y el bando empresarial, ha de llevarse a cabo por el cauce procesal único del artículo 124 de la Ley de la Jurisdicción Social, si bien resulta, a mi entender, el criterio más idóneo, del propio tenor literal del precepto citado se desprende una evidente laguna, puesto que ni prevé expresamente los motivos de impugnación que pueden afectar a dichos contenidos, ni los efectos que la estimación de alguno de ellos puedan tener sobre el conjunto del despido colectivo.

Así, tal y como vino a considerar la Sala, en mi opinión, de manera acertada, *«ni los motivos de impugnación de estos contenidos adicionales pueden quedar limitados a los expuestos en el 124.2 de la Ley de la Jurisdicción Social, ni los pronunciamientos resultantes de una*

alternativa voluntaria al despido de 1190 trabajadores. Este despido, más conocido como el Caso Coca Cola Iberian Partners, fue enjuiciado por la SAN 12-06-2014 (R° 79/2014) y declarado nulo, resolución esta que, ha servido para explicar la solución adoptada por la propia Audiencia Nacional con relación al objeto del proceso de despido colectivo, en la que vino a determinar que las medidas de flexibilidad interna deben impugnarse por otra vía procedimental, como es la del conflicto colectivo, y ello debe ser así aunque dichas medidas hayan sido objeto de negociación y, en su caso, acuerdo a lo largo del mismo periodo de consultas e incluso aunque queden incluidas dentro del texto de la misma decisión empresarial de despido colectivo.

Por tanto, de un modo un tanto inexplicable, la misma Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en la SAN 25-06-2014 (R° 84/2014) en procedimiento de conflicto colectivo concluye que *«lo resuelto en SAN 12-06-2014(R° 79/2014) condiciona absolutamente la resolución del presente litigio, por lo que estimamos la excepción de litispendencia alegada por las empresas demandadas, a la que se adhirieron USO y el MINISTERIO FISCAL. Es más, queremos precisar a los meros efectos dialécticos que, aun cuando desestimáramos la excepción de litispendencia, la consecuencia jurídica sería obligatoriamente la desestimación de la demanda por falta de acción»*.

estimación relativa a los mismos pueden quedar limitados a los previstos en el artículo 124.11»⁹¹⁰.

Por todo ello, deberá examinarse cuando corresponda y de manera casuística cuáles serían esos efectos, puesto que en unos supuestos, cuando se trate de contenidos obligatorios de la decisión empresarial (criterios de selección, plazo de ejecución), la misma puede resultar inviable si son anulados, lo que debe conducir a su anulación, mientras que en otros supuestos bastará con eliminar determinados elementos ilícitos, o restaurar la situación de ilicitud, bastando con suprimir o corregir algunos de dichos contenidos sin afectar al núcleo de la decisión empresarial de despido colectivo.

2.7. La iniciación del proceso: la demanda y los motivos de impugnación

El proceso de despido colectivo se inicia, directamente, a través de demanda pues, tal y como se ha expuesto con anterioridad, no se exige acudir, previamente a la interposición de la demanda, acudir a los mecanismos de evitación del proceso, es decir, a la conciliación judicial o reclamación administrativa previa, tal y como se desprende del artículo 124.5 LRJS en relación con los artículos 63 y siguientes LRJS.

Ahora bien, en relación con la demanda, debe hacerse constar que, del propio tenor literal del artículo 124 LRJS no se desprende los requisitos que deberán seguirse para su redacción y consiguiente interposición,

⁹¹⁰ SAN 12-06-2014 (Rº 79/2014).

pues en tal precepto únicamente se hacen constar las causas en las que ésta podrá fundamentarse.

Por tanto, la demanda deberá regirse por los requisitos generales establecidos en el artículo 80 LRJS si bien, tal y como ha venido a postularse⁹¹¹, deberían introducirse ciertas previsiones que permitieran la ejecución de las resoluciones dimanantes de tal procedimiento en las que se declare la nulidad de la extinción colectiva.

Por tanto, para que pueda realizarse la ejecución de la medida legalmente prevista se requerirá que queden concretados en la propia demanda todos los datos necesarios para proceder a una posterior concreción e individualización de los trabajadores que resulten afectados, así como también su antigüedad, su salario y la fecha en la que se extinguen sus contratos de trabajo.

Para proceder de tal modo sería necesario que tales datos se incorporaran como una exigencia u obligación relativa al contenido de la demanda y, por consiguiente, como una imposición o requerimiento relativo al contenido de la decisión extintiva de despido colectivo pero, para ello, debería procederse a una reforma del artículo 124 LRJS que incluyese tal exigencia⁹¹².

⁹¹¹ SAÉZ LARA, C., *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, ob. cit., p. 235.

⁹¹² SAÉZ LARA, C., *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, ob. cit., p. 235. La autora, pone como ejemplo la exigencia prevista por el artículo 157.1 a) LRJS que contempla una serie de exigencias adicionales exigibles cuando se formulen pretensiones de condena. Así, el mentado precepto, viene a establecer que «*El proceso se iniciará mediante demanda dirigida al juzgado o tribunal competente que, además de los requisitos generales, contendrá: a) La designación general de los trabajadores y empresas afectados por el conflicto y, cuando se formulen pretensiones de condena que aunque referidas a un colectivo genérico, sean susceptibles de determinación individual ulterior sin necesidad de nuevo litigio, habrán de consignarse los datos, características y requisitos precisos para una posterior individualización de los afectados por el objeto del conflicto y el cumplimiento de la sentencia respecto de ellas*».

Entrando ya a valorar los motivos o causas que servirán para amparar o justificar la impugnación de la decisión empresarial, el artículo 124.2 LRJS viene a establecer que la demanda podrá fundarse en los motivos siguientes:

1. Que no concurre la causa legal expresada en la comunicación escrita.
2. Que no se ha realizado el periodo de consultas o entregado la documentación establecida en el artículo 51.2 ET o que no se ha respetado el procedimiento establecido en el apartado séptimo del artículo 51 del mismo cuerpo legal.
3. Que la decisión extintiva se ha adoptado con fraude, dolo, coacción o abuso de derecho o,
4. Por último, que la decisión extintiva se ha efectuado vulnerando derechos fundamentales y libertades públicas.

Asimismo, el artículo 124.2 LRJS *in fine*, se encarga de recalcar que en ningún caso, podrán ser objeto del proceso objeto de análisis aquellas pretensiones relativas a la inaplicación de las reglas de prioridad de permanencia legal o convencionalmente previstas o establecidas mediante el acuerdo que ponga fin al periodo de consultas, pues el cauce procesal oportuno para reivindicar tales pretensiones será el procedimiento individual al que se refiere el apartado trece del propio artículo 124 LRJS.

Si bien procederemos a un análisis pormenorizado de cada uno de estos motivos cuando entremos a valorar la posible calificación que merezca la inobservancia de cada uno de ellos (aunque lo cierto es que en apartados anteriores, como el relativo a la iniciación del procedimiento mediante comunicación escrita, la negociación durante el periodo de consultas y la

documentación preceptiva, así como el relativo a la finalización del procedimiento, con o sin acuerdo; en cada uno de estas secciones o epígrafes se han analizado las posibles consecuencias o efectos que derivan ante una posible inobservancia o un defectuoso cumplimiento de las mentadas exigencias) resulta necesario realizar una serie de puntualizaciones:

1. Debe hacerse constar, en primer lugar, que nuestro legislador ha realizado una limitación o, mejor dicho, una delimitación procesal sobre los motivos o causas que fundamentan la impugnación del despido colectivo, delimitación que caracteriza a los recursos extraordinarios de cognición limitada, lo que resulta impropio en la regulación de este tipo de acciones, por cuanto se está, en cierta manera, limitando el acceso a la jurisdicción, si bien, parece ser, que tal restricción estaría relacionada con la tramitación preferente y urgente que reviste el presente procedimiento.
2. En segundo lugar, ha venido criticándose el hecho de que las causas en las que deben basarse la impugnación sean las mismas, tanto si se impugna el acuerdo colectivo como la decisión empresarial de despido colectivo.

Así, ha venido a postularse que si se ha adoptado acuerdo y la medida empresarial ejecutada se basa en el contenido del mentado acuerdo, aunque formalmente se esté impugnando la medida empresarial, materialmente se estará impugnando el acuerdo o, mejor, dicho, el contenido del acuerdo materializado a través de la medida empresarial⁹¹³

⁹¹³ Así, según viene a postular SAÉZ LARA, C., *Restructuraciones empresariales y despidos colectivos*, ob. cit., p.237, sería oportuno introducir «*algunas especialidades desde el punto de*

3. El apartado c) del artículo 124.2 LRJS permite impugnar la decisión extintiva cuando esta se haya adoptado con fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. Asimismo, el artículo 148 b) LRJS faculta que la Autoridad laboral pueda iniciar un procedimiento de oficio cuando esta apreciara fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo al que se refiere el artículo 51 ET, haciendo referencia claramente este segundo precepto a la concurrencia de tales vicios en el acuerdo alcanzado entre los interlocutores sociales y el bando empresarial.

Las dudas que se suscitan del presente motivo de impugnación radican en torno a la posibilidad de que los representantes de los trabajadores puedan impugnar la decisión empresarial de despido colectivo en base a tales motivos, y no porque no estén legitimados para ello o porque la concurrencia de tales vicios no se erija como causa válida de impugnación, sino porque la demostración de la convergencia de algunos de ellos constituye una «prueba diabólica».

Si bien por parte del algún autor⁹¹⁴ ha venido a postularse, en relación con la impugnación de la «decisión empresarial» en base a tales argumentos que, a pesar de su literalidad, tal previsión parece hacer referencia al supuesto en que los representantes de los trabajadores puedan accionar contra el acuerdo alcanzado durante el periodo negociador, a mi entender, con tal expresión se está haciendo referencia tanto al acuerdo que pueda poner fin al acuerdo de

vista de los sujetos legitimados y los motivos de impugnación dirigidas a garantizar la eficacia del acuerdo. En concreto, serían motivos de impugnación los vicios en la adopción del acuerdo o vulneración de derechos fundamentales, pero también ausencia de la causa para extinguir los contratos de trabajo».

⁹¹⁴ *Ídem*

consultas como a la decisión empresarial unilateralmente adoptada por el empleador.

Ahora bien, si bien es cierto que el dolo o la coacción si podrían apreciarse en aquellos casos en los que se ha llegado a un acuerdo entre empresario y representantes de los trabajadores, baste pensar, por ejemplo, en que podría acreditarse que ha habido una serie de presiones por el bando empresarial para que los interlocutores sociales rubricasen el acuerdo o pacto que pusiese fin al periodo negociador o, para el supuesto de dolo, imaginemos aquellos casos en los que el empresario, conociendo su situación de insolvencia, pacta una indemnización superior a la legalmente establecida para que los representantes de los trabajadores acepten el acuerdo sabiendo que, en puridad, el no va a poder satisfacer tales cantidades y el FOGASA únicamente abonará la indemnización legalmente establecida, cuando la decisión empresarial se haya adoptado de manera unilateral por parte del empresario, tal y como antes se ha avanzado, el probar que en la adopción de tal decisión ha convergido dolo o coacción constituye una prueba de difícil justificación. Con más facilidad podría probarse el abuso de derecho y el fraude de ley, con independencia de que se esté impugnando el acuerdo entre interlocutores sociales y bando empresarial o la propia decisión empresarial de despido colectivo unilateralmente adoptada por parte del empleador.

4. Por último, el apartado d) del artículo 124 LRJS establece la posibilidad de que la decisión empresarial pueda impugnarse por los representantes legales de los trabajadores cuando se haya efectuado vulnerando derechos fundamentales y libertades públicas.

Cuando el motivo esgrimido para fundamentar la impugnación radique en este último apartado, de acuerdo con el artículo 184 LRJS, resultarán aplicables al mentado procedimiento las garantías derivadas de los procesos de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas.

Para finalizar, debe hacerse constar que el artículo 124.2 *in fine* LRJS viene a disponer que *«en ningún caso podrán ser objeto de este proceso las pretensiones relativas a la inaplicación de las reglas de prioridad de permanencia previstas legal o convencionalmente o establecidas en el acuerdo adoptado en el periodo de consultas, Tales pretensiones se plantearán a través del procedimiento individual al que se refiere el apartado once del presente artículo»*.

Por tanto, tal y como se desprende de lo que acaba de transcribirse, el legislador prohíbe, de manera expresa, del ejercicio de la acción colectiva las pretensiones relativas a la inaplicación de las reglas de prioridad de permanencia en la empresa.

Otra cosa sería, a mi entender, que lo que se pretendiese impugnar fueran las pretensiones relativas a los criterios de selección o las reglas de prioridad de permanencia en la empresa, por entender que no se ajustan a la legalidad o son discriminatorios. Es decir, en mi opinión, si lo que se pretende impugnar es la validez de tales criterios de selección o las reglas de prioridad en la empresa, tales pretensiones sí que entrarían dentro del ámbito de ejercicio de la acción colectiva⁹¹⁵. Lo que

⁹¹⁵ En este sentido parece apuntar también el Alto Tribunal, al sostener que *« La valoración y enjuiciamiento de los criterios de selección, pues, ha de ponerse en relación con la naturaleza colectiva de la decisión y, sobre todo, con esa misma naturaleza que posee el presente proceso, que, sin perjuicio de la posible ejecutividad de la resolución que le ponga fin, en la forma prevista por el art. 247.2 de la LRJS cuando la decisión empresarial haya sido declarada*

sí debe quedar excluido de la acción colectiva, tal y como se desprende del artículo 124.2 LRJS *in fine*, son las pretensiones relativas a la inaplicación de las reglas de prioridad de permanencia, debiendo plantearse a través del procedimiento individual legalmente previsto.

Así ha venido a confirmarlo nuestro Alto Tribunal, al entender que *«la valoración y enjuiciamiento sobre los criterios de selección de los trabajadores afectados por la decisión extintiva empresarial, que, obviamente, es una decisión con efectos directa y primordialmente colectivos, como lo evidencia la propia naturaleza del proceso judicial que puede revisarla, no puede referirse al análisis concreto y minucioso de cada una de las situaciones particulares de los trabajadores individualmente afectados, posiblemente incluso aunque en alguna de ellas pudiera apreciarse algún indicio de discriminación o de un trato desigual prohibido por el ordenamiento, a salvo, claro está, si esos indicios pudieran llegar a implicar una lesión con proyección general sobre un derecho fundamental o el trato desigual real afectara a todo un grupo indiscriminado de trabajadores (...) no es materia propia del conflicto colectivo, y la demanda de despido colectivo participa de la misma condición o naturaleza, la exigencia de un examen pormenorizado e individualizado de la situación de cada uno de los afectados integrantes del grupo genérico de trabajadores, pues esa discusión sería ya de las sustanciables en el proceso de despido individual ex art. 124.13 de la LRJS (...) Entenderlo de otro modo y permitir el análisis de cada concreta situación individual transformaría el proceso colectivo en uno plural, vaciando por completo de contenido*

nula, como la sentencia que se dicte (art. 124.3 LRJS), también tiene una naturaleza eminentemente declarativa» [STS 25-06-2014 (R^o 198/2013)].

uno de los principales -si no el principal objetivo que persigue esta institución jurídica, cual es la de posibilitar la viabilidad de la continuidad de la actividad empresarial y la pervivencia del resto de puestos de trabajo de la empresa, y amplia»⁹¹⁶.

En síntesis, podemos colegir que la principal diferencia entre la acción colectiva y la individual es el objeto procesal de cada una de estas, pues mientras la acción colectiva prevista en el artículo 124.1 LRJS tiene por objeto la decisión empresarial de despido colectivo, la acción prevista por el artículo 124.13 LRJS tiene como objetivo los actos de la extinción individual derivados de la ejecución del despido colectivo.

2.8. La tramitación del procedimiento. Plazo y efectos.

Según el artículo 124.6 LRJS, la demanda de impugnación *«deberá presentarse en el plazo de caducidad de veinte días desde la fecha del acuerdo alcanzado en el período de consultas o de la notificación a los representantes de los trabajadores de la decisión empresarial de despido colectivo».*

De lo anteriormente expuesto, se desprende que:

1. Que el plazo del que se dispone para el ejercicio de la acción es un plazo de caducidad y no de prescripción y,
2. Que dependiendo de lo que se pretenda impugnar, el *dies a quo* será uno u otro. Es decir, si lo que se pretende impugnar es el acuerdo alcanzado, el *dies a quo* será el de la fecha en que el acuerdo en cuestión se haya alcanzado, mientras que si la acción a ejercitar se

⁹¹⁶ STS 25-06-2014 (R^o 198/2013).

lleva a cabo frente a la decisión empresarial de despido colectivo, el *dies a quo* será la fecha de la notificación a los representantes de los trabajadores de la decisión extintiva.

Si bien del citado precepto se desprenden, con claridad, las dos manifestaciones anteriormente expuestas, también son varios los interrogantes que se plantean⁹¹⁷:

1. El primero de ellos estriba en esclarecer si estamos ante dos plazos alternativos e independientes, erigiéndose estos intervalos o términos como una alternativa para los sujetos legitimados o,
2. Por el contrario, nos encontramos ante dos plazos aislados y excluyentes entre sí, en el que cada uno de ellos se refiere a una concreta y determinada coyuntura convergente cuyos sujetos también serán designados de acuerdo a la convergencia de tal concreta situación.

De acuerdo con esta segunda postura hermenéutica, ha venido a postularse que el plazo de caducidad de veinte días a contar desde la fecha en que se haya alcanzado el acuerdo dimanante del periodo de consultas se ha contemplado, únicamente, en relación con los despidos colectivos que finalizan con acuerdo, en contraposición al plazo de caducidad de veinte días, cuyo cómputo comienza a contar desde la notificación de la decisión empresarial de despido colectivo a los representantes de los trabajadores, que estaría previsto únicamente cuando no hubiese mediado acuerdo entre los sujetos intervinientes en el proceso negociador y tal decisión empresarial hubiese sido adoptada unilateralmente por el empleador.

⁹¹⁷ BALLESTER LAGUNA, F., *La impugnación del despido colectivo*, ob. cit., p. 55.

No obstante, el empresario está obligado a comunicar a los representantes de los trabajadores tanto su decisión empresarial de despido colectivo, cuando el periodo de consultas ha terminado sin acuerdo, como el acuerdo derivado de las negociaciones mantenidas durante el tal proceso de consultas, pues así se desprende, tanto del artículo 51.2 ET y 12.1 RPDC para el primero de los supuestos como el artículo 12.1 RPDC para el segundo caso, al establecer el citado precepto viene a establecer que *«A la finalización del periodo de consultas, el empresario comunicará a la Autoridad laboral competente el resultado del mismo. Si se hubiere alcanzado acuerdo trasladará a la Autoridad laboral copia íntegra del mismo. En todo caso, comunicará a los representantes de los trabajadores ya la Autoridad laboral la decisión sobre el despido colectivo que realiza (...)»*.

Es decir, tal y como ya ha quedado expuesto con anterioridad⁹¹⁸, el empresario deberá comunicar “*en todo caso*”, es decir, haya habido acuerdo o no a los representantes de los trabajadores y a la Autoridad laboral la decisión sobre el despido colectivo que realiza pues, de no ser así, en aquellos supuestos en los que se hubiese alcanzado acuerdo, no se podría garantizar que los sujetos legitimados para impugnar la extinción colectiva tuviesen conocimiento de dicho acuerdo.

Lo que acaba de exponerse podría suponer una desventaja respecto al ejercicio de la acción de impugnación, pues recordemos que el plazo de ejercicio de la acción es de veinte días, un plazo bastante escueto si tenemos en cuenta que la voluntad de accionar contra la mentada decisión debe nacer de un consenso entre la representación de los

⁹¹⁸ *Vid.*, al respecto, el epígrafe correspondiente a la finalización del periodo de consultas en las empresas unitarias.

trabajadores, a diferencia de lo que ocurre en respecto a la impugnación individual.

Asimismo, debe tomarse en consideración que tal y como anteriormente ha quedado expuesto, salvo supuestos excepcionales, los sujetos que estarán legitimados para accionar contra el despido colectivo, en caso de que este sea el fruto de un acuerdo entre empresario y representantes de los trabajadores, serán aquellos que no hubieren formado parte del periodo de consultas o que, de haber intervenido, hubiesen abandonado las negociaciones antes de que estas hubieran finalizado⁹¹⁹ o bien hubiesen manifestado su disconformidad al mismo, por lo que podría ocurrir que no tuviesen una constancia fehaciente de la fecha exacta en la que se alcanzó el acuerdo.

Sobre la base de la postura hermenéutica expuesta, por parte de algún sector autor⁹²⁰ ha venido a postularse una interpretación más plausible del artículo 124.6 LRJS en la que, haciendo abstracción del simple acto u hecho circunstancial o coyuntural de si el periodo negociador finaliza con o sin acuerdo, los representantes de los trabajadores que están legitimados en casa supuesto para accionar contra la extinción colectiva pueden escoger de entre un doble plazo, ambos de caducidad, para poder interponer la demanda de impugnación:

1. Un plazo de veinte días de caducidad a contar desde la notificación de la decisión empresarial de despido colectivo a los representantes de los trabajadores;
2. Pudiendo anticipar el ejercicio de la acción a partir de la fecha del acuerdo obtenido en periodo de consultas.

⁹¹⁹ BALLESTER LAGUNA, F., *La impugnación del despido colectivo*, ob. cit., p. 54.

⁹²⁰ *Ibidem*, pp. 54 y 55.

A mi entender, nuestro legislador y, sin que sirva de precedente, ha sido claro en cuanto al plazo de caducidad de veinte días para poder ejercitar la acción de impugnación del procedimiento de despido estableciendo, para ello, dos plazos completamente distintos en virtud de dos supuestos totalmente diferentes, cuales son la finalización del periodo de consultas mediante acuerdo y, por el contrario, la terminación del procedimiento sin consenso y con la correspondiente decisión empresarial de despido colectivo fruto de la voluntad unilateral del empresario.

Ante estas dos situaciones, el legislador ha establecido dos momentos distintos en los que debe iniciarse el cómputo del plazo de caducidad o *dies a quo*:

1. Plazo de veinte días a contar desde la fecha del acuerdo alcanzado en el periodo de consultas, o
2. Plazo de veinte días a contar desde la notificación a los representantes de los trabajadores de la decisión empresarial de despido colectivo⁹²¹.

Si el empresario no hubiere notificado el despido colectivo a los representantes de los trabajadores en las mismas fechas, deberá considerarse como *dies a quo* del cómputo del plazo la de la última entrega⁹²².

Asimismo, y con relación al *dies a quo* del ejercicio de la acción, su cómputo empezará a contar a partir del día siguiente del acuerdo alcanzado entre los interlocutores sociales y la representación de los trabajadores o de la notificación a los representantes de los trabajadores

⁹²¹ Vid., al respecto, la SAN 25-11-2013 (R° 295/2013).

⁹²² Vid., al respecto, TASCÓN LOPEZ, R., “La impugnación del despido colectivo tras la reforma laboral (el Derecho del Trabajo en su laberinto)”, *ob. cit.*, p. 27.

de la decisión empresarial de despido colectivo, pues así se establece, con carácter expreso, en los artículos 5.1 CC, 133.1 LEC y 185 LOPJ⁹²³.

Igualmente, debe tenerse en cuenta que el plazo de caducidad de veinte días hace referencia a días hábiles (y no naturales), por lo que deben excluirse los fines de semana (es decir, sábado y domingo) así como los días de fiesta nacional y los festivos a efectos laborales en la respectiva Comunidad Autónoma o localidad., los días, 24 y 31 de diciembre, según lo dispuesto en los artículos 133.2 y 130.2 LEC y 182.1 LOPJ⁹²⁴.

De igual modo, no debe olvidarse la cautela prevista en el artículo 45.1 LRJS relativa a la presentación de escritos sujetos a plazo, cual es el caso que nos atañe, la interposición de la demanda de impugnación podrá efectuarse hasta las quince horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo.

Asimismo, tal y como dispone el artículo 43.4 LRJS, *«Los días del mes de agosto serán inhábiles, salvo en las modalidades procesales de despido, extinción del contrato de trabajo de los artículos 50, 51 y 52 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores»*, por lo que para el proceso de impugnación de despido colectivo el mes de agosto será un mes hábil.

Una vez interpuesta la demanda, si los accionantes pretenden que esta sea ampliada respecto a otros sujetos que, en principio, no fueron demandados, la duda que se suscitaba era que ocurría si tal ampliación se pretendía llevar a cabo una vez transcurrido el plazo estipulado en el artículo 124.6 LRJS.

⁹²³ BALLESTER LAGUNA, F., *La impugnación del despido colectivo*, ob. cit., p. 55.

⁹²⁴ *Ídem*

La doctrina judicial se ha mostrado contradictoria en relación con las soluciones planteadas al conflicto en cuestión.

Algún sector minoritario de la mentada doctrina⁹²⁵ venía a considerar que si el accionante conocía la potencial responsabilidad en que hubiese podido incurrir la empresa a la que pretende ampliarse la demanda, debió accionar contra ella desde el inicio del procedimiento, «*so pena de caducidad de la acción*», mientras que, un sector mayoritario⁹²⁶ ha venido entendiendo que debe descartarse la caducidad de la acción, siempre que se haya impugnado en tiempo y forma aunque, *a posteriori*, una vez iniciado el procedimiento y en el transcurso de este, se considere necesario ampliar la demanda frente a otras partes.

En mi opinión, y siguiendo la postura sostenida por la doctrina mayoritaria, lo determinante es que se haya impugnado en plazo el despido, sin que la ampliación posterior de la demanda deba someterse a caducidad, por cuanto la acción ya ha sido ejercitada y la demanda interpuesta⁹²⁷.

Entrando a analizar ahora los efectos que produce la interposición de la demanda, debe hacerse constar que una vez ejercida la acción colectiva, hasta que no se dicte sentencia o se alcance conciliación judicial, no se iniciará el plazo para que los trabajadores que hayan resultado afectados por la decisión extintiva puedan ejercitar, en su caso, las acciones individuales de impugnación del despido⁹²⁸.

⁹²⁵ STSJ Cataluña de 10-06-2008 (R° 2959/2008).

⁹²⁶ SSTSJ País Vasco de 14-02-2006 (R° 2889/2005); Madrid 20-09-2005 (R° 2532/2005) y Galicia 26-01-2005 (R°5700/2004).

⁹²⁷ En este sentido se pronunció la SAN 20-03-2013 (R° 219/2012).

⁹²⁸ SAEZ LARA, C., *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, ob. cit., p. 240.

Por este motivo, el artículo 124.9 LRJS, en su apartado segundo, viene a disponer que el secretario judicial *«ordenará al empresario que, en el plazo de cinco días, notifique a los trabajadores que pudieran resultar afectados por el despido colectivo la existencia del proceso planteado por los representantes de los trabajadores, para que en el plazo de quince días comuniquen al órgano judicial un domicilio a efectos de notificación de la sentencia»*.

Tal y como dispone el artículo 124.8 LRJS, este proceso tendrá carácter urgente y preferente y, en virtud de esa urgencia, se dispone un plazo de caducidad de veinte días hábiles, el que se convierta en no obligatorio el acudir a la evitación del procedimiento, el habilitar el mes de agosto o, de acuerdo con el apartado 10 del citado artículo el hecho de que, en la misma resolución de admisión a trámite de la demanda, el secretario judicial señale el día y la hora en que se celebrará el acto del juicio, que deberá tener lugar en una única convocatoria y dentro de los quince días siguientes a la admisión a trámite de la demanda, el hecho de que no se prevea conciliación previa al acto del juicio ante el secretario judicial⁹²⁹, así como la prescripción contenida en el artículo 128 LRJS *in fine* relativa a la imposibilidad de recurrir las resoluciones de trámite, salvo que se trate del auto de declaración inicial de incompetencia.

Asimismo, y con relación al carácter de preferente del proceso objeto de análisis, el artículo 124.8 LRJS viene a establecer que la preferencia en el despacho de estos asuntos será absoluta sobre cualesquiera otros, con la única excepción de los asuntos relativos a la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas que, de acuerdo con lo dispuesto en

⁹²⁹ *Ibidem*, p. 241.

el artículo 179 LRJS, serán preferentes respecto de todos los que se sigan en el juzgado o tribunal.

Para finalizar, debe destacarse que la regulación del proceso de impugnación de despido colectivo intenta favorecer o beneficiar la práctica anticipada de determinadas pruebas, con la finalidad de que las partes puedan adquirir la información necesaria en relación con la reestructuración colectiva antes de que se celebren los actos de conciliación y juicio, dada la dificultad que revisten la gran mayoría de despidos colectivos⁹³⁰.

2.9. El acuerdo alcanzado mediante la conciliación judicial

La conciliación judicial ha sido un instrumento de lo más productivo en la nueva regulación del despido colectivo, tal y como seguidamente procederá exponerse.

El artículo 124.13 b) 2º LRJS viene a establecer que *«la sentencia firme o el acuerdo de conciliación judicial tendrán eficacia de cosa juzgada sobre los procesos individuales, por lo que el objeto de dichos procesos quedará limitado a aquellas cuestiones de carácter individual que no hayan sido objeto de la demanda formulada a través del proceso regulado en los apartados anteriores»*, es decir, cuando la decisión extintiva haya sido impugnada, no solo la sentencia que derive de tal procedimiento tendrá efectos de cosa juzgada, sino también el acuerdo al que las partes

⁹³⁰ Con tal previsión vendría a darse cumplimiento a lo exigido por la Ley 3/2012 que, en su Exposición de Motivos, venía a disponer que *«se ha considerado oportuno, para evitar dilaciones en el tiempo, establecer la obligación empresarial de aportar la documentación que justificaría su decisión extintiva, en un plazo a contar a partir de la admisión de la demanda, y así poder practicar, en su caso, la prueba sobre la misma de forma anticipada»*.

puedan llegar en sede judicial, desplegando sus efectos sobre los procesos de carácter individual.

La conciliación judicial a la que hace referencia el artículo 124.13 b) LRJS viene regulada en el artículo 84 del mismo texto legal, tratándose de un acuerdo nacido dentro de un proceso judicial cuya finalidad radica en poner punto y final al mismo sin necesidad de que llegue a celebrarse la vista o acto del juicio, adquiriendo, asimismo, la naturaleza de título con valor de sentencia⁹³¹.

Tal y como se ha avanzado, el recurso a este «instrumento de evitación del proceso» ha cobrado una notable importancia y trascendencia en la praxis de las reestructuraciones colectivas, pues los efectos de cosa juzgada que despliega el acuerdo alcanzado en conciliación judicial, hace que las partes se replanteen sus posturas y, con la finalidad de evitar la incertidumbre de un pronunciamiento judicial, alcancen un acuerdo en vía judicial.

Es más, en ocasiones, estos acuerdos alcanzados en sede judicial no han de contener los mismos extremos, cuestiones y materias que son inherentes a los acuerdos alcanzados durante el periodo de consultas, es decir, fijar la indemnización de los trabajadores afectados, establecer medidas de acompañamiento social, etc.⁹³²

⁹³¹ SAÉZ LARA, C., Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos, *ob. cit.*, p. 242.

⁹³² Es interesante, a este respecto, la SAN 16-05-2015 (R° 75/2014), en la que se contiene el acuerdo de conciliación al que llegaron Ediciones El País S.L., y los representantes de los trabajadores, si bien esta resolución fue anulada por el Alto Tribunal, en su STS 16-06-2015 (R° 339/2014), al entender que *«igual que le sucede cuando existe pacto o avenencia en el período de consultas, tampoco tiene legitimación para cuestionar ante la jurisdicción un acuerdo conciliatorio suscrito, precisamente, por todos los sujetos colectivos de aquél despido, máxime cuando la acción ejecutiva de la conciliación, que sería la vía adecuada en el ámbito estrictamente colectivo para hacer valer los derechos de tal naturaleza que de ella pudieran derivarse, en los muy limitados términos expuestos en nuestra reciente STS4ª de 9-6-2015 (R.*

Incluso, en algunos supuestos, ha llegado a ratificarse o refrendarse el acuerdo alcanzado en el periodo de consultas en sede o conciliación judicial⁹³³. El denominado «refrendo» en la conciliación judicial se erige como una de las cláusulas convencionales logradas en el acuerdo sobre la extinción colectiva⁹³⁴.

Y es que, tal y como se desprende de los supuestos que acaban de ejemplificarse, en algunas ocasiones, parece ser que las partes, si bien pretenden llegar a un acuerdo, esperan a hacerlo en sede judicial mediante un acto de conciliación de la misma naturaleza, así, de acuerdo con lo establecido en el artículo 124. 13 b) 2º LRJS, el acuerdo fruto de tal conciliación gozará de los efectos de cosa juzgada, lo que producirá una mayor estabilidad y revestirá de mayor eficacia y solidez el acuerdo al que se ha alcanzado.

Asimismo, en algunas ocasiones, con la rúbrica del mencionado acuerdo en sede judicial se pretende:

1. Por un lado, al gozar tal acuerdo de los efectos de cosa juzgada, adquiere la cualidad de título ejecutivo y, por tanto, resulta

25/2014), ha sido ya al parecer agotada sin impugnación por ninguna de las partes implicadas en la decisión colectiva» por lo que, consecuentemente, «Procede, pues, estimar la pretensión principal de los tres recurrentes y, en consecuencia, casar y anular la sentencia impugnada, privándola de efecto alguno, porque, como se deduce de todo lo anterior, el empresario no dispone, ni directa, ni indirectamente por la inadecuada vía de la demanda de conflicto colectivo interpretativo, de la mencionada "acción de jactancia" del 124.3 LRJS, incluso aunque descartáramos, como lo hacemos, cualquier intención torticera en su planteamiento que, como nos piden los recurrentes con amparo en el art. 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pudiera permitir el rechazo de plano de su pretensión, y todo ello, desde luego, al margen de las repercusiones que el tan repetido acuerdo conciliatorio, tal vez como otros acuerdos colectivos previos, pudieran tener sobre las acciones individuales de los trabajadores afectados por la extinción colectiva, en cuyos procesos, necesariamente, habrá de ser llamada la empleadora (como así parece haber sucedido: FJ 2º, H, de nuestro resume fáctico) y podrá aducir y probar cuanto a su derecho convenga».

⁹³³ Vid., al respecto, la SAN 13-06-2014 (Rº 105/2014).

⁹³⁴ SAÉZ LARA, C., Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos, *ob. cit.*, p. 242.

directamente ejecutable, lo que beneficia a los trabajadores ante un supuesto incumplimiento del acuerdo por parte del empresario.

2. Y por otro lado, el efecto de cosa juzgada recae sobre los procesos individuales, por lo que el objeto de los mismos quedará limitado a aquellas cuestiones de carácter individual que no hayan sido objeto de la demanda formulada a través del proceso regulado en los apartados relativos al ejercicio de la acción colectiva, lo cual, beneficia al empresario, pues en caso de impugnación individual, la pretensión del trabajador no podrá fundamentarse en cuestiones derivadas del proceso cuyo ejercicio compete a los representantes de los trabajadores, al recaer el efecto de cosa juzgada sobre el proceso individual que va iniciarse.

En síntesis, se está evitando un control judicial indirecto sobre la decisión colectiva y, por ende, sobre el acuerdo en el que la mentada decisión se erige, por lo que, tal y como ha venido a postularse por la doctrina científica⁹³⁵, la pertinencia de tal acción o actuación puede resultar dudosa.

Para finalizar con el acuerdo dimanante de la conciliación judicial, hemos de plantearnos si los trabajadores que resultan afectados por la decisión extintiva estarían legitimados para impugnarlo a través del procedimiento previsto en el artículo 84.6 LRJS, que viene a disponer que *«La acción para impugnar la validez de la conciliación se ejercitará ante el mismo juzgado o tribunal al que hubiera correspondido la demanda, por los trámites y con los recursos establecidos en esta Ley. La acción caducará a los treinta días de la fecha de su celebración. Para los*

⁹³⁵ *Ibidem*, p. 243.

terceros perjudicados el plazo contará desde que pudieran haber conocido el acuerdo. Las partes podrán ejercitar la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos y la impugnación por los posibles terceros perjudicados podrá fundamentarse en ilegalidad o lesividad».

Como vemos, el precepto citado establece un plazo de caducidad de treinta días para impugnar la validez de la conciliación, a contar desde la fecha de la celebración del acto aludido y que deberá ejercitarse ante el mismo juzgado o tribunal al que le hubiera correspondido conocer la demanda o, idéntico plazo, pero a contar desde que pudieran haber conocido del acuerdo para el aquel supuesto en que los accionantes sean terceros perjudicados.

La acción la ostentarán los sujetos rubricantes de la misma, en base, según el citado precepto, a las causas que invalidan los contratos. Asimismo, también se permite la posibilidad de que eventuales terceros perjudicados por el acuerdo (entre los que cabría pensar, razonablemente, se encontrarían los trabajadores afectados) puedan accionar contra el acuerdo de conciliación, fundamentando tal impugnación en base a la ilegalidad o lesividad del mismo.

La doctrina judicial ha venido a sostener, en mi opinión, en una postura que dista mucho de ser la que realmente debería haberse adoptado en relación con el mentado conflicto, que los trabajadores despedidos carecen de legitimación activa para accionar frente al acuerdo de conciliación, al considerar que los trabajadores accionantes no son terceros, sino parte que ha intervenido en el proceso de despido colectivo a través de sus representantes los que en su nombre alcanzaron el acuerdo que no podría impugnarse por este motivo invocando ilegalidad

o lesividad, por lo que viene a negárseles su condición de terceros perjudicados y su posibilidad de impugnar el acuerdo derivado de la conciliación judicial en base a la acción que se le reconoce al colectivo aludido⁹³⁶.

2.10. La sentencia y la calificación de la extinción colectiva

Tal y como se desprende del artículo 124.11 LRJS, la decisión empresarial de despido colectivo podrá declararse ajustada a derecho, no ajustada a derecho o nula.

Asimismo, tal y como anteriormente ha quedado expuesto, igualmente podrán ser objeto del procedimiento de despido colectivo aquellos contenidos de la decisión empresarial de despido colectivo que son inherentes a la decisión relativa a las extinciones contractuales y no separables de la misma y ello independientemente de si son de obligatoria inserción en la decisión de despido colectivo, como son los referentes a criterios de selección o plazo de ejecución de los despidos, o si pueden introducirse potestativamente por el empresario (con o sin pacto), a saber, entre otras, las indemnizaciones mejoradas, la forma de pago de las indemnizaciones⁹³⁷.

⁹³⁶ SAN 13-06-2014 (R° 105/2014).

⁹³⁷ Pues tal y como vino a establecer la Audiencia Nacional en SAN 12-06-2014 (R° 79/2014), *«estas medidas forman parte inseparable de la decisión de despido colectivo y su impugnación colectiva no debe segregarse en un procedimiento paralelo de conflicto 38 colectivo, sino que debe quedar integrada en el procedimiento del artículo 124 de la Ley de la Jurisdicción Social. Baste pensar que la decisión sobre la legalidad o no de dichos contenidos (criterios de selección, plazo de ejecución, indemnizaciones) constituye una premisa para que puedan resolverse adecuadamente los procesos de despidos individuales que puedan estar suspendidos o esperando a iniciarse a la firmeza de la sentencia que recaiga en el procedimiento por despido colectivo, luego una interpretación coherente con los principios legales de concentración y celeridad procesal (artículo 74.1 de la Ley de la Jurisdicción Social) lleva a*

No obstante, partiendo de la premisa de que es posible impugnar por la vía del procedimiento de despido colectivo determinados contenidos de la decisión empresarial, que son inherentes a la misma y, por tanto, un todo inescindible, del propio tenor literal del artículo 124 LRJS se desprende una patente laguna en el texto del citado precepto, puesto que ni se prevén expresamente los motivos de impugnación que pueden afectar a dichos contenidos, así como tampoco los efectos que la apreciación de alguno de ellos puedan tener sobre el conjunto del despido colectivo.

Por ello, ni los motivos de impugnación de estos contenidos adicionales pueden quedar limitados a los expuestos en el 124.2 de la Ley de la Jurisdicción Social, ni los pronunciamientos resultantes de una estimación relativa a los mismos pueden quedar circunscritos a los expresamente previstos en el artículo 124.11 LRJS, sino que habrá que analizarse, caso por caso, cuando así corresponda, cuáles serían esos posibles efectos, puesto que en algunos casos, cuando se trate de contenidos obligatorios de la decisión empresarial (criterios de selección, plazo de ejecución), la misma puede resultar inviable si son anulados, lo que debe conducir a su anulación, mientras que en otros supuestos bastará con suprimir determinados elementos ilícitos, o restaurar la situación de ilicitud, bastando con suprimir o corregir algunos de dichos

rechazar la escisión en dos del procedimiento de impugnación de la medida empresarial de despido colectivo en los contenidos inherentes a la materia de la extinción contractual. Lo mismo puede decirse de la eventual caducidad de la decisión de despido colectivo por no adoptarse en el plazo legalmente previsto tras el periodo de consultas, cuestión que necesariamente ha de situarse dentro del perímetro del procedimiento del artículo 124 de la Ley de la Jurisdicción Social, aún cuando no exista previsión legal expresa en dicho precepto».

contenidos sin afectar al núcleo de la decisión empresarial de despido colectivo⁹³⁸.

Ahora bien, adentrándonos ya en el análisis de las diversas calificaciones jurídicas que pueden recaer sobre la decisión empresarial de despido colectivo, de acuerdo con el artículo 124.11 LRJS, la sentencia que recaiga sobre el proceso de extinción colectiva:

1. Se declarará ajustada a derecho la decisión extintiva cuando el empresario, habiendo cumplido lo previsto en los artículos 51.2 o 51.7, ambos de la norma estatutaria, acredite la convergencia de la causa legal esgrimida, esto es, cuando el empresario hubiere realizado el periodo de consultas sin vicios esenciales en su tramitación; hubiere entregado tanto a los representantes de los trabajadores como a la Autoridad laboral en tiempo y forma una memoria explicativa del despido colectivo, junto con toda la información escrita y documentación necesaria.
2. La sentencia declarará no ajustada a Derecho la decisión extintiva cuando el empresario no haya acreditado la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación extintiva, y no habiendo inobservado ninguna de las formalidades que requiere el procedimiento de despido colectivo y que determinan su nulidad.
3. La sentencia declarará nula la decisión extintiva únicamente cuando el empresario no haya realizado el periodo negociador o entregado la documentación establecida en el artículo 51.2 ET o no haya respetado el procedimiento establecido en el artículo 51.7 ET u obtenido la pertinente autorización del juez del concurso en aquellos

⁹³⁸ Sirva como ejemplo la SAN 16-05-2014 (R° 500/2013).

casos en los que esté legalmente prevista, así como cuando la medida empresarial se haya efectuado en vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas. En este supuesto, la sentencia declarará el derecho de los trabajadores afectados a la reincorporación a su puesto de trabajo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 123.2 y 3 LRJS.

Asimismo, debe hacerse constar que si el artículo 124.2 LRJS establece, en su apartado segundo letra c), como una posible causa de impugnación de despido, el que la decisión extintiva se haya adoptado con fraude, dolo, coacción o abuso de derecho, nada se precisa en relación con la calificación que merece tal motivo impugnatorio.

Ahora bien, sin que la ley diga expresamente cuál es la calificación del despido colectivo en tal supuesto, nuestro Alto Tribunal ha venido a suplir tal omisión, de manera titubeante y contradictoria, estableciendo en algunas ocasiones que, en estos casos lo que procede es declarar la nulidad del despido colectivo⁹³⁹ mientras que en otros supuestos ha venido entendiendo que lo que de tal proceder debe dictaminarse la improcedencia de la decisión empresarial⁹⁴⁰.

2.10.1. La nulidad de la decisión empresarial de despido colectivo

Tal y como vino a establecer nuestro Alto Tribunal, la deseable economía procesal aconseja que el examen de las causas de nulidad

⁹³⁹ SSTS 15-10-2015 (R° 28/2014); 12-03-2014 (R°673/2013); 18-02-2014 (R° 151/2013); 17-02-2014 (R° 142/2013) y (R° 143/2013).

⁹⁴⁰ STS 05-06-2015 (RUD 2659/2013)

preceda a la de simple desajuste a la norma y ello porque, por una parte, la concurrencia de las primeras, con efecto más drástico que las segundas, hacen del todo superfluo el examen de las últimas, las que en un orden jurídico de valores ocupan un lugar subsidiario frente a aquellas y, por otro lado, en un plano ontológico, parece razonable decidir antes la corrección del acto en sí mismo atendiendo a su finalidad, que atender a su validez formal⁹⁴¹.

Por ello, adentrándonos ya en el análisis de la presente calificación judicial de la decisión empresarial de despido colectivo, ha de hacerse constar, en primer lugar, que la Ley 1/2014, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, que vino a confirmar o ratificar el RDL 11/2013, de idéntica denominación, vino a introducir una modificación en la LRJS, en relación con la modalidad procesal del despido colectivo, con la finalidad u objetivo de que la impugnación judicial asumirá un mayor espacio.

Así, en su Preámbulo, la mentada norma vino a establecer que con tal reforma *«se aclaran las causas de nulidad del despido colectivo para dotarlo de mayor seguridad jurídica y se permite que las sentencias que declaren nulo un despido colectivo sean directamente ejecutables, sin necesidad de acudir a procedimientos individuales»*.

Según se lee el texto que acaba de ser transcrito relativo a reforma introducida por las normas anteriormente citadas, se crea la expectativa de que la “aclaración” introducida por el Legislador procederá a dilucidar, iluminar y a concretar, verdaderamente, cuáles serán las

⁹⁴¹ SSTS 26-03-2014 (R° 158/2013) y 17-02-2014 (R° 142/2013 y R° 143/2013).

causas que permitirán determinar la nulidad del despido colectivo y, lo más importante, cuando estas deberán apreciarse, facilitando así la labor a los órganos judiciales y permitiendo que las resoluciones que de estos aplicadores del derecho emanen y que declaren nulo un procedimiento de despido colectivo puedan ejecutarse directamente y sin necesidad de acudir a procedimientos de naturaleza individual.

Pero, cuando se acude al texto en sí, y se lee la “nueva redacción” del artículo 124.11 LRJS, se debe releer varias veces el apartado citado para poder asimilar la labor de profundización y ahondamiento que el Legislador realizó en la reelaboración o reforma de las causas de nulidad del despido colectivo, pues la aclaración de los mentados motivos estriba única y exclusivamente en la introducción del término “únicamente”.

Así, con tan gran esclarecimiento, el artículo 124.11 LRJS en su apartado tercero, relativo a la nulidad de la decisión empresarial de despido colectivo, viene a establecer que *«La sentencia declarará nula la decisión extintiva únicamente cuando el empresario no haya realizado el período de consultas o entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores 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. En este supuesto la sentencia declarará el derecho de los trabajadores afectados a la reincorporación a su puesto de trabajo, de*

conformidad con lo previsto en los apartados 2 y 3 del artículo 123 de esta ley»⁹⁴².

Ahora bien, puesto que del objeto del presente trabajo se excluyen los procedimientos de despido colectivo llevados a cabo en empresas concursadas así como los mentados procedimientos cuando la causa motivadora de las extinciones de contrato de trabajo sea la existencia de fuerza mayor, tales causas o motivos de nulidad serán excluidos del análisis que, a continuación, procederá a realizarse sobre dichos vicios que comportan tal sanción jurídica.

Así, y siguiendo el orden establecido en el artículo 124.11 LRJS, con la exclusión de las causas que acaban de enunciarse y por los motivos expuestos, se procederá al análisis de las causas motivadoras de la nulidad de la decisión empresarial de despido colectivo del siguiente modo:

1. Nulidad de la decisión empresarial de despido colectivo por no haberse realizado el periodo de consultas;
 2. Nulidad del procedimiento de despido colectivo por no haber entregado la documentación pertinente y legalmente establecida en el artículo 51.2 ET;
 3. Nulidad del procedimiento cuando la medida empresarial se haya efectuado vulnerando derechos fundamentales y libertades públicas;
- y

⁹⁴² Asimismo, en el Preámbulo de la Ley 1/2014, también se hace constar por parte del Legislador la reforma introducida en el artículo 51 ET en lo referido a la información que debe facilitar la empresa «*con la finalidad de mejorar la seguridad jurídica en la delimitación de los supuestos de declaración de nulidad del despido colectivo por falta de entrega de la documentación preceptiva*».

4. Nulidad ante una decisión empresarial adoptada con fraude, dolo, coacción o abuso de derecho.

De las causas de nulidad que acaban de exponerse podríamos decir que las dos primeras serían relativas a cuestiones propiamente formales, es decir, por un lado, a cuestiones relativas a la posible inobservancia de requisitos formales relativos al procedimiento negociador y a las exigencias que del mismo se derivan y por otro, al incumplimiento de las exigencias documentales previstas en el artículo 51.2 ET y que se erigen como el principal instrumento del que disponen los interlocutores sociales para conocer el verdadero alcance y trascendencia de la reestructuración colectiva así como de los elementos de que dispone el empresario para justificar y fundamentar tal decisión empresarial.

Asimismo, y en relación con las últimas dos causas debe hacerse constar que estas harían referencia no al procedimiento y exigencias documentales e informativas legalmente establecidas, sino a la concepción o adopción de la decisión empresarial en sí, es decir, al hipotético o eventual incumplimiento, por parte del empleador, de los derechos y garantías que protegen al trabajador en relación con la adopción de la decisión empresarial de despido colectivo.

Si bien es cierto que la inobservancia del periodo de consultas, así como el incumplimiento relativo a la entrega de la documentación legalmente establecida, se erigen como dos motivos diferenciados tanto en su concepción teórica como en su puesta en práctica, se encuentran relacionadas y así se desprende tanto de la jurisprudencia como de la doctrina judicial que dictaminan la nulidad del despido colectivo.

Así, la nulidad del despido colectivo por este motivo vendría unida a la falta de garantías en relación con el derecho a negociar, pues el periodo negociador no puede entenderse celebrado si la insuficiencia informativa impide que este periodo no se adecue a los fines del artículo 51 ET.

Y es que, debe recordarse que el periodo de consultas arranca con la aportación, por parte del bando empresarial, de la documentación legalmente establecida para que los interlocutores sociales puedan formar un juicio de valor en relación con la reestructuración decidida por el empleador, por lo que, sin la aportación de la documentación pertinente puede afirmarse que la negociación no será real.

De ahí que uno de los motivos o causas de nulidad sea la de la falta de documentación, pues el legislador otorga gran importancia a que los representantes de los trabajadores dispongan de toda la información necesaria y pertinente para formar su juicio de valor, pues el derecho de información se deviene como un instrumento fundamental para el éxito de las negociaciones.

Así, en lo relativo a la documentación exigible, el hecho de que nuestro legislador, en contraposición al comunitario, otorgue un papel significativo y esencial para determinar la posición de los interlocutores sociales a la documentación relativa a la justificación o acreditación de la causa esgrimida por parte del empleador para fundamentar su decisión empresarial evidencia la importancia que este otorga al elemento causal⁹⁴³.

⁹⁴³ Según apunta SAÉZ LARA, C., *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, ob. cit., p. 266, ello explicaría el hecho de que, aunque exista acuerdo en el procedimiento de despido colectivo no se presuma la concurrencia de la causa.

Para finalizar y, antes de adentrarnos de forma individualizada y pormenorizada en cada una de las causas de nulidad anteriormente enumeradas, los operadores judiciales han venido a mantener, en relación con las dos primeras causas de nulidad, es decir, las relativas a la inobservancia del periodo de consultas y al incumplimiento de las obligaciones documentales, por una interpretación bastante amplia y permisiva, al mantener una exégesis interpretativa sustantiva y finalista⁹⁴⁴.

2.10.1.1. Nulidad de la decisión empresarial por no haber realizado el periodo de consultas

El artículo 124.11 LRJS establece como primera causa de nulidad la no realización, por parte del empresario, del periodo de consultas.

Si bien, tal y como se desprende del propio tenor literal del precepto que acaba de citarse, lo que determina la nulidad de la decisión empresarial de despido colectivo es la inexistencia o la no celebración del periodo de negociación legalmente exigido⁹⁴⁵, la doctrina judicial, en una exégesis finalista del motivo expuesto, ha venido a extenderla a aquellos casos en los que no existe una negociación real, verdadera, derivada de una inobservancia de los requisitos que se exigen en relación con la celebración del proceso negociador, tales como el ámbito en el que deben celebrarse las negociaciones, la composición de la comisión negociadora, así como la obligación de negociar de buena fe, que debe presidir todo el procedimiento de despido colectivo.

⁹⁴⁴ *Ibidem*, p. 267.

⁹⁴⁵ SSTSJ País Vasco 26-03-2013 (R^o 31/2012) y Cataluña 18-07-2012 (R^o 17/2012).

Así, la causa de nulidad ha venido a transformarse desde la inexistencia del periodo negociador⁹⁴⁶ a vicios o defectos en el procedimiento⁹⁴⁷, lo que ha venido a comportar una doctrina judicial que dictamina la nulidad de la decisión empresarial ante irregularidades en el procedimiento de despido colectivo viniendo a exigir, para dictaminar la calificación de nulidad, cánones de interpretación sobre la importancia y el alcance de tales anomalías procedimentales.

Por tanto, partiendo de la jurisprudencia y doctrina judicial habida al respecto, vamos a analizar aquellos supuestos en los que ha venido a dictaminarse la nulidad de la decisión empresarial de despido colectivo por considerar que el periodo de consultas era inexistente⁹⁴⁸.

2.10.1.1.1. Nulidad por falta de adecuación en el ámbito en que se promueve el procedimiento de extinción y de desarrollo del periodo de consultas.

La falta de adecuación en el ámbito de promoción del despido colectivo cobró una importante trascendencia con anterioridad la reforma producida por el RDL 11/2013.

El RPDC, hasta la modificación producida por la mentada norma, en su artículo 27.2, venía a establecer que *«cuando el procedimiento afecte a varios centros de trabajo deberá concretarse si la negociación se realiza globalmente para la totalidad de los centros de trabajo de la empresa o*

⁹⁴⁶ STSJ Extremadura 03-05-2013 (R° 2/2013).

⁹⁴⁷ Como por ejemplo, la falta de comunicación a los representantes de los trabajadores del inicio del periodo de consultas, tal y como establecen las SSTSJ Madrid 08-11-2012 (R° 37/2012) y 07-11-2012 (R° 60/2012).

⁹⁴⁸ Para analizar esta casuística, nos hemos basado en la estructura seguida por SAÉZ LARA, C., *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, ob. cit., pp. 271 y ss.

de manera diferenciada por centros de trabajo», es decir, se posibilitaba la constitución de tantas mesas negociadoras como centros de trabajo existiesen en la empresa. Pero, la norma reglamentaria iba más allá y, en su artículo 28.3, disponía que «*se considerará que se ha alcanzado acuerdo en el periodo de consultas únicamente en los centros de trabajo donde haya votado a favor del mismo la mayoría de los miembros de la comisión negociadora de cada centro*», por lo que permitía la posibilidad de que se considerara que se hubiese alcanzado acuerdo en el seno de las negociaciones del periodo de consultas únicamente en los centros de trabajo donde se hubiese votado a favor del mismo la mayoría de los miembros de la comisión negociadora de dicho centro, es decir, se permitía una negociación y solución fragmentadas o divididas por centro de trabajo a la finalización del periodo negociador derivado de un mismo procedimiento de despido colectivo llevado a cabo en una misma empresa.

En este contexto, la Audiencia Nacional⁹⁴⁹ vino a dictaminar el carácter *ultra vires* de la norma reglamentaria, al considerar que las previsiones contenidas eran contrarias a las dispuestas en la norma estatutaria, concretamente en el artículo 51.2 ET al que, supuestamente, venía a desarrollar.

Así, el citado órgano judicial vino a considerar la nulidad del despido colectivo negociado por centros de trabajo al considerar que ni la Directiva 98/59/CE ni el art. 51 ET contemplan la posibilidad de parcelar el proceso de negociación por centros de trabajo, sustanciándose tantas consultas como centros existan, e igual número

⁹⁴⁹ SAN 01-04-2013 (Rº 17/2013)

de posibles acuerdos con contenidos diversos, debiendo presumir el sentido común del legislador comunitario y del nacional, como la apuesta por un proceso único, con resultado homogéneo para la totalidad de los trabajadores afectados por la decisión extintiva empresarial, y que, por tanto, no quede al albur del específico desarrollo de la negociación y contenido del eventual acuerdo que se consiga según el centro de trabajo de que se trate⁹⁵⁰.

Inclusive, la Audiencia Nacional vino a dictaminar la nulidad del despido cuyas negociaciones se habían parcelado por centros de trabajo por iniciativa de la representación sindical⁹⁵¹.

Con la reforma acometida por el RDL 11/2013 y su posterior confirmación a través de la Ley 1/2014, vinieron a disiparse algunas de las dudas que ensombrecían el ámbito de promoción del despido colectivo al disponer en el artículo 27 RPDC, en su nueva redacción, concretamente en su apartado primero que *«la consulta se llevará a cabo en una única comisión negociadora, si bien, de existir varios centros de trabajo, quedará circunscrita a los centros afectados por el*

⁹⁵⁰ SSAN 04-06-2013 (R° 1/2013) y 01-04-2013 (R° 17/2013).

⁹⁵¹ Así, la SAN 22-04-2013 (R° 82/2013) determinó que *«Lo anterior conduce inexorablemente a la declaración de nulidad de la medida -de toda en su conjunto, tanto en Zalla como en Capellades-, por las reiteradas razones de coherencia con la posición previamente mantenida y fundamentada por esta Sala. El argumento esgrimido por UGT de que, habiéndose decidido la negociación por centros por unanimidad de los representantes de los trabajadores, el resultado, de haberse negociado globalmente, no habría variado, cae por su propio peso, pues, de un lado, la negociación conjunta podría haber discurrido por otros derroteros que es imposible conocer, y de otro, incluso manteniéndose las posiciones actuales, la distribución de representatividad existente en la empresa habría imposibilitado un acuerdo final, siendo esto último prueba de que la parcelación de la negociación rompió artificialmente el equilibrio real de fuerzas sindicales en el ámbito de la empresa. No escapa a la Sala que quienes instaron la negociación por centros fueron los representantes de los trabajadores, con la aquiescencia de la empresa, y es uno de los sindicatos presente en la negociación, que no solo no se opuso a ello sino que, como decimos, lo impulsó, el que ahora lo utiliza para impugnar la medida que no dio el resultado por él esperado. Esta conducta es absolutamente reprochable y debería llamar a una seria reflexión ética, pero no empece a que seamos deudores de nuestro criterio, asentado en la consideración de orden público que tiene la materia examinada».*

procedimiento. La comisión negociadora estará integrada por un máximo de trece miembros en representación de cada una de las partes.

Por tanto, con la mentada reforma, vino a desaparecer la «posibilidad» de llevar a cabo negociaciones parceladas por centros de trabajo estableciéndose, para el supuesto en que se vean afectados diversos centros de trabajo de una misma empresa, que la comisión negociadora del procedimiento de despido colectivo quedará circunscrita a los centros afectados por la reestructuración.

Ahora bien, ha venido a señalarse por la doctrina judicial, en el supuesto de cambio de titularidad de la empresa y las obligaciones de información, consulta y negociación con los interlocutores sociales, en concreto, en cuanto a la promoción de un procedimiento de despido colectivo en el que se ocultó el cambio de empresas producido hasta el mismo momento en el que se llevaron a cabo las negociaciones del periodo de consultas.

En este supuesto, la Audiencia Nacional vino a determinar la nulidad del despido colectivo, pero no con base en la inadecuación del ámbito de promoción del despido de consultas, sino por entender que *«la forma de proceder al constituir el ámbito del despido sin ni siquiera haber informado a los trabajadores del cambio de empresario no puede en modo alguno considerarse conforme con una mínima exigencia de buena fe negocial. Concorre por ello causa de nulidad del despido colectivo»*, de lo que se desprende que la Audiencia Nacional determinó la nulidad de la reestructuración al entender que tal ocultación suponía una

trasgresión de la obligación de negociar de buena fe que debe presidir el procedimiento de despido colectivo⁹⁵².

No obstante, si bien es cierto que, de lo que acaba de exponerse, parece desprenderse que será difícil encontrar supuestos en los que determinar la nulidad del despido colectivo por inadecuación del ámbito de promoción de tal reestructuración, a no ser que el empresario desconozca las exigencias legal y reglamentariamente establecidas en relación con la imposibilidad de instar procedimientos de despido colectivo de manera separada y fragmentada por centros de trabajo⁹⁵³, el problema

⁹⁵² La Audiencia Nacional, en SAN 16-06-2014 (R° 79/2014) entendió que *«Se ha producido por tanto un completo y manifiesto incumplimiento de las obligaciones de información, consulta y negociación en el supuesto de cambio de titularidad de la empresa. Y no se trata de un incumplimiento situado en el pasado, cuyo reproche nada tenga que ver con el despido colectivo. Es un incumplimiento que se mantiene en el presente y se proyecta sobre el periodo de consultas del despido colectivo, porque en ese momento la información y documentación sobre la constitución del grupo todavía era incompleta (no debe confundirse la documentación entregada en el periodo de consultas con la aportada como prueba en este proceso judicial para acreditar la existencia del grupo de empresas laboral) y, además, porque el periodo se inicia sobre la base del incumplimiento de informar y negociar sobre el conjunto de la reestructuración proyectada, lo que implica mucho más que informar sobre una de las consecuencias más importantes de la misma en el aspecto laboral, como son los despidos, dado que no es ésta la única consecuencia laboral de la reestructuración. La negociación y firma en diciembre de 2013 y enero de 2014 del convenio colectivo de Casbega es un detalle muy significativo de la ocultación del cambio de empresas producido hasta el mismo momento de llevar a cabo el periodo de consultas del despido colectivo, como también lo es el mantenimiento de los contratos y altas en Seguridad Social de cada trabajador con su propia empresa empleador»*.

⁹⁵³ Nuestro Alto Tribunal, en STS 27-01-2015 (R° 189/2014) decretó la nulidad del despido colectivo al no ser válida la negociación en varias mesas de negociación que fueron constituidas, a su vez, con distintos órganos de representación de los trabajadores. Así, el Tribunal Supremo vino a establecer que *«una cosa es constituir una mesa de negociación por centro de trabajo en la que la parte social se encuentre representada por los representantes de los trabajadores del mismo o por una comisión constituida conforme al art. 51-2 del E.T. y otra diferente que se creen múltiples mesas negociadoras en las que la representación social este compuesta de forma variada, según los casos, unas veces por una representación legal de trabajadores, otras por una comisión híbrida en la que no consta la forma de elección de quienes no intervienen por la R.L.T. o por un sindicato y otras por una comisión de personas elegidas al efecto, sin que conste la representatividad de las mismas, máxime cuando una veces se negocia por centros de trabajo y otras por agrupaciones de centros de trabajo a nivel provincial, interprovincial o autonómico. Este tipo de negociación, aparte de no haberse probado la representatividad de los componentes de las mesas negociadoras, ni la forma en la que fueron elegidos, dio lugar a que las ofertas y contraofertas formuladas en la negociación*

relativo a la potencial inadecuación del ámbito de promoción del despido colectivo seguirá patente en lo que a los grupos de sociedades se refiere, tal y como se analizará en el apartado correspondiente.

Ahora bien, no puede olvidarse que, en este sentido, la causa de nulidad de una extinción colectiva es la no realización del periodo de consultas, supuesto al que, tal y como han venido entendiendo la jurisprudencia⁹⁵⁴ y la doctrina judicial⁹⁵⁵, puede paragonarse un mero cumplimiento formal que deforme y desmerezca el mandato legal que constriñe al empresario la celebración de un verdadero periodo de negociación para poder ejecutar la restructuración colectiva, evidenciándose así *«la trascendencia que el Legislador quiere dar al período de consultas, configurándolo no como un mero trámite preceptivo, sino como una verdadera negociación colectiva, entre la empresa y la representación legal de los trabajadores, tendente a conseguir un acuerdo»*⁹⁵⁶.

fueran distintas, incluso en la fijación de los parámetros a utilizar para el cálculo de las indemnizaciones. Dados esos datos, cabe concluir que la negociación vino distorsionada por la forma en la que se constituyeron de forma aleatoria las distintas mesas negociadoras, lo que dio lugar a que se hurtara la intervención de las secciones sindicales mayoritarias en la empresa y de los sindicatos mayoritarios en ella. No era eso lo querido por la norma entonces vigente que, aunque posibilitaba la negociación por centros de trabajo, quería que se llevara a cabo una negociación global con soluciones homogéneas para los mismos o similares problemas, negociación que debía llevarse a cabo por representantes de los trabajadores elegidos por procedimientos públicos para mesas negociadoras designadas con criterios homogéneos y no al gusto de la empresa».

⁹⁵⁴ Vid., entre otras, STS 20-03-2013 (R° 81/2012).

⁹⁵⁵ Vid., entre otras, SAN 13-05-2013 (R° 89/2013).

⁹⁵⁶ SSTS 16-05-2015 (R° 273/2014); 27-05-2013 (R° 78/2012); 25-03-2015 (R°295/2014); y 16-11-12 (R° 236/2011).

2.10.1.1.2. Nulidad por defectos en la constitución de la comisión negociadora

Con la nueva regulación del despido colectivo llevada a cabo por la Reforma Laboral de 2012, la doctrina judicial venía a entender que la incorrecta constitución de la comisión negociadora suponía que el periodo de consultas no se llevaba a cabo de acuerdo con los términos legalmente exigidos, por lo que procedía declarar la nulidad del despido, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 124.11 LRJS⁹⁵⁷.

Ahora bien, la propia Audiencia Nacional, posiblemente a raíz de la reforma acometida por el RDL 11/2013 y su posterior confirmación por la Ley 1/2014, da un giro de 180 grados en la postura que, hasta el momento, venía sosteniendo sobre las consecuencias que deben derivar de la incorrecta constitución de la comisión negociadora.

Si bien, tal y como anteriormente ha quedado expuesto, la Audiencia Nacional venía considerando que los incumplimientos normativos que conllevaban a una deficiente composición de la comisión negociadora debían acarrear la nulidad de la decisión extintiva, pues la relevancia de la composición de la comisión negociadora, que se erige en representación de los trabajadores, debe quedar correctamente constituida para que pueda rubricarse un acuerdo válido⁹⁵⁸, la nueva tesis sostenida por el mentado órgano judicial dista mucho de la que acaba de exponerse.

La Audiencia Nacional⁹⁵⁹, ha venido a entender que para que la negociación sea efectiva, resulta evidente que el empresario requiere de

⁹⁵⁷ SSAN 22-10-2013 (R° 327/2013); 16-11-2012 (R° 250/2012) y 25-07-2012 (R° 109/2012).

⁹⁵⁸ SAN 16-11-2012 (R° 250/2012).

⁹⁵⁹ SAN 16-05-2014 (R° 500/2013).

un interlocutor que represente al colectivo afectado por la reestructuración empresarial, dedicando el legislador para su identificación el artículo 51.2 y 41.4, ambos del ET; sea cual sea el sistema de representación elegido, es decir, sindicatos o representantes unitarios, o en su defecto los llamados «representantes *ad hoc*», considerando evidente que, para que la comisión negociadora elegida pueda concluir válidamente acuerdos debe conformarse siguiendo las reglas legalmente establecidas que la califican de “representativa” y que se basan en el principio de proporcionalidad al que aluden tanto el artículo 41 ET como el artículo 28 RPDC.

Hasta aquí nada parece diferir de la postura que dicho órgano judicial venía sosteniendo.

Ahora bien, y aquí es donde estriba la nueva exégesis interpretativa de la Audiencia Nacional, el que la comisión alcance la cualidad de representativa del colectivo al que, valga la redundancia, representa, y pueda alcanzar acuerdos que les afecten, lo que se erige como presupuesto elemental del ejercicio del derecho de negociación colectiva, es obligación y responsabilidad de quienes están facultados para la designación de dicha comisión.

Y ello porque, en este proceso de elección, el empleador no está presente y no puede estarlo pues, de lo contrario, la presencia de este podría incidir en su elección, lo que vendría a perjudicarlo de plano.

La actividad del empresario radica en iniciar el proceso, dar cuenta del mismo a los representantes de los trabajadores para que elijan la comisión negociadora de acuerdo con las reglas legal y reglamentariamente establecidas.

Ese proceder es de su plena competencia y responsabilidad, lo que considera la Sala, se corrobora con lo dispuesto en el artículo 41.1 ET. Por tanto, si la comisión no se constituyera de forma debida no alcanzando por tanto su cualidad de "representativa" del colectivo afectado por la medida empresarial se estaría perjudicando el derecho de ese colectivo a que se alcanzasen acuerdos que paliaran o limitaran los efectos de la medida empresarial, perjuicio que debe imputarse a los representantes de los trabajadores, por no haber actuado de acuerdo al principio de proporcionalidad en la elección de la comisión.

Ahora bien, lo que no podría verse afectado por este proceder es la decisión posterior adoptada por el empresario en orden a llevar a cabo la medida adoptada en los términos expresados por él tras la finalización del periodo consultivo y que gozaría de plena eficacia.

La indebida conformación de la comisión representativa equivaldría así a su falta de constitución, supuesto que como se acaba de indicar ni impide el inicio ni el transcurso del periodo de consultas que debe entenderse a estos efectos como celebrado.

Y por tanto, concluye la Sala *«excluidos aquellos casos en los que incide directa o indirectamente la conducta empresarial en la inadecuada determinación de la comisión representativa, de conformidad con las previsiones contenidas en el art. 124.11 LRJS que no prevén que la sentencia anule la decisión empresarial por una inadecuada conformación de la misma, (...) se debe llegar a la conclusión de que el supuesto descrito no es causa de nulidad de la decisión empresarial.*

Lo contrario sería tanto como trasladar al interlocutor empresarial en el periodo consultivo las consecuencias de la propia e inadecuada conducta

de la contraparte dando con ello incluso a una situación de manifiesta injusticia y fomento de conductas fraudulentas que propiciarían el establecimiento de comisiones "no representativas" con el objetivo final de lograr la nulidad de las decisiones empresariales sobre medidas de flexibilidad interna o externa , haciendo en definitiva inoperativa la institución»⁹⁶⁰.

Asimismo, la Audiencia Nacional también ha venido a sostener que no es lícito que quien acepta su legitimación como interlocutor en el periodo negociador, posteriormente alegue causa de nulidad por incorrecta constitución de la comisión negociadora y ello porque *«cuando se convoca a la sección sindical se está convocando al sindicato y si este acepta su papel de interlocutor en la negociación, con conocimiento de los afiliados afectados, no es lícito que posteriormente alegue, como causa de nulidad de la negociación, que se ha contrariado su propia organización interna y la incompetencia de los representantes que negociaron en su nombre. Para que después de la negociación pudiera alegarse válidamente esta causa sería preciso que las secciones sindicales que se entiendan competentes para negociar fuesen las que ejerciesen la acción y además que acreditasen que no consintieron la negociación en su nombre de otro órgano de su mismo sindicato, por ser este incompetente para ello, condiciones que en este caso no concurren. El sindicato asumió la negociación como tal, sin alegar que debía ser asumida por una u otra sección sindical (...) por lo que estamos ante una cuestión interna del sindicato que no incidió en la negociación y no puede ahora convertirse en causa de nulidad del despido colectivo»⁹⁶¹.*

⁹⁶⁰ SAN 16-05-2014 (Rº 500/2013).

⁹⁶¹ SAN 12-06-2014 (Rº 79/2014).

En cuanto a nuestra doctrina casacional, debe hacerse constar que nuestro Alto Tribunal⁹⁶² ha venido a establecer que, conforme a lo estipulado en el artículo 124.11 LRJS, no se contempla referencia alguna en relación con la anulación de la decisión empresarial por una inadecuada conformación de la comisión negociadora.

Asimismo, el Tribunal Supremo ha venido a establecer que debe existir correspondencia entre el órgano de representación de los trabajadores que interviene y negocia en el período de consultas con la empresa y el ámbito del personal afectado por el procedimiento, con la finalidad de que, en caso de llegar a un acuerdo, los representantes que lo suscriban tengan la representatividad suficiente para vincular a los trabajadores del ámbito afectado por el expediente de despido colectivo y, cuando tal exigencia de correspondencia entre el ámbito del sujeto negociador y el de los trabajadores que resulten afectados por la decisión extintiva se vea incumplida, la consecuencia que merece tal extinción es la de nulidad del procedimiento, *«conforme con lo establecido en el artículo 124.11 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social»*.

Ahora bien, en este supuesto enjuiciado por el Alto Tribunal acaeció que, una vez comenzado el proceso negociador, y en momento no especificado, las partes consideraron oportuno segregar al personal de extinción, con respecto al cual se inició un proceso negociador autónomo en otro expediente de extinción y suspensión de relaciones laborales y reducción de jornada. De este modo, en el proceso que ahora se considera quedó solo afectado el personal de estructura.

Se trataría, en este caso, de una nulidad provocada por la actuación de ambas partes posterior a la constitución de la comisión y durante el

⁹⁶² STS 17-02-2014 (R^o 142/2013).

periodo de consultas, de tal modo que, al haber existido intervención empresarial en la medida que dio lugar a la ruptura de la regla de correspondencia, sí era lógica la decisión anulatoria adoptada⁹⁶³.

Y es que sí que se constituiría como causa de nulidad del procedimiento de despido colectivo la falta de intervención en el periodo de consultas de los representantes de los trabajadores a cambio de negociaciones directas con trabajadores de la empresa, al entender que tal situación sería equivalente a la inexistencia de un periodo de consultas.

Debe recordarse pues, que tanto la regulación legal como la reglamentaria de los despidos colectivos estipula un procedimiento específico para las empresas que no tengan representantes de los trabajadores, consistente en que estos pueden elegir democráticamente entre ellos a una comisión de un máximo de tres miembros, o a una comisión de igual número de componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenece la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma.

En ambos casos, la designación de la comisión deberá realizarse en un plazo de cinco días a contar desde el inicio del periodo de consultas, sin que la falta de designación pueda suponer la paralización del mismo, siendo esa la razón por la cual la empresa deberá comunicar a los trabajadores la posibilidad de esta designación a la apertura del periodo

⁹⁶³ EL Alto Tribunal vino a entender que «*En definitiva y como acertadamente se dice en la sentencia recurrida, el destino de los trabajadores de estructura no fue decidido por sus órganos naturales de representación legal sino por otro ajeno a tal representación en el que únicamente se habían integrado dos de sus representantes con sus capacidades condicionadas cuando no anuladas*».

de consultas, si no lo hubiera hecho antes, indicando que la falta de designación no impedirá la continuación del procedimiento.

Por tanto, este requisito se erige como un presupuesto constitutivo para la validez del período de consultas en las empresas, que no cuenten con representantes de los trabajadores, que obliga a la empresa a advertir a los trabajadores de su derecho, así como de las consecuencias de su incumplimiento.

Dicha consecuencia, según la doctrina judicial⁹⁶⁴, permite concluir, que los trabajadores, afectados por el despido, no pueden disponer de ese

⁹⁶⁴ SAN 20-12-2013 (R^o 401/2013). Este supuesto enjuiciado por la Audiencia Nacional, fue instado por el empresario a través de la acción de jactancia establecida en el artículo 124.3 LRJS, solicitando la declaración de ajustado a Derecho del procedimiento de despido colectivo llevado a cabo. Si bien la Sala no declaró la nulidad de la decisión extintiva, pues la acción fue ejercitada por la empresa tenía su fundamento en el artículo 124.3 LRJS y a través de la pretensión ejercitada se pretendía que el citado órgano judicial declarase la decisión empresarial ajustada a derecho, la Sala vino a desestimar la demanda al entender que no se había cumplido el procedimiento legal, y ello porque *«la empresa no advirtió a los trabajadores en su comunicación de 19-07-2013, que tenían derecho a elegir a sus representantes del modo indicado, ni les informó sobre las consecuencias de no elegirlos. - Se ha probado, por el contrario, que convocó a todos ellos a la negociación y que es en la reunión de 25-07-2013 donde les informa por primera vez de la posibilidad de elegir representantes, pero no les advierte de las consecuencias jurídicas de no proceder a la elección reiterada, lo que motivó que los trabajadores decidieran negociar por sí mismos (...). Debemos precisar, a continuación, si la empresa demandada ha cumplido el procedimiento previsto en el art. 51.2 ET, a lo que anticipamos desde ahora una respuesta negativa. - Nuestra respuesta debe ser necesariamente negativa, porque el período de consultas no se ha mantenido con los representantes de los trabajadores, sino con los propios trabajadores afectados, sin que dicha conclusión pueda enervarse, porque la decisión de negociación directa se tomara por los trabajadores, por cuanto dicha opción no estaba en su poder de disposición, como subrayamos más arriba, ya que la negociación del período de consultas de los despidos colectivos está regulada legal y reglamentariamente de modo preciso para que se negocie con representantes de los trabajadores y no con los trabajadores afectados directamente. - Por lo demás, se ha probado claramente que la empresa no les informó sobre el derecho de elegir representantes hasta la primera reunión del período de consultas, a la que había convocado a todos los trabajadores, habiéndose acreditado, asimismo, que no les advirtió de las consecuencias de no realizar la elección, por lo que consintió negociar con sujetos no legitimados el período de consultas, lo cual comporta que el período de consultas no se ajustó a lo dispuesto en el art. 51.2 ET, sin que dicha conclusión pueda enervarse, porque acudiera a las reuniones una asesora de CCOO, porque dicho sindicato no negoció como tal el período de consultas, ni le competía informar a los trabajadores sobre las consecuencias jurídicas de no proceder a elegir la comisión ad hoc, en tanto que dicha obligación correspondía exclusivamente a la empresa»*.

requisito, ni están legitimados para negociar directamente el período de consultas, porque la Directiva 1998/59/CE, así como los arts. 51.2 y 41.4 ET, que la trasponen a nuestro ordenamiento, dejan perfectamente claro que la negociación del período de consultas debe realizarse con representantes de los trabajadores y no con los trabajadores afectados.

Finalmente, tal como ha venido postularse por algún autor⁹⁶⁵, a mi entender, de manera acertada deberá, asimismo, apreciarse como una inobservancia o incumplimiento esencial la falta de constitución de la comisión negociadora del procedimiento de consultas cuando la misma se impute a una falta de comunicación empresarial fehaciente de su intención de iniciar el proceso de despido colectivo, así como cuando no se haya concedido el plazo máximo previsto a tal fin, por cuanto, a mi entender, tal incorrecta constitución se debería a una conducta empresarial que incidiría, de manera directa, en la constitución de la comisión negociadora.

En síntesis, de la doctrina expuesta, cabe concluir que una inadecuada conformación de la comisión negociadora no debe determinar la nulidad de la decisión empresarial de despido colectivo pues, lo contrario implicaría, en cierta medida, trasladar al interlocutor empresarial en el periodo consultivo las consecuencias de la propia e inadecuada conducta de los interlocutores sociales.

Ahora bien, si la incorrecta o inadecuada constitución de la comisión negociadora se debe a una conducta empresarial que incide, de manera directa o indirecta, en tal defectuosa constitución, tal injerencia o

⁹⁶⁵ BALLESTER LAGUNA, F., *La impugnación del despido colectivo*, ob. cit., pp. 66 y 67.

incidencia empresarial debería acarrear la nulidad de la decisión de despido colectivo, de acuerdo con el artículo 124.11 LRJS⁹⁶⁶.

Y ello porque, a mi entender, igual que la doctrina judicial ha venido a entender que el hecho de que una defectuosa constitución de la comisión negociadora comportara la nulidad de la decisión extintiva *«sería tanto como trasladar al interlocutor empresarial en el periodo consultivo las consecuencias de la propia e inadecuada conducta de la contraparte dando con ello incluso a una situación de manifiesta injusticia y fomento de conductas fraudulentas que propiciarían el establecimiento de comisiones "no representativas" con el objetivo final de lograr la nulidad de las decisiones empresariales sobre medidas de flexibilidad interna o externa, haciendo en definitiva inoperativa la institución»*⁹⁶⁷, presumiendo tan mala fe de la los trabajadores, así como de sus representantes, también hubiera podido prever que, tal actuación, también puede darse por parte del bando empresarial, pues el hecho de que tal vicio constitutivo no despliegue consecuencia alguna en relación con la validez del procedimiento de despido colectivo acaecido, podría conllevar que el empresario incidiese en la misma, por ejemplo, tal y como anteriormente se ha apuntado, no comunicando a los representantes de los trabajadores, de manera fehaciente, su intención de iniciar el procedimiento de despido colectivo o no concediéndoles el plazo máximo previsto para tal fin.

Por tanto, a mi entender, la existencia de irregularidades procedimentales derivadas de una conducta empresarial conducente a boicotear la correcta trayectoria del periodo de negociación, ya sea

⁹⁶⁶ Así viene a exceptuarse en la SAN 16-05-2014 (R° 500/2013).

⁹⁶⁷ SAN 16-05-2014 (R° 500/2013).

incidiendo directa o indirectamente, en la composición de la comisión negociadora, en el ámbito de negociación del periodo de consultas o incluso en la exigencia de mayorías relativas a la adopción del acuerdo, debería conducir a la declaración de nulidad del procedimiento de despido colectivo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 124.11 LRJS.

2.10.1.1.3. Nulidad ante el incumplimiento de negociar de buena fe en el periodo de consultas

Tal y como ha quedado expuesto en el apartado correspondiente, el artículo 51.2 ET, así como el artículo 7.1 RPDC, establecen la obligación de las partes de negociar de buena fe, con la finalidad de que el periodo negociador finalice con la consecución de un acuerdo.

Los tribunales han sido los encargados de esbozar dicho concepto o exigencia legal, delimitando qué conductas deben subsumirse dentro de la buena fe negocial y que otras no deben hacerlo.

El incumplimiento del deber de negociar de buena fe supondría, tal y como se ha apuntado por la doctrina judicial, la imposibilidad de llevar a cabo una negociación real y efectiva, por lo que, consiguientemente, tal impedimento determinará la nulidad de la decisión extintiva motivada por la falta de realización del periodo de consultas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 124.11 LRJS.

El incumplimiento de la obligación de negociar de buena fe como causa de nulidad de la extinción colectiva también ha sido objeto de una exégesis antiformalista, en la que se ejerce un control de fondo en relación con la conducta o actividad empresarial durante las

negociaciones, así como de la intervención de los interlocutores sociales, al considerarse el deber de negociar de buena fe una obligación de carácter recíproco⁹⁶⁸.

De esta forma, el control judicial se extendería a la suficiencia o idoneidad de las proposiciones empresariales y de sus posibles alteraciones durante el proceso de negociación, así como a las posibles respuestas que los interlocutores sociales pudiesen formular ante estos planteamientos o propuestas⁹⁶⁹.

Es decir, el control judicial se produciría no solo sobre el contenido de los ofrecimientos planteados por el bando empresarial, sino también sobre la forma en que tales propuestas se producen así como el concreto momento en el que se proponen, llegando enjuiciarse también la postura y la intención, tanto del bando empresarial como de los interlocutores sociales⁹⁷⁰.

Así se desprende de la doctrina judicial, que considera que *«la buena fe de la empresa en la negociación ha de valorarse esencialmente por dos principios básicos:*

- a) *Por el principio de transparencia, esto es, por no ocultar a la representación de los trabajadores datos ni informes que sean relevantes y proporcionar aquellos datos e informes que tenga a su disposición y le sean reclamados durante el periodo de consultas;*
- b) *Por el principio de razonabilidad, que exige, como demostración de la voluntad de llegar a un acuerdo, tomar en consideración las propuestas realizadas por la representación de los trabajadores para*

⁹⁶⁸ SAEZ LARA, C., *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, ob. cit., p. 277.

⁹⁶⁹ *Ídem*

⁹⁷⁰ *Ibidem*, p. 278.

su análisis y dar contestación a las mismas, en sentido positivo o negativo, de forma razonada. Es en este razonamiento de las contestaciones donde se podrá apreciar si la empresa ha fijado una posición previa y tramita la negociación como mera formalidad o, por el contrario, su disponibilidad a negociar no tiene resultado como consecuencia de la inexistencia de soluciones alternativas mejores. La negociación de buena fe comporta esencialmente acreditar la disposición a dejarse convencer y a intentar convencer a la contraparte de las propias razones, como subraya la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2013, rec. 78/2012, lo cual comporta necesariamente escuchar las ofertas de la contraparte, contraofertar sobre las mismas, cuando es posible y/o explicar la imposibilidad de admitirlas de manera razonada y ajustada a la realidad empresarial. Por consiguiente, si concurren ofertas y contraofertas efectivas durante la negociación y se razona por qué se aceptan o no se aceptan las propuestas de la contraparte, se habrá negociado de buena fe, aun cuando el período de consultas no llegue a buen puerto»⁹⁷¹.

Asimismo, nuestro Alto Tribunal ha venido a entender que la mala fe negocial, utilizando como base una valoración gradual, quedaría en un escalafón superior a una actuación del empleador catalogable de desleal,

⁹⁷¹ SAN 09-07-2014 (R° 127/2014). En el mismo sentido ya se había pronunciado la Sala en las SSAN 10-12-2013 (R° 368/2013); 11-11-2013 (R° 288/2013) y 14-10-2013 (R° 267/2013). Asimismo, la Audiencia Nacional, en SAN 12-06-2014 (R° 79/2014) vino a establecer que «No es conforme con la buena fe el que la empresa se reserve sus ofertas reales para el último momento de la negociación, impidiendo así de hecho la negociación sobre las mismas, por estar realmente destinadas a ser ofertadas individualmente a los trabajadores, si bien esto no es causa de nulidad cuando consta que los representantes de los trabajadores, a pesar del escaso tiempo que tenían, rechazaron las mismas sin necesidad de prolongar la negociación».

por lo que una actuación desleal no supondrá un incumplimiento del deber de buena fe.

Así, la Sala vino a sostener que *«la conducta empresarial no puede calificarse en fraude de ley que daría lugar a la nulidad del despido colectivo, ni tampoco puede afirmarse que haya existido ausencia de buena fe en la negociación. Tal conducta sin alcanzar aquel grado superior, aceptando el iter fáctico que se constata en el relato de hechos probados de instancia, ha de calificarse desleal, aceptando la calificación de la sentencia recurrida (...). Sin embargo, una vez ejercitada la opción -u opciones-, necesariamente, la empresa debe ajustarse al mecanismo legal y reglamentario establecido. En el presente caso, ha quedado acreditado, hasta la saciedad -y reconocido expresamente por la sentencia de instancia- que la causa real y verdadera del despido colectivo es la organizativa y no la económica invocada y sostenida a lo largo de todo el procedimiento por la demandadas, siendo de destacar que en la propia sentencia recurrida parece apuntarse, además a una cierta mala fe, cuando señala la existencia de deslealtad al negar las demandadas el proceso externalizador. En cualquier caso, la iniciación del procedimiento de despido colectivo por una causa distinta a la real y verdadera, que se ha sostenido a lo largo de todo el procedimiento, equivale a la inexistencia de una causa legal que justifique el despido colectivo, y que ha de conllevar, necesariamente a la nulidad del mismo, en aplicación del artículo 124.11 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social»⁹⁷².*

⁹⁷² STS 26-03-2014 (R^o 158/2013).

Finalmente, debe hacerse constar que la doctrina judicial ha venido a entender que la falta de buena fe durante las negociaciones del periodo de consultas no será causa de nulidad si se neutralizada o contrarrestada por idéntico incumplimiento de la otra parte de esta obligación por su propia pasividad en el proceso negociador⁹⁷³.

2.10.1.2. Nulidad de la decisión empresarial por falta de entrega de la documentación prevista en el artículo 51.2 ET.

Según el artículo 124.11 LRJS, la sentencia declarará nula la decisión extintiva cuando el empresario no haya entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 ET.

No obstante la detallada y exhaustiva enumeración que tanto el precepto legal como las disposiciones reglamentarias realizan sobre la documentación preceptiva que el empresario deberá aportar, la exégesis interpretativa que han venido realizando los aplicadores jurídicos con relación a esta causa de nulidad, ha sido una labor de control, no sobre la efectiva aportación de todos y cada uno de los documentos especificados en los preceptos anteriormente citados, sino que tal labor de fiscalización se ha realizado en torno a la pertinencia de la documentación o información que el empresario efectivamente ha aportado o, en caso de falta de aportación, si la documentación omitida

⁹⁷³ Así, la SAN 13-05-2013 (R^o 89/2013) viene a determinar que no puede dictaminarse la nulidad del despido colectivo por falta de buena fe empresarial puesto que la representación de los trabajadores no realizó ninguna proposición constructiva, ni criticó ni ofreció alternativa alguna al plan de acompañamiento, entendiéndose que cuando las limitaciones a la negociación efectuada son imputables a ambas partes no se puede proceder a anular el despido por falta de buena fe empresarial.

era relevante o pertinente para que los interlocutores sociales pudiesen entender el alcance y trascendencia de la restructuración colectiva.

Así, nuestro Alto Tribunal vino a establecer que *«no todo incumplimiento de las previsiones contenidas en aquel precepto puede alcanzar la consecuencia de nulidad que se pueda desprender del art. 124 LRJS, sino tan solo aquella que sea trascendente a los efectos de una negociación adecuadamente informada»*⁹⁷⁴.

Así, la Sala se refiere a la *«trascendencia»* de la documentación aportada, al entender que, a pesar de los claros términos en los que se pronuncia el 4.2 RPDC (el empresario *«deberá aportar»*), así como del 124 LRJS (se *«declarará nula la decisión extintiva»* cuando *«el empresario no haya (...) entregado la documentación prevista»* en el art. 51.2 ET), la enumeración de documentos que hace la norma reglamentaria no tiene valor *«ad solemnitatem»*, por lo que no toda ausencia documental por fuerza ha de llevar a la referida declaración de nulidad, sino que de tan drástica consecuencia habrán de excluirse aquellos documentos que se revelen *«intrascendentes»* a los efectos que la norma persigue: proporcionar información que permita una apropiada negociación con la finalidad llegar a la consecución de un acuerdo sobre el proyecto empresarial y las medidas dirigidas a paliar a las consecuencias de que tal restructuración puedan derivar, tal y como se desprende del artículo 51.2 ET.

La principal finalidad del citado precepto es la de que los representantes de los trabajadores tenga una información suficientemente expresiva para conocer las causas de los despidos y poder afrontar el periodo de consultas adecuadamente.

⁹⁷⁴ SSTS 24-03-2014 (R° 158/2013); 27-05-2013 (R° 78/2012) y 20-03-2013 (R° 81/2012).

En este sentido se orienta el artículo 2.3 de la Directiva 98/59/CE para que ése periodo de consultas a que se refiere el artículo 2.1, se proyecte, tal y como expresa el artículo 2.2 y como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias, mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento destinadas, en especial, a la ayuda para la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos⁹⁷⁵.

Por tanto, tal y como se desprende de la doctrina casacional, lo que determinará la nulidad de la decisión extintiva no será la simple falta de aportación de alguno de los documentos legalmente establecidos, sino que para que pueda dictaminarse la nulidad por falta de entrega de la documentación prevista en el artículo 51.2, ex artículo 124.11 LRJS, tal documentación o información ha de revestir el carácter de «trascendental», a los efectos de una negociación adecuadamente informada.

Y es esa finalidad de proporcionar la información necesaria para abordar con mínimas garantías el periodo de consultas o, de manera aún más elemental, de conocer documentalmente la situación económica real de la empresa sobre la que se justifican los despidos la que debe cumplirse por parte de la representación empresarial pues, de lo contrario, se estaría incurriendo en una clara vulneración de lo previsto en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores, que habría de conducir a la nulidad de la decisión empresarial, *«teniendo en cuenta la*

⁹⁷⁵ STS 27-05-2013 (R^o 78/2012).

relevancia de los incumplimientos examinados en relación con la aportación de la mínima documentación exigible»⁹⁷⁶.

Un claro supuesto en que la falta de documentación comporta la inmediata nulidad de la medida empresarial radica en la falta de aportación de la contabilidad real de la empresa⁹⁷⁷.

En conclusión, puede colegirse que nuestro Alto Tribunal ha adoptado un criterio hermenéutico *«antiformalista»*⁹⁷⁸ pues, tal y como acaba de exponerse, la falta de entrega de un simple documento de los establecidos legal o reglamentariamente, no vendrá a determinar, *per se*, la nulidad de la extinción colectiva si tal documentación no se erige como una información trascendental para las negociaciones dimanantes del periodo de consultas.

Esta misma postura ha sido adoptada por la Audiencia Nacional que ha venido a seguir el *«criterio antiformalista en materia de la documentación exigible en el periodo de consultas»*⁹⁷⁹ viniendo a entender, igualmente, que la falta de entrega de la documentación expresamente enumerada legal y reglamentariamente no determina la nulidad del despido colectivo si no afecta al derecho a la negociación colectiva o es innecesaria para la negociación, *«como puede suceder cuando se trata de información que, siendo conocida su existencia por la representación de los trabajadores, no es reclamada por éstos»*.

Así, según la Sala, el listado de documentación enumerado en la norma reglamentaria goza de una presunción de necesidad para la negociación,

⁹⁷⁶ STS 20-03-2013 (R^o 81/2012).

⁹⁷⁷ STS 18-02-2014 (R^o 42/2013).

⁹⁷⁸ SÁEZ LARA, C., *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, ob. cit., p. 268 y SAN 12-06-2014 (R^o 79/2014).

⁹⁷⁹ SAN 12-06-2014 (R^o 79/2014).

pero tal presunción puede desvirtuarse, *«por ejemplo cuando, no habiendo sido entregada, los trabajadores no la reclaman a lo largo del periodo de consultas»*.

Por el contrario, *«si se acredita que otra información no aportada era relevante y necesaria y que fue ocultada por la empresa, o bien se negó a su aportación cuando fue reclamada por los representantes de los trabajadores, ello determina la nulidad del despido colectivo»*.

Por tanto, el órgano judicial mencionado, siguiendo esta doctrina antiformalista fijada por el Alto Tribunal, viene a considerar también trascendental la actitud que los interlocutores mantengan durante el periodo de consultas en relación con la documentación aportada así como respecto a la carente de aportación, de manera que si los interlocutores sociales, conociendo la existencia de una determinada documentación no reclamaron su aportación, durante el periodo de negociación, no podrán solicitar la nulidad del procedimiento por la falta de entrega de la mentada documentación⁹⁸⁰.

Asimismo, en base al «principio de utilidad» relativo al papel que desempeña la información legal y reglamentariamente establecida en las negociaciones del periodo de consultas, no puede considerarse como causa de nulidad del despido la falta de entrega de documentación o información no pertinente para la negociación, *«lo que puede ocurrir no solamente por el contenido de la misma, que la haga irrelevante, sino también porque ninguna de las partes que participaron en la negociación*

⁹⁸⁰ Pues la Sala considera que las partes que participaron en el periodo de consultas no pueden desvincularse de la posición que mantuvieron en el mentado procedimiento, pues quedan vinculadas por sus propios actos, condicionante derivado del principio de buena fe que, tal y como se desprenden de los artículos 51.2 y 7.1 RPDC deben seguir las partes durante las negociaciones dimanantes del periodo de consulta.

considerase en su momento relevante la misma y por ello tolerase su falta de presentación sin reclamar su aportación, porque entonces aquella falta, si era conocida y consentida, no supuso obstáculo para el desarrollo de la negociación en la forma en que la partes, en uso de su autonomía, se plantearon la misma».

Por tanto, concluye la Sala, lo que debe valorarse, en cada caso, es si la documentación e información reclamada en la negociación y cuya falta de entrega fundamenta la nulidad de la decisión empresarial ex artículo 124.11 LRSJ, realmente era pertinente y la empresa debió haberla entregado.

En síntesis, el carácter instrumental de los requisitos formales obliga a efectuar un análisis caso por caso. Por ello, la nulidad del despido por el incumplimiento de las obligaciones formales vendrá ligado a la carencia de garantías del derecho a negociar, pues el procedimiento de consultas no puede entenderse celebrado si la falta de información suficiente impide que sirva a los fines para los que fue diseñado⁹⁸¹.

Asimismo, el Alto Tribunal ha venido a precisar que, no obstante, si la empresa no aporta la documentación establecida al efecto, es a ella a quién le corresponderá probar que su falta de aportación no impidió que el periodo negociador alcanzase sus objetivos⁹⁸².

En todo caso, la información relevante, aportada por el empresario, deberá versar, necesariamente, sobre las causas por él alegadas para justificar su proyecto empresarial, así como sobre su adecuación a las medidas propuestas⁹⁸³ pues, de no proceder de tal modo, es decir, si la

⁹⁸¹ STS 25-06-2014 (R° 273/2013).

⁹⁸² STS 18-07-2014 (R° 313/2013).

⁹⁸³ STS 25-06-2014 (R° 165/2013) y SAN 21-11-2012 (R° 167/2012).

información y documentación aportadas no permitiesen a los interlocutores sociales formarse un juicio de valor sobre el proyecto empresarial, los fines para los que el periodo de consultas fue diseñado no se habrían cumplido, por lo que la consecuencia de tal incumplimiento sería la nulidad de la decisión empresarial, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 124.11 LRJS⁹⁸⁴.

No obstante, si los interlocutores sociales considerasen que la documentación aportada por el empresario resulta insuficiente para formar su juicio de valor sobre el proyecto empresarial, o incluso llegase a cuestionarse la autenticidad de la misma, considerando pertinente reclamar otra documentación, les corresponderá a los interlocutores sociales demostrar la pertinencia de la documentación que pretenden reclamar⁹⁸⁵, debiendo haberse realizado tal solicitud al bando empresarial en el periodo de consultas para que, de ser pertinente y no haberse aportado de manera injustificada, pueda instarse la nulidad de la medida empresarial⁹⁸⁶.

Consiguientemente, si la empresa no aportase, de manera injustificada, la documentación legal y reglamentariamente establecida al efecto o, en su caso, la documentación pertinente solicitada por los interlocutores sociales durante las negociaciones, la consecuencia de tal inobservancia sería la de nulidad de la medida extintiva, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 124.11 LRJS⁹⁸⁷.

⁹⁸⁴ SSTS 23-04-2012 (R° 2724/2011) y SSAN 19-12-2014 (R° 251/2012); 28-03-2014 (R° 44/2012); 24-02-2014 (R° 493/2013) y 07-12-2012 (R° 243/2012)

⁹⁸⁵ SSAN 4-04-2013 (R° 63/2013); 28-03-2014 (R° 44/2012) y 20-05-2013 (R° 108/2013).

⁹⁸⁶ SSAN 9-07-2014 (R° 463/2013) y 24-02-2014 (R° 493/2013).

⁹⁸⁷ STS 19-11-2013 (R° 78/2013).

No obstante lo que acaba de exponerse, debe hacerse constar que ha venido a atenuarse la importancia o trascendencia de la documentación empresarial cuando el periodo de consultas ha finalizado mediante acuerdo entre las partes intervinientes, al entenderse que el acuerdo acreditaría, *per se*, que los posibles defectos documentales o informativos no han imposibilitado la posibilidad de llegar a un acuerdo, viéndose alcanzados así, al máximo nivel, los fines para los que el periodo de consultas fue concebido⁹⁸⁸.

Ahora bien, el presupuesto constitutivo para que la empresa esté obligada a aportar documentación relevante es que la mentada documentación conste en su poder⁹⁸⁹, no resultando exigible, evidentemente, la aportación de documentos inexistentes así como la elaboración de documentos a petición de los representantes de los trabajadores *«por cuanto dicha exigencia excede claramente lo exigido legalmente y desborda con mucho las fronteras de la buena fe exigidas al empresario»*.

Asimismo, ha venido a postularse que el deber del empresario es aportar la documentación, y aportar significa «entregar» o «dar», lo que vendría a excluir las informaciones orales y virtuales, al impedir un análisis riguroso por parte de los representantes de los trabajadores, de acuerdo con el artículo 64.1 ET, pues el análisis riguroso de la información aportada por el empresario se erige como presupuesto fundamental para poder ejercitar un control eficaz de la medida

⁹⁸⁸ SSAN 16-05-2014 (R^o 500/2013) y 30-09-2013 (R^o 225/2013).

⁹⁸⁹ SAN 12-06-2014 (R^o 79/2014) y 16-05-2014 (R^o 500/2013).

empresarial, por lo que deberá ajustarse a lo dispuesto en los apartados 2.a y b y 4 del art. 64 ET.⁹⁹⁰

En cuanto al momento en que debe procederse a la aportación de los mentados documentos, si bien el artículo 2 RPDC así como la doctrina judicial han venido entendiendo que el momento en que debe procederse a la entrega de la información debe ser en el momento en que se inicie el procedimiento, a mi entender, si tal entrega se realizase no al inicio pero si durante el periodo de consultas, no suponiendo tal entrega tardía ningún menoscabo del periodo negociador ni ninguna obstrucción a la consecución de las finalidades a que tal procedimiento está destinado, a mi entender, ninguna consecuencia debería derivar de tal retardada puesta a disposición⁹⁹¹.

No obstante, la doctrina judicial⁹⁹² ha venido a señalar el momento en el que debe aportarse la documentación es el de inicio del procedimiento y, de lo contrario, recaerá en el empresario la carga de la prueba a efectos de justificar la imposibilidad de hacer entrega de la mentada documentación en el momento oportuno.

Para finalizar con la causa de nulidad objeto de análisis, debe hacerse constar que, en lo relativo a la información o documentación solicitada por los interlocutores sociales y que no aparece enumerada en la documentación exigida al empresario por el artículo 51.2 ET, recaerá en estos la carga de probar la pertinencia de la misma.

⁹⁹⁰ SAN 25-02-2013 (R° 14/2013).

⁹⁹¹ Así vino a entenderlo también la SAN 28-03-2014 (R° 44/2014).

⁹⁹² Entre otras, la STSJ Madrid 22-06-2012 (R° 19/2012).

En cuanto a las posibles consecuencias que puedan derivar de su falta de aportación, el Alto Tribunal⁹⁹³, ha venido a entender, a título ejemplificativo, que el incumplimiento de las exigencias relativas al plan de recolocación externa no implicaría la nulidad del despido colectivo.

Asimismo, el citado órgano judicial⁹⁹⁴ ha venido a determinar que la genérica designación de toda la plantilla como colectivo afectado por la reestructuración empresarial no será causa automática de nulidad si la falta de concreción de los trabajadores afectados no supone una automática vulneración de la garantía del derecho a negociar.

2.10.1.3. Nulidad de la decisión empresarial por vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas

El artículo 124.11 LRJS establece como causa de nulidad, el que la decisión empresarial se haya efectuado en vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas.

Nuestra Constitución Española, en sus artículos 15 y siguientes, se encarga de enumerar los derechos fundamentales y las libertades públicas que son la clave de bóveda de nuestro sistema social y democrático de derecho. No obstante, debe hacerse constar los derechos comprendidos en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de nuestra Carta Magna, podrían resultar insuficientes si atendemos a la posible vulneración del derecho a la negociación colectiva (artículo 37 CE) que

⁹⁹³ STS 26-03-2014 (Rº 158/2013).

⁹⁹⁴ STS 25-06-2014 (Rº 273/2013).

no está comprendido en la citada sección, al encontrar su ubicación en la Sección 2ª del mismo Capítulo y Título de la citada norma.

Dentro de esos derechos fundamentales y libertades públicas que la Carta Magna se encarga de reconocer, si bien cualquiera de ellos puede verse vulnerado por la decisión empresarial de despido colectivo, tal y como posteriormente podrá comprobarse, podría afirmarse que, de tales derechos y libertades reconocidos por nuestra Constitución, aquel que, sin duda alguna, pertenece al ámbito laboral es el artículo 28 que, en su apartado primero viene a reconocer el derecho a sindicarse libremente y, en su segundo apartado, viene a garantizar el derecho a la huelga.

No obstante, antes de proceder al análisis de tal causa de nulidad, debe hacerse constar que la protección del derecho de libertad sindical, así como otros derechos fundamentales tienen estipulado un proceso específico en la norma procesal laboral, la LRJS, en sus artículos 177 a 184 LRJS, a excepción de que se trate de unos determinados asuntos relativos a una serie de materias, entras las cuales, aparece el despido y que permiten tratar tal vulneración en la modalidad procesal correspondiente⁹⁹⁵.

Tal y como ha venido a reconocer nuestro Alto Tribunal, la decisión extintiva de carácter colectivo que tenga como finalidad sancionar o castigar a los trabajadores por haber ejercido su derecho constitucional

⁹⁹⁵ PEDRAJAS MORENO, A., *Despido y derechos fundamentales. Estudio especial de la presunción de inocencia*, Editorial Trotta, Madrid, 1992, p. 196, «Por consiguiente, la que he denominado “submodalidad” procesal de despido con violación derechos fundamentales será, ni más ni menos, la propia modalidad de despido en la que se habrán incrustado –dando lugar, según los casos, a las consiguientes adiciones o modificaciones en la tramitación- los principios y garantías propios del repetido proceso laboral de tutela de los derechos fundamentales».

a la huelga será nula, de acuerdo con lo establecido en el artículo 124.11 LRJS.

Así, respecto al específico ámbito del despido colectivo, el derecho de huelga y sus límites en relación con la calificación de esa medida empresarial, se ha pronunciado el Alto Tribunal en diversas ocasiones, a saber:

1. En la STS 18-07-2014 (R^o 11/2013, Celsa Atlantic) en la que se decide que la medida extintiva de todos los contratos de trabajo de los centros de Vitoria Gasteiz y Urbina, que supusieron su cierre, constituyó una vulneración de los derechos fundamentales de huelga y de libertad sindical por ser una directa respuesta, una reacción frente a la declaración y decisión colectiva de secundar una huelga indefinida, tras el fracaso de las previas negociaciones tendentes a modificar condiciones de trabajo y a amortizar solamente 91 puestos de trabajo en dichos centros, lo que motivó la declaración de nulidad del despido colectivo;
2. La segunda es la STS 23-02-2015 (R^o 255/2013), en la que se declara el despido nulo de la totalidad plantilla (46 trabajadores) por aparecer ese despido como represalia directa ante la convocatoria de huelga motivada por la falta de pago de salarios; y
3. La tercera es la de STS 24-02-2015 (R^o 124/2014) con nulidad del despido colectivo por las mismas razones que acaban de exponerse.

Asimismo, también se determinará la nulidad del despido colectivo aunque este no se haya decidido como respuesta al ejercicio del derecho de huelga.

Tal es el supuesto enjuiciado por nuestro Alto Tribunal en su STS 20-04-2015 (Rº 354/2014). En este caso, la decisión de iniciar los trámites legalmente previstos para la adopción de la medida de despido colectivo por causas organizativas y productivas se adoptó en la comunicación de 2 de enero de 2013, las consultas comenzaron el 22 de ese mismo mes de enero, el 28 se lleva a cabo la segunda reunión y el 31 de enero comienza la huelga de la fábrica de Fuenlabrada, lo que determina que en este caso, efectivamente, la medida programada de despido colectivo – prevista inicialmente para 1.253 trabajadores—no fue una reacción empresarial ante la huelga.

Pero, en tal supuesto, nuestro Alto Tribunal vino a entender que es que la conducta empresarial de utilizar el trabajo de otros empleados para suplir la ausencia de producción de la embotelladora en huelga resulta totalmente contraria al artículo 28.2 CE, el derecho de huelga de los trabajadores *«a través de la indirecta modalidad de utilización del trabajo de otros empleados para suplir la ausencia de producción en la embotelladora en huelga. Desde la perspectiva que rige en toda la tramitación del despido colectivo, esa conducta sería imputable al grupo laboral CCIP constituido por los demandados en este proceso, y desde luego con ella se intentó eliminar, minimizar o paliar el efecto de la huelga, lo que constituye, como se ha dicho una vulneración de ese derecho constitucional»*.

A lo que acaba de exponerse, la Sala vino a añadir que no es posible separar la existencia de tal conducta ilícita de la realidad del conflicto laboral sobre la que se vio proyectada, pues *«esos hechos ocurrieron durante la tramitación, la negociación del despido colectivo, sobre el que pendían diversas cuestiones por definir definitivamente en ese proceso de*

consultas, una de las cuales era, desde la perspectiva de los sindicatos demandantes, precisamente evitar el cierre de la factoría en huelga, con lo que la neutralización de los efectos del conflicto en ese centro que llevó a cabo la empresa supuso realmente una irrupción directa, una quiebra del necesario equilibrio de la negociación, privando a los trabajadores de los efectos que la huelga pudiera tener en ese proceso, que por tal motivo se vio evidentemente alterado por la actuación empresarial, de manera que el despido colectivo resultante se efectuó, utilizando la misma preposición que se contiene en el artículo 124.11 LRJS, “en vulneración de derechos fundamentales”, en este caso el de huelga del art. 28.2 CE».

Por otro lado, la vulneración de un derecho fundamental también puede haberse producido a través de la decisión empresarial de despido colectivo con respecto a elementos que formen parte de tal voluntad extintiva, como son los criterios de selección de los trabajadores afectados, así como también en relación con el acuerdo colectivo alcanzado entre representantes de los trabajadores y representación empresarial pues, independientemente de que la decisión se haya producido de manera unilateral o el periodo negociador haya finalizado mediante acuerdo entre las partes negociadoras, es posible que los criterios de selección utilizados para determinar que trabajadores van a verse afectados por la reestructuración colectiva sean discriminatorios o vulneradores de algunos derechos fundamentales.

Ahora bien, con relación a tal posibilidad, deben realizarse una serie de consideraciones⁹⁹⁶.

⁹⁹⁶ SÁEZ LARA, C., *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, ob. cit., p. 181.

Tal y como se analizó con relación al objeto del proceso de despido colectivo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 124.1 LRJS, la pretensión que da origen el citado proceso es la decisión empresarial de despido colectivo, así como aquellos contenidos inherentes o no separables de la decisión extintiva, por lo que este proceso judicial es el adecuado para accionar contra los criterios de afectación⁹⁹⁷.

Ahora bien, nuestro Alto Tribunal vino a establecer que será en los concretos procesos individuales en los que deberá plantearse el posible incumplimiento de los criterios de selección de los trabajadores afectados⁹⁹⁸ ya que, *«De no entenderlo así, el proceso colectivo se transformaría improcedentemente en un litigio plural, es decir, integrado por la acumulación de pretensiones individuales, con el insalvable inconveniente añadido de que los afectados no habrían estado nunca legitimados para impugnar la decisión colectiva (art. 124.1 LRJS)»*⁹⁹⁹, a lo que añade el Tribunal Supremo que *«el propio criterio general de selección se ha de valorar en relación con las circunstancias concretas en las que se proyecta»*¹⁰⁰⁰.

No obstante, si lo que se pretende es accionar contra los criterios de selección adoptados o contra un concreto criterio que implique un ataque o lesión con proyección general sobre un derecho fundamental o cuando el trato desigual afectase, indistintamente, a un grupo de trabajadores, el procedimiento de impugnación de despido colectivo sí sería el adecuado para encauzar tal pretensión.

⁹⁹⁷ Tal y como dispuso la SAN 12-06-2014 (R° 79/2014).

⁹⁹⁸ STS 25-06-2014 (R° 198/2013)

⁹⁹⁹ STS 18-02-2014 (R° 74/2013).

¹⁰⁰⁰ STS 25-06-2014 (R° 198/2013).

Así, solo si los criterios, con carácter general, entrañaran una vulneración de derechos fundamentales o libertades públicas, que pudieran suponer un injustificado trato desigual de todo el colectivo afectado cabría analizarlos en el proceso colectivo y entonces debería declararse la nulidad de los despidos llevados a cabo por el empresario¹⁰⁰¹.

Por tanto, los criterios de selección de los trabajadores afectados que comporten una lesión o vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas comportarán la declaración de nulidad del despido colectivo, tal y como viene a establecer el artículo 124.11 LRJS.

Ahora bien, ¿qué sucede si únicamente se declara lesivo un concreto criterio de selección que solo ha afectado a un determinado número de trabajadores? ¿cabrá decretar la nulidad de todo el despido colectivo, la nulidad de los despidos de aquellos trabajadores que resulten afectados por el criterio en cuestión o supondrá únicamente la nulidad del criterio viciado?

La doctrina judicial ha venido a entender que habrá que estarse al supuesto concreto para determinar los posibles efectos, puesto que en algunos casos, cuando se trate de contenidos obligatorios de la decisión empresarial la misma puede resultar inviable si son anulados, lo que debe conducir a su anulación, mientras que en otros supuestos será suficiente con suprimir determinados elementos ilícitos, o restaurar la situación de ilicitud, bastando con suprimir o corregir algunos de dichos

¹⁰⁰¹ STS 25-06-2014 (R^o198/2013).

contenidos sin afectar al núcleo de la decisión empresarial de despido colectivo¹⁰⁰².

Otros supuestos que atentaría contra los derechos fundamentales y las libertades públicas de los trabajadores afectados por la decisión empresarial de despido colectivo son los relativos a la discriminación por razón de edad, es decir, la utilización por parte de la empresa del criterio de la edad superior a un determinado número de años como factor determinante para la selección de los trabajadores afectados, así como aquellos casos en los que se produce una discriminación en cuanto al género o cualquier otra condición en los trabajadores seleccionados.

En relación con los criterios de selección que toman como base la edad de los trabajadores para proceder a la elección de aquellos que resultarán afectados, el Tribunal Constitucional ha venido a entender que *«la selección de los trabajadores afectados por un despido colectivo en función del menor daño o perjuicio que la situación de desempleo conlleva para determinados sectores de edad, solo puede considerarse legítima y proporcionada si se ve acompañada de medidas efectivas que atenúen los efectos negativos generados por la situación de desempleo, sin que en ningún caso pueda considerarse justificación suficiente del despido la mera proximidad de la edad de jubilación.»*

De este modo, 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

¹⁰⁰² SAN 12-06-2014 (R° 79/2014).

extinción de los contratos de trabajo produce en los afectados, de acuerdo con lo exigido por la propia legislación laboral»¹⁰⁰³.

No debemos concluir sin antes hacer mencionar que, ha venido a señalarse que cuando sea el acuerdo alcanzado en el periodo de consultas el que vulnere derechos fundamentales o libertades públicas, tampoco la nulidad de tal acuerdo determinará, automáticamente, la nulidad de la extinción colectiva, pues el contenido tal pacto puede ser de diverso alcance, tanto de medidas propias de estos acuerdos así como otras contemplaciones que traspasan las fronteras de la extinción colectiva. Y es que, si bien la validez del acuerdo puede verse afectada por deficiencias, entre otras, en la constitución de la comisión que negoció el acuerdo, con idénticos criterios que resultan aplicables a otro proceso negociador, debe recordarse que la decisión empresarial de despido colectivo no está supeditada a que se alcance un acuerdo, sino únicamente a que exista un proceso de negociación, por lo que la eventual nulidad del acuerdo no determina, de manera automática y en todos los casos, la nulidad automática de la medida empresarial¹⁰⁰⁴.

Así, la Audiencia Nacional vino a concluir que «la obligación del empleador concluye con la comunicación fehaciente a los trabajadores o a sus representantes de su intención de promover un despido colectivo. – Cumplida dicha obligación, corresponderá a los trabajadores y/o a sus representantes la constitución de la comisión negociadora con arreglo a las reglas que se dirán a continuación, de manera que las irregularidades, que hayan podido producirse en la constitución de la comisión no serán imputables al empresario, salvo que se acredite su

¹⁰⁰³ STC 66/2015 de 12-05-2015 (RAC 387/2013).

¹⁰⁰⁴ SÁEZ LARA, C., *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, ob. cit., p. 282.

injerencia indebida en el proceso, siendo revelador que el art. 41.4 ET disponga que, si no se constituye debidamente la comisión negociadora en los plazos previstos, el proceso no quedará detenido. Cuestión distinta es, que si la comisión se conforma indebidamente, el empresario, en aras a la buena fe negociadora, advierta a sus interlocutores de la irregularidad para que puedan rectificarla, pero dicha manifestación no valida la admisión unilateral por parte del empresario de una u otra composición de la comisión negociadora.– Si los miembros de la comisión mantienen su composición, pese a las advertencias empresariales y se constata posteriormente que la comisión no respetó las reglas del art. 41.4 ET, la consecuencia será la nulidad del acuerdo, pero no la nulidad del despido, por cuanto el art. 51 ET no exige que concurra acuerdo para que el empresario despida colectivamente»¹⁰⁰⁵.

2.10.1.4. Nulidad por fraude, dolo, coacción o abuso de derecho

El artículo 124.2 LRJS, en su apartado c) viene a posibilitar que la demanda de impugnación de despido colectivo se fundamente en que la decisión extintiva se ha adoptado con fraude, dolo, coacción o abuso de derecho.

No obstante, el apartado 11 del citado precepto, en cuanto a las posibles calificaciones que podrá recibir la medida empresarial y las causas que motivarán las mismas, no comprende como motivo de una posible nulidad o improcedencia el hecho de que la decisión extintiva se haya adoptado con fraude, dolo, coacción o abuso de derecho.

¹⁰⁰⁵ SAN 28-03-2014 (R^o499/2013).

Contrariamente, el artículo 51.6 ET referido a la acción que ostenta la Autoridad laboral para impugnar los acuerdos alcanzados durante las negociaciones viene a establecer que tal autoridad podrá accionar contra el acuerdo cuando estime que se hayan alcanzado mediante fraude, dolo, coacción o abuso de derecho «*a efectos de su posible declaración de nulidad*». La misma línea sigue el artículo 148.b) LRJS.

Por tanto, de los artículos que acaban de exponerse se desprende, claramente, que si el acuerdo alcanzado entre los interlocutores sociales y el bando empresarial se han adoptado mediante fraude, dolo, coacción o abuso de derecho, la sanción que se contempla por los preceptos anteriormente expuestos es la de nulidad.

Si bien los artículos anteriormente mencionados hacen referencia a que la calificación de nulidad se predicará cuando tales vicios concurren y la acción sea ejercitada por la Autoridad laboral, a mi entender, las mismas consecuencias deberán desprenderse de accionar frente al mentado acuerdo, pero no por la Autoridad laboral, sino por aquellos otros sujetos que también estén legitimados para impugnarlo.

Y es que una gran incertidumbre ha despertado la interpretación de las consecuencias jurídicas que puedan desprenderse de la apreciación de la concurrencia de fraude de ley, dolo, coacción o abuso de derecho.

Con la introducción del término «*únicamente*» con la Reforma de 2013, se limitó los supuestos de nulidad del despido colectivo a aquellos que aparecían expresamente identificados en el artículo 124 LRJS.

No obstante, tal limitación no debería impedir una exégesis sistemática del citado precepto que conduzca a la posibilidad de albergar o reconocer otros supuestos de nulidad.

Así lo vino a entender el Alto Tribunal al determinar que la consecuencia jurídica que merece la concurrencia de fraude de ley en el despido colectivo es la de nulidad.

El Alto Tribunal¹⁰⁰⁶ consideró que la ausencia de tales vicios entre los motivos que determinan la nulidad del despido colectivo no resultaba decisiva, y ello por las razones que seguidamente se expondrán:

1. El fraude de ley tampoco aparece como causa como determinante de que la decisión de la empresa resulte «no ajustada a Derecho»;
2. Esta ausencia en el elenco de causas de una y otra declaración no es más que un simple vacío legal, que lógicamente habrá de suplirse con la previsión contenida en el art. 6.4 del Código Civil , a cuyo tenor los actos realizados al amparo del texto de una norma que persiga un resultado contrario al ordenamiento jurídico «*se considerarán en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir*»;
3. Asimismo, la mentada consecuencia incluso tendría apoyo en sus antecedentes históricos - art. 3.1 CC -, pues la redacción del art. 124.9 LRJS que había sido dada por el precedente RDL 3/2012, sí contemplaba expresamente el fraude como causa de nulidad, lo que refuerza la conclusión de que su falta de contemplación en el precepto entre tales causas (tras la confirmación de RDL 3/2012 por la Ley 6/2012, obedece a una simple omisión y no a voluntad deliberada alguna;

¹⁰⁰⁶ SSTS 03-02-2015 (R° 266/2013); 11-12-12014 (R° 258/2013); 23-09-2014 (R° 309/2013); 26-06-2014 (R° 219/2013); 25-06-2014 (R° 223/2013); 24-06-2014 (R° 270/2013); 20-05-2014 (R° 153/2013); 16-04-2014 (R° 261/2013); 16-04-2014 (R° 152/2013); 15-04-2014 (R° 86/2013); 26-03-2014 (R° 158/2013); 20-02-2014 (R° 116/2013); 19-02-2014 (R° 150/2013); 18-02-2014 (R° 228/2013); 18-02-2014 (R° 151/2013) y 17-02-2014 (R° 142/2013 y 143/2013).

4. La Sala tampoco encuentra obstáculo alguno para considerar la nulidad de la extinción colectiva en relación con su doctrina sobre que *«la figura -creación jurisprudencial- de nulidad del despido por fraude de ley es inexistente»*¹⁰⁰⁷, habida cuenta de que en el presente caso no estamos en presencia de un fraudulento despido individual, sino que enjuicamos la validez de una decisión extintiva adoptada en expediente de despido colectivo, por lo que esta decisión de proyección colectiva trasciende a un plano superior de intereses generales, revistiendo mucha mayor gravedad que las propias de un cese individual;
5. Igualmente, considera que no resultaría razonable que determinadas deficiencias procedimentales determinaran la nulidad de la decisión empresarial y que este defecto, sin embargo, no produjese la citada consecuencia, en cuanto la extinción pretende burlar la estabilidad en el empleo; y
6. Finalmente, entiende que tampoco resulta lógico que en el supuesto de impugnación individual del despido colectivo este pueda ser declarado nulo por la concurrencia de fraude de Ley (artículo 122.2.b, por remisión del artículo 124.13.a.3ª LRJS) y que tal pronunciamiento se niegue cuando la impugnación de la decisión extintiva se lleva a cabo por los representantes de los trabajadores. Sentando ello, cumple reproducir en el siguiente fundamento la normativa que se dice eludida y cuya provocada inaplicación se pretende causante del alegado fraude de ley.

¹⁰⁰⁷ SSTs 23-05-1996 (RCUD 2369/1995); 02-06-1995 (RCUD3083/1994); 30-01-1995 (RCUD 1592/1994); 15-12-1994 (RCUD 958/1994) y 02-11-1993 (RCUD 3689/1992).

Ahora bien, tal y como ha venido a mantener el Alto Tribunal, en relación con la prueba exigida respecto a esta causa de nulidad, el fraude de ley no se presume, debiendo ser acreditado por el que lo invoca¹⁰⁰⁸, pudiendo realizarse, al igual que el abuso de derecho, mediante pruebas directas o indirectas, admitiéndose las presunciones entre estas últimas¹⁰⁰⁹.

Y si bien es cierto que el fraude es una conducta intencional, en la que se utiliza, de manera desviada, una norma del ordenamiento jurídico para la cobertura de un resultado antijurídico, no debe confundirse esta conducta con la mera infracción o incumplimiento de una determinada norma¹⁰¹⁰.

No obstante, es suficiente con que los datos objetivos revelen el ánimo de ampararse en el texto de una norma para conseguir un resultado prohibido o contrario a la ley¹⁰¹¹.

Igualmente, debe tenerse presente que no es lo mismo engañar, que no poder justificar una determinada situación. En el segundo de los casos, la imposibilidad de acreditar, por parte del empresario, la concurrencia de la causa alegada determinará la improcedencia de la medida empresarial.

Por tanto, para poder acreditar el fraude de ley, será necesario, tal y como ha señalado la jurisprudencia anteriormente citada, una actividad probatoria por parte de aquellos que la alegan (en este caso, la representación de los trabajadores), que conduzca al juez al

¹⁰⁰⁸ SSTS 21-06-2004 (R° 3143/2003); 14-03-2005 (R° 6/2004) y 16-02-1993 (R° 2655/1991).

¹⁰⁰⁹ SSTS 06-11-2008 (RCUD 4255/2007); 14-05-2008 (RCUD 884/2007) y 04-02-1999 (R° 896/1998).

¹⁰¹⁰ SSTS 31-05-2007 (R° 401/2016); 16-01-1996 (R° 693/1995) y 04-07-1994 (R° 2513/1993).

¹⁰¹¹ SSTS 31-05-2007 (R° 401/2006) y 19-06-1995 (R° 2371/1994).

entendimiento de que ha habido una actitud empresarial de engaño u ocultación para poder apreciar el fraude de ley en el procedimiento negociador.

Una cuestión interesante que ha venido a postularse por parte de algún autor¹⁰¹², es la existencia de fraude de ley en la causa. Es decir, si el empresario, de manera maliciosa, miente en la causa alegada para justificar la decisión extintiva, con la finalidad de acogerse a una regulación que le resulte más beneficiosa de las extinciones colectivas o, de existir causa, este la adultera o desvirtúa con intención de que parezca revestir mayor gravedad e importancia con la finalidad de superar un eventual control por parte del órgano judicial.

Ante tal supuesto, ¿cuáles son las consecuencias que derivarían de la conducta empresarial expuesta? De acuerdo con el artículo 124.11 LRJS, la calificación que merecería la medida empresarial sería la de improcedencia o no ajustada a derecho, ya que en el supuesto en cuestión no habría quedado acreditada la concurrencia de la causa justificativa alegada por el empresario.

Pero si la actitud empresarial ha sido la de engañar o falsear la documentación empresarial como por ejemplo, falsear las cuentas de la empresa, ocultar algunos documentos empresariales, incluso esconder la auténtica dimensión de la empresa para negociar el despido colectivo, ¿estaremos hablando de nulidad por fraude de ley o de nulidad por no realización del periodo de consultas? Puesto que ante tales

¹⁰¹² TODOLÍ SIGNES, A., *El fraude de ley en los despidos colectivos. Nuevas cuestiones surgidas tras la desaparición de los EREs*, Comunicación presentada a la ponencia; “*Los despidos colectivos en la empresa y en los grupos de empresas*”, Associació Catalana de Iuslaboralistes, 2013, p. 8/14.

circunstancias resulta complicado hablar de buena fe del empresario durante el proceso negociador

Debe observarse que muchas veces la frontera que separa la causa de nulidad por fraude de ley de la nulidad por el incumplimiento del artículo 51.2 ET (en concreto, ausencia de buena fe que implica la ausencia de negociación de acuerdo a las exigencias del mentado precepto) es muy fina, hasta el punto de que en algunos supuestos, procederá declarar la nulidad de la medida empresarial, siendo más oportuna la declaración de tal nulidad por incumplimiento del artículo 51.2 ET, que por fraude de ley¹⁰¹³.

Tanto la jurisprudencia¹⁰¹⁴ como la doctrina judicial¹⁰¹⁵ han venido a entender que concurre fraude de ley en el supuesto en que la decisión empresarial de despido colectivo se adopta por el empresario incumpliendo lo que se había acordado con los representantes durante el periodo de consultas.

De tal modo, alcanzado acuerdo en el periodo de consultas, el empresario adquiere el compromiso de que la decisión adoptada se corresponda con lo negociado con la representación de los trabajadores. De no actuar así estaría incurriendo en fraude de ley dando lugar a una decisión nula por esta causa.

Asimismo, otro supuesto en el que se entendería la concurrencia de fraude de ley y, por tanto, la declaración de nulidad de la medida empresarial sería aquel en el que resulte acreditado que la extinción

¹⁰¹³ La STSJ Cataluña 23-05-2012 (R° 10/2012) declaró la nulidad del despido colectivo al entender que la empresa demandada había ocultado su auténtica dimensión, adulterando con tal conducta, de manera irremediable, el proceso de despido colectivo desde su inicio, puesto que se pretendía acreditar la causa alegada en un marco inferior.

¹⁰¹⁴ STS 17-02-2014 (R° 142/2013).

¹⁰¹⁵ SAN 16-05-2014 (R° 500/2013).

colectiva pretendió evitar las consecuencias que derivan de una transmisión de empresas, evitando la cesión de trabajadores afectados por la mentada sucesión.

En este sentido, será necesario tener presente, de un lado, que resulta de aplicación la doctrina casacional relativa a la sucesión de empresas y, por tanto, recordar que la transmisión debe afectar a una entidad económica que mantenga su identidad, para que la actividad transmitida pueda continuar o reanudarse y, de otro, deberá acreditarse, por quien lo alega, la existencia de fraude de ley, tal y como anteriormente ha quedado expuesto.

El Alto Tribunal¹⁰¹⁶ ha venido a entender que en tal supuesto, la desviación de poder que comporta en este ámbito laboral el fraude de Ley consistente en evitar las previsiones estipuladas en el artículo 44 ET relativas a la sucesión empresarial, pues los demandados utilizaron las previsiones del artículo 51 ET para evitar la aplicación de las disposiciones contempladas en el artículo 44 ET para evitar las consecuencias laborales que derivan de la sucesión empresarial, por lo que resulta aplicable el art. 6.4 del CC con las consecuencias previstas en el art. 124.11 LRJS, es decir, la nulidad del despido colectivo.

En conclusión, debe hacerse constar que, si bien el artículo 124.11 LRJS no ha venido a establecer cuáles son las consecuencias que deben derivar de la impugnación del procedimiento de despido colectivo cuando este esté motivado por la concurrencia de fraude de ley, dolo, coacción o abuso de derecho, la jurisprudencia y la doctrina judicial han venido a entender, en concreto, en relación con el fraude de ley, que tal

¹⁰¹⁶ SSTs 26-06-2014 (R^o 219/2013); 18-02-2014 (R^o 151/2013) y 17-02-2014 (R^o 142/2013).

ausencia reguladora debe considerarse una omisión, un olvido del legislador, entendiendo que la consecuencia que merece tal actuación empresarial es la de la nulidad de la medida adoptada.

Ahora bien, tal y como podrá observar el lector en las resoluciones casacionales anteriormente citadas, la doctrina casacional únicamente hace referencia al supuesto de fraude de ley, no pronunciándose al respecto del dolo, coacción o abuso de derecho.

A mi entender, las conclusiones alcanzadas por el Alto Tribunal en relación con la omisión legislativa relativa al fraude de ley, y las consecuencias que de su concurrencia en el proceso de despido colectivo deben derivarse resultan, igualmente aplicables, a los supuestos de dolo, coacción o abuso de derecho.

Por ello, cuando la decisión empresarial se haya adoptado mediante dolo, coacción o abuso de derecho, las consecuencias que deben desprenderse de tales vicios serán la de la nulidad de la decisión empresarial o del acuerdo que ponga fin al periodo de consultas pues, tal y como ha venido a entender la doctrina científica, ante la gravedad de estos supuestos, la sanción que resulta más adecuada es la de «*restitutio in natura*»¹⁰¹⁷.

¹⁰¹⁷MONEREO PÉREZ JL., “El régimen jurídico de los despidos colectivos después de la reforma de 2012”, *ob. cit.*, p 350; GONZÁLEZ GONZÁLEZ C., “Control judicial del despido colectivo tras el Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, N°2, 2012, p. 7; TODOLÍ SIGNES, A., *El fraude de ley en los despidos colectivos. Nuevas cuestiones surgidas tras la desaparición de los EREs*, *ob. cit.*, p. 9/14.

2.10.2. La calificación de improcedencia o de «no ajustada a derecho» de la decisión empresarial de despido colectivo

El artículo 124.11 LRJS establece que la media empresarial se declarará no ajustada a derecho cuando el empresario no haya acreditado la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación extintiva.

No obstante, aunque el artículo 124.11 LRJS resulta contundente en cuanto a la causa que motiva la declaración de improcedencia de la decisión extintiva, algunos aplicadores del derecho han entendido que tal calificación, no obstante, puede predicarse de otros supuestos no previstos por la norma.

Así, ha venido a entenderse que la media empresarial de despido colectivo no se ajustaba a derecho cuando no se ha respetado lo acordado en un pacto anterior en el que se establecían las condiciones en materia indemnizatoria relativa a la extinción por despido¹⁰¹⁸.

Igualmente, ha venido a entenderse que merece tal declaración el supuesto en el que no quedan acreditadas las circunstancias excepcionales para proceder a una extinción de carácter colectivo estando vigente un procedimiento de suspensión de contratos¹⁰¹⁹.

Asimismo, ha venido a considerarse que la decisión empresarial de despido colectivo no se ajusta a derecho cuando los criterios de selección adoptados por el empresario no han estado sometidos a ningún módulo

¹⁰¹⁸ STS 30-10-2013 (Rº 47/2013).

¹⁰¹⁹ STS 18-03-2014 (Rº 15/2013).

de valoración laboral de los trabajadores, sino que, por el contrario, han sido criterios arbitrarios y subjetivos¹⁰²⁰.

En cuanto a la insuficiente justificación de la causa esgrimida por el empresario, ha de hacerse constar que es tal sujeto el que debe probar la convergencia de la causa alegada para justificar la medida adoptada, obligación esta que tiene su inicio en el procedimiento de despido colectivo y que se manifiesta a través de las obligaciones documentales.

En consecuencia, el empresario no podrá acreditar, en fase de juicio y ante la impugnación de la medida empresarial, un motivo distinto al que esgrimió para instar el procedimiento de despido colectivo, puesto que tal actuación supondría un incumplimiento del periodo de negociación así como un atentado contra la obligación de negociar de buena fe¹⁰²¹.

Ahora bien, tal y como ya ha quedado expuesto con anterioridad, una de las cuestiones más controvertidas, tanto en el ámbito de la doctrina judicial como en la esfera de la doctrina científica, ha sido la relativa a la trascendencia de la exigencia empresarial de prueba y el consecuente alcance del control judicial sobre la justificación o acreditación de la causa alegada por el empresario para instar un procedimiento de despido colectivo.

¹⁰²⁰ Así, la STSJ Andalucía 20-03-2013 (R^o 11/2012) vino a establecer que *«Cuando la falta de buena fe es equiparable a la ausencia de negociación, la consecuencia es la nulidad de la decisión extintiva pero, en este caso, ha existido negociación, se han adoptado medidas reduciendo el número de afectados, por la aplicación del criterio de la edad, se han adoptado medidas paliativas de las consecuencias, con un plan de recolocación y de formación, y solo en este aspecto, no se ha seguido el principio de buena fe en la negociación. Por ello, debe declararse la decisión extintiva colectiva no ajustada a derecho»*.

¹⁰²¹ SÁEZ LARA, C., *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, ob. cit., p. 246.

Y ello porque, en contraposición a lo dispuesto en el Preámbulo de la Ley 3/2012, en el que queda patente que la intención del legislador era que el control judicial de los despidos colectivo se limitase a la valoración sobre la concurrencia de las causas, tanto la doctrina judicial como la científica postularon la existencia de una exégesis interpretativa del elemento causal del despido colectivo que, en cierta medida, no rompería con la doctrina judicial anterior a la Reforma Laboral de 2012¹⁰²².

Si bien tal disquisición ya ha sido expuesta y analizada en el apartado correspondiente al elemento causal de la extinción colectiva, en el presente apartado vamos a abordar cuáles son las soluciones aportadas por los aplicadores del derecho y como éstos valoran la exigencia de acreditar la causa empresarial en las extinciones colectivas, a los efectos de determinar si el despido se ajusta o no a derecho.

Por consiguiente, ¿qué es lo que debe justificar el empleador en los despidos colectivos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción?

Según la doctrina judicial, la prueba que se exigirá al empresario será la de acreditar la concurrencia de la causa económica, técnica, organizativa o productiva, así como relacionar suficientemente la intensidad de la causa o causas acreditadas con la pérdida de eficiencia económica de los contratos, que pretenda extinguir¹⁰²³.

¹⁰²² *Ibidem*, p. 247.

¹⁰²³ Así, la SAN 28-10-2013 (R^o 248/2013) vino a establecer que «*Aunque la norma no menciona la intensidad de la causa, se ha defendido con razón, que esta no puede tener la misma entidad para los descuelgues que para los despidos, puesto que los intereses en juego no son los mismos cuando la decisión empresarial supone la pérdida del empleo («flexibilidad externa» o «adaptación de la plantilla») que cuando significa un mero cambio en el modo o en las circunstancias de ejecución del trabajo («flexibilidad interna» o «adaptación de condiciones*

Es más, podría afirmarse que la doctrina judicial, en algunas ocasiones, la obligación de exigir al empresario la acreditación de la causa alegada para despedir, le exige ir más allá de la mera prueba de su realidad, adecuación y/o proporcionalidad¹⁰²⁴.

Y es que, en relación con las causas económicas o productivas, o para el supuesto en que se aleguen ambas a la vez, o cuando se alegue la convergencia de causas organizativas, el empresario deberá acreditar que el contrato ha devenido superfluo en términos económicos, porque ha perdido su relevancia económica para el empresario, o lo que es lo mismo, que el contrato ha perdido su objeto y su causa, que son los presupuestos obligados para su permanencia, conforme a lo dispuesto en el art. 1261 CC , lo que ocurrirá cuando la prestación de trabajo ha perdido su utilidad económica para el empresario por causas objetivas sobrevenidas, del mismo modo que el trabajador puede extinguir justificadamente su contrato de trabajo cuando el empresario no está en condiciones de proporcionarle trabajo efectivo o de retribuir puntualmente su trabajo¹⁰²⁵.

Por tanto, ¿qué valorarán los aplicadores del derecho según la doctrina judicial?

De lo anteriormente expuesto se desprende que el órgano judicial observará que la prueba, aportada por el empleador, relativa a la

de trabajo»). La distinta valoración o ponderación de estos intereses explica que la facultad de gestionar con flexibilidad interna la organización del trabajo, que es manifestación de la «libertad de empresa» y de la «defensa de la productividad» reconocidas en el art. 38 de la Constitución , se atribuya al empresario con márgenes más holgados que la facultad de flexibilidad externa o de «reestructuración de la plantilla», la cual ha de encontrar un punto adecuado de equilibrio entre la «libertad de empresa» y el «derecho al trabajo» de los trabajadores despedidos reconocido en el art. 35 del propio texto constitucional».

¹⁰²⁴ SÁEZ LARA, C., *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, ob. cit., p. 252.

¹⁰²⁵ SSAN 04-04-2013(Rº 66/2013); 21-11-2012 (Rº 167/2012) y SSTSJ Canarias 29-04-2014 (Rº 205/2014); 30-04-2013 (Rº 55/2013) y Madrid 18-12-2013 (Rº 67/2013).

pérdida de eficacia económica del contrato de trabajo esté relacionada con el devenir de la actividad de la empresa, cuya evolución podrá comprobarse a través de la cifra de negocios y los resultados de explotación, que forman parte de la cuenta de pérdidas y ganancias de las empresas, cuya finalidad, conforme a lo dispuesto en el art. 35.2 del CCom., es la identificación de los importes de la venta de los productos y de la prestación de servicios u otros ingresos correspondientes a las actividades ordinarias de la empresa, deducidas las bonificaciones y demás reducciones sobre ventas, así como el IVA y otros impuestos directamente relacionados con la mencionada cifra de negocios, que deban ser objeto de repercusión, puesto que la evolución negativa de la actividad empresarial permitirá comprobar si la extinción de contratos se ajusta razonable y proporcionalmente a la misma¹⁰²⁶.

En síntesis, tal y como se desprende de la doctrina expuesta, la extinción estará justificada si, existiendo una situación económica negativa o una innovación técnica, organizativa o productiva, esto tiene un efecto actual sobre los contratos de trabajo, haciéndolos innecesarios por haber perdido su función económico-social, porque *«el trabajo que pudiera continuar prestándose carece ya de utilidad patrimonial para la empresa»*¹⁰²⁷.

Por lo tanto, la empresa no solo debe probar que concurre la causa propiamente dicha, alegada para justificar la extinción colectiva, sino que también deberá de argumentar acerca de sus efectos sobre los contratos de trabajo; efectos que justifican su extinción.

¹⁰²⁶ SAN 04-07-2013 (R° 169/2013).

¹⁰²⁷ SSAN 15-10-2012 (R° 162/2012) y 28-09-2012 (R° 152/2012).

Y aquí es donde cobran especial relevancia los criterios de selección de los trabajadores afectados por la extinción, puesto que su identificación tiene que estar relacionada con la pérdida de utilidad de sus contratos a raíz de la concurrencia de la causa alegada¹⁰²⁸.

Los criterios de selección son un elemento decisivo para el control de las causas¹⁰²⁹ justificativas, que deberá de relacionarse, imperiosamente, con su adecuación a los contratos laborales objetos de extinción¹⁰³⁰.

Y es que si no tuviera que probarse la relación de adecuación entre la medida extintiva y la magnitud o proporción de la causa alegada no sería necesario el hecho de precisar el número de trabajadores afectados, su clasificación profesional, ni los criterios de su afectación, pues la simple convergencia de las causas consentiría al empresario la adopción de la medida que considerase pertinente.

Igualmente, la Audiencia Nacional también ha venido a exigir, en ciertas ocasiones, que la causa alegada por el empresario sea coetánea en el tiempo, pues *«la causa no puede servir de justificación para despidos cuya razón de ser estribe en previsiones económicas o en argumentos causales de futuro»*¹⁰³¹.

Así, entiende la Sala que en el supuesto objeto de enjuiciamiento *«no se ofrece ninguna justificación razonable de carácter organizativo (...) por lo que debe estimarse que dichos despidos carecerían de causa o que la causa invocada en el proceso culminado a finales de 2013 habría perdido actualidad en 2015 y 2016 por lo que no serviría de soporte para tales*

¹⁰²⁸ SAN 15-10-2010 (R° 162/2012).

¹⁰²⁹ SAN 26-07-2012 (R° 124/2012) y STSJ Madrid 25-06-2012 (R° 2162/2012).

¹⁰³⁰ SAN 15-10-2012 (R° 162/2012) y TSJ Navarra 09-10-2012 (R° 353/2012)

¹⁰³¹ SAN 16-05-2014 (R° 500/2013).

decisiones extintivas. Dicho de otro modo, si a fecha de 2013 existía causa económica y/o productiva para despedir a 745 personas y no se ofrecen argumentos organizativos para (prolongar) los despidos hasta 2016, posponer algunos de ellos a los años 2015 y 2016 lo que está demostrando es que no son precisos para conjugar la causa objetiva en la actualidad, por lo que hoy carecen de justificación», considerando la Sala no ajustadas a derecho las extinciones, cuya ejecución queda diferida a los años que siguen a la finalización del procedimiento de despido colectivo¹⁰³².

A modo de conclusión, podríamos colegir que la doctrina de la Audiencia Nacional expuesta relativa a las exigencias causales en los despidos colectivos, sostiene una exégesis interpretativa en la que no solo exige un control de racionalidad de la medida empresarial, sino que también la somete a un examen de proporcionalidad y razonabilidad, cuya finalidad estribará en determinar *«la necesaria adecuación entre las causas del despido objetivo y la medida tomada»*¹⁰³³.

Ahora bien, una vez expuesta la postura adoptada por la doctrina judicial, particularmente, la de la Audiencia Nacional, vamos a analizar cuál ha sido la tesis sostenida por el Alto Tribunal a este respecto. Es decir, para el Tribunal Supremo, ¿el empresario ya no deberá justificar otra cosa que no sea la subsunción de las circunstancias concurrentes en

¹⁰³² Debe hacerse constar que el Alto Tribunal, en STS 20-07-2016 (323/2014), resolviendo el recurso presentado por la empresa frente a la resolución de la audiencia nacional citada, estableció, respecto a las extinciones de 79 contratos de trabajo previstas para 2015 y de otros 77 previstas para 2016, que al no ser combatida por la recurrente no efectúa pronunciamiento alguno, dado que quedó firme, al limitarse el recurso de Panrico a combatir exclusivamente el pronunciamiento relativo al aplazamiento de la indemnización, tal como queda claro en su escrito y en lo que solicita en el mismo, por lo que únicamente se anula y deja sin efecto la declaración de la sentencia recurrida que declaró no ajustado a derecho el aplazamiento de la indemnización, manteniéndola en el resto de pronunciamientos.

¹⁰³³ SAN 11-03-2013 (R° 381/2012)

la empresa en alguna de las causas justificativas del despido colectivo (causas económicas, técnicas, organizativas o de producción) o, al igual que la Audiencia Nacional, exigirá un doble juicio respecto al control judicial de la decisión empresarial: un control de racionalidad de la medida empresarial, así como un examen de proporcionalidad y razonabilidad?

El Alto Tribunal ha venido a establecer, en relación con la justificación de la causa económica esgrimida, que la situación económica negativa alegada no puede operar de forma abstracta¹⁰³⁴.

Para que pueda entenderse justificado el despido económico, este tiene que realizarse mediante tres pasos¹⁰³⁵:

1. Acreditar la existencia de una situación económica negativa;
2. Establecer el efecto de esa situación sobre los contratos de trabajo, en la medida en que aquella provoca la necesidad de amortización total o parcial de los puestos de trabajo y
3. Mostrar la adecuada proporcionalidad de las medidas extintivas adoptadas para responder a esa necesidad¹⁰³⁶.

Y, con relación a este tercer requisito, la Sala vino a entender que «*La justificación del despido, solo sería procedente si reacciona para corregir un desajuste en la plantilla provocado por una situación económica negativa, emitiendo el órgano judicial no solo un juicio de legalidad,*

¹⁰³⁴ STS 26-03-2014 (R° 158/2013).

¹⁰³⁵ SSTS 26-01-2016 (R° 144/2015) y 24-03-2014 (R° 158/2013).

¹⁰³⁶ STS 26-03-2014 (R° 158/2013).

sino también de razonable adecuación entre la causa alegada y la medida acordada»¹⁰³⁷.

Por tanto, puesto que la empresa no ha podido llegar a probar la concurrencia de este tercer elemento, al no alcanzar la convicción de que las medidas extintivas adoptadas responden plenamente a la necesidad que invocan, la Sala considera que debe estimarse que no se ha acreditado la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación extintiva, y en consecuencia ha de declararse no ajustada a derecho la decisión extintiva¹⁰³⁸.

¹⁰³⁷ En este mismo sentido, también se pronunciaron anteriormente las SSTs 27-01-2014 (R° 100/2013) y 18-02-2014 (R° 42/2013).

¹⁰³⁸ No obstante, debe hacerse constar que la citada sentencia contiene dos Votos Particulares. Centrándonos únicamente en el primero de ellos, puesto que el contenido del segundo carece de interés con relación al tema objeto de análisis en el presente apartado, Si bien la limitación del control judicial pretendida por la Reforma Laboral de 2012 «no implica que el órgano judicial deba limitarse a constatar la existencia de una situación económica suficiente, pues tiene que constar también que esa situación tiene entidad suficiente para generar la necesidad de amortizar puestos de trabajo y que las medidas extintivas responden a esa necesidad. Pero, como dice nuestra sentencia de 20.9.2013 (recurso 11/2013) -sentencia que, aunque ha sido anulada por auto acordado en este mismo señalamiento de este recurso, conserva todo su valor doctrinal, aunque haya perdido el jurisprudencial-, el legislador de 2012 ha querido que "los órganos jurisdiccionales encargados del enjuiciamiento de los despidos colectivos no sustituyan al empresario en la elección de las medidas concretas a adoptar, limitando su control a verificar que las causas económicas alegadas existen, que tienen seriedad suficiente para justificar una reestructuración de los objetivos y de los recursos productivos de la empresa, que no son por tanto un pretexto o excusa para despedir, y que la supresión o amortización de puestos de trabajo acordada es una medida apropiada (o una de las medidas apropiadas) para hacerles frente". De ahí que, aunque haya desaparecido la referencia al control de razonabilidad que se recogía en la legislación anterior, hay que entender que el canon de control que la ley establece no se corresponde con lo que se ha llamado un control de óptimos, consistente en que el órgano judicial verifique que la medida adoptada ante la situación negativa es la más adecuada -en sentido técnico gestión empresarial o en términos de coste social-, sino a un control del supuesto de hecho en el sentido de que ese órgano debe limitarse a verificar si la situación fáctica es la prevista en la norma para determinar la procedencia del despido, con independencia que pueda ser posible otra que a juicio del órgano que realiza el control resultara más adecuada. Se trata de una garantía frente a la arbitrariedad que respeta el margen de discrecionalidad del empresario. En este sentido es posible que la situación de la empresa admita diversas soluciones (...) pero la valoración de estas alternativas queda fuera del control que corresponde a los órganos judiciales».

Irónicamente, los avatares con los que pretendía acabar la Reforma Laboral de 2012, han persistido incluso, en mi opinión, se han visto acrecentados por las posturas judiciales en torno al alcance del control judicial en los despidos colectivos.

Nuestro Alto Tribunal abrazando, en cierto modo, la doctrina sostenida por la Audiencia Nacional, ha concluido que corresponde a los órganos jurisdiccionales comprobar si las causas, además de ser reales, revisten la entidad suficiente como para justificar la decisión extintiva, además de si tal medida es plausible o razonable en términos de gestión empresarial, es decir, si se ajusta o no al estándar de buen comerciante al igual que se venía sosteniendo antes de la Reforma de 2012. Compete a los órganos jurisdiccionales no solo emitir un juicio de legalidad relativo a la existencia de la causa esgrimida, sino también de razonable adecuación entre la causa acreditada y la medida acordada¹⁰³⁹.

Y ello porque el juicio de razonabilidad no comporta la exigencia de que la medida sea óptima para alcanzar la finalidad con ella perseguida, puesto que tal competencia entra dentro de la esfera relativa a la gestión empresarial, pero sí que tal decisión sea idónea o correlativa a la finalidad perseguida (juicio de idoneidad).

Asimismo, y aunque no corresponde a los Tribunales fijar la medida que ellos consideran «idónea», ni censurar su «oportunidad» el control judicial, del que no pueden hacer dejación los Tribunales, ha de limitarse a enjuiciar la adecuación de la medida dentro de los términos expuestos.

¹⁰³⁹ SSTS 27-01-2014 (R^o 100/2013) y 26-03-2014 (R^o 158/2013).

Así, como ha venido a señalarse por algún autor¹⁰⁴⁰, a mi entender, de manera totalmente acertada, con independencia del nombre que pretenda dársele, este elemento adicional exigible en la justificación causal que debe realizar el empresario no ha dejado de exigirse.

Se trataría pues de un «límite intrínseco» al artículo 51 ET, que habilitaría que los órganos jurisdiccionales rechazasen todos aquellos supuestos en los que no hubiese una adecuación, una correlación entre los hechos acaecidos en la empresa, conducentes a la adopción de tal medida y la causa justificativa alegada para proceder a tal reestructuración¹⁰⁴¹.

En síntesis, el empresario, para no ver su reestructuración colectiva no ajustada a derecho, deberá no solo acreditar la causa alegada para instar el procedimiento de despido colectivo, sino que deberá¹⁰⁴²:

1. En primer lugar, la causa alegada deberá ajustarse al ámbito de apreciación de la concurrencia de la causa, según se trate de causa económica, o de causas técnicas, organizativas o de producción.
2. Establecer el efecto de esa situación sobre los contratos de trabajo, en la medida en que aquella provoca la necesidad de amortización total o parcial de los puestos de trabajo; y

¹⁰⁴⁰ BALLESTER LAGUNA F., *La impugnación del despido colectivo, ob. cit.*, p. 104.

¹⁰⁴¹ Tales supuestos acaecerían, tal y como se apunta por BALLESTER LAGUNA F., *La impugnación del despido colectivo, ob. cit.*, p. 104, en relación con la disminución persistente, pero irrisoria, del nivel de ingresos ordinarios o ventas, así como en otros supuestos en los que bien por el número de trabajadores que resulten afectados por la extinción colectiva, bien por la selección de los empleados realizada, no existe una correlación respecto a las características o circunstancias que revisten los hechos acaecidos en la empresa; como por ejemplo cuando una crisis económica de cierta envergadura no se adecue con el número de despidos producidos por resultar del todo desproporcionados, o cuando una modificación tecnológica determinada incluya la selección de ciertos trabajadores que resulten totalmente ajenos a tales cambios.

¹⁰⁴² Entre otras, SSTs 24-03-2015 (R° 217/2014); 23-09-2014 (R°231/2013) y 26-03-2014 (R° 158/2013).

3. Mostrar la adecuada proporcionalidad de las medidas extintivas adoptadas para responder a esa necesidad.

Es decir, el empresario, además de acreditar la convergencia de unos hechos que encuentren su encaje en la descripción de las causas justificativas del despido colectivo del artículo 51.1 ET, deberá demostrar la existencia de una relación de causalidad entre las circunstancias concurrentes (sirva como ejemplo: si la causa alegada estriba en la concurrencia de una situación económica negativa o, con relación a la convergencia de una causa técnica, una modificación de carácter técnico introducido) y el efecto que tal causa produce sobre la extinción de los contratos.

Es más, tal y como ha venido a postularse desde la doctrina científica¹⁰⁴³, resultaría totalmente necesario añadir un elemento, un requisito más relativo a las exigencias que debe de cumplir el empresario para que su medida se ajuste a derecho, y es que la selección de los trabajadores afectados guarde una correlación respecto al tipo y singularidades que debe revestir la causa alegada.

La justificación a tal tesis se contendría en la exigencia prevista en el artículo 51.2 b) y e) ET, relativas a la especificación del número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por la extinción y de los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores que resulten afectados por la extinción, así como de la obligación empresarial de aportar una memoria explicativa de la reestructuración, exigencias estas encaminadas, tanto a impedir comportamientos discriminatorios o que atenten contra derechos o libertades

¹⁰⁴³ BALLESTER LAGUNA, F., *La impugnación del despido colectivo*, ob. cit., p. 105 y SÁEZ LARA, C., *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, ob. cit., p. 253.

fundamentales, como a constituir o erigir un nexo o vínculo entre tales criterios y la causa alegada¹⁰⁴⁴. Asimismo, tal exégesis interpretativa sería la más plausible, no solo en relación con las exigencias constitucionales relativas a la justificación de los despidos, sino también respecto a los mandatos internacionales y comunitarios¹⁰⁴⁵.

2.10.3. La decisión empresarial de despido colectivo «ajustada a derecho»

El artículo 124.11 LRJS establece *«se declarará ajustada a derecho la decisión extintiva cuando el empresario, habiendo cumplido lo previsto en los artículos 51.2 (...) acredite la concurrencia de la causa legal esgrimida»*.

Por tanto, el empresario, una vez cumplidos con los trámites previstos en el artículo 51.2 ET y, habiendo acreditado la causa esgrimida para justificar el procedimiento de despido colectivo, en caso de que se impugne la medida empresarial adoptada por el empleador, deberá determinarse que tal decisión empresarial es ajustada a derecho.

Así, si el empresario ha logrado justificar la causa aducida, y ha cumplido con lo previsto en el artículo 51.2 ET, es decir:

1. El empresario ha comunicado fehacientemente, con carácter previo a la comunicación empresarial del periodo de consultas, a los representantes de los trabajadores o a los propios empleados su intención de iniciar el procedimiento de despido colectivo.

¹⁰⁴⁴ Vid., al respecto, SAN 15-10-2012 (Rº 162/2012).

¹⁰⁴⁵ Así, BALLESTER LAGUNA, F., *La impugnación del despido colectivo*, ob. cit., p. p. 106, fundamenta tal justificación alegando las exigencias impuestas en el artículo 35.1 CE, Convenio nº 158 OIT y la Directiva 1998/CE, correlativamente.

2. Se ha llevado a cabo un periodo de consulta con los interlocutores sociales, con una duración no superior a treinta días naturales, o de quince en el caso de empresas de menos de cincuenta trabajadores.
3. El contenido de las negaciones ha versado, 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.
4. La comunicación de la apertura del periodo de consultas se ha realizado mediante escrito, acompañada de la documentación preceptiva y enumerada en el citado precepto.
5. Las partes han negociado de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo.
6. Una vez finalizado el periodo de consultas, el empresario ha comunicado a la Autoridad laboral, así como a la representación de los trabajadores, bien el acuerdo adoptado, en caso de que el periodo de consultas haya finalizado mediante pacto, bien la decisión empresarial de despido colectivo.

Por tanto, impugnada la medida adoptada, y acreditada la causa empresarial alegada para justificar la medida extintiva, así como el cumplimiento de los requisitos formales establecidos por el artículo 51.2 ET, la única calificación que merece la decisión extintiva es la de ajustada a derecho¹⁰⁴⁶.

¹⁰⁴⁶ *Vid.*, al respecto, entre otras, las SSTS 20-11-2015 (R° 104/2015); 20-05-2014 (R°276/2013); 21-04-2014 (R° 124/2013) y 18-03-2014 (R° 125/2013).

2.10.4. Notificación, contenido y efectos de la sentencia

El artículo 124 LRJS, en su apartado doce, viene a establecer que una vez firme la sentencia, esta se notificará a quienes hubieran sido parte y a los trabajadores que pudieran resultar afectados por el proceso extintivo, que hubiesen puesto en conocimiento del órgano judicial un domicilio a efectos de notificaciones, a los efectos previstos en el artículo 124.13 b) LRJS.

Asimismo, la sentencia firme se notificará, para su conocimiento, a la Autoridad laboral, la entidad gestora de la prestación por desempleo y a la Administración de la Seguridad Social cuando no hubieran sido parte en el proceso.

En cuanto a los efectos que se desprenden de la sentencia derivada del proceso de impugnación colectiva de la extinción de igual naturaleza, tal resolución, una vez firme, tendrá la eficacia de cosa juzgada sobre los procesos individuales que puedan iniciarse y que verse sobre el mismo objeto, tengan una relación de conexidad directa respecto aquel, así como respecto al proceso de oficio instado por la Autoridad laboral.

Ahora bien, con relación a la naturaleza de la sentencia y las consecuencias que de esta emanarán, dependerán del fallo que contenga tal resolución.

1. Así, si la sentencia declara la nulidad de la decisión extintiva, los efectos que lleva aparejados tal declaración, son:
 - a) La reincorporación de los trabajadores afectados a su puesto de trabajo, de conformidad con lo previsto en el artículo 123.2 y 3 LRJS;
 - b) Abono de los salarios de tramitación

- c) Reintegro del trabajador de la indemnización recibida cuando la sentencia sea firme.

Ahora bien, la precisión de la sentencia que se dicte en el proceso colectivo en relación con los efectos que derivan de la declaración de nulidad, tiene la capacidad de permitir que el empresario cumpla, de manera voluntaria, las exigencias en ella contenidas.

Y es que la nulidad de la decisión empresarial de despido colectivo supeditarán la nulidad de las extinciones individuales, privando de su objeto al procedimiento individual del despido colectivo en aquellos supuestos en los que el empresario readmita, inmediatamente, a los trabajadores afectados por la decisión empresarial, abonándoles los salarios dejados de percibir¹⁰⁴⁷.

El dilema surge en aquellos supuestos en los que el empresario no acate, de manera voluntaria, la sentencia derivada del proceso colectivo y, por tanto, deba exigírsele su cumplimiento, con carácter forzosa, llegando, en muchos casos, la sustitución de los efectos de nulidad mediante el abono de la indemnización derivada por despido improcedente en aquellos supuestos en los que la readmisión del trabajador no pueda materializarse¹⁰⁴⁸.

¹⁰⁴⁷ No obstante, tal y como viene a apuntarse por BALLESTER LAGUNA, F., *La impugnación del despido colectivo*, *ob. cit.*, p. 119, de manera excepcional, podría plantearse a través del proceso de impugnación individual de despido colectivo la pretensión de declarar la nulidad de la extinción objetiva, ante un incumplimiento en el régimen de prioridad permanencia, lo que podría tener virtualidad alguna si se solicita el abono de una indemnización por los daños y perjuicios causados, de acuerdo con lo establecido en los artículos 183 y 178.2 LRJS.

¹⁰⁴⁸ En estos casos, adquirirán una notable importancia las impugnaciones individuales, si bien, tal y como anteriormente ha quedado expuesto, tales acciones estarán condicionadas por el resultado obtenido en la impugnación colectiva.

De ahí que la sentencia que determina la nulidad de la decisión extintiva sea directamente ejecutiva, de acuerdo con lo establecido en el artículo 247.2 LRJS, «*La modalidad de ejecución de sentencias firmes regulada en este artículo será aplicable a los (...) los supuestos de despido colectivo en los que la decisión empresarial colectiva haya sido declarada nula*».

La ejecución definitiva de la nulidad del despido colectivo ha sido un tema de conflicto que ha creado una cierta controversia en la doctrina científica, existiendo diversas posturas con relación a esta «polémica» figura.

No obstante, si en algo están de acuerdo la mayor parte de la doctrina científica¹⁰⁴⁹ es que la ejecución de la nulidad del despido colectivo prevista en el artículo 247.2 LRJS provoca un sinnúmero de problemas prácticos.

Un ejemplo de tal problemática puede apreciarse también en la doctrina judicial, en concreto en relación con el Caso Coca Cola Iberian Partners¹⁰⁵⁰.

¹⁰⁴⁹ GOERLICH PESET, J.M., “Ejecución definitiva de la nulidad del despido colectivo: de nuevo sobre el caso Coca Cola (Auto AN 56/2015, de 30 de septiembre)”, *Trabajo y Derecho*, N°14, Febrero, 2016, p. 1.

¹⁰⁵⁰ Concretamente, tal problemática queda patente en el AAN 30-09-2015 (R° 56/2015) relativa a la ejecución definitiva.

No obstante, obsérvese también el AAN 20-11-2014 (R° 13/2014) por el que se admite la ejecución provisional de la sentencia de impugnación de despido colectivo de la Sala de lo Social de 12-06-2014 (R° 79/2014) del citado órgano judicial, que determinó la nulidad de los despidos por vulneración de derecho de huelga, fraude de ley y falta de aportación de la documentación relativa al procedimiento de extinción colectiva; así como el AAN 22-01-2015 (R° 79/2014) por el que se estima parcialmente las solicitudes de ejecución provisional, promovidas por CCOO y UGT en el proceso instado contra Coca Cola Iberian Partners S.A., Cobega Embotellador SLU., Compañía Norteña de Bebidas Gaseosas SA., Compañía Levantina de Bebidas Gaseosas SA., Refrescos Envasados del Sur SAU., Compañía Castellana de Bebidas Gaseosas SL., Bebidas Gaseosas del Noroeste SA. y Compañía Asturiana de Bebidas Gaseosas SAU y admitir la ejecución provisional de la sentencia que determinó la nulidad de la extinción colectiva, declarando que todos los

En el AAN 30-09-2015 (R° 24/2015) la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional vino a considerar que la ejecución colectiva únicamente procede respecto de los trabajadores que hayan autorizado al interlocutor que actúa en su nombre, a proceder de tal modo.

Igualmente, viene a sostener que la demanda por despido colectivo difiere de manera importante respecto de las relativas al proceso de conflicto colectivo, y es que en el primer supuesto, no existe obligación alguna relativa a que, para el supuesto en que se pretenda la ejecución colectiva, se hagan constar, de acuerdo con el artículo 154.1 a) LRJS «Los datos y requisitos precisos para una posterior individualización de los afectados por el objeto del conflicto y el cumplimiento de la sentencia respecto de ellos», por lo que tales referencias no aparecerán en sentencia, tal y como ocurre para el segundo de los supuestos en el artículo 160.3 LRJS.

Por tanto, la Sala viene a concluir que ante la *«existencia de discrepancias entre las partes relativas a la antigüedad o el salario del trabajador, o circunstancias concretas e individualizadas de alguno de los trabajadores afectados por el despido colectivo»*, no será posible que se diriman en la ejecución colectiva, ya que tal situación vendría a suponer incidente de gran complejidad que el artículo 124 LRJS no contempla y, en todo caso, dejaría fuera, ante una expresa prohibición legal, algún otro elemento de individualización, por lo

trabajadores, a quienes se readmitió en centros de trabajo, que les obliga al cambio de residencia, fueron readmitidos irregularmente, por lo que se exime a los trabajadores trasladados de acudir al trabajo y ordena el abono de los salarios de sustanciación a todos los trabajadores afectados.

que la discusión sobre esos elementos de individualización, que están ausentes en el proceso referenciado, obligaría a abrir en el trámite de ejecución, un incidente que, *«en realidad, constituiría un verdadero proceso, semejante a la impugnación del despido individual»*.

Así, la Sala viene a excluir a una serie de trabajadores por apreciarse la excepción de inadecuación del procedimiento, *«con reserva de la acción individual del despido»*¹⁰⁵¹.

Especialmente trascendental me parece la argumentación que realiza la Sala para considerar la excepción de inadecuación del procedimiento, en atención a la siguiente fundamentación: *«Acreditado que 19 de los 46 ejecutantes discrepan de las antigüedades reconocidas por las empresas, discrepándose, asimismo, de las retribuciones (...) se constata la existencia de conflictividades individualizables, que solo podrán resolverse por el procedimiento previsto en el artículo 124.13 LRJS, puesto que el título ejecutivo no contiene los elementos precisos para resolver dicha controversia, por lo que nos vemos obligados a excluir a dichos trabajadores de la ejecución colectiva, advirtiéndoles de su derecho a reclamar individualmente sus pretensiones»*.

¹⁰⁵¹ Se excluye, asimismo:

1. A los que desistieron de su pretensión.
2. A los que fueron readmitidos en el centro de trabajo en donde venían prestando sus servicios pero que discuten si lo fueron en las mismas condiciones; y
3. A aquellos trabajadores accionantes que habían sido readmitidos pero en centros diferentes al de origen y que habían impugnado tal medida o habían visto extinguido su contrato de trabajo a través de despido disciplinaria.

Si bien, a mi entender, tal argumentación sostenida por la Audiencia Nacional, me parece del todo adecuada y procedente, por parte de algún autor ha venido a sostenerse lo contrario.

Así, ha venido a postularse que, si bien resultan patentes los numerosos problemas relativos a la ejecución colectiva del artículo 247 LRJS, estos no impiden su viabilidad, puesto que únicamente podría cuestionarse tal viabilidad de elementos interpretativos suficientes de los que se desprendiese, con claridad, «*una voluntad legislativa contraria*»¹⁰⁵² a la aplicación de lo preceptuado en el artículo 247 LRJS en lo concerniente a las resoluciones que declaran la nulidad del despido.

Así, la inclusión expresa del legislador de introducir o insertar de la nulidad de la extinción colectiva en el ámbito aplicativo del artículo 247 LRJS así como la consideración que de tal medida se predica en la Exposición de Motivos de la LRJS¹⁰⁵³, debe conducir, según tal postura, a la regla general de que las sentencias que declaren la nulidad del despido colectivo deberán ejecutarse por la vía del artículo 247 LRJS, salvo que haya impedimento alguno.

¹⁰⁵² GOERLICH PESET, J.M., “Ejecución definitiva de la nulidad del despido colectivo: de nuevo sobre el caso Coca Cola (Auto AN 56/2015, de 30 de septiembre)”, *ob. cit.*, p. 3.

¹⁰⁵³ Así, viene a estipularse que «*La agilización del proceso no ha de ir en detrimento de la tutela judicial efectiva y la protección de los intereses de las partes (...) (siendo) también destacable en materia de ejecución, la extensión de los efectos de las sentencias en materia de conflicto colectivo, reforzando la eficacia real de las sentencias recaídas en este tipo de procesos, que podrá ir más allá de la mera interpretación o declaración con eficacia general de la nulidad o validez de normas convencionales o prácticas empresariales, para comprender la ejecución individualizada de los pronunciamientos susceptibles de tal determinación, con legitimación de los sujetos colectivos, no solamente en condenas con traducción económica sino incluso en procesos sobre movilidad geográfica o modificación sustancial de condiciones de trabajo de efectos colectivos u otras prácticas empresariales de posible desagregación en actuaciones individuales. E, igualmente, cabe resaltar la previsión expresa, hasta ahora solamente posible por la vía, no exenta de dificultades, de la aplicación subsidiaria de la regulación procesal civil, sobre condenas de futuro y la posibilidad de alcanzar acuerdos transaccionales en ejecución*».

Así, viene a entenderse que las argumentaciones sostenidas por la Sala en el Auto anteriormente expuesto en base a la falta de previsión en el artículo 124 LRJS de las referencias que se comprenden en las reglas generales en materia de procedimiento de conflicto colectivo en lo relativo a los «*datos, características y requisitos precisos para una posterior individualización de los afectados por el objeto del conflicto y el cumplimiento de la sentencia respecto a ella*», que resultan trascendentales en la demanda, tal y como se desprende del artículo 157. 1 a) LRJS como en la sentencia que deriva del procedimiento, artículo 160.3 LRJS, no tienen el sentido del que la Sala parece dotarles ni tampoco la relevancia concedida por la misma para la ejecución de la sentencia que determine la nulidad del despido colectivo.

Y ello porque, si bien tal y como ha establecido el Alto Tribunal¹⁰⁵⁴, es necesaria la concreción de tales circunstancias para acudir a la ejecución prevista en el artículo 247 LRJS, no resulta necesario una completa determinación o identificación ni de los individuos afectados ni de las circunstancias que les rodean, puesto que una exégesis contraria a la expuesta «*haría innecesaria – e inviable en la práctica- la ejecución colectiva establecida en el artículo 247*»¹⁰⁵⁵.

Así lo habría entendido el Alto Tribunal¹⁰⁵⁶ al sostener que «*los precedentes requisitos se cumplen suficientemente en el caso de que tratamos [aunque innegablemente hubiera sido deseable una mayor concreción], puesto que la demanda presentada y la sentencia*

¹⁰⁵⁴ STS 09-06-2015 (R° 25/2014).

¹⁰⁵⁵ GOERLICH PESET, J.M., “Ejecución definitiva de la nulidad del despido colectivo: de nuevo sobre el caso Coca Cola (Auto AN 56/2015, de 30 de septiembre)”, *ob. cit.*, p. 4.

¹⁰⁵⁶ STS 18-06-2013 (R° 108/2012).

dictada no se limitan a reclamar y declarar - respectivamente- la procedencia de una regularización salarial y la obligación empresarial de abonar las diferencias habidas por tal concepto, sino que al hacer referencia a los concretos trabajadores afectados por la normalización económica reclamada [los que prestan servicios en el área de producción], al periodo al que la regulación se ciñe [año 2011] y a la cuantía abstracta de la diferencia a retribuir [diferencia entre el plus de «desplazamiento» abonado y el de la hora extraordinaria que debió haberse satisfecho], la simpleza aritmética de la operación a realizar por quien -la empresa demandada tiene documentada y exacta constancia de todos los días en que abonó el plus con determinado importe».

Asimismo, tal tesis también viene a sostener que la configuración del concepto colectivo, así como los efectos que derivan de su procedimiento convierten en innecesaria la concreción de tales trabajadores y de sus circunstancias a efectos de la ejecución de la sentencia, puesto que es perfectamente posible que en el momento en el que la medida empresarial vaya a ejecutarse, los trabajadores no estén todavía concertados (ex artículo 124.9 II LRJS).

Igualmente, tal concesión resulta innecesaria puesto que los afectos por la extinción quedarán concretas en fase de ejecución y, por otra parte, las pretensiones individuales que derivan de la nulidad colectiva se encuentran determinadas por la ley, debiendo excluirse la aplicación en el procedimiento del artículo 124 LRJS las reglas

establecidas en los artículos 157.1 a) y 160.3, ambos de la LRJS, pudiendo considerarse, en todo caso, normas suplementarias¹⁰⁵⁷.

Consecuentemente, toda vez declarada la nulidad de la decisión extintiva, debería procederse a su ejecución colectiva ex artículo 247.2 LRJS, debiendo acudir, para solucionar los problemas que puedan acaecer a los trámites previstos en el artículo 247.1 LRJS, no siendo justiciable la remisión al proceso individual del despido colectivo. Y ello porque la remisión al proceso individual carece de sentido puesto que la cuestión de fondo está decidida en la sentencia¹⁰⁵⁸.

A mí entender, tal y como ha venido a postularse por parte de algún autor¹⁰⁵⁹, existen dos procedimientos alternativos mediante los que el trabajador puede solicitar su reincorporación a la empresa, de acuerdo con el derecho que el mismo tiene a ser readmitido¹⁰⁶⁰:

- a) Las acciones individuales de impugnación del despido colectivo, de acuerdo con lo establecido en los artículos 124.13 y 120 a 123 LRJS; o
- b) La ejecución directa prevista en el artículo 247 LRJS, que deberá producirse, a instancia de los propios sujetos colectivos y ante el mismo órgano judicial que dictó la sentencia, siempre que los

¹⁰⁵⁷ GONZÁLEZ CALVET, J., y SERNA CALVO M.M., “La ejecución de sentencias de despidos colectivos: una tutela necesaria”, *Relaciones Laborales*, N° 11, 2014, p. 156.

¹⁰⁵⁸ GOERLICH PESET, J.M., “Ejecución definitiva de la nulidad del despido colectivo: de nuevo sobre el caso Coca Cola (Auto AN 56/2015, de 30 de septiembre)”, *ob. cit.*, p. 4 y 5.

¹⁰⁵⁹ BALLESTER LAGUNA, F., *La impugnación del despido colectivo*, *ob. cit.*, p. 120.

¹⁰⁶⁰ *Ídem*

trabajadores afectados hubiesen prestado su autorización, acreditada de conformidad con el artículo 247.1 b) LRJS¹⁰⁶¹.

Ante este abanico de posibilidades, por parte de la doctrina científica¹⁰⁶² ha venido a postularse que al ser posible la ejecución directa de la sentencia, la opción de impugnación individual debe pasar a ser residual, a la que debe acudir únicamente en aquellos supuestos en los que el trabajador afectado esté disconforme o en desacuerdo respecto a determinados datos o circunstancias individuales declaradas por la resolución colectiva y cuya discusión se excluye del objeto del procedimiento de ejecución.

Ahora bien, el problema que se plantea es que la regulación del proceso de impugnación colectiva no asegura que se examinen, debatan y concreten todos los datos esenciales e imprescindibles para poder garantizar el derecho a la readmisión de los trabajadores, que podría derivar en un derecho a la extinción indemnizada, tal y como anteriormente se ha expuesto, en caso de que la readmisión resulte imposible, siendo necesario conocer, en tal supuesto, la antigüedad del trabajador, el salario percibido, así como la fecha de extinción de la relación laboral.

¹⁰⁶¹ El citado precepto viene a establecer que «*El sindicato acreditará la autorización para instar o adherirse al proceso de ejecución respecto a sus afiliados en la forma establecida en el artículo 20 de esta Ley. Con relación a los no afiliados, lo acreditará mediante autorización documentada ante cualquier órgano judicial o de mediación o conciliación social o ante la persona expresamente autorizada por el propio sindicato haciendo constar ésta bajo su responsabilidad la autenticidad de la firma del trabajador en la autorización efectuada en su presencia y acompañando los documentos de acreditación oportunos. Este último sistema de acreditación se aplicará en caso de que, quien inste la ejecución, sea un órgano de representación unitaria de los trabajadores*».

¹⁰⁶² SÁEZ LARA, C., *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, ob. cit., p. 288.

Y ello porque el objeto del proceso de despido colectivo radica en cuestiones de naturaleza colectiva, tales como el elemento causal o defectos procedimentales del despido colectivo.

Si considerásemos o diésemos por hecho que la representación de los trabajadores incluyesen en la demanda de impugnación todos los datos necesarios e imprescindibles de la totalidad de trabajadores afectados por la restructuración, a los efectos de una posible individualización de la condena en fase de ejecución, podría decirse, en este supuesto, que el artículo 247 LRJS adquiriría la virtualidad necesaria para proceder a tal fin¹⁰⁶³.

Aún así, de hacerse constar que los trabajadores afectados no habrían sido parte en el proceso ni habrían podido debatir aquellas cuestiones que formen parte del objeto procesal, puesto que la legitimación para intervenir en este proceso colectivo radica en los interlocutores sociales.

Por ello, y, en contraposición a la postura anteriormente expuesta, no considero que la acción de impugnación individual sea residual a la de ejecución directa prevista en el artículo 247, ya que los trabajadores afectados, en el supuesto en que consideren que la sentencia colectiva contiene algún extremo que les perjudica o que consideran controvertido, no acudirán a la ejecución directa prevista en el artículo 247 LRJS, sino que se reservarán el derecho de ejercer

¹⁰⁶³ Por parte de la doctrina científica ha venido a exigirse modificaciones legislativas, tanto en el contenido de la demanda como en la decisión empresarial de despido colectivo. *Vid.*, al respecto, BALLESTER LAGUNA, F., *La impugnación individual del despido colectivo*, *ob. cit.*, p. 122 y SÁEZ LARA, C., *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, *ob. cit.*, p. 289.

la acción individual de impugnación, de acuerdo con la posibilidad establecida en el artículo 247.1 j) LRJS¹⁰⁶⁴.

2. En relación con la declaración de la medida empresarial como no ajustada a derecho, debe hacerse contar la falta de concreción del propio artículo 124 LRJS respecto a los efectos que derivan de tal declaración.

Tal declaración, en contra de lo que ocurre respecto a la de nulidad, no resulta directamente ejecutiva, tal y como se desprende de la interpretación, *a sensu contrario*, de lo dispuesto en el artículo 247.2 LRJS «*La modalidad de ejecución de sentencias firmes regulada en este artículo será aplicable a (...) los supuestos de despido colectivo en los que la decisión empresarial colectiva haya sido declarada nula*»¹⁰⁶⁵.

Por tanto, tal y como puede observarse, se excluye de tal modalidad de ejecución aquellas decisiones empresariales cuya declaración haya sido la de no ajustada a derecho.

Así, la sentencia que declare la medida empresarial no ajustada a derecho tendrá el carácter meramente declarativo y, una vez haya alcanzado firmeza, tendrá la eficacia de cosa juzgada en los procesos individuales que se inicien por parte de los trabajadores afectados por la decisión empresarial siendo, en estos procesos, en donde se obtengan y ejecuten las pretensiones de condena.

¹⁰⁶⁴ «*Los sujetos que, pudiendo resultar beneficiados por el título ejecutivo, no quieran ejercitar su acción en el proceso de ejecución colectivo, podrán, en su caso, formularla individualmente a través del proceso declarativo que corresponda*».

¹⁰⁶⁵ No obstante, ha venido a sostenerse que la ejecución colectiva debería admitirse también para las extinciones colectivas no ajustadas a derecho. *Vid.*, al respecto, GONZÁLEZ CALVET, J., y SERNA CALVO M.M., “La ejecución de sentencias de despidos colectivos: una tutela necesaria”, *ob. cit.*, pp. 154 y ss.

Habrá que condenar a la readmisión o a la indemnización de los trabajadores afectados por la extinción colectiva, a elección del empresario, salvo aquellos supuestos en los que el trabajador afectado tenga la condición de representante de los trabajadores, en cuyo caso, tal derecho de opción le corresponde a él; debiéndose condenar al empresario, asimismo, al abono de los salarios de tramitación en dos concretos supuestos: readmisión o indemnización en el caso de que la opción la hubiese ejercitado el propio trabajador siendo, en los pleitos individuales, en donde se ejercitaría el derecho de opción por cada titular y en relación con cada trabajador concreto, estableciéndose, asimismo, las correspondientes indemnizaciones y, en el caso en que corresponda, la condena al abono de los salarios de tramitación¹⁰⁶⁶.

Igualmente, debe hacerse constar que la eficacia de cosa juzgada relativa a la sentencia derivada del proceso colectivo no impedirá que, en los procesos de naturaleza individual, pueda conocerse sobre una hipotética declaración de nulidad el despido objetivo que, de progresar tal pretensión, puede modificar la condena¹⁰⁶⁷.

3. Finalmente, respecto a la declaración de la decisión empresarial de despido colectivo como ajustada a derecho, tal declaración supondrá la ratificación de la medida empresarial adoptada, por tanto, no habrá conflicto alguno, puesto que tal declaración no hará sino

¹⁰⁶⁶ BALLESTER LAGUNA, F., *La impugnación del despido colectivo*, ob. cit., pp. 123 y 124.

¹⁰⁶⁷ BALLESTER LAGUNA, F., *La impugnación del despido colectivo*, ob. cit., p. 124, «A diferencia de lo que sucede con la declaración de nulidad del despido colectivo, que condicionará también la nulidad de los despidos objetivos habidos, la declaración del despido colectivo como no ajustado a derecho no implica necesariamente que esta deba ser la misma solución a arbitrar en relación con los despidos objetivo, los cuales pueden devenir finalmente nulos como consecuencia de las irregularidades que se hubieran podido cometer en la segunda fase del despido (objetivo), por ejemplo, vulneración de derechos fundamentales de trabajadores concretos».

confirmar la decisión empresarial que ya se habrá ejecutado por parte del empleador.

No obstante, tal declaración podrá ser impugnada mediante la acción individual de despido colectivo, mediante la cual podrán plantearse otras cuestiones o vicisitudes no atendidas en el proceso colectivo, que podrán ser determinantes en la calificación final del despido colectivo, provocando la declaración de nulidad o de improcedencia de tal decisión, de acuerdo con el artículo 124.13 en relación con el 122, ambos de la LRJS, si bien fuera del proceso de impugnación colectiva y únicamente respecto a los trabajadores que hubieren accionado contra la misma.

Para concluir, debe hacerse referencia a la posibilidad de ejecutar, de manera provisional, la sentencia de despido colectivo que declara la nulidad.

La doctrina judicial ha venido a reconocer la posibilidad de ejecución provisional de estas sentencias pues, una vez declaradas firmes, estas resoluciones pueden ejecutarse de manera definitiva, ya que así se establece del artículo 305 LRJS.

Y es que una vez que la Ley 3/2012 vino a convertir el anterior contenido sobre el fallo relativo a la nulidad de la decisión empresarial, que tenía carácter declarativo, a una resolución con pronunciamiento de condena, transformándolo en ejecutable por el órgano judicial del que emanaba, y concretando, mediante el RDL 11/2013, su mecanismo de ejecución, la reforma acaecida por la primera norma citada implicó, de manera necesaria, que tales resoluciones fuesen también ejecutables

provisionalmente pues, de lo contrario, la norma debería haber contemplado tal excepción¹⁰⁶⁸.

Tal ejecución se llevará a cabo por el procedimiento de ejecución provisional de las sentencias de despido nulo previsto en los artículos 297 y siguientes LRJS, debiendo observar, asimismo, la previsión establecida en el artículo 304 LRJS que, a su vez, nos remite al artículo 247.2 LRJS.

Consecuentemente, para solicitar la ejecución provisional estarán legitimados, tal y como concurre para el supuesto de la ejecución definitiva, los representantes legales de los trabajadores, así como la comisión *ad hoc*, que habrán de solicitarla para aquellos concretos trabajadores que hayan prestado su autorización, de manera individual, para tal fin¹⁰⁶⁹.

Finalmente, durante la tramitación del recurso, el empresario estará obligado a satisfacer a los trabajadores afectados por la ejecución que hubiesen instado la misma retribución que vinieran recibiendo con anterioridad a tal acción, tal y como se desprende del artículo 297.2 LRJS.

2.10.5. La sentencia con pronunciamientos parciales

Una de las dudas que se origina es la posibilidad de que la sentencia dimanante del procedimiento de despido colectivo pueda contener

¹⁰⁶⁸ SÁEZ LARA, C., *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, ob. cit., p. 289. Asimismo, *vid.*, al respecto, el AAN 20-11-2014 (R° 13/2014).

¹⁰⁶⁹ *Vid.*, al respecto, la SAN 20-11-2014 (R° 238/2014).

pronunciamientos parciales o mixtos (es decir, declarar únicamente la nulidad o la improcedencia de la decisión empresarial respecto de algunos trabajadores).

Ante tal posibilidad, algún sector doctrinal¹⁰⁷⁰ ha venido a mostrarse contrario a la estimación «parcial» de la demanda de despido colectivo, manteniendo una posición exacta y rigurosa en base a una interpretación literal del artículo 124 LRJS, atendiendo a que, de tal precepto, únicamente se desprenden tres posibles calificaciones o fallos de la sentencia: ajustada a derecho, no ajustada a derecho o nula.

Para fundamentar esta postura reticente a la posibilidad de una estimación parcial de la demanda de impugnación de despido colectivo podrían alegarse los argumentos esgrimidos por la doctrina judicial¹⁰⁷¹ para defender el carácter *ultra vires* del RPDC, en el que se permitía la negociación parcelada de los despidos colectivos antes de la reforma operada por el RDL 11/2013, como el efecto de cosa juzgada que la sentencia derivada del procedimiento colectivo tiene sobre las reclamaciones individuales.

Así, la dificultad que entrañaría este efecto si se permitiese la calificación múltiple, conduce a pensar que el legislador solo prevé una única solución que afecte igualmente a todos los afectados.

Igualmente, por parte de algún autor¹⁰⁷², ha venido a sostenerse que la posibilidad de que se declare el despido colectivo solo parcialmente

¹⁰⁷⁰ MERCADER UGUINA, J.R., y DE LA PUEBLA PINILLA, A., *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada*, ob. cit., pp. 134 a 136.

¹⁰⁷¹ En este sentido, SSAN 21-11-2012 (R° 167/2012); 16-11-2012 (R° 250/2012) y 25-07-2012 (R° 109/2012);

¹⁰⁷² SÁEZ LARA, C., *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, ob. cit., pp. 254 y 255.

adecuado a derecho, de tal forma que se aprecia la existencia de la causa para determinados despidos mientras que otros deban declararse improcedentes ante la falta de concurrencia del citado motivo no está legalmente prevista. Asimismo, con tal postura se estaría incomodando al aplicador del derecho, que estaría actuando como un gestor empresarial, por lo que tal actuación no se ajustaría a la función constitucional y, por ende, el Alto Tribunal no podría avalar esta postura.

Así, se considera que tal órgano judicial se opone a la misma al considerar que *«no puede el juez fijar la medida idónea ni censurar su oportunidad, no puede por ejemplo reducir el número de trabajadores afectados en el caso de que considere la medida desproporcionada»*¹⁰⁷³.

Contrariamente a la tesis que acaba de exponerse, nuestro Alto Tribunal, en STS 20-09-2013 (Rº 11/2013), vino a declarar la nulidad parcial del despido colectivo por vulneración del derecho de huelga.

Así, el Tribunal Supremo vino a entender que *«Una primera razón para declarar la nulidad de la ampliación del despido colectivo pero no la de la decisión de despido colectivo parcial anterior estriba en que dicha elevación del número de despidos no significa obviamente una renuncia al despido parcial, sino una modificación ampliatoria del mismo. Dicha conclusión resultaría contraria a la más elemental lógica de la gestión empresarial: quien quiere lo más quiere lo menos, y no cabe pensar que quien tiene voluntad de extender o ampliar un despido colectivo parcial haya desistido o renunciado a la pretensión de proceder al número limitado de despidos inicialmente propuesto.*

¹⁰⁷³ STS 27-01-2014 (Rº 100/2013).

Una segunda razón que conduce a la misma conclusión de declarar la nulidad parcial y no la nulidad total del despido colectivo radica en el propio alcance temporal limitado de la vulneración del derecho de huelga cometida por el empresario. Tal vulneración se refiere al acto de ampliación o elevación del número de trabajadores despedidos pero no puede referirse a la decisión inicial anterior de proceder al despido colectivo parcial ante una situación no cuestionada de dificultades económicas. Ello es así porque la lesión de un derecho fundamental es una conducta ilícita concreta y determinada que contamina el acto de infracción y sus consecuencias, pero que carece obviamente de efectos retroactivos sobre las conductas anteriores adoptadas por el empresario infractor».

No obstante, debe hacerse constar que tal resolución fue declarada nula por el ATS 26-03-2014, al entender que la citada sentencia era incongruente, pues lo impugnado fue el despido en su totalidad y no se pidió la nulidad parcial, siendo sustituida tal resolución por la STS 18-07-2014 (Rº 11/2013) que vino a declarar la nulidad total del despido colectivo al entender que esta medida empresarial era una respuesta directa a la declaración de huelga indefinida tras el fracaso de las previas negociaciones para adoptar medidas menos gravosas.

Ahora bien, si atendemos al ATS 26-03-2014, las argumentaciones sostenidas por el Alto Tribunal para determinar la nulidad de la resolución dictada en fecha 20-09-2013 (Rº 11/2013) no tienen nada que ver con la posibilidad de dictaminar la nulidad parcial del despido

colectivo, sino con una extralimitación judicial, al incurrir en una incongruencia extra petitum¹⁰⁷⁴.

Así, en la propia resolución, se hace constar que el Ministerio Fiscal, en su informe sobre el incidente de actuaciones hace constar, en relación sobre la argumentación sobre el alcance parcial de la decisión de despido impugnada que «aunque puede ser lógica y cierta, la realidad es que no ha sido pedida por ninguna de las partes».

Así, el Tribunal Supremo, hace constar en el citado auto que *«Es cierto que la posible incongruencia extra petitum parece relacionarse también con la decisión que aprecia una nulidad parcial de los despidos. Esta objeción responde a la confusión ya señalada sobre el concepto de despido colectivo que se ve como algo único e inescindible y no como la suma de varios despidos individuales, manteniendo que la nulidad parcial no forma parte de lo pedido. Pero si se pide la nulidad de todos los despidos y se concede la de algunos, es obvio que no se otorga algo distinto de lo pedido, sino algo menos de lo que se solicitó. No estaríamos, por tanto, en ningún caso ante una incongruencia extra petitum, sino ante una eventual incongruencia infra petitum. Ahora bien, como es también sabido, no incurre en esta incongruencia "la sentencia que concede menos de lo pedido" y ello, como dice la doctrina científica, porque "la congruencia se refiere ...al juego de las pretensiones contrapuestas de manera que cabe, por ejemplo, otorgar 50 al que pide 100 si el demandado niega, con razón que el tribunal acoge, 50 de esos*

¹⁰⁷⁴No obstante, las reglas que rigen el procedimiento civil, en concreto, el artículo 218.1 LEC viene a establecer que *«El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes»*.
No obstante, *vid.*, al respecto, la STC 171/1993, de 27-05-1993 (RAC2463/1989).

100" (...) En realidad, el solicitante parte de que la nulidad parcial es algo distinto de la nulidad total, por lo que, pedida ésta, no cabe conceder aquella. Pero es ésta una tesis imposible de sostener, porque, como ya hemos visto, el despido colectivo tiene un componente cuantitativo y dentro de él es posible valorar de forma separada la tacha de nulidad, como demuestra de forma inequívoca el presente caso, en el que se puede afirmar que la empresa tenía un móvil lesivo del derecho de huelga cuando pasa de los 91 despidos, que tenía el propósito de realizar en abril, a los 358 que finalmente acuerda en junio. Hay dos móviles o dos finalidades en la decisión empresarial que pueden diferenciarse, que se asignan numéricamente y deben distinguirse para poder decidir justamente el pleito distinguiendo lo que lesiona el derecho de huelga y lo que no».

Por tanto, nada se enjuicia por parte del Alto Tribunal sobre la posibilidad o no de determinar la nulidad parcial del despido colectivo, sino que tal determinación vino a apartarse de la pretensión ejercitada por la parte actora.

Igualmente, la Audiencia Nacional¹⁰⁷⁵, vino a declarar injustificado parcialmente un despido colectivo, aunque concurrían causas económicas y productivas suficientes por cuanto su concurrencia no podía prolongarse indefinidamente en el tiempo, por lo que determinó la procedencia de las extinciones de 2014 pero declaró no ajustadas a derecho las de 2016.

En mi opinión, y contrariamente a lo que viene a sostenerse en la mentada postura, considero que debe adoptarse una perspectiva mucho

¹⁰⁷⁵ SAN 16-05-2014 (R° 500/2013).

más amplia y transigente en relación con lo dispuesto en el artículo 124.11 LRJS, puesto que no solo el precepto aludido no prohíbe tal solución, sino que debería permitir la coexistencia de los pronunciamientos de «ajustado a derecho» y «no ajustado a derecho»¹⁰⁷⁶ cuando en una misma extinción, las causas solo queden acreditadas respecto a una parte de los despidos y resulta necesario dictaminarlos y calificarlos bajo el principio o baremo de la proporcionalidad¹⁰⁷⁷.

Es más, la estimación parcial de la demanda colectiva resultará útil cuando el procedimiento de despido colectivo afecte a diversos sectores económicos y/o productivos de la sociedad, en cuyo ámbito los motivos justificativos alegados por el empresario afecten de manera diferente.

¹⁰⁷⁶ En el mismo sentido, BALLESTER LAGUNA, F., *La impugnación del despido colectivo*, *ob. cit.*, pp. 132 y 33.

¹⁰⁷⁷ BEL ANTAKI, J., “¿Puede un despido colectivo declararse parcialmente ajustado a derecho? A propósito de la STSJ País Vasco de 9 de julio de 2013”, *Revista Aranzadi Social*, Nº 55, 2013, p. 7

3. EL PROCEDIMIENTO DE OFICIO POR LA AUTORIDAD LABORAL

Otra vía de impugnación del despido colectivo es el procedimiento de oficio que, de acuerdo con el artículo 148 b) LRJS podrá iniciarse como consecuencia *«De los acuerdos de la Autoridad laboral competente, cuando ésta apreciara fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión de los acuerdos de suspensión, reducción de la jornada o extinción»*, así como para el supuesto en el que *«la entidad gestora de la prestación por desempleo hubiese informado que la decisión extintiva de la empresa pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados, por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo»*.

3.1. Competencia judicial y recursos

En los artículos 7 a), en su párrafo tercero y 8.1, párrafo tercero, ambos de la LRJS, se establece que conocerá en única instancia de los procesos de oficio previstos en la letra b) del artículo 148 LRJS, las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, así como la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

En el primero de los supuestos, conocerán del asunto cuando el acuerdo impugnado extienda sus efectos a un ámbito territorial no superior al de una Comunidad Autónoma.

En el segundo caso, conocerá la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional cuando el acuerdo impugnado extienda sus efectos a un ámbito territorial superior al de una Comunidad Autónoma.

Asimismo, frente a las sentencias dictadas en única instancia por los órganos anteriormente citados, cabrá interponer recurso de casación ordinaria ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, tal y como se desprende de lo previsto en el artículo 206 LRJS.

3.2. Legitimación

La legitimación activa, de acuerdo con lo establecido en los artículos 148 b), corresponde a la Autoridad laboral y, en concreto, la Autoridad laboral que hubiese conocido del procedimiento del despido colectivo, para lo cual deberemos estar a lo dispuesto en el artículo 25 RPDC.

La Autoridad laboral podrá incoar el proceso de manera unilateral o a instancia de otros organismos, tal y como se desprende del artículo 148 b) LRJS, que establece que la Autoridad laboral podrá iniciar el proceso de oficio cuando la entidad gestora de la prestación por desempleo hubiese informado que la decisión extintiva hubiese sido adoptada con otras finalidades diferentes a las legalmente previstas.

Asimismo, debe hacerse constar que tanto la entidad gestora de la prestación por desempleo como la Administración de la Seguridad Social ostentan interés suficiente como para intervenir en el proceso como parte¹⁰⁷⁸.

¹⁰⁷⁸ Así viene a postularse por BALLESTER LAGUNA, F., *La impugnación del despido colectivo*, ob. cit., p. 165, fundamentando tal posición con lo establecido en el artículo 124.12 LRJS, al disponer, el mentado precepto, que cuando la impugnación se haya efectuado por la representación de los trabajadores, la sentencia firme se notificará a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo y a la administración de la Seguridad Social, estableciéndose que tal notificación se realizará a efectos de su conocimiento y para el supuesto en el que no hubiesen sido parte en el proceso.

En cuanto a la legitimación pasiva, ostentarán tal condición el empresario, al ser el que ejecuta la media extintiva que se impugna, que encuentra su respaldo en el acuerdo obtenido en el periodo de consultas que está viciado al concurrir fraude de ley, dolo, coacción o abuso de derecho.

Nada se establece con respecto a la posible legitimación pasiva de los sujetos rubricantes del acuerdo «viciado», a excepción de la previsión realizada por el artículo 149 LRJS, con relación a que, en la demanda de oficio, se proceda a identificar a las partes que intervinieron en la adopción del acuerdo objeto de impugnación.

A mi entender, tal y como ha venido a postularse por algún sector de la doctrina científica¹⁰⁷⁹, así como se ha procedido por la Autoridad laboral de la Comunidad Valenciana¹⁰⁸⁰, los sujetos firmantes del acuerdo deberán ser demandados junto con el empresario del mismo modo que ocurre en la impugnación del despido colectivo por la representación de los trabajadores, de acuerdo con el artículo 124.4 LRJS o en la acción de jactancia prevista en el artículo 124.3 LRJS.

No obstante, de acuerdo con lo establecido en el artículo 150.2 LRJS, el procedimiento se seguirá de oficio aun sin asistencia de los trabajadores perjudicados, a los que se les deberá emplazar al efecto y, una vez comparecidos, tendrán la consideración de parte, si bien no podrán desistir ni solicitar la suspensión del proceso.

¹⁰⁷⁹ *Ibidem*, p. 166.

¹⁰⁸⁰ SSTSJ Comunidad Valenciana 11-05-2014 (R° 10/2014) y 07-05-2013 (R° 12/2013).

3.3. La iniciación del proceso y sus efectos sobre otros

Puesto que el procedimiento de oficio no requiere el previo agotamiento de las vías de evitación del proceso, se iniciará directamente a través de demanda.

Así, el artículo 149 LRJS establece que en la demanda de oficio se consignarán los requisitos exigidos en el artículo 80 LRJS relativos a las demandas de los procesos ordinarios, debiéndose expresar las personas contra las que se dirige y la concreta condena que se pide frente a ellos según el contenido de la pretensión, los hechos que resulten imprescindibles para la resolución de las cuestiones que se hayan planteado y, en concreto, aquellos que se estiman constitutivos de discriminación o de otro incumplimiento laboral

Igualmente, deberán consignarse, el acuerdo alcanzado por las partes firmantes en el periodo de consultas del procedimiento de despido colectivo y la causa invocada, junto con la identificación de las partes que intervinieron en el mismo, precisando la concreta pretensión declarativa o de condena que se pide del órgano jurisdiccional, con expresión, de proceder, de los perjuicios estimados o de las bases para la determinación de la indemnización correspondiente, así como los daos identificativos de los trabajadores afectados y sus domicilios.

Los requerimientos previstos en la demanda relativos a la determinación de los trabajadores afectados y sus domicilios permitirán el cumplimiento de la exigencia establecida en el artículo 150. 2 a) LRJS, es decir, emplazar a los trabajadores perjudicados.

Asimismo, el apartado segundo del artículo 149 LRJS establece que siempre que las demandas instadas por la administración laboral

afecten a más de diez trabajadores, el secretario judicial les requerirá para que designen representantes en la forma prevista en el artículo 19 LRJS, lo que facilitará la labor de intervención en el proceso.

En cuanto al plazo del que dispone la Autoridad laboral para el ejercicio de la acción, las normas aplicables no dicen nada al respecto.

Así, tanto la jurisprudencia¹⁰⁸¹ como la doctrina científica¹⁰⁸², han venido a entender que el plazo del que dispone la Autoridad laboral es un plazo de caducidad de veinte días hábiles, artículos 124 y 138.1, ambos de la LRJS.

Igualmente, a falta de norma procesal expresa que especifique la forma de computar el plazo de caducidad establecido con carácter general para la acción ejercitada cuando la que ejercite dicha acción sea la Autoridad laboral a través del proceso de oficio, hay una cierta contradicción al respecto entre la doctrina judicial y la científica. La doctrina judicial ha venido a establecer que *«Una vez finalizado el periodo de consultas y desde la comunicación a la Autoridad laboral del acuerdo o decisión empresarial, ya sea en materia de despidos , suspensión o reducción (artículos 11.2 y 22 .2 del RD 1483/2012) la Inspección de Trabajo tiene un plazo improrrogable de 15 días para emitir informe en el que entre otras cuestiones informará sobre el posible fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo adoptado en el periodo de consultas (artículos 51 y 47 del ET). Entendemos pues que este término improrrogable debe ser el momento del inicio del cómputo del plazo de caducidad del proceso de oficio para el control de la legalidad del*

¹⁰⁸¹ STS 19-11-2014 (R° 183/2014).

¹⁰⁸² BALLESTER LAGUNA, F., *La impugnación del despido colectivo*, ob. cit., p. 167; y LLUCH CORELL, F.J., “La impugnación de los despidos colectivos tras la Ley 3/2012, de 6 de julio, una aproximación al art. 124 LRJS”, *Revista de Jurisprudencia*, N° 1, 2013, p. 2/4.

acuerdo extintivo o modificativo en cuanto que por un lado supone el fin del proceso cuya fiscalización se pretende y por otro lado determina el final de la intervención administrativa y el inicio de la fase individual cuya legalidad ya no es objeto de dicha intervención tal y como ya sucedía en el sistema anterior.

Esta interpretación permite fijar de forma objetiva el "día a hoc", teniendo en cuenta que la Administración ha tomado conocimiento pleno del proceso cuya legalidad fiscaliza, y que la eficacia de los acuerdos alcanzados en materia de regulación de empleo y la finalidad perseguida con estas medidas justifican la necesidad de acotación temporal del proceso de control previo»¹⁰⁸³.

Consecuentemente, el *dies a quo* del plazo de caducidad, según la doctrina judicial, sería el día siguiente a la finalización del plazo de quince días de que dispone la ITSS para emitir informe en el que, entre otras cuestiones, informará sobre el posible fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo adoptado en el periodo de consultas.

Contrariamente a esta postura, ha venido a postularse que el *dies a quo* del cómputo de caducidad será el día siguiente al de la comunicación a la propia Autoridad laboral de la decisión empresarial de despido colectivo, al entenderse que esta es la fecha en la que se entiende concluida la tramitación del procedimiento de despido colectivo, coincidiendo así los plazos de ejercicio de la Autoridad laboral con los de la representación legal de los trabajadores.

¹⁰⁸³ STSJ Comunidad Valenciana 07-05-2013 (R^o 12/2013).

A mi entender, el *dies a quo* del plazo de caducidad debería computarse de acuerdo con la solución propuesta por la doctrina judicial, pues entiendo que, de este modo, la administración laboral habrá tomado pleno conocimiento del proceso cuya legalidad se pone en duda.

Asimismo, mientras el artículo 124.7 LRJS establece que, si una vez iniciado el proceso por los representantes de los trabajadores se plantease el proceso de oficio previsto en el artículo 148.b) LRJS, se suspenderá ésta hasta la resolución de aquél, estando legitimada la Autoridad laboral para ser parte en el proceso incoado, tanto por la representación de los trabajadores como por el empresario y adquiriendo la sentencia la condición o eficacia de cosa juzgada sobre el proceso de oficio pendiente de resolución; nada se prevé sobre el supuesto en que la impugnación colectiva se produzca con posterioridad a la demanda de oficio debiendo interpretarse, tal y como ha venido a postularse por cierto sector doctrinal¹⁰⁸⁴, a mi entender de manera acertada, igual efecto suspensivo en el sentido de que la impugnación colectiva de la extinción suspenderá la tramitación del procedimiento de oficio ya instado.

En sentido contrario, también ha venido a postularse que, ante tal falta de previsión expresa, debe interpretarse en contra de la existencia del efecto suspensivo¹⁰⁸⁵.

Igualmente, tampoco se ha previsto legalmente el efecto suspensivo del procedimiento de oficio sobre las demandas individuales, tal y como se desprende del artículo 124.13 b) LRJS, ni tampoco se ha contemplado

¹⁰⁸⁴ DURAN LÓPEZ, F., “Modalidades procesales (IV) Extintivas: Extinciones objetivas y despidos colectivos, en *Lecciones de jurisdicción Social*, Tirant lo Blanch, 2013, p. 470 y SÁEZ LARA, C., *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, ob. cit., p. 292.

¹⁰⁸⁵ BALLESTER LAGUNA, F., *La impugnación del despido colectivo*, ob. cit., p. 168.

que la resolución que recaiga en el procedimiento de oficio tenga eficacia de cosa juzgada.

Es decir, si bien la norma procesal ha venido a estipular una especie de prelación o preeminencia de las acciones colectivas y empresariales sobre el procedimiento iniciado de oficio, nada ha venido a estipularse sobre que ocurre entre el proceso de oficio y los procesos individuales.

La iniciación del procedimiento de oficio por parte de la Autoridad laboral competente a través de demanda no posee efecto suspensivo alguno sobre los pleitos individuales, pudiéndose desenvolver, simultáneamente, ambos procedimientos, independientemente de que los trabajadores accionantes puedan ser requeridos o citados para que se personen como parte en el proceso de oficio iniciado por la Autoridad laboral, tal y como anteriormente ha quedado expuesto, así como la posible acumulación de oficio cuando se cumplan las condiciones exigidas para ello, de acuerdo con el artículo 31 LRJS¹⁰⁸⁶.

Ante tal escenario considero, tal y como ha venido a postularse por algún autor¹⁰⁸⁷, a mi entender de forma acertada, que estamos en presencia de una más que insuficiente regulación en relación con el proceso de oficio y los pleitos individuales, pues ante tal ausente previsión legislativa y las posibles soluciones que pueden adoptarse para paliar tal insuficiencia, estas no garantizan que la solución que se desprenda en el proceso de oficio condicione el resultado de los procesos, de naturaleza individual, en curso.

¹⁰⁸⁶ *Ídem*

¹⁰⁸⁷ *Ibidem*, p. 169.

Es más, los trabajadores afectados en por la extinción colectiva puede que decidan no personarse, lo que, tal y como anteriormente ha quedado expuesto, no paralizará el procedimiento, que continuará de oficio, tal y como establece el artículo 150.2 a) LRJS.

Igualmente, si deciden personarse, tal acción tampoco implicará que el proceso que, con carácter individual, ha iniciado el trabajador vaya a paralizarse, pues este puede seguir su curso, con las funestas consecuencias de que puedan dictarse sentencias totalmente contradictorias.

El efecto o consecuencia expuesta tampoco se evitará con la pretendida acumulación de los procesos individuales al proceso de oficio, cuya posibilidad dependerá de que se cumplan los requisitos establecidos a tal efecto en los artículos 30 y 31 LRJS.

En consecuencia, hubiese resultado mucho más sencillo que el Legislador, al igual que ha hecho con el resto de acciones, hubiese procedido a especificar que los pleitos individuales estuviesen subordinados a la demanda de oficio, bien supeditando el ejercicio de la acción individual al resultado derivado del procedimiento de oficio, bien determinando que, ante la incoación del procedimiento de oficio, las impugnaciones individuales deben suspenderse¹⁰⁸⁸.

¹⁰⁸⁸ *Ibidem*, p. 171.

3.4. Motivos que fundamentan la demanda

Según el artículo 148 b) LRJS, el procedimiento de oficio podrá iniciarse como consecuencias de los acuerdos de la Autoridad laboral competente, cuando esta apreciase la concurrencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la adopción de los acuerdos alcanzados en el seno del periodo de consultas (artículo 51.6 ET), así como cuando la entidad gestora de la prestación por desempleo hubiese informado que la medida empresarial adoptada pudiera tener como finalidad la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados, ante una inexistencia de la causa que motiva la situación legal de desempleo (artículo 51. 6 ET).

Tal y como se desprende de lo que acaba de exponerse, la Autoridad laboral únicamente puede impugnar por dolo, fraude, coacción o abuso de derecho el acuerdo al que se haya alcanzado durante el periodo de consultas, pero no la decisión extintiva del empresario adoptada de manera unilateral, que solo podrá impugnarse por tales causas por la representación de los trabajadores, en los términos que ya han sido expuestos con anterioridad.

Asimismo, la impugnación también podrá fundarse la apreciación, por parte de la entidad gestora de la prestación por desempleo de que la decisión extintiva pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados.

Puesto que este motivo de impugnación ya ha sido estudiado con anterioridad, como causa de nulidad para el supuesto en que la representación de los trabajadores impugne el despido colectivo en base

a la convergencia de alguno de estos motivos, me remito al análisis efectuado sobre estos vicios previstos en los artículos 1267, 1269, 6.4 y 7.2, todos ellos del CC.

3.5. Procedimiento y sentencia

De acuerdo con lo establecido en el artículo 150 LRJS, el secretario judicial examinará la demanda, al efecto de comprobar si reúne todos los requisitos exigidos, advirtiéndolo a la Autoridad laboral, en su caso, los defectos u omisiones de que adolezca a fin de que sean subsanados en el término de diez días. Realizada la subsanación, admitirá la demanda. En otro caso, dará cuenta al tribunal para que por el mismo se resuelva sobre la admisión de la demanda.

Admitida a trámite la demanda, continuará el procedimiento con arreglo a las normas generales del proceso ordinario, si bien deberán observarse una serie de especialidades procedimentales que el artículo 150 LRJS se encarga de enumerar.

Así, de acuerdo con la previsión establecida en el artículo que acaba de citarse en relación sobre la exigencia de seguir el procedimiento de oficio de acuerdo con las normas generales del proceso ordinario me remito a tales reglas generales estipuladas en el artículo 82 y siguientes LRJS.

No obstante, el artículo 150.2 LRJS, establece una serie de precisiones relativas al proceso de oficio, ante las que si voy a detenerme.

El artículo 150.2 LRJS viene a enumerar las siguientes especialidades:

- a. El procedimiento se seguirá de oficio, aun sin asistencia de los trabajadores perjudicados, a los que se emplazará al efecto y una vez comparecidos tendrán la consideración de parte, si bien no podrán desistir ni solicitar la suspensión del proceso.
- b. La conciliación tan solo podrá autorizarse por el secretario judicial o en su caso por el juez o tribunal, cuando fuera cumplidamente satisfecha la totalidad de los perjuicios causados por la infracción.
- c. Los pactos entre trabajadores y empresarios posteriores al acta de infracción tan solo tendrán eficacia en el supuesto de que hayan sido celebrados en presencia del inspector de trabajo que levantó el acta o de la Autoridad laboral.
- d. Las afirmaciones de hechos que se contengan en la resolución o comunicación base del proceso harán fe salvo prueba en contrario, incumbiendo toda la carga de la prueba a la parte demandada.
- e. Las sentencias que se dicten en estos procesos habrán de ejecutarse siempre de oficio.

Tal y como se ha expuesto con anterioridad, el procedimiento seguirá de oficio, aunque los trabajadores perjudicados no se hayan personado.

Igualmente, la ejecución de la sentencia que ponga fin al procedimiento, de acuerdo con lo establecido en los artículos 239.1 LRJS solo podrá ejecutarse de oficio.

Por ello, cuando se demuestre la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la adopción de acuerdo obtenido en el periodo de consultas, se declarará la nulidad del acuerdo obtenido y, por extensión, el despido colectivo llevado a cabo.

El órgano judicial será el encargado de proceder a la ejecución de la sentencia a iniciativa de la administración laboral, tal y como establece el artículo 239.1 LRJS, en la que, de apreciarse la existencia de tales vicios, se condenará al empresario a la inmediata readmisión de los trabajadores con las mismas condiciones en las que venía desempeñando sus funciones con anterioridad a la restructuración colectiva, así como al abono de los salarios que el trabajador había dejado de percibir.

Por parte del trabajador, tal readmisión conllevará a la devolución de la indemnización percibida por el despido.

Cuando la readmisión no se produzca y esta no pueda efectuarse, el empresario deberá proceder al abono de la indemnización correspondiente al despido improcedente¹⁰⁸⁹.

No obstante, tal y como ha venido a postularse por parte de algún autor, la deficiente regulación del proceso de oficio y los procesos individuales iniciados por los trabajadores afectados complica, y en qué manera, que la ejecución se inste en el proceso de oficio.

¹⁰⁸⁹ A los efectos de que la resolución que se dicte en el proceso pueda individualizar la condena en la fase ejecutiva, resultan especialmente importante la personación en el proceso, de acuerdo con el artículo 150.2 LRJS así como las especificaciones de la demanda de la Autoridad laboral previstas en el artículo 149 LRJS en relación con los datos de los trabajadores afectados.

4. LA ACCIÓN DE JACTANCIA

4.1. Competencia judicial y recursos

Si analizamos la norma procesal reguladora de la jurisdicción social, veremos que nada se establece respecto a la competencia judicial en relación con la acción declarativa interpuesta por el empresario, postulándose, por la doctrina científica¹, que resultan de aplicación al citado supuesto las normas previstas para la impugnación de la decisión empresarial de despido colectivo por los interlocutores sociales, por lo que deberemos estar a lo dispuesto en el artículo 7 a), párrafo segundo LRJS, que establece que *«Las Salas de lo Social de los Tribunales superiores de Justicia (...) conocerán en única instancia de los procesos de despido colectivo impugnados por los representantes de los trabajadores (...) cuando extiendan sus efectos a un ámbito territorial no superior al de una Comunidad Autónoma»*, así como lo dispuesto en el artículo 8.1, segundo párrafo LRJS, que dispone que la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional conocerá en única instancia *«de los procesos de despido colectivo impugnados por los representantes de los trabajadores (...) cuando extiendan sus efectos a un ámbito territorial superior al de una Comunidad Autónoma»*.

Asimismo, frente a las sentencias derivadas de los procesos que acaban de exponerse, dictadas en única instancia por los citados órganos judiciales, y dependiendo del ámbito de afectación del despido colectivo,

¹ BALLESTER LAGUNA, F., *La impugnación judicial del despido colectivo*, ob. cit., p. 139.

cabrá interponer recurso de casación ordinaria ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, tal y como se desprende del artículo 124.11 LRJS. Asimismo, le serán de aplicación a la presente acción las observaciones anteriormente expuestas concernientes a la determinación de la competencia judicial en relación con el ámbito de afectación del despido formuladas en el apartado correspondiente a la acción de impugnación colectiva así como las medidas procesales previstas por el legislador² «*en aras de la celeridad que ha de presidir el procedimiento laboral*»³.

4.2. Objeto, fundamento y efectos de la acción

Esta acción declarativa empresarial encuentra su acomodo en el artículo 124.3 LRJS, del que se desprende que el objeto de esta acción es validar, en sede judicial, la medida empresarial adoptada.

Ahora bien, tal acción podrá ejercitarse:

1. Cuando la decisión extintiva no haya sido impugnada por la representación de los trabajadores, o por la Autoridad laboral mediante el proceso de oficio previsto en el artículo 148 b) LRJS y
2. Una vez transcurrido el plazo de veinte días de que disponen los representantes de los trabajadores para el ejercicio de la acción colectiva.

Cuando se cumplan los dos requisitos que acaban de exponerse, el empresario tendrá un plazo de veinte días, a contar desde la finalización

² Por lo que me remito a lo anteriormente expuesto en el apartado relativo a la impugnación de la decisión empresarial de despido colectivo por parte de los representantes de los trabajadores.

³ Preámbulo de la Ley 3/2012.

del plazo de veinte días de que dispone la representación de los trabajadores para ejercitar la acción colectiva, para interponer demanda con la finalidad de que se declare ajustada a derecho la medida empresarial por él adoptada.

Aunque el artículo 124.3 LRJS no lo estipule, se trata de un plazo de caducidad⁴, con todas las consecuencias que tal apreciación conlleva (es decir, apreciación de oficio por el órgano judicial, suspensión únicamente por las causas previstas, etc)⁵.

En relación con el *dies a quo* del ejercicio de la acción, este empezará a contar a partir del día siguiente al de la notificación a la representación de los trabajadores de la medida empresarial⁶, siendo, asimismo, los veinte días del plazo de caducidad hábiles y resultando aplicable todas las previsiones anteriormente expuestas con relación al plazo de caducidad de veinte días

Con tal previsión se pretende conseguir una solución o resultado homogéneo para todos los trabajadores que han resultado afectados por la medida empresarial, objetivo este que podría verse malogrado si la impugnación colectiva no se produce y únicamente tienen lugar las acciones individuales de impugnación. De ahí que esta acción tenga un carácter subsidiario a las acciones de carácter colectivo y de oficio⁷.

Otra cuestión que se ha planteado con relación a esta acción es la relativa a si el empresario ostenta tal facultad siempre y en todo caso, o únicamente cuando no se haya alcanzado acuerdo alguno o, adoptándose

⁴ STSJ Extremadura 25-10-2012 (R° 4/2012)

⁵ BALLESTER LAGUNA, F., *La impugnación del despido colectivo*, ob. cit., p. 147.

⁶ SSTS 01-06-2016 (R° 257/2015) y 19-11-2014 (R° 153/2014).

⁷ SÁEZ LARA, C., *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, ob. cit., pp. 293 y 294.

el mentado acuerdo, no sea asumido por alguna representación de los trabajadores (que no por la comisión negociadora del acuerdo), aunque no se haya accionado contra el mismo⁸.

Es más, ¿puede esta acción empresarial ir más allá y, en caso de que se plantee por parte del empresario la acción declarativa del acuerdo alcanzado durante el periodo negociador, la sentencia que recaiga sobre el citado proceso pueda extender los efectos de cosa juzgada a los procesos individuales, tal y como ocurre con el proceso colectivo respecto los de naturaleza individual?

Nuestro Alto Tribunal⁹ ha venido a dar respuesta a la cuestión que acaba de plantearse.

En el supuesto enjuiciado por el Alto Tribunal, el recurso de casación se interpuso contra una sentencia que, previa acción de jactancia instada por el empresario, vino a declarar ajustada a derecho la decisión extintiva adoptada por la empresa, previo acuerdo con los legales representantes de los trabajadores. Contra esta resolución vinieron a formularse dos recursos de casación, siendo el primero de ellos formulado por cinco trabajadores y, el segundo, por otros cuatro, dos de los cuales fueron miembros de la comisión negociadora pero no hicieron constar que actuasen como tales.

Ante tal supuesto, el Tribunal Supremo declaró la inadecuación del procedimiento con anulación de la sentencia recurrida pues, en síntesis, el Alto Tribunal entiende que *«No hay (...) un conflicto actual sobre el*

⁸ *Ibidem*, p. 294.

⁹ STS 26-12-2013 (R° 28/2013).

despido colectivo y, si es así, puede afirmarse que la empresa carece de acción».

De la citada sentencia se desprende la importancia que, el Alto Tribunal, le otorga a la constitución de la relación jurídica procesal.

Así ha venido a entenderlo también la doctrina judicial¹⁰ sosteniendo, asimismo, que tal importancia radica en que se trata de una demanda declarativa que busca efectos *erga omnes*, con efectos vinculantes de futuro como cosa juzgada para los litigios que después puedan suscitarse en otros procesos judiciales.

Por ello, la incorrecta constitución de la relación procesal puede y debe ser apreciada de oficio por el órgano judicial, puesto que difícilmente pueden alegar aquellas partes que están ausentes y debieran haber sido convocadas su falta de convocatoria. Igualmente, la inexistencia de sujetos legitimados que puedan oponerse a la pretensión produciría como efecto la falta de acción, que habría de ser igualmente declarada de oficio por el órgano judicial, previniendo entonces a los trabajadores individuales que en su caso pueden ejercitar sus pretensiones y resistencias a través de la modalidad de extinción del contrato de trabajo por causas objetivas ante el Juzgado de lo Social que resulte competente¹¹.

Así, siguiendo el criterio del Alto Tribunal, la Audiencia Nacional vino a entender que esta modalidad, mediante la que el empresario pretende validar su decisión empresarial de despido colectivo, si ha llegado a un acuerdo en el periodo de consultas derivado del procedimiento extintivo,

¹⁰ SAN 09-07-2014 (R° 463/2013).

¹¹ STS 26-12-2013 (R° 28/2013) y SAN 09-07-2014 (R° 463/2013).

no sería aplicable el artículo 124.4 LRJS, por cuanto dicha norma ordena que, cuando se impugne el despido colectivo, se demande a los firmantes del mismo, pero ello no tiene objeto en esta modalidad, puesto que tales firmantes no van, lógicamente, a oponerse al acuerdo que firmaron, ni podrían hacerlo.

Por otro lado, sino existe acuerdo ni tampoco impugnación colectiva de la decisión empresarial de despido colectivo, el empresario puede solicitar que se declare ajustada a derecho su decisión a través de un procedimiento que, en puridad, no es únicamente una declaración confirmatoria de la decisión empresarial, puesto que, al no existir acuerdo, la presencia de los representantes de los trabajadores será la relativa a una oposición de intereses¹².

Una vez acotado o definido el marco de aplicación de este proceso colectivo, debe hacerse constar que, tal y como se desprende del artículo 124.3 LRJS, y tal y como se establece expresamente en el artículo 160.5 LRJS, la presentación de la demanda por el empresario suspenderá el plazo de caducidad de la acción individual de despido, puesto que, tal y como anteriormente se ha adelantado, la presente acción empresarial tiene como objetivo aportar seguridad jurídica a los trabajadores afectados por la decisión empresarial, consiguiendo un resultado homogéneo para todos ellos, finalidad que se consigue a través del efecto de cosa juzgada que la resolución judicial produce en los procesos individuales.

¹² *Vid.*, al respecto, SAEZ LARA, C., *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, ob. cit., p. 295, y SAN 09-07-2014 (R^o 463/2013).

4.3. Sujetos legitimados

De lo dispuesto en el artículo 124.3 LRJS se desprende que la legitimación activa de la mentada acción de jactancia la ostenta el empresario, mientras que la legitimación pasiva recaerá sobre «*los representantes legales de los trabajadores*». Ahora bien, se ha discutido si los trabajadores afectados están legitimados para intervenir en el procedimiento.

Si bien del tenor literal del precepto anteriormente citado queda bastante claro que únicamente están legitimados, pasivamente, los representantes legales de los trabajadores, tanto la jurisprudencia como la doctrina judicial han venido a ratificar tal evidencia.

Así, el Alto Tribunal vino a establecer que no es posible la entrada de trabajadores individuales en un proceso colectivo, como es el proceso del art. 124 LRJS, tanto en su regulación general, como en la especial del apartado tercero del citado artículo.

Y es que si bien, tal y como acaba de comentarse, el artículo 124.3 LRJS no prevé la entrada de los trabajadores afectados en el procedimiento objeto de estudio, por parte de algún sector de la doctrina judicial se había permitido la personación en el proceso de trabajadores afectados al entender que tales empleados ostentaban la condición de sujetos con interés legítimo en relación con el procedimiento, en base a lo dispuesto en los artículos 13 LEC y 17 LRJS¹³.

Tal posibilidad fue rechazada de plano por el Alto Tribunal al entender que «*la resolución de instancia ha fundado en el art. 13 de la LEC su*

¹³ *Vid.*, al respecto, la STSJ Cantabria 26-09-2012 (R^o 2/2012).

decisión de admitir en el proceso a los trabajadores individuales. Este precepto es, desde luego, aplicable, con adaptaciones en el proceso social, pero siempre que el tipo de proceso lo permita.

No podrá aplicarse, por tanto, para abrir a los trabajadores individualmente considerados los procesos que tienen por mandato de la ley una legitimación colectiva cerrada, como es el caso del proceso de conflicto colectivo (art. 154 LRJS) o el de impugnación colectiva del convenio (art. 165.1.a) LRJS). El proceso de impugnación colectiva del despido es un proceso con legitimación colectiva cerrada, como se desprende de los números 1 y 3 del art. 124 LRJS»¹⁴, por lo que, consecuentemente, los trabajadores afectados no están legitimados para intervenir en este proceso¹⁵.

Asimismo, debe hacerse constar que la presencia de los trabajadores afectados a título individual sería un sinsentido, puesto que los intereses que se pretenderían defender a través de sus acciones individuales no

¹⁴ STS 23-12-2013 (R° 28/2013)

¹⁵ Y ello porque el Alto Tribunal entiende que «*La apertura a los trabajadores individuales, aun en el supuesto de que se limitara a los casos de ausencia de la representación colectiva, desestabilizaría el proceso y sin ninguna duda el propio resultado de la negociación en el periodo de consultas, pues, cuando los representantes colectivos hubieran llegado a un acuerdo, podría abrirse una impugnación colectiva por parte de trabajadores individuales que tendría la posibilidad de cuestionar no solo su despido, sino todos los despidos acordados. La desestabilización 11 del acuerdo en el periodo de consultas es grave. Pero la del propio proceso no lo es menos. El presente caso lo muestra con claridad. Los trabajadores afectados no han sido demandados, ni podían serlo. Han entrado en el proceso de forma sucesiva en distintos momentos del desarrollo del mismo, provocando crisis procesales. Además esa comparecencia no podría estructurarse, porque: 1º) la demanda no se dirige contra los trabajadores individualmente sino que su entrada en el proceso se produce espontáneamente; 2º) tampoco podría aplicarse la coordinación a través de la representación común del art. 19 LRJS, porque no son demandantes y no han sido demandados, por lo que en principio no pueden ni siquiera organizarse como grupo por la vía del art. 19 LRJS. Una entrada de estas características convertiría los procedimientos colectivos del art. 124 LRJ en procesos plurales masivos con grave quebranto de su urgencia, que es esencial para lograr una rápida decisión sobre los despidos colectivos. Es cierto que las causas de impugnación quedarían limitadas a las de carácter general que contempla el n° 2 del art. 124. Pero esto no impide que en la práctica se propongan otras causas de impugnación, que tendrán que rechazarse, como muestra también el presente caso» [STS 23-12-2013 (R° 28/2013)].*

podrían ser objeto de examen en el proceso colectivo, puesto que sus pretensiones solo podrían hacerse valer en el proceso individual correspondiente, al ser este el cauce pertinente y adecuado para aducir y rebatir aquellos asuntos que exceden del objeto procesal del despido colectivo. De ahí la previsión en el artículo 51.6 ET y relativa a que la interposición de la demanda por los representantes de los trabajadores paralizará la tramitación de las acciones individuales iniciadas hasta que se resuelva el proceso colectivo¹⁶.

Asimismo, tanto la jurisprudencia¹⁷ como la doctrina judicial¹⁸, han venido a establecer que la comisión negociadora del periodo de consultas no es parte, ni ha de ser demandada, no siendo aplicable el artículo 124.4 de la Ley de la Jurisdicción Social, incluso si ha existido acuerdo en el periodo de consultas, puesto que, lo que dicha norma ordena es que cuando se impugne la extinción colectiva se demande a los sujetos firmantes del acuerdo pero, tal y como ha venido a establecer el Alto Tribunal¹⁹, ello no tiene cabida en esta modalidad procesal.

Por consiguiente si los sujetos colectivos que han de ser demandados han suscrito acuerdo en el periodo de consultas con la empresa, el proceso del artículo 124.3 no es viable por falta de acción.

Ahora bien, no existiendo acuerdo en el periodo de consultas, ni la comisión negociadora, ni los miembros que la componen, son el sujeto legitimado pasivamente, puesto que la comisión negociadora, o bien coincide con un órgano de representación legal de los trabajadores, y entonces es este el que ha de ser demandado, o bien está integrada por

¹⁶ SÁEZ LARA, C., *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, ob. cit., p. 297.

¹⁷ SSTs 22-12-2014 (R° 81/2014) y 23-12-2013 (R° 28/2013).

¹⁸ SAN 09-07-2014 (R° 463/2013).

¹⁹ STS 23-12-2013 (R° 28/2013).

representaciones procedentes de diversos órganos de diferentes centros de trabajo y, en tal supuesto, son todos y cada uno de éstos los que han de ser demandados, pues la capacidad procesal corresponde a los comités de empresa y a los delegados de personal, en virtud de lo preceptuado en los artículos 65.1 y 62.2 ET, y no a una comisión integrada por representantes de los mismos.

Consiguientemente, según viene a concluir la doctrina judicial, *«los sujetos legitimados, por prescripción de la Ley, son los representantes legales de los trabajadores ("estarán legitimados pasivamente los representantes legales de los trabajadores", dice el precepto en su literalidad), lo que incluye a todos los comités de empresa y delegados de personal de los distintos centros de trabajo afectados por el despido colectivo»*²⁰.

De otra parte, sí que estarían legitimados para ser parte en el proceso iniciado por el empresario la Autoridad laboral si una vez instada la acción de jactancia la administración laboral iniciase el proceso de oficio previsto en el artículo 148 b) LRJS, que quedará en suspenso hasta que aquel se resuelva. Asimismo y, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 124.7 LRJS, la sentencia, una vez firme, tendrá eficacia de cosa juzgada sobre el proceso de oficio pendiente de resolución.

4.4. Juicio y sentencia

Una vez establecida la correcta constitución de la relación procesal relativa a los sujetos legitimados, tanto activa como pasivamente, serán

²⁰ SAN 09-07-2014 (R° 463/2013).

la representación de los trabajadores la que habrá de definir o precisar su posición procesal.

Con tal precisión, se estará acotando la cognición del órgano judicial únicamente a aquellos extremos que resulten discrepantes respecto a la postura empresarial.

Los legitimados pasivamente podrán oponerse a la demanda, postulando que se declare su desestimación por entender que el procedimiento que pretende ser ajustado a derecho no respetó el trámite previsto en el artículo 51.2 ET o por entender que no concurre causa legal que justifique la medida empresarial²¹.

²¹ Sirva como ejemplo la SAN 20-12-2013 (R^o 401/2013). En el supuesto enjuiciado por el presente órgano judicial, el empresario ejerció su acción de jactancia, solicitando que se declarase la medida empresarial adoptada ajustada a derecho. Frente a tal pretensión se opusieron los representantes de los trabajadores, al entender que el despido colectivo no se había negociado con los representantes de los trabajadores, que es un requisito de orden público, a tenor con lo dispuesto en los arts. 1 y 2 de la Directiva 1998/59/CE, en relación con los arts. 51.2 y 41.4 ET, por lo que debería declararse la nulidad del despido.

Así, la Sala vino a desestimar la pretensión empresarial ejercitada y a dictaminar *«el período de consultas no se ha mantenido con los representantes de los trabajadores, sino con los propios trabajadores afectados, sin que dicha conclusión pueda enervarse, porque la decisión de negociación directa se tomara por los trabajadores, por cuanto dicha opción no estaba en su poder de disposición, como subrayamos más arriba, ya que la negociación del período de consultas de los despidos colectivos está regulada legal y reglamentariamente de modo preciso para que se negocie con representantes de los trabajadores y no con los trabajadores afectados directamente. - Por lo demás, se ha probado claramente que la empresa no les informó sobre el derecho de elegir representantes hasta la primera reunión del período de consultas, a la que había convocado a todos los trabajadores, habiéndose acreditado, asimismo, que no les advirtió de las consecuencias de no realizar la elección, por lo que consintió negociar con sujetos no legitimados el período de consultas, lo cual comporta que el período de consultas no se ajustó a lo dispuesto en el art. 51.2 ET, sin que dicha conclusión pueda enervarse, porque acudiera a las reuniones una asesora de CCOO, porque dicho sindicato no negoció como tal el período de consultas, ni le competía informar a los trabajadores sobre las consecuencias jurídicas de no proceder a elegir la comisión ad hoc, en tanto que dicha obligación correspondía exclusivamente a la empresa.*

Por consiguiente, no habiéndose cumplido el procedimiento, regulado en el art. 51.2 ET, en relación con el art. 26.3 RD 1483/2012, de 29 de octubre, no es posible declarar que el despido colectivo se ajustó a derecho, porque falta uno de los requisitos constitutivos exigidos por el art. 124.10 LRJS. - Dicha conclusión nos obliga a desestimar la demanda y absolver a todos los demandados (...) puesto que la negociación del período de consultas seguido con los trabajadores afectados, se produjo en fraude de ley».

Tal y como se dispone en el artículo 124.3 LRJS, la sentencia que recaiga en el procedimiento tendrá naturaleza declarativa y producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales en los términos previstos en el artículo 160.5 LRJS.

Por tanto, la labor del órgano judicial será la de conocer y resolver la pretensión empresarial ejercitada, en aquellos puntos en los que exista un conflicto, una controversia entre las posiciones sostenidas por las partes intervinientes en el proceso sin que el órgano judicial pueda pronunciarse sobre causas de impugnación que no hayan sido articuladas en la oposición a la demanda²², puesto que *«la función del proceso no es constatar la concurrencia de todos los requisitos procedimentales y causales necesarios para la decisión empresarial de despido colectivo, sino resolver un litigio entre partes y el órgano judicial está vinculado por el principio de congruencia, debiendo limitarse a resolver lo que es litigioso. Si no hubiese litigio no existiría proceso»*.

Y es que una vez que la relación procesal está constituida correctamente con los representantes colectivos de los trabajadores son éstos los que han de determinar su posición procesal, limitando con ello la cognición del órgano judicial a aquellos puntos en los que se exprese discrepancia. Ahora bien, *«hasta qué punto los trabajadores individuales, que no han podido acceder individualmente al proceso colectivo, quedan vinculados por las decisiones de sus representantes colectivos, esto es, si la individualidad de cada trabajador ha de ser suprimida y sustituida por la voluntad de los representantes sindicales o colectivos de la mayoría, es*

²² Vid., al respecto, SÁEZ LARA, C., *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, ob. cit., p. 298.

un problema que habrá de ser resuelto, si se plantease, en los posteriores litigios individuales»²³.

Consecuentemente, lo que el órgano judicial debe hacer es resolver la pretensión en aquellos puntos en los que exista conflicto entre las partes del proceso, de manera que la decisión extintiva habrá de ser declarada ajustada a derecho si se desestiman los motivos de oposición a la misma que expresen en el proceso las partes demandadas²⁴.

No obstante y, siguiendo la tesis sostenida por el Alto Tribunal²⁵ con relación a esta modalidad del proceso de extinción colectiva, si los demandados no compareciesen en el proceso o, personándose en el mismo, optasen por no oponerse a la demanda, igual solución debería alcanzarse al respecto debido a la ausencia de un conflicto real y actual²⁶.

En cuanto al contenido de la resolución que derive del procedimiento, si se estima la demanda interpuesta por el empresario, el fallo de la sentencia declarará la medida empresarial ajustada a derecho, tal y como se desprende del artículo 124.3 LRJS, declarándose así extinguido el contrato laboral y condenando al empresario, en su caso, al abono al trabajador de las diferencias que pudiesen existir entre la indemnización percibida y la que legalmente le correspondiese.

Ahora bien, si el órgano judicial desestimase la pretensión empresarial ejercitada, el fallo podría producirse en dos sentidos²⁷:

²³ SAN 02-01-2015 (R° 263/2014).

²⁴ SSAN 02-01-2015 (R° 263/2014) y 09-07-2014 (R° 463/2013).

²⁵ En la más que citada STS 23-12-2013 (R° 28/2013).

²⁶ SÁEZ LARA, C., *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, ob. cit., p. 299.

²⁷ Vid., al respecto, BALLESTER LAGUNA, F., *La impugnación del despido colectivo*, ob. cit., p. 154 y ss.

1. Bien declarando el despido no ajustado a derecho, con los efectos que derivan del artículo 123.2 LRJS:
 - a. La readmisión o la indemnización de los trabajadores afectados por la decisión empresarial, ostentando el empresario la elección de entre estas dos medidas (a excepción del supuesto relativo a la representación legal de los trabajadores)
 - b. El abono de los salarios de tramitación en los supuestos de readmisión y también cuando la opción hubiese sido ejercitada por el propio trabajador.
2. O bien determinar la nulidad del despido, cuyos efectos estribarán, de acuerdo con el artículo 124.11 LRJS:
 - a. La reincorporación de los trabajadores afectados por la decisión empresarial;
 - b. Pago de los salarios de tramitación;
 - c. Obligación del trabajador de devolver la indemnización percibida una vez la resolución adquiera firmeza.

Ahora bien, tales fallos podrán adoptarse, siempre y cuando estos motivos de impugnación se hayan alegado por la representación de los trabajadores en su oposición a la demanda²⁸.

Para finalizar y, en relación con los efectos de la sentencia que recaiga en el procedimiento empresarial, según lo dispuesto en el artículo 124.3 LRJS, tal resolución tendrá naturaleza declarativa y producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales, en los términos del artículo 160.5 LRJS.

²⁸ SÁEZ LARA, C., *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, ob. cit., p. 298.

Lo que acaba de exponerse guardará coherencia cuando la sentencia declare que la medida empresarial se ajusta a derecho, pero ¿Y si tal resolución declara la nulidad de la decisión empresarial de despido colectivo?

Según ha venido a postularse por la doctrina científica²⁹, tal resolución sería directamente ejecutable por el procedimiento establecido en el artículo 247 LRJS, en los términos anteriormente expuestos con relación al procedimiento colectivo. Y ello porque se entiende que tal interpretación resulta más acorde a lo dispuesto en el artículo 247.2 LRJS, el cual establece, que la modalidad de ejecución de sentencias firmes resultará aplicable «*en los supuestos de despido colectivo en los que la decisión colectiva haya sido declarada nula*».

²⁹ BALLESTER LAGUNA, F., *La impugnación del despido colectivo*, ob. cit., p. 157, y SÁEZ LARA, C., *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, ob. cit., p. 299.

5. LA ACCIÓN INDIVIDUAL DE LOS TRABAJADORES AFECTADOS POR EL DESPIDO

Esta vía de impugnación se erige como eslabón último de la tramitación del proceso del despido colectivo³⁰.

Así, el artículo 124 LRJS, en su apartado último, viene a referirse a la impugnación del despido pero, en este caso, por los trabajadores que hayan resultado afectados por la medida empresarial, encontrando la citada acción su regulación en los artículos 120 a 123 LRJS, así como en el propio artículo 124 LRJS, el cual, viene a disponer, en relación con esta vía de impugnación, unas ciertas peculiaridades.

5.1. Competencia judicial y recursos

Resulta competente para conocer de la acción interpuesta, a través de demanda, por el trabajador afectado, el Juzgado de lo Social, de acuerdo con lo establecido en el artículo 6.1 LRJS³¹, y de acuerdo con el artículo 10.1 LRJS, relativo a la competencia territorial de los Juzgados de lo Social, por regla general, el actor podrá escoger entre el del lugar de prestación de los servicios o el del domicilio del demandado³².

³⁰ BALLESTER LAGUNA, F., *La impugnación del despido colectivo*, ob. cit., p. 179.

³¹ El citado precepto viene a establecer que «Los Juzgados de lo Social conocerán en única instancia de todos los procesos atribuidos al orden jurisdiccional social, con excepción de los asignados expresamente a la competencia de otros órganos de este orden jurisdiccional en los artículos 7, 8 y 9 de esta Ley y en la Ley Concursal».

³² No obstante, el apartado primero del artículo 10 LRJS viene a disponer una serie de especialidades, de acuerdo con la convergencia de una serie de circunstancias: «Si los servicios se prestaran en lugares de distintas circunscripciones territoriales, el trabajador podrá elegir entre aquél de ellos en que tenga su domicilio, el del contrato, si hallándose en él el demandado pudiera ser citado, o el del domicilio del demandado».

Esta coyuntura, unida a la existencia de varios órganos jurisdiccionales de primera instancia en idéntica circunscripción territorial y a la eventualidad de que la extinción colectiva afecte a trabajadores de varias circunscripciones, pueden abocar a la convergencia de diversos Juzgados competentes para conocer, en primea instancia, de las pretensiones ejercitadas por los trabajadores afectados.

Así, por la doctrina científica³³ ha venido a postularse que, ante tal concurrencia de tal circunstancia se acuda a las disposiciones establecidas en los artículos 25 a 31 LRJS y relativas a la acumulación de acciones, siempre y cuando tal aplicación resulte posible.

Y es que cuando haya una confluencia de demandas interpuestas por trabajadores de acciones y siempre que la acumulación sea posible, esta será la mejor solución que podrá adoptarse para evitar pronunciamientos totalmente heterogéneos y contradictorios, sobre todo cuando las pretensiones ejercitadas por los trabajadores se refieran a cuestiones relativas a la primera fase del despido colectivo o a aspectos relativos a la fase individual del despido colectivo respecto a una misma causa de pedir³⁴.

No obstante, siendo objetivos, debe señalarse que tal acumulación, en numerosas ocasiones, resultará, cuanto menos, problemática.

En el caso de que sean varios los demandados, y se optare por el fuero del domicilio, el actor podrá elegir el de cualquiera de los demandados.

En las demandas contra las Administraciones públicas empleadoras será juzgado competente el del lugar de prestación de los servicios o el del domicilio del demandante, a elección de este; salvo para los trabajadores que presten servicios en el extranjero, en que será juzgado competente el del domicilio de la Administración pública demandada».

³³ BALLESTER LAGUNA, F., *La impugnación del despido colectivo*, ob. cit., p. 180.

³⁴ *Ibidem.*, p. 181.

Y ello derivará, de una parte, de la cantidad de pretensiones ejercitadas por los trabajadores, cuya causa de pedir puede fundamentarse en diversas inobservancias empresariales y, de otra, del hecho de que puedan ser competentes diversos juzgados pertenecientes a circunscripciones distintas.

Finalmente y, en relación con la posibilidad de recurrir la resolución derivada de de tal proceso de impugnación individual, de acuerdo con el artículo 191.3 a) LRJS, podrá interponerse recurso de suplicación ante la Sala de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia y, cuando proceda³⁵, de acuerdo con los artículos 218 y siguientes LRJS, recurso de casación para la unificación de doctrina ante el Alto Tribunal frente a las sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia.

³⁵ Es decir, cuando se cumplan los requisitos que la norma procesal establece.

Así, el artículo 219 LRJS, en sus apartados primero y segundo, viene a establecer que «1. El recurso tendrá por objeto la unificación de doctrina con ocasión de sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, que fueran contradictorias entre sí, con la de otra u otras Salas de los referidos Tribunales Superiores o con sentencias del Tribunal Supremo, respecto de los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación donde, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos.

2. Podrá alegarse como doctrina de contradicción la establecida en las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional y los órganos jurisdiccionales instituidos en los Tratados y Acuerdos internacionales en materia de derechos humanos y libertades fundamentales ratificados por España, siempre que se cumplan los presupuestos del número anterior referidos a la pretensión de tutela de tales derechos y libertades. La sentencia que resuelva el recurso se limitará, en dicho punto de contradicción, a conceder o denegar la tutela del derecho o libertad invocados, en función de la aplicabilidad de dicha doctrina al supuesto planteado.

Con iguales requisitos y alcance sobre su aplicabilidad, podrá invocarse la doctrina establecida en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en interpretación del derecho comunitario».

5.2. Legitimación

Ostentará la legitimación activa para instar esta acción el trabajador individualmente afectado, recayendo la legitimación pasiva sobre el empresario.

Debe hacerse constar que, en determinados supuestos, también deberá demandarse a otros sujetos. Así, cuando uno de los motivos en los que el actor fundamente su demanda sea el relativo a la prioridad de permanencia en la empresa, ya sea establecida por acuerdo, convenio colectivo o por la propia ley, del tenor literal del artículo 124.13 a) 2ª LRJS, que establece que *«Cuando el objeto del debate verse sobre preferencias atribuidas a determinados trabajadores, éstos también deberán ser demandados»*, se desprende que deberá demandarse también a aquellos trabajadores sobre los que se esté prejuzgando su preferencia en la empresa respecto de la del propio actor, constituyéndose así un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario.

Finalmente y, en relación con la posible intervención de otros sujetos en el procedimiento, de acuerdo con el artículo 23 LRJS, el FOGASA podrá intervenir como responsable directo y/o subsidiario de las indemnizaciones no satisfechas a los trabajadores.

5.3. Plazo de interposición de la demanda y sus motivos de fundamentación

El trabajador afectado deberá acudir a los trámites relativos a los actos preprocesales o actos de evitación del proceso previstos en los artículos 63 y siguientes LRJS antes de interponer la demanda.

El artículo 124.13 LRJS viene a establecer que el trabajador individualmente afectado por la medida empresarial podrá proceder a su impugnación a través del procedimiento previsto a tal fin en los artículos 120 a 123 LRJS, con las especialidades que el citado artículo 124.13 LRJS establece para tal procedimiento.

La acción individual de impugnación de despido tiene un plazo de ejercicio de caducidad de veinte días hábiles³⁶, es decir, el plazo de caducidad general. Ahora bien, el inicio del cómputo de tal plazo, es decir, su *dies a quo* dependerá de si la extinción colectiva fue impugnada o no, previamente, a través de la acción colectiva que ostentan los interlocutores sociales. Así:

1. Si los representantes de los trabajadores procedieron a impugnar la medida empresarial, de acuerdo con el artículo 124.13 b) 1ª LRJS, *«El plazo de caducidad para la impugnación individual comenzará a computar desde la firmeza de la sentencia dictada en el proceso colectivo o, en su caso, desde la conciliación judicial»*.
2. Para el segundo de los supuestos, es decir, cuando los representantes de los trabajadores no hayan accionado contra la medida empresaria, de acuerdo con el artículo 124.13 a) 1ª LRJS, *«El plazo para la impugnación individual dará comienzo una vez transcurrido el plazo de caducidad de veinte días para el ejercicio de la acción por los representantes de los trabajadores»*.

De lo que acaba de exponerse queda patente que la acción individual queda supeditada a la acción colectiva ejercitada por la representación de los trabajadores.

³⁶ Me remito a lo anteriormente expuesto en lo que respecta al citado extremo.

Asimismo, no debe olvidarse que la presentación de la demanda relativa al procedimiento declarativo que puede instar el empresario, de acuerdo con el artículo 124.3 LRJS, suspende el plazo de caducidad de la acción individual, cuyo cómputo se reanudará, nuevamente, a partir del día siguiente a la notificación a los trabajadores que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 124.9 y 12 LRJS, hubiesen puesto en conocimiento del órgano judicial un domicilio a efectos de que se les notifique la sentencia derivada del procedimiento colectivo.

En cuanto a la reanudación del cómputo del plazo de caducidad en aquellos supuestos en los que los trabajadores afectados no hubiesen puesto en conocimiento del órgano judicial un domicilio a efectos de notificación, tal y como ha venido a postularse por algún autor³⁷, a mi entender de manera acertada, debe tomarse como referencia para tal reanudación, la última fecha en la que se hubiere notificado la sentencia firme al empresario o a los trabajadores individuales que sí hubieren comunicado al órgano judicial un domicilio a efectos de notificación.

Esta consecuencia relativa a la suspensión del plazo de caducidad, facultará a los trabajadores afectados instar su acción individual, en base al procedimiento derivado de la acción de jactancia.

Ahora bien, para el supuesto en que se hubiesen instado ambas acciones, es decir, la acción de jactancia y la acción individual de impugnación de la medida empresarial, coincidiendo en el tiempo el ejercicio de ambas acciones, se suspenderá la tramitación de la acción individual, reanudándose nuevamente, a resultas del procedimiento instando por el empresario, a instancias del trabajador, en el momento, se entiende, en

³⁷ BALLESTER LAGUNA, F., La impugnación del despido colectivo, *ob. cit.*, pp. 185 y 186.

que conozca la firmeza de la resolución que se haya dictando en el procedimiento instado por el empresario, de acuerdo con lo establecido en el artículo 124.3 LRJS y su remisión a lo dispuesto en el artículo 160.5 de la misma norma³⁸.

Asimismo, el artículo 121.2 LRJS viene a establecer que «*La percepción por el trabajador de la indemnización ofrecida por el empresario o el uso del permiso para buscar nuevo puesto de trabajo no enervan el ejercicio de la acción ni suponen conformidad con la decisión empresarial*».

En relación con los motivos de impugnación en los que debe fundamentarse la demanda que inicie este procedimiento individual, en principio, la ley no viene a establecer una distribución entre las cuestiones relativas a la fase colectiva e individual para que sean enjuiciadas a través de uno u otro procedimiento de la misma naturaleza.

El artículo 124.2 LRJS únicamente prevé, de manera expresa que, en ningún caso, podrán ser objeto del proceso colectivo las pretensiones relativas a la inaplicación de las reglas de prioridad de permanencia previstas legal o convencionalmente o establecidas en el acuerdo adoptado en el periodo de consulta, debiéndose sustanciarse tales pretensiones a través del procedimiento individual previsto en el artículo 124.11 LRJS.

A estos efectos, debe distinguirse, nuevamente, según se haya ejercido o no la acción colectiva por parte de los sujetos legitimados a tal fin:

1. Así, cuando no se haya ejercido la acción colectiva de impugnación de la medida empresarial, no puede colegirse restricción alguna en

³⁸ *Ibidem*, p. 186.

relación con los motivos impugnatorios. Por tanto, además de poder alegarse las pretensiones de carácter personal o de naturaleza individual, podrán aducirse todas aquellas cuestiones relativas a la vertiente colectiva del despido: falta de causa o incumplimientos formales relativos al periodo de negociación, así como la convergencia de fraude de ley, dolo, coacción o abuso de derecho en la adopción de la medida empresarial.

2. Ahora bien, cuando con anterioridad al ejercicio de la acción individual se haya accionado frente a la medida empresarial a través del procedimiento colectivo, sí pueden plantearse algunas dudas relativas a los motivos en los que puede fundamentarse la acción individual³⁹.

Y ello porque debe recordarse lo dispuesto en el artículo 124.13 b) 2ªLRJS, que viene a establecer que la sentencia firme o el acuerdo de conciliación, tendrán eficacia de cosa juzgada sobre los procesos individuales, por lo que el objeto de los mentados procesos quedará limitado o circunscrito a aquellas cuestiones de carácter individual que no hayan sido objeto de la demanda formulada a través del proceso regulado en los apartados anteriores.

En este supuesto, surge la duda interpretativa de si podrán o no suscitarse cuestiones colectivas no planteadas en el proceso colectivo.

1. En cuanto a las causas en las que el trabajador individualmente afectado puede fundamentar su impugnación y para el supuesto en el que la representación de los trabajadores no haya ejercido la acción colectiva, este podrá alegar las pretensiones de carácter

³⁹ SÁEZ LARA, C., *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, ob. cit., p. 301.

personal o de naturaleza individual pudiendo aducir, además, todas aquellas cuestiones relativas a la vertiente colectiva del despido: falta de causa o incumplimientos formales relativos al periodo de negociación, así como la convergencia de fraude de ley, dolo, coacción o abuso de derecho en la adopción de la medida empresarial, por lo que me remito a lo anteriormente expuesto en relación con la interpretación judicial sobre la concurrencia de tales incumplimientos y vicios pues ya han sido analizados, tanto en la fase colectiva como en relación con su apreciación judicial en el supuesto en que éstos sean alegados por parte de la representación de los trabajadores en el ejercicio de su acción colectiva.

2. Para el segundo de los supuestos, es decir, cuando con anterioridad al ejercicio de la acción individual se haya accionado frente a la medida empresarial a través del procedimiento colectivo, la duda que se plantea es si pueden alegarse incumplimientos o inobservancias relativas a la fase colectiva del procedimiento extintivo cuando, anteriormente, los interlocutores sociales ya hubiesen accionado frente la decisión empresarial.

Y es que el artículo 124.13 b) 2ª establece una limitación importante al determinar que *«La sentencia firme o el acuerdo de conciliación judicial tendrán eficacia de cosa juzgada sobre los procesos individuales, por lo que el objeto de dichos procesos quedará limitado a aquellas cuestiones de carácter individual que no hayan sido objeto de la demanda formulada a través el proceso regulado en los apartados anteriores»*.

De lo que acaba de exponerse se desprende que todos aquellos aspectos relativos a la fase colectiva del procedimiento extintivo que ya hayan sido planteados a través de la acción que ostenta la representación de los trabajadores no podrán volver a plantearse a través de la impugnación individual. Pero, ¿Podrán plantearse por parte del trabajador individualmente afectadas cuestiones relativas a la fase colectiva que no hayan sido planteadas por los representantes de los trabajadores en su impugnación colectiva?

Así, el Alto Tribunal, mediante ATS 23-07-2013 (Rº 8/2013) vino a disponer que *«la finalidad principal de la ley es evitar sentencias contradictorias en cuanto a las causas del despido colectivo. Para ello, el legislador distingue y separa fundamentalmente dos tipos de impugnación: la impugnación colectiva por los representantes de los trabajadores (art. 124) y la impugnación individual de los trabajadores afectados (arts. 124.13 y arts. 120 a 123, a los que se remite). Ambas impugnaciones son compatibles, pero no se mezclan porque difiere la clase de acción que se ejercita (...) la remisión que en el art. 124.11 se hace a los números 2 y 3 del art. 123 de la misma ley no puede entenderse como un efecto de ejecución directa de la simple declaración de nulidad en ese mismo proceso, sino como el corolario de las reglas de coordinación, es decir, la remisión se hace a las condenas a readmitir que luego deban producirse en las impugnaciones individuales, como consecuencia de la vinculación que ejerce dicha declaración de nulidad como cosa juzgada en sentido positivo, y es en estos procesos individuales, que contienen parámetros diferentes no*

tenidos en cuenta en el proceso colectivo, en donde puede satisfacerse cumplidamente el derecho de los afectados».

Igualmente, la doctrina judicial⁴⁰ en un supuesto en el que se pretendía cuestionar uno de los requisitos del procedimiento de despido colectivo, que había sido aceptado por la representación de los trabajadores mediante la conciliación judicial, una vez instada su acción colectiva, vino a establecer que *«Ahora bien, esta eficacia de cosa juzgada en la relación con el proceso individual de despido solo se proyecta sobre aquello que puede proyectarse: sobre el objeto de la demanda colectiva que delimita el objeto procesal de la controversia judicial conforme a la competencia y materias legalmente atribuidas, se resuelva el objeto por la sentencia o por el acuerdo de conciliación.*

Si la sentencia o el acuerdo de conciliación (ambos con igual valor a estos efectos) declaran desde su respectiva y distinta naturaleza que el despido es ajustado a derecho por concurrir la causa legal esgrimida, esta declaración se proyecta sobre la demanda del despido individual cuya resolución en cuanto a la concurrencia de la causa legal no puede ser distinta llegando a la conclusión de que no existe o de que no está probada.

Lo anterior no significa que todos y cada uno de los despidos individuales tengan que ser declarados procedentes puesto que en alguno de ellos puede concurrir, por ejemplo, una causa específica de nulidad que no pudo ser planteada en la impugnación del despido colectivo. Ni que a cada uno de los despidos procedentes se

⁴⁰ SSTSJ Madrid 28-12-2015 (Rº 119/2015); 16-12-2015 (Rº 543/214) y 30-12-2013 (Rº 1935/2013).

deban anudar las consecuencias de lo que allí se pactó. Se reitera que la eficacia de cosa juzgada solo se proyecta sobre lo que puede proyectarse⁴¹(...). Sí podía el proceso colectivo versar, en cualquier caso, sobre la concurrencia de las causas legales y por ello, logrado el acuerdo en relación con ese extremo o declarado así en la sentencia, el proceso individual y su resolución están vinculados por esta declaración, es decir, por la concurrencia de las causas legales para la extinción por ser declaración cierta y vinculante pero que no impide que, al materializarse en la específica condena el despido individual objeto de concreto debate pueda ser declarado nulo, pese a que exista causa legal de extinción, o que siendo procedente sus consecuencias puedan ser diferentes en concretos trabajadores.

Debe tenerse en cuenta que al igual que la ley no prevé que el proceso y la sentencia individual sean una simple ejecución directa de lo declarado en la sentencia colectiva tampoco (y mucho menos añadimos) es posible entender que la sentencia individual deba ser una simple ejecución directa del acuerdo judicial: al juez del despido individual y por ende a esta Sala nos vincula lo que nos vincula, porque la eficacia de la "cosa juzgada" del acuerdo se proyecta sobre lo que se proyecta: el efecto declarativo de la existencia de la causa legal. La declaración de procedencia y la

⁴¹ Por otro lado, al igual que esta sección de Sala ha sostenido en sentencia de 9 de octubre de 2013 (rec. 1803/13) que en fase individual no es posible revisar la tramitación del ERE y que cuando la negociación termina con acuerdo no es posible entender que este sea nulo por una causa formal, expresión de una garantía jurídica, que los cubiertos por la misma han convalidado con la manifestación concluyente que evidencia el acuerdo, sostenemos ahora que no es posible cuestionar la causa legal esgrimida cuando la misma se ha convalidado por un acuerdo logrado sobre este extremo por aquellos que tenían legitimación al efecto.

condena consiguiente a los efectos a ella anudados se produce o materializa en el proceso individual, único en el que pueden satisfacerse cumplidamente los derechos del afectado y en el que podrán aplicarse el resto de las condiciones del "otro acuerdo" allí logrado, o no, dependiendo de las concretas circunstancias.

En mi opinión, difieren, en cierto modo, la postura sostenida por el Alto Tribunal de la tesis sostenida por la doctrina judicial citada.

Considero que, el Alto Tribunal, parece mucho más permisivo en el sentido de posibilitar que, en la acción individual puedan plantearse cuestiones de la fase colectiva no abordadas en el proceso instado por los representantes de los trabajadores⁴².

A mí entender, y tal como ha venido a postularse por la doctrina científica⁴³, considero que en los supuestos en los que sí se haya accionado por parte de la representación de los trabajadores, los

⁴² En este sentido MARAGALL AGUSTÍ, J., "La exigencia informativa en la comunicación individual de extinción por despido colectivo ex artículo 51.4 ET. Una reflexión respecto de las recientes –y contradictorias– sentencias del TSJ Madrid 9.1.2014 y del TSJ Castilla-León 16.1.2014 relativas al despido colectivo de Bankia", *ob. cit.*, p. 11 y ss., viene a sostener que «abunda en tal sentido y en la necesidad de una interpretación correctora de este precepto procesal, la reciente STS 26.12.2013, que declara la inadecuación de la vía procesal de la "auto-demanda" empresarial ex artículo 124.3 LRJS cuando no exista sujeto colectivo que se oponga al despido colectivo».

Por ello, y dentro de esta misma lógica, tal y como viene a sostener el autor «*difícilmente podrá admitirse que la omisión de determinadas cuestiones en la demanda colectiva –de los representantes colectivos o del propio empresario– impida que puedan ser planteadas en las demandas individuales*»

⁴³ BALLESTER LAGUNA F., *La impugnación del despido colectivo*, *ob. cit.*, pp. 188 y ss., y MARAGALL AGUSTÍ, J., "La exigencia informativa en la comunicación individual de extinción por despido colectivo ex artículo 51.4 ET. Una reflexión respecto de las recientes –y contradictorias– sentencias del TSJ Madrid 9.1.2014 y del TSJ Castilla-León 16.1.2014 relativas al despido colectivo de Bankia", *ob. cit.*, pp. 11 y ss. Más dubitativa se muestra, en relación con tal posibilidad, SÁEZ LARA, C., *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, *ob. cit.*, p. 301.

efectos de cosa juzgada únicamente recaerán sobre aquellas cuestiones planteadas en la impugnación colectiva, pero en ningún caso en cuestiones referentes a la afectación individual, ni tampoco aquellas cuestiones colectivas que no hayan sido planteadas ni resueltas en el procedimiento colectivo.

Así, aunque el artículo 124.13 b) 2ª LRJS establezca que los efectos de cosa juzgada de la sentencia firme o el acuerdo de conciliación judicial alcanzado en el proceso colectivo sobre los procesos individuales, una exégesis estrictamente literal de tal disposición podría parecer claramente inconstitucional al no permitir que en el procedimiento individual pudiesen plantearse cuestiones colectivas no expuestas en el procedimiento individual y, consiguientemente, no sentenciadas en el procedimiento colectivo, por cuanto, como tal interpretación se estaría limitando, de manera injustificada, el derecho del trabajador afectado a la tutela judicial efectiva.

Por tanto, el que en el proceso colectivo no se hayan cuestionado aspectos relativos a cuestiones colectivas, tales como la inobservancia de algún/os requisitos formales del procedimiento de consultas, o el carácter discriminatorio de los criterios de selección, no puede impedir, como sí ocurriría si se procediese a una hermeneusis literal, que tales controversias no planteadas ni resueltas en la conciliación judicial o en la sentencia dimanante del procedimiento de impugnación colectiva, puedan limitar su

alegación en la acción individual que ostentan los trabajadores afectados⁴⁴.

En síntesis, debe sostenerse que el trabajador individual podrá impugnar la extinción colectiva por cualquiera de las causas previstas en el artículo 124.13 a) 3ª LRJS independientemente de que haya ejercitado o no la impugnación colectiva con carácter previo⁴⁵ incluso, accionándose frente a la medida empresarial, no se hubiese cuestionado en tal procedimiento alguno de los extremos en ella previstos.

Ahora bien, a excepción de tales supuestos, la acción individualmente ejercida por el trabajador afectado únicamente servirá para complementar lo que ya ha sido dilucidado en el proceso colectivo (o en la conciliación judicial) en virtud de la eficacia de cosa juzgada que se desprende de tal resolución y/o del acuerdo de conciliación en sede judicial.

Asimismo, debe hacerse constar que la resolución que se dicte en el procedimiento individual instado por el trabajador afectado, con las posibles calificaciones y los motivos que conducirán a las mismas, de acuerdo con el artículo 124.13 a) 3ª LRJS no tendrá eficacia general, sino limitada al supuesto concreto, es decir, a la pretensión ejercitada por el concreto trabajador accionante no extendiendo sus efectos a otros supuestos en los que los trabajadores no hubiesen ejercitado su acción individual.

⁴⁴ Así, tal y como ha venido a sostenerse por BALLESTER LAGUNA, F., *La impugnación del despido colectivo*, ob. cit., p. 189, en la impugnación individual el trabajador no podrá cuestionar el despido colectivo en su conjunto sino solo aquellos aspectos colectivos en relación con la extinción de su contrato de trabajo, de conformidad con la naturaleza individual de su acción, «de ahí seguramente la expresión –ciertamente equívoca– “cuestiones de carácter individual empleada por la norma».

⁴⁵ STSJ Asturias 16-11-2012 (Rº 2315/2012) y 30-10-2012 (Rº 2315/2012).

5.4. Juicio y sentencia

La demanda deberá contener los extremos previstos en el artículo 80 LRJS y, de ser admitida la demanda, una vez verificada la concurrencia de los requisitos exigidos, en la misma resolución de admisión a trámite el secretario judicial señalará el día y la hora en que hayan de tener lugar sucesivamente los actos de conciliación y juicio, debiendo mediar un mínimo de diez días entre la citación y la efectiva celebración de dichos actos, tal y como se dispone en el artículo 82 LRJS.

Asimismo, el artículo 82.2 LRJS viene a establecer que *«la celebración de los actos de conciliación y juicio, el primero ante el secretario judicial y el segundo ante el juez o Magistrado, tendrá lugar en única convocatoria pero en sucesivos actos, debiendo hacerse a este efecto la citación en forma, con entrega a los demandados, a los interesados y, en su caso, al Ministerio Fiscal, de copia de la demanda y demás documentos; así como requiriendo de la Administración pública la remisión del expediente administrativo, cuando proceda, dentro de los diez días siguientes a la notificación»*.

Con relación a este extremo, tal y como ha venido a postularse por algún autor⁴⁶, a mi entender de manera acertada, el requerimiento a la Administración Laboral, en concreto, a la ITSS para que aporte su informe en los supuestos en los que el trabajador impugne la decisión extintiva en atención a algún incumplimiento empresarial del procedimiento de despido colectivo (inobservancia del periodo de consultas, etc), siempre que tales motivos no hayan sido esgrimidos por la representación de los trabajadores en la acción colectiva que ostentan,

⁴⁶ BALLESTER LAGUNA, F., *La impugnación del despido colectivo*, ob. cit., p. 207.

puesto que, en tal supuesto, la resolución dimanante de tal procedimiento colectivo tendrá la eficacia de cosa juzgada sobre los procesos individuales, de acuerdo con lo establecido en el artículo 124.13 b) 2ª LRJS, por lo que carecería de relevancia que el juzgador de instancia requiriese a la Administración Pública la aportación de expediente alguno.

Particularmente trascendentales resultan las previsiones contempladas en los artículos 104 y 107 LRJS. Tal y como se ha señalado anteriormente, el artículo 124.13 LRJS establece que *«El trabajador individualmente afectado por el despido podrá impugnar el mismo a través del procedimiento previsto en los artículos 120 a 123 de esta ley»*.

Asimismo, el artículo 120 LRJS viene a disponer que *«Los procesos derivados de la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas, se ajustarán a las normas contenidas en el Capítulo relativo a los procesos por despidos y sanciones sin perjuicio de las especialidades que se enuncian en los artículos siguientes»*.

En el citado capítulo es donde encuentran ubicación los artículos 104 y 107 LRJS que, en virtud de las prescripciones expuestas, resultan plenamente aplicables a la extinción por causas objetivas.

Así, el artículo 104 LRJS establece una serie de precisiones que debe contener la demanda por despido. Así, además de los extremos anteriormente expuestos y contemplados en el artículo 80 LRJS, tal demanda deberá contener las siguientes precisiones:

- a) Antigüedad, concretando los períodos en que hayan sido prestados los servicios; categoría profesional; salario, tiempo y forma de pago; lugar de trabajo; modalidad y duración del contrato; jornada; categoría

- profesional; características particulares, si las hubiere, del trabajo que se realizaba antes de producirse el despido;
- b) Fecha de efectividad del despido, forma en que se produjo y hechos alegados por el empresario, acompañando la comunicación recibida, en su caso, o haciendo mención suficiente de su contenido;
 - c) Si el trabajador ostenta, o ha ostentado en el año anterior al despido, la cualidad de representante legal o sindical de los trabajadores, así como cualquier otra circunstancia relevante para la declaración de nulidad o improcedencia o para la titularidad de la opción derivada, en su caso, y
 - d) Si el trabajador se encuentra afiliado a algún sindicato, en el supuesto de que alegue la improcedencia del despido por haberse realizado este sin la previa audiencia de los delegados sindicales, si los hubiera.

Por lo que respecta al artículo 107 LRJS, este viene a disponer que, en los hechos que se estimen probados en la sentencia, hacerse constar las circunstancias siguientes:

- a) Antigüedad, concretando los períodos en que hayan sido prestados los servicios; categoría profesional; salario, tiempo y forma de pago; lugar de trabajo; modalidad y duración del contrato; jornada; características particulares, si las hubiere, del trabajo que se realizaba antes de producirse el despido;
- b) Fecha y forma del despido, causas invocadas para el mismo, en su caso, y hechos acreditados en relación con dichas causas;
- c) Si el trabajador ostenta o ha ostentado en el año anterior al despido, la condición de delegado de personal, miembro del comité de empresa o delegado sindical, así como cualquier otra circunstancia relevante

para la declaración de nulidad o improcedencia o para la titularidad de la opción derivada, en su caso.

Asimismo, el lector se preguntará el porqué de la importancia y trascendencia de los preceptos que acaban de referenciarse.

Son estos preceptos los que permiten que la resolución que se dicte en virtud de la acción interpuesta por el trabajador concrete todos los datos relevantes que permitan que el trabajador pueda ejecutar la mentada resolución, a diferencia de lo que ocurre con lo dispuesto en el artículo 247 LRJS relativa a la ejecución de las resoluciones derivadas de conflicto colectivo, precepto en el que el legislador ha omitido realizar las precisiones que sí ha observado respecto a los despidos disciplinarios y, consecuentemente, por su remisión, a los despidos objetivos, aportando o dotando, de este modo, a través de los procesos individuales, la eficacia de cosa juzgada a la resolución dimanante del procedimiento derivado de la acción colectiva.

Ratificada, en su caso, la demanda, tanto en la fase de alegaciones como en la práctica de la prueba, y en la fase de conclusiones corresponderá al demandado exponer sus posiciones en primer lugar.

Finalmente, el órgano judicial dictará sentencia en el plazo de cinco días, calificando, en el fallo de la sentencia, el despido como procedente, improcedente o nulo.

1. Así, la sentencia declarará nula la medida empresarial en los supuestos previstos en el artículo 53.4 ET y del artículo 122 LRJS:
 - a) Cuando resulte discriminatoria o contraria a los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador⁴⁷.

⁴⁷ *Vid.*, al respecto, la STSJ Asturias 30-10-2012 (Rº 2315/2012). Asimismo, me remito a lo anteriormente expuesto respecto a tal causa de nulidad respecto de los trabajadores afectados,

- b) Cuando se haya efectuado en fraude de ley eludiendo las normas establecidas por los despidos colectivos, en los casos a que se refiere el último párrafo del apartado 1 del artículo 51 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores⁴⁸.
- c) La de los trabajadores durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, adopción o acogimiento o paternidad al que se refiere la letra d) del apartado 1 del artículo 45 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dicho período.
- d) La de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere la letra c), y la de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4, 4 bis y 5 del artículo 37 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el apartado 3 del artículo 46 de la misma Ley; y la de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de

si bien es cierto que, en tal supuesto, podía apreciarse como causa de nulidad determinadas extinciones empresariales que, si bien no pudiesen apreciarse a nivel colectivo y fundamentar tal alegación, si podrían concurrir a nivel individual, tales como el derecho a la no discriminación por razón de género (artículo 14 CE).

⁴⁸ En relación con este supuesto me remito a lo expuesto en relación con los elementos definitorios del concepto de despido colectivo, apartado en el que, detalladamente, se analiza tal supuesto conocido como “despido a cuentagotas”.

cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral, en los términos y condiciones reconocidos en el Estatuto de los Trabajadores.

- e) La de los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los períodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo.

Si bien es cierto que tales preceptos determinan la nulidad del despido objetivo de la trabajadora embarazada y en general de los trabajadores contemplados en los supuestos c), d) y e), no obstante, debe hacerse constar, que tales causas de nulidad y su consecuente tutela en su puesto de trabajo que se expresan para los trabajadores en cuestión no son objeto de expresa previsión por la regulación de las extinciones colectivas⁴⁹.

En la praxis existen peticiones vinculadas a pretensiones de nulidad por entender conculcados estos derechos pero que no han sido examinados con precisión suficiente. Y es que, por un lado, no existe prioridad legal de permanencia en la empresa, ni tampoco consideración alguna de tal colectivo respecto a la nulidad objetiva de la extinción para poder determinar tal prioridad o preferencia a través de convenio colectivo. Asimismo, por lo que se refiere a la suspensión de los contarios, la regla es que estos trabajadores puedan incorporarse al procedimiento de despido colectivo puesto que no

⁴⁹ SÁEZ LARA, C., *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, ob. cit., p. 303.

parece que conculque norma alguna su inserción en la lista de trabajadores afectados⁵⁰.

No obstante, si atendemos al tenor literal de la norma, es decir, al artículo 124.13 LRJS que viene a determinar que el despido será nulo por las causas previstas en el artículo 122 LRJS, entre los que también se encuentra tal motivo de nulidad, debe entenderse que, ante tal falta de excepción, deberá también ser nulo el despido de los trabajadores a que se refieren las letras anteriormente expuestas que resulten incluidos en un procedimiento de despido colectivo⁵¹.

Asimismo, el despido también será declarado nulo por otras cuestiones relacionadas con la fase colectiva del procedimiento extintivo determinadas en el artículo 124.13 LRJS:

- a) Cuando el empresario no haya realizado el periodo de consultas o entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores⁵².

De este modo, se protegen aquellos supuestos en los que la representación de los trabajadores ha decidido no accionar frente a la medida empresarial y permitiendo así a los trabajadores afectados de solicitar la nulidad del despido acometido en base a incumplimientos formales acaecidos en la tramitación del procedimiento de extinción colectiva.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 304.

⁵¹ SÁEZ LARA, C., Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos, *ob. cit.*, p. 304. Asimismo, tal y como viene a sostener la autora, en algunos supuestos tales cuestiones se complican al basarse los criterios de selección adoptados en cuestiones de productivas que, aunque sean totalmente objetivos y racionales, pueden tener un efecto desfavorable sobre tales trabajadores.

⁵² Me remito a lo expuesto en diversos apartados del presente trabajo sobre los criterios judiciales en relación con tales supuestos.

- b) También será nula la extinción del contrato acordada por el empresario sin respetar las prioridades de permanencia que pudieran estar establecidas en las leyes, los convenios colectivos o en el acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas⁵³.

Esta nulidad no afectará a las extinciones que dentro del mismo despido colectivo hayan respetado las prioridades de permanencia.

- 2. El despido será declarado no ajustado a derecho en los siguientes supuestos⁵⁴:

- a) Falta de comunicación escrita al trabajador del despido objetivo expresando la causa extintiva o falta de entrega de la copia correspondiente a la representación de los trabajadores, artículos 53.4 ET y 122.3 LRJS
- b) Falta de puesta a disposición del trabajador de la indemnización legal, artículo 53.1 b) ET, siempre y cuando no concurra la excepción legalmente establecida que permita la falta de puesta a disposición.
- c) No acreditación de la causa legal indicada en la comunicación escrita, artículo 53.4 ET y 122.1 LRJS.

Cuando el despido se declare no ajustado a derecho, los efectos que derivarán de tal determinación serán los previstos para el despido disciplinario declarado improcedente, artículos 53.5 ET y artículo 123.2 LRJS, a saber, en el supuesto en el que el empresario opte por la indemnización, el trabajador recibirá el importe que le

⁵³ *Vid.*, al respecto, la STSJ Cataluña 26-11-2013 (R^o 3894/2013). Asimismo, puesto que en el presente trabajo he dedicado un apartado al estudio de las prioridades de permanencia en la empresa, así como a las consecuencias que derivan de la inobservancia de este requisito, me remito a lo expuesto con anterioridad.

⁵⁴ En cuanto a los criterios judiciales de su determinación, me remito a lo anteriormente expuesto en cuanto a la notificación individual del despido colectivo.

faltase percibir para completar los treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año hasta un máximo de veinticuatro mensualidades, tal y como establece el artículo 51.6 ET.

Puesto que el trabajador ya habrá recibido la indemnización correspondiente al despido objetivo, según los artículos 51.4 y 53.1 b) ET, la declaración de improcedencia de la extinción implicará el abono adicional de esos trece días de salario por año de servicio.

3. Finalmente, el despido será procedente cuando quede acreditada la concurrencia de la causa que se alegó para proceder a la reestructuración colectiva y se hubiesen observado todas las formalidades previstas por el artículo 53.1 ET, tal y como disponen los artículos 53.4 ET y 122.1 LRJS.

5.5. Los efectos de la calificación del despido colectivo en el despido individual

Tal y como se ha expuesto a lo largo del presente apartado, la resolución que recaiga en el procedimiento planteado por la representación de los trabajadores, así como por el empresario, tendrán la eficacia de cosa juzgada en los procesos individuales, tal y como se desprende de los artículos 124.13 b) 2ª y el artículo 124.3 LRJS, respectivamente.

1. Si la medida empresarial es declarada nula, tal decisión comportará la nulidad de todas las extinciones individualmente realizadas. En estos supuestos, al ser posible la ejecución directa de la sentencia a través del mecanismo previsto en el artículo 247 LRJS, la impugnación individual se erigirá como una vía potestativa o

secundaria, a la que el trabajador podrá acudir para poder cuestionar aquellas controversias que le afecten de manera individual o para el supuesto en que considere que los datos individuales contemplados en la resolución colectiva son inexactos, puesto que tal discusión o deliberación queda fuera del procedimiento de ejecución.

2. Si la medida empresarial adoptada hubiese sido declarada no ajustada a derecho, las extinciones individuales también deberán ser declarados improcedentes.

No obstante, la extinción individual también podrá considerarse nula si concurriesen determinadas circunstancias que determinarán la apreciación de tal vicio de nulidad, siempre y cuando el trabajador afectado impugnara la decisión empresarial y solicitase tal declaración.

Ahora bien, los efectos de cosa juzgada que produce la resolución del procedimiento colectivo sobre los procedimientos individuales suponen que el fallo de la sentencia que derive del procedimiento individual sea correlativa respecto a la calificación que de la extinción se haya determinado en la resolución dimanante del procedimiento colectivo⁵⁵, salvo que concurra una causa concreta de nulidad, tal y como se ha expuesto en las líneas que preceden a las presentes.

3. Finalmente, si se declarase la procedencia de la medida empresarial, las extinciones individuales podrán ser declaradas procedentes, salvo que, mediante la acción individual, se acredite la nulidad del despido (entre otros motivos, porque se haya incumplido la prioridad de

⁵⁵ Es decir, si la sentencia colectiva declara la improcedencia del despido al entender que las causas alagadas por el empresario no justifican la restructuración colectiva, las extinciones individuales también deberán ser calificadas como no ajustadas a derecho, con las consecuencias que ya han sido expuestas con anterioridad.

permanencia) o su improcedencia (porque no se hayan cumplido las formalidades previstas en el artículo 53.1 ET).

Por tanto, de acuerdo con la previsión expresa contenida en el artículo 124.13 b) 2ª LRJS, la sentencia firme o el acuerdo de conciliación judicial tendrán eficacia de cosa juzgada sobre los procesos individuales, por lo que tal eficacia se proyectará sobre la declaración de procedencia de la medida empresarial por concurrir la causa justificativa alegada por el empresario, a no ser que, tal y como se ha expuesto anteriormente, a través de los procedimientos individuales pueda acreditarse la procedencia o incluso la nulidad del despido, pero no pudiendo concluir la resolución dimanante del proceso individual que el despido colectivo carece de causa justificativa.

PARTE 2

LAS PARTICULARIDADES DE LOS DESPIDOS COLECTIVOS EN LOS GRUPO DE SOCIEDADES

CAPÍTULO I

GRUPO DE SOCIEDADES MERCANTIL VS GRUPO DE EMPRESAS LABORAL: CRITERIOS DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES PARA SU DETERMINACIÓN

1.- LOS GRUPOS DE SOCIEDADES DE CARÁCTER MERCANTIL

Las uniones empresariales están creadas y conformadas por empresarios, creadas con la finalidad empresarial de obtener un beneficio o resultado común mientras se preserva la independencia jurídica de la sociedad miembro¹¹⁴⁵.

A tal efecto, los empresarios que conforman dicha unión ven limitada su voluntad de decisión económica, viéndose supeditadas por las directrices provenientes de la dirección económica y unitaria del emporio.

Ante tal fenomenología, ha ido adquiriendo relevancia la institución de los grupos de sociedades, cuya unión está formada, tal y como su propio nombre indica, por sociedades¹¹⁴⁶.

Y es que el grupo de sociedades es, dentro del ámbito de los negocios, el ente con personalidad jurídica por excelencia, al poseer los rasgos más idóneos para el tráfico jurídico-mercantil: responsabilidad separada, patrimonio propio e independiente, titularidad de la propiedad, órgano de administración, y garantías de terceros siendo, por ello, la estructura jurídica predilecta por los operados jurídicos¹¹⁴⁷ para obtener una dimensión óptima de la empresa y poder así enfrentarse a los retos competitivos que depara el mercado.

El grupo de sociedades es una forma de concentración económica, potenciada en los países occidentales, como consecuencia del crecimiento

¹¹⁴⁵ RAMÍREZ OTERO, L., "El control y los grupos de sociedades", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, N° 5, 2001, p. 629.

¹¹⁴⁶ *Vid.*, al respecto, SÁNCHEZ CALERO, E., "De nuevo sobre la regulación de los grupos de sociedades", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n° 77, año XIX, enero-marzo 2000, p. 12.

¹¹⁴⁷ RAMÍREZ OTERO, L., "El control y los grupos de sociedades", *ob. cit.*, p. 629.

económico y de las actividades empresariales en los últimos años, viéndose su configuración posible debido a su plasmación en los ordenamientos jurídicos internos de cada uno de los estados miembros.

El grupo societario se ha formado, de hecho, por exigencias provenientes del ejercicio de determinadas actividades económicas y de estructuras patrimoniales y financieras, que reclamaban una limitación de responsabilidad frente a terceros, expansión transnacional, disparidad de actividades, etc.

En cuanto a su plasmación en el marco positivo¹¹⁴⁸, la regulación sistemática de los grupos de sociedades suele presentar, en general, junto a otros rasgos, dos caracteres que derivan de los obstáculos subyacentes a la concepción y regulación del grupo de sociedades.

Y ello porque, en primer lugar, debe hacerse constar que las actuales legislaciones, salvo excepciones¹¹⁴⁹, carecen de un concepto único y genérico que defina al grupo de sociedades, viniéndose a regular dicha institución jurídica con carácter fragmentario¹¹⁵⁰.

¹¹⁴⁸ Tal y como posteriormente podrá comprobarse, lo cierto es que, salvo excepciones, dentro del Derecho del Trabajo no existe una regulación unitaria de la figura del grupo de empresas. En la doctrina iuslaboralista el concepto de grupo de empresas se incorporó a partir de la obra del profesor Camps Ruiz en 1987 ("La problemática jurídico-laboral de los grupos de sociedades"), que sistematizó la jurisprudencia hasta entonces existente de la Sala Sexta del Tribunal Supremo y del Tribunal Central de Trabajo, sistematización que fue incorporada a la jurisprudencia posterior dando tal lugar tal postura a un criterio jurisprudencial sobre el grupo de empresas laboral basado en la acumulación de elementos indiciarios.

¹¹⁴⁹ Tal y como hace constar por RAMÍREZ OTERO, L., "El control y los grupos de sociedades", *ob. cit.*, p. 630., tales excepciones radican en la Ley de Sociedades por acciones alemana de 1965 (Aktiengesetz), y en la Ley de Sociedades por acciones brasileña de 1976.

¹¹⁵⁰ Al ser la sociedad mercantil el ente con personalidad jurídica por excelencia en el tráfico jurídico, tal y como anteriormente se ha expuesto, cada estado miembro ha venido a regularlo con unos parámetros similares pero también con características propias.

No existe hoy por hoy una regulación supranacional obligatoria a nivel jurídico-mercantil de las sociedades en este ámbito (tampoco en el entorno de la UE), siendo las características de responsabilidad y patrimonio separados, órgano de administración, garantías de terceros y

Tal y como viene a apuntar algún autor, tal situación vendría motivada por «*la dificultad de abstracción del significado estrictamente empresarial del Grupo y por la interdisciplinariedad de esta nueva forma de empresa*»¹¹⁵¹.

A este respecto, si bien la fenomenología de los grupos de sociedades viene a satisfacer los requerimientos actuales de los operadores económicos, en algunas ocasiones también resulta perjudicial respecto a determinados bienes jurídicos protegidos por ciertos sectores del ordenamiento jurídico, tales como los derechos de los trabajadores, de los accionistas minoritarios, incluso de los consumidores.

Si bien tal regulación «específica», de acuerdo con los principios que fundamentan las distintas vertientes del ordenamiento jurídico, resulte indispensable para la protección de determinados intereses, deviene necesaria una regulación general, de carácter comunitaria y nacional, sobre los grupos de sociedades o, al menos, una comprensión previa de las singularidades y esencias que revisten a tal fenómeno jurídico¹¹⁵².

El examen de tal fenomenología, así como de los basamentos económicos sobre los que se erige, ayudaría a evitar la disparidad terminológica y conceptual sobre esta figura jurídica que, en numerosas ocasiones, nos conduce al confusiónismo y desconcierto, pues tal incertidumbre nos lleva a confundir dicho fenómeno con realidades intermedias de vinculación empresarial, viniendo a constituir tales realidades la

titularidad de la propiedad, entre otros, los rasgos esenciales definitorios de tal tipología jurídica.

¹¹⁵¹ RAMÍREZ OTERO, L., “El control y los grupos de sociedades”, *ob. cit.*, p. 630.

¹¹⁵² *Ídem*

segunda de las características de las legislaciones existentes en esta materia¹¹⁵³.

En la configuración positiva de los grupos de sociedades, no es de extrañar que tal institución jurídica se confunda, a menudo, con situaciones que, entre otros, derivan de un control societario, de un influjo dominante¹¹⁵⁴ o de una participación relevante en el capital social.

Es más, nuestro legislador en algunos supuestos utiliza, a modo de técnica de regulación, un sistema de presunciones, método a través del cual se atreve a confirmar la existencia de un grupo de sociedades sobre el fundamento de otras situaciones de vinculación empresarial.¹¹⁵⁵

¹¹⁵³ *Ídem*

¹¹⁵⁴ EMBID IRUJO, J. M.: "La problemática de los grupos", *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, Tomo 11, Mc Graw-Hill, Madrid, 1996, pág. 1229, viene a concluir que «para el legislador español por tanto, no existe diferencia apreciable entre situación de control y grupo, ya que circunstancias idénticas hacen presumir tales resultados no necesariamente coincidentes».

¹¹⁵⁵ Tal y como viene afirmar RAMÍREZ OTERO, L., "El control y los grupos de sociedades", *ob. cit.*, pp. 630-631, «En determinadas casos no estamos ante un desconocimiento de la diferencia entre control y Grupo, sino que el legislador simplemente se ha valido de presunciones, ante la imposibilidad de concretar realidades de naturaleza económica. Así p. e., la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados cuando en su arto 8 habla de vínculos estrechos les define como "... toda relación entre dos o más personas físicas o jurídicas si están unidas a través de una participación o un vínculo de control... y es vinculo de control el existente entre una sociedad dominante y una dominada en todos los casos contemplados en el artículo 42 números 1 y 2 del Código de Comercio" y cuando en el artículo 20 impone el deber de consolidación contable a los Grupos de Sociedades, señala que "... consolidarán sus estados contables con los de las demás entidades... que constituyan con ellas una unidad de decisión. A estos efectos se entiende que un Grupo de entidades constituye una unidad de decisión cuando alguna de ellas ejerza o pueda ejercer, directa o indirectamente el control de las demás... Se presumirá que existe en todo caso unidad de decisión cuando concurra alguno de los supuestos contemplados en el número 1 del artículo 42 del Código de Comercio".

La LOSSP al referirse al Grupo introduce un nuevo concepto entre este y el control: la unidad de decisión, pero ante la imposibilidad de definirlo, establece una presunción de su existencia en los casos de control»

Continúa la autora fundamentando tal posición acudiendo, para ello, a la cita de diversos autores, tales como EMBID IRUJO, J. M.: "La problemática de los grupos", pág. 1239 y 1240, que viene a señalar que puesto que la dirección unitaria no es un concepto fácil de precisar, cabe presumir la existencia de Grupo en presencia de un mero supuesto de control, o también

Este último criterio, es decir, el sistema de presunciones, no debe descartarse siempre que se tenga en cuenta que el supuesto fáctico de tal presunción será solo un indicio de una situación de mayor vinculación, (lo que vendrá a suponer que la actividad empresarial va más allá de la organización societaria) y mientras no se produzca, por imperativa legal, «una elaboración de listados que impliquen una duplicidad de términos»¹¹⁵⁶.

Consiguientemente, toda actividad que pretenda la diferenciación del grupo de sociedades de otras instituciones jurídicas favorecerá en una regulación de dicho ente y de las demás relaciones intrasocietarias, en función de su importancia, pues en todas ellas no se produce la misma intensidad en la centralización económica ni en los intereses en juego.

Y es que no debemos olvidar que los grupos de sociedades se presentan como una nueva técnica de organización empresarial, alternativa a los tradicionales y prototípicos estándares de empresa individual y societaria al tener, entre sus causas de creación, la necesidad de estructurar y organizar las sociedades de grandes dimensiones, cuya viabilidad viene a superar el «tradicional binomio empresa-persona jurídica»¹¹⁵⁷ y que viene a surgir como una nueva estrategia de crecimiento externo de las sociedades a través de la adquisición y luego del control de nuevos operadores jurídicos.

a DUQUE DOMINGUEZ, J.: "El derecho de las empresas vinculadas", pág. 480, el cual viene a mantener que «son conocidas las dificultades que en la práctica se encuentran para determinar el supuesto de hecho de regulación de los grupos por lo cual se utilizan como instrumentos técnicos en esta tarea, las presunciones y el deber de notificación.

Respecto de las primeras expresa el autor que las mismas se van encadenando sucesivamente desde la participación hasta la unidad de decisión pasando por el dominio».

¹¹⁵⁶ RAMÍREZ OTERO, L., "El control y los grupos de sociedades", *ob. cit.*, p. 631.

¹¹⁵⁷ *Ídem*

Una vez tratada la naturaleza y fundamento de los grupos de sociedades, es necesario abordar otra cuestión que también ha sido objeto de discusión, y es que mucho se ha insistido en la tesis expuesta *ab initio* del presente epígrafe conforme a la cual en nuestro Derecho no hay más concepto de grupo de sociedades que el dispuesto en la legislación mercantil¹¹⁵⁸, afirmación también mantenida por el propio Tribunal Supremo¹¹⁵⁹.

La definición legal de tal concepto aparece regulada en el artículo 42 CCo¹¹⁶⁰. Los elementos esenciales que vienen a conformar dicho concepto legal son los que a continuación se enumeran:

- a) Existe un grupo de sociedades cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras sociedades.
- b) Se presumirá que existe control de la sociedad dominante sobre otra, dominada o dependiente, cuando se produzcan las situaciones previstas en los apartados a) a d) del párrafo primero del artículo 42 del Código de Comercio:
 1. Mayoría de los derechos de voto,
 2. Tener la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración,

¹¹⁵⁸ Un examen exhaustivo sobre el concepto de grupo de sociedades y su fenomenología puede encontrarse en ESTEVE SEGARRA, M. A., *Grupo de sociedades y contrato de trabajo*, *ob. cit.*, p. 30-33. Asimismo, *vid.*, al respecto, DESDENTADO BONETE, A. y DESDENTADO DAROCA, E., *Grupos de empresas y despidos económicos*, Lex Nova-Thomson Reuters, Valladolid, 2014, p. 63 y 64.

¹¹⁵⁹ SSTS 19-12-2013 (R° 37/2013); 28-01-2014 (R° 16/2013); 21-05-2014 (R° 182/2013).

¹¹⁶⁰ Según la redacción realizada por el apartado dos del artículo primero de la Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internación con base en la normativa de la Unión Europea.

3. Poder disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto,
4. Haber designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración cuando desempeñen su cargo en el momento en que deban presentarse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores; esta última circunstancia ha de presumirse cuando la mayoría de los miembros de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta.

El grupo de sociedades, por tanto, estará conformado por un conjunto de sociedades que verán preservada su personalidad jurídica y que desarrollarán su actividad empresarial en el mercado económico, estando todas ellas coordinadas por una dirección económica unitaria.

Por tanto, a efectos formales, el grupo queda así constituido dentro del ámbito de las categorías jurídicas, pudiendo ser identificado bajo los criterios definitorios anteriormente expuestos, esto es¹¹⁶¹,

- a) Por un lado, la permanencia del esqueleto organizativo empresarial, formalmente previsto de independencia jurídica y de autonomía propia, lo que les otorga a las sociedades que conforman el grupo la preservación e independencia de su personalidad jurídica pero, inexorablemente, sometidas a una dirección o dominio externo ejercitado por la sociedad dominante
- b) Por otro lado, con relación a la vertiente económica, debe hacerse constar que, sin embargo, organizan y ejecutan sus estrategias

¹¹⁶¹ *Vid.*, al respecto, RAMOS QUINTANTA, M.I., *La responsabilidad laboral de los grupos de empresas*, Albacete, Editorial Bomarzo, 2015, p. 28 y ss.

empresariales bajo una dirección unitaria que condiciona la voluntad decisoria de cada empresa o que las convierte en receptoras de las decisiones adoptadas, de manera externa, por los órganos de control de la sociedad dominante.

No estamos en presencia de sociedades que funcionan sobre el basamento de una relación de alianzas estratégicas y comerciales entre ellas mientras conservan cada una su autonomía, pues el grupo de sociedades se caracteriza porque interviene en el mercado sometido a una unidad de dirección desde la cual ejercitar el poder de dirección y organización de la actividad societaria considerada en su conjunto¹¹⁶².

1.1. Las insuficiencias del marco normativo: la necesaria remisión a la jurisprudencia

Escasas son las referencias legales a las diversas manifestaciones de la concentración de capitales y fuerzas empresariales, pues el único referente que sirve para inspirar la concepción de grupo se encuentra regulado por la legislación mercantil, en concreto en el artículo 42.1 CCo.

Asimismo, lo que todavía resulta más palmario es la falta de regulación sistemática, tanto en el ámbito del Derecho Mercantil¹¹⁶³, como en el del Derecho Laboral.

¹¹⁶² Tal y como viene a exponer BAZ RODRIGUEZ, J., *Las relaciones de trabajo en la empresa del grupo*, Comares, Granada, 2002, p. 20 y ss., en lo que respecta al grupo de sociedades, viene a exponer que tal entidad viene a encarnar “*un proyecto empresarial con entidad propia en su globalidad, dotado de un valor autónomo que supera el de la suma de sus componentes. Un valor propio que viene condicionado a la existencia de instancias de poder, gestión y gobierno capaces de darle sentido y orientación común*”

¹¹⁶³ La Exposición de Motivos del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital indica claramente la “*creación*

Como consecuencia de tan escaso tratamiento¹¹⁶⁴, la principal cuestión que se plantea es la articulación de lo que en la terminología mercantilista se conoce por «grupo de sociedades» y que en el campo laboral es generalmente denominado «grupo de empresas»¹¹⁶⁵ pues, la carencia de regulación normativa y las implicaciones y caracteres de los grupos de empresa en el ámbito laboral, ha conducido a la jurisprudencia a cimentar un concepto social de grupo.

La construcción jurisprudencial del grupo de empresas ha intentado subsanar, a través de la vía de interpretación, las lagunas legales patentes en nuestro ordenamiento jurídico laboral¹¹⁶⁶; facilitando mayor seguridad a los trabajadores que prestan servicios en grupos de sociedades.

Dicha construcción jurisprudencial engloba desde el sistema indiciario utilizado por la jurisprudencia social (los llamados «requisitos adicionales») determinante de la responsabilidad solidaria de las empresas que integran el grupo hasta la legitimación del grupo

de un Derecho sustantivo de los grupos de sociedades, confinados hasta ahora en el régimen de las cuentas consolidadas y en esas normas episódicas dispersas por el articulado”.

¹¹⁶⁴ ESTEVE SEGARRA A., *Grupo de sociedades y contrato de trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 33 y 34 señala que las consecuencias que derivan de la apatía del legislador, calificando su intervención de «limitada, selectiva y tuitiva». Asimismo, viene a plantearse que ocurre fuera de los supuestos regulados expresamente, estableciendo que «La conclusión que se extrae es que el legislador no resuelve adecuadamente el problema metodológico del tratamiento jurídico de los grupos porque su intervención es parcial. Justamente, este carácter incompleto de la regulación será la causa del surgimiento de una aspiración o tentación deconstruir una noción global de grupo. Dicha pretensión, se apoya en el examen del conjunto de normas que se ocupan de los grupos de empresa, y en la aprehensión de criterios constantes en la definición de grupo».

¹¹⁶⁵ La distinción a través de tal terminología fue llevada a cabo por el Alto Tribunal en STS 27-05-2013 (R° 78/2012).

¹¹⁶⁶ GARCÍA-PEROTE ESCARTÍN establece en “Grupo de empresas y Derecho del Trabajo: el abandono del criterio de la dirección unitaria como elemento adicional determinante de la responsabilidad solidaria”, *Actualidad Laboral*, 2014, N° 7, que la ausencia de ese “Derecho sustantivo de los grupos de sociedades” es, quizás, lo que puede explicar ciertas insuficiencias, entre nosotros, en la propia autorregulación u organización interna de los grupos de sociedades

patológico para iniciar un procedimiento de despido colectivo o incluso la inaplicación de convenios.

La razón de ser de dicha doctrina estriba en la imperiosa necesidad de paliar la falta de derecho sustantivo y de proporcionar una mayor seguridad jurídica a los sujetos que demandan protección, y ello se ha hecho primando la realidad fáctica sobre la jurídica y revelando al empresario real que se oculta tras las distintas personalidades jurídicas que constituyen el grupo¹¹⁶⁷; pero, tal y como en su momento podrá comprobarse, dicha construcción en ocasiones resulta excesivamente protectora y totalmente incoherente con las actuales implicaciones empresariales¹¹⁶⁸, pues el marco empresarial donde, tradicionalmente, viene prestando sus servicios el trabajador, va evolucionando¹¹⁶⁹.

Pero el tratamiento jurisprudencial no va a resultar sencillo, pues el intérprete se encontrará con una ingente cantidad de obstáculos a la hora de adaptar una serie de previsiones normativas ideadas para aquellas empresas concebidas de manera aislada, es decir: aquellas empresas que únicamente cuentan con uno o varios centros de trabajo, a supuestos de empresas pertenecientes a un grupo de sociedades.

Igualmente, ante las patentes carencias legales, la jurisprudencia deberá recurrir a instituciones del derecho y a principios del derecho, tales como el fraude de ley o la doctrina del levantamiento del velo para

¹¹⁶⁷ MUÑOZ SÁNCHEZ, T., “La importancia de la doctrina judicial ante la pasividad del legislador: la construcción jurisprudencial del grupo de empresas a efectos laborales”, *FORELAB*, 2013, p. 3/23.

¹¹⁶⁸ Tal y como establece el ARIAS DOMINGUEZ, A..., en “Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Últimas reformas en materia de mantenimiento, protección y fomento del empleo. Análisis sucinto del Real Decreto-Ley 2/2009, de 6 de marzo”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, Vol. XXVII, 2009, pp. 173-194, se ha depositado en la jurisprudencia la obligación de solucionar un problema que debe ser resuelto por el legislador.

¹¹⁶⁹ ESTEVE SEGARRA, A., *Grupo de sociedades y contrato de trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p 34.

garantizar valores o intereses jurídicos que no han sido protegidos por el legislador laboral¹¹⁷⁰.

A modo de conclusión, podríamos afirmar, de manera rotunda, que el legislador no resuelve la problemática que deriva de la aplicación del fenómeno jurídico de los grupos de sociedades pues su intervención en la regulación del mismo es totalmente limitada

Será la escasa regulación de dicha institución la que legitime la intervención de la jurisprudencia y doctrina judicial, que para paliar los efectos de tan limitada reglamentación, acudirán a técnicas como las del levantamiento del velo, abuso de la personalidad jurídica, fraude de ley, etc.

Pero la jurisprudencia y la doctrina judicial presentan las siguientes limitaciones¹¹⁷¹:

- a. Tanto la jurisprudencia como la doctrina judicial utilizan un sistema de indicios para delimitar los supuestos en los que debe prescindirse de la personalidad jurídica independiente de cada una de las empresas del grupo para imputar la responsabilidad al grupo como sujeto encargado de responder de las obligaciones contraídas por ella/s.

Los problemas que derivan de dicho sistema radican en si los indicios sirven para determinar la existencia de grupo como sujeto

¹¹⁷⁰ Tal y como establece ESTEVE SEGARRA en *Grupo de sociedades y contrato de trabajo*, Valencia, *ob. cit.*, p. 35, el fraude de ley y la teoría del levantamiento del velo son instituciones pensadas para supuestos fraudulentos y al conectar la aplicación de esas doctrinas ligadas al principio de buena fe con la visión negativa de los grupos de empresa llevará a que se conciban los grupos de empresa de una manera cautelosa. Además añade que todo ello va a plantear un conjunto de problemas sobre los que deberá esbozarse la instrumentalización de la persona jurídica en los grupos.

¹¹⁷¹ ESTEVE SEGARRA, A., “Grupos de empresa: efectos de las transformaciones empresariales sobre el Derecho del Trabajo”, *Quaderns de Ciències Socials*, N° 10, 2003.

jurídico relevante o determinan, por sí solo, la imputación de responsabilidades al grupo en su conjunto.

La casuística indica que no existen unas reglas unánimes al respecto, creando con ello, una clara inseguridad jurídica.

- b. La primera función que realizan los órganos judiciales es determinar si la construcción inicial de los grupos se ajusta a la legalidad o si por el contrario, nos encontramos ante grupos fraudulentos o patológicos.

Para ello, lo que hacen es intentar definir al grupo según concurran o no en él los denominados requisitos adicionales y, si convergen, a través de técnicas como las del levantamiento del velo o a través de la doctrina de la “unidad de empresa”, intentarán atribuir la responsabilidad solidaria al resto de empresas que configuran el grupo.

Estas técnicas son totalmente deficientes, pues están pensadas para desmantelar a grupos fraudulentos, sin entrar a resolver los aspectos más destacados del fenómeno grupal, pues estos no se producen en los grupos fraudulentos sino en los grupos de sociedades lícitos.

Tal y como vemos, la jurisprudencia realiza una “actividad de policía”, al ponerle las esposas al sujeto antes de saber si su actuación constituye algún ilícito. Esta alegoría simboliza pues el recelo y desconfianza con el que actúan los órganos judiciales al articular la construcción inicial del grupo pensando en grupos fraudulentos.

- c. Un último conflicto que deriva de la interpretación judicial del fenómeno de grupo es la de resumir los problemas derivados del fenómeno grupal a nivel de empresa: o las relaciones empresariales no se consideran relevantes y, por tanto, actuamos tal cual nos encontrásemos ante una empresa unitaria o, por el contrario, el grupo tiene carácter patológico y por lo tanto, debemos considerarlo como una empresa unitaria, renunciando al principio de autonomía jurídica de cada una de las empresas que conforma el grupo.

Como puede observarse, con independencia de una u otra opción, volvemos al modelo de empresa unitaria.

De la problemática comentada se desprende la necesidad de:

1. Concebir el fenómeno de grupo como una nueva forma de organización empresarial.
2. Crear un cuerpo legal, una regulación específica para los grupos de sociedades, evitando así las insuficiencias que derivan de la propia autorregulación y las deficiencias de organización en el seno de los grupos de sociedades.

1.2. La problemática del principio de personalidad jurídica en los grupos de sociedades

La falta de personalidad jurídica del grupo de sociedades, como tal, ha sido un rasgo ampliamente destacado, pues tal personalidad no le ha sido establecida por ley, lo que viene a significar que al grupo no se le pueda exigir responsabilidad jurídica alguna, debiendo redirigir tal

exigencia a una, diversas o todas las sociedades que vienen a constituir el emporio societario.

Partiendo de la premisa anterior, han de erigirse tres principios básicos que vienen a reforzar y consolidar la determinación de los límites de la responsabilidad grupal así como de las sociedades que lo componen¹¹⁷².

1. *El grupo societario carece de personalidad jurídica propia.*

Tanto la doctrina científica¹¹⁷³ como la jurisprudencia¹¹⁷⁴ han venido a mantener tal postura jurídica, fundamentada en la ausencia de reconocimiento legal al efecto.

Entendida la personalidad como «*la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones o de relaciones jurídicas*»¹¹⁷⁵, tal capacidad es susceptible de imputarse a las realidades sociales a las que la ley se la haya reconocido¹¹⁷⁶.

La consideración de que el grupo carece de personalidad jurídica propia es una realidad, tal y como ha venido a reconocer gran parte de la doctrina científica, al considerar que la ley no ha venido a concederle de manera expresa tal aptitud, ni este ha venido a erigirse como tal a

¹¹⁷² RAMOS QUINTANA, M.I., *La responsabilidad laboral de los grupos de empresas*, ob. cit., pp. 35 y ss.

¹¹⁷³ DE ARRIBA FERNANDEZ, M.L. *Derecho de grupos de sociedades*, 2ª ed., Civitas, p.404, viene a añadir incluso que “*no cabe hablar de responsabilidad de grupo porque el grupo carece de responsabilidad jurídica*”.

¹¹⁷⁴ *Vid.*, al respecto, la STS (C.A.) 22-10-2001 (Rº 1543/1996) sobre la impugnación de un expediente de regulación de empleo que afectaba a un grupo de empresas “*con unidad económica y de dirección*”.

¹¹⁷⁵ RAMOS QUINTANA, M.I., *La responsabilidad laboral de los grupos de empresas*, ob. cit., p. 35.

¹¹⁷⁶ El artículo 35 CC viene a establecer que son personas jurídicas, a nuestro interés, según el párrafo segundo del citado precepto, “*Las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados*”.

través de un acuerdo de constitución como persona jurídica¹¹⁷⁷ pues, en síntesis, «lo que se pretende evitar con el grupo es el establecimiento de una persona unitaria, pues el propósito que se persigue es mantener la independencia de los miembros como centros de imputación específicos»¹¹⁷⁸.

En virtud de tal postulado, se deducen las siguientes conclusiones¹¹⁷⁹:

- a) La negación de la existencia del grupo considerado como una «sociedad de sociedades» al ser las sociedades que lo conforman la única realidad jurídica existente.
- b) Existe grupo de sociedades cuando en una misma realidad estructural y organizativa empresarial se concentran diversas sociedades que actúan bajo unos parámetros de dirección común o unitaria.
- c) Toda pretensión de reconocimiento de personalidad jurídica al grupo de sociedades conllevaría la pérdida de la naturaleza o esencia que define al propio emporio societario, pues en su propia razón de ser reside su concepción como tal entidad a efectos jurídicos.

En síntesis, debemos concluir que nos encontramos ante un criterio cuyo fundamento estriba en la indubitable segregación de la realidad jurídica que conforman las diversas sociedades que integran el entramado societario y el propio grupo como tal.

¹¹⁷⁷ RAMOS QUINTANA, M.I., *La responsabilidad laboral de los grupos de empresas*, ob. cit., p. 35

¹¹⁷⁸ DESDENTADO BONETE, A. y DESDENTADO DAROCA E., *Grupos de empresas y despidos económicos*, Lex Nova-Thomson Reuters, Valladolid, 2014, p. 37.

¹¹⁷⁹ RAMOS QUINTANA, M.I., *La responsabilidad laboral de los grupos de empresas*, ob.cit., p.37.

A pesar de todo, la doctrina científica ha venido a reconocer que deviene necesario adoptar determinadas precauciones para el supuesto en el que se originase «abuso de la personalidad jurídica o hubiere existido fraude para eludir la aplicación de una norma, puesto que tales procedimientos antijurídicos han de reconducirse a la figura del abuso de derecho o fraude de ley»¹¹⁸⁰.

En resumen, podemos colegir que al grupo no se le puede bautizar como una sociedad o empresa, aunque esté conformado por dichas entidades empresariales, pues la intención o propósito de su creación es la actuación bajo una «pluralidad jurídica personal»¹¹⁸¹, cuyo funcionamiento se lleva a cabo bajo parámetros de unidad económica; viniendo a erigirse tal principio como fundamento esencial en la configuración jurídica de los entramados societarios, evitando así que tal ente desprovisto de personalidad jurídica pueda ser sujeto de obligaciones y derechos y objeto de imputación de responsabilidades jurídicas¹¹⁸².

2. El grupo de sociedades como tal no tiene la condición de empresario.

Tal y como acaba de exponerse, el ordenamiento jurídico no reconoce al grupo de sociedades como persona jurídica independiente¹¹⁸³.

¹¹⁸⁰ RAMOS QUINTANA, M.I., *La responsabilidad laboral de los grupos de empresas*, ob.cit., p.37.

¹¹⁸¹ *Ídem*

¹¹⁸² *Vid.*, al respecto, ESTEVE SEGARRA, M^a A., *Grupo de sociedades y contrato de trabajo*, ob. cit., p. 36., y BAZ RODRÍGUEZ, J., *Las relaciones de trabajo en la empresa de grupo*, ob.cit., p. 209 y ss.

¹¹⁸³ El ordenamiento jurídico viene a reconocer la unidad económica del emporio societario en un aspecto derivado de su funcionalidad como unidad empresarial productiva (en sentido amplio), al establecer la obligación de elaborar las cuentas anuales consolidadas. Pero, inclusive en estos supuestos, la obligación se impone a la sociedad dominante.

Por ello, el grupo como tal no puede contratar con terceros. El contrato de trabajo no puede vincular o conexionar, de manera directa, al trabajador con el grupo¹¹⁸⁴, es decir, «*el contrato de trabajo no vincula formalmente al trabajador con el grupo*»¹¹⁸⁵.

Partiendo de tal premisa, se origina una sucesión de consecuencias que llevan aparejadas la fuga o evasión de determinadas reglas jurídico-laborales¹¹⁸⁶:

1. De acuerdo con lo establecido en el artículo 1.2 ET, «*serán empresarios todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de las personas referidas en el apartado anterior, así como de las personas contratadas para ser cedidas a empresas usuarias por empresas de trabajo temporal legalmente constituidas*». Del tenor literal del precepto citado se desprende que únicamente puede ser empresario aquel que se beneficia de los servicios, los dirige y los remunera, según dispone el precepto que acaba de exponerse.
2. Ahora bien, cuando concurren determinadas eventualidades, puede producirse una pluralidad de sociedades o una extensión de la responsabilidad a diversas empresas del grupo, pero nunca al propio grupo como tal.

¿Cuáles son estas «determinadas eventualidades»? La existencia de una apariencia de empresario en algunos grupos societarios en los

¹¹⁸⁴ Vid., al respecto, DESDENTADO BONETE, A., y DESDENTADO DAROCA E., *Grupos de empresas y despidos económicos*, ob. cit., p. 37.

¹¹⁸⁵ DUQUE DOMINGUEZ, J.F., “Líneas generales de los problemas de los grupos de sociedades en el Derecho Laboral”, *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, 2001, N° 2, p. 9.

¹¹⁸⁶ RAMOS QUINTANA, M.I., *La responsabilidad laboral de los grupos de empresas*, ob.cit., p.37 y ss.

que convergen algunos elementos adicionales, como el funcionamiento unitario de la organización y estructura del grupo, prestación de trabajo común para diversas sociedades o incluso para todas las empresas del grupo así como la existencia de una confusión de plantillas; pero incluso en tales supuestos, el grupo sigue sin ostentar la condición de empresario, sino que tal condición recae en las sociedades que lo conforman y que participan en tales prácticas, originando un supuesto de «posición empresarial plural»¹¹⁸⁷ o a la suscripción de diversos contratos laborales con varias sociedades del grupo¹¹⁸⁸, pero bajo ningún concepto nos hallaremos ante «*un contrato laboral con un grupo sin personalidad*»¹¹⁸⁹.

Respecto a lo que acaba de exponerse, resulta interesante traer a colación dos supuestos enjuiciados por la doctrina comunitaria que vinieron a delimitar la acotación jurídica de los grupos societarios.

El primer asunto¹¹⁹⁰ afecta de lleno al tema objeto de estudio del presente trabajo, al procedimiento de despido colectivo. Este supuesto, en relación con la aplicación de la Directiva 98/59 relativa a los despidos colectivos, por parte del TJCE se estableció que el proceso de extinción colectiva debe llevarse a cabo por la unidad a la que los trabajadores se encuentren adscritos, aunque dicha unidad no ostente la potestad o dirección facultada para ejercer de manera autónoma los despidos

¹¹⁸⁷ *Vid.*, al respecto, STS 27-02-2015 (R° 96/2014).

¹¹⁸⁸ RAMOS QUINTANA, M.I., *La responsabilidad laboral de los grupos de empresas*, ob.cit., p.37.

¹¹⁸⁹ DESDENTADO BONETE, A., y DESDENTADO DAROCA E., *Grupos de empresas y despidos económicos*, ob. cit., p. 39

¹¹⁹⁰ STJCE (Sala Primera) 07-12-1995, Asunto C-449/93, conocido por “*Asunto Rockfon A/S y Specialarbejderforbundet i Danmark*”.

colectivos, pues dicha unidad se encuentra integrada en un grupo que se reserva tal decisión¹¹⁹¹.

Respecto al segundo de los asuntos¹¹⁹², TJCE vino a determinar que las obligaciones relativas a la información, consulta y notificación en materia de despido colectivo, deben aplicarse por el empresario «*con independencia de que la decisión relativa a los despidos colectivos sea tomada por el propio empresario o por una empresa que ejerza el control sobre él*».

Asimismo, vino a puntualizar que «*una empresa que controla al empresario, aun cuando pueda adoptar decisiones vinculantes para este, no tiene la condición de empresario*»

En puridad, el órgano judicial viene a negar la cualidad de empresario a la sociedad matriz en los supuestos de grupos de sociedades, aunque la decisión de proceder a una extinción colectiva procediese de aquella.

En conclusión, esta configuración de las obligaciones y responsabilidades de carácter empresarial viene a determinar que la condición de empresario recae sobre aquel con quien el trabajador tiene suscrito su contrato laboral, independientemente de quien sea el sujeto que, de manera efectiva, haya tomado las resoluciones incidentes en la relación laboral como, por ejemplo, la proceder a su extinción.

¹¹⁹¹ El propio TJCE, viene a fundamentar que “*la letra a) del apartado 1 del artículo 1 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que dos o más empresas, que forman parte de un grupo y que mantienen relaciones de interdependencia, si bien ninguna de ellas ostenta una posición de predominio sobre la otra u otras, creen un departamento común de colocaciones o despidos, de forma que, en particular, los despidos en una de las empresas solo puedan efectuarse con la aquiescencia de dicho departamento*”.

¹¹⁹² STJCE (Sala Cuarta) de 10 de septiembre de 2009, Asunto C-44/08, conocido como “*Asunto Akavan Erityisalojen Keskusliitto AEK ry y otros contra Fujitsu Siemens Computers Oy.*”.

3. El grupo societario ¿puede ser parte de un proceso?

Ante esta cuestión, la doctrina científica se ha segmentado en dos grandes sectores, cuya opinión dista mucho de ser unitaria y pacífica.

En primer lugar, debe hacerse constar que parte de la doctrina científica viene a postular que, desde la óptica procesal, el grupo de sociedades carece de capacidad o competencia para intervenir en el proceso ante su falta de personalidad jurídica¹¹⁹³.

Si atendemos a lo previsto en los artículos 16.5¹¹⁹⁴ y 80.1 b)¹¹⁹⁵ de la LRJS, tal parece desprenderse la «no inclusión» del grupo de sociedades como sujeto con capacidad procesal, por lo que¹¹⁹⁶:

¹¹⁹³ Esta postura ha sido sostenida por DESDENTADO BONETE, A., y DESDENTADO DAROCA, E., *Grupos de empresas y despidos económicos*, ob. cit., pp. 54 y ss.

¹¹⁹⁴ Este precepto, en relación con la capacidad procesal y la representación, viene a establecer que «*Por las personas jurídicas comparecerán quienes legalmente las representen. Por las entidades sin personalidad a las que la ley reconozca capacidad para ser parte comparecerán quienes legalmente las representen en juicio. Por las masas patrimoniales o patrimonios separados carentes de titular o cuyo titular haya sido privado de sus facultades de disposición y administración comparecerán quienes conforme a la ley las administren. Por las entidades que, no habiendo cumplido los requisitos legalmente establecidos para constituirse en personas jurídicas, estén formadas por una pluralidad de elementos personales y patrimoniales puestos al servicio de un fin determinado, comparecerán quienes de hecho o en virtud de pactos de la entidad, actúen en su nombre frente a terceros o ante los trabajadores. Por las comunidades de bienes y grupos comparecerán quienes aparezcan, de hecho o de derecho, como organizadores, directores o gestores de los mismos, o en su defecto como socios o partícipes de los mismos y sin perjuicio de la responsabilidad que, conforme a la ley, pueda corresponder a estas personas físicas*»

¹¹⁹⁵ El citado precepto, que viene a regular la forma y el contenido de la demanda, viene a fijar que «*La designación del demandante, en los términos del artículo 16 de esta Ley, con expresión del número del documento nacional de identidad o del número y tipo de documento de identificación de los ciudadanos extranjeros, y de aquellos otros interesados que deban ser llamados al proceso y sus domicilios, indicando el nombre y apellidos de las personas físicas y la denominación social de las personas jurídicas. Si la demanda se dirigiese contra una masa patrimonial, patrimonio separado, entidad o grupo carente de personalidad, además de identificarlos suficientemente, habrá de hacerse constar el nombre y apellidos de quienes aparezcan como administradores, organizadores, directores, gestores, socios o partícipes, y sus domicilios, sin perjuicio de las responsabilidades legales de la masa patrimonial, entidad o grupo y de sus gestores e integrantes*».

¹¹⁹⁶ RAMOS QUINTANA, M.I., *La responsabilidad laboral de los grupos de empresas*, ob., cit., p. 38.

- a. En caso de interposición de demanda, esta habrá de instarse frente a las sociedades que conforman parte del grupo societario pero nunca frente al propio grupo considerado *per se*;
- b. Es posible la existencia de una responsabilidad de carácter solidario entre diversas o incluso todas las sociedades que integran el grupo;
- c. Desde el prisma procesal, debe reclamarse «*dando lugar a un litisconsorcio pasivo voluntario*» por parte de las sociedades que integran el grupo;
- d. Si la demanda se interpusiese únicamente frente a una o diversas sociedades del grupo, la sentencia únicamente resultaría ejecutable frente a tales empresas, sin existir posibilidad alguna de instarla contra el resto de sociedades, pues el grupo, al no poseer un patrimonio de carácter común únicamente puede responder a través de los patrimonios independientes y separados del resto de sociedades que lo forma¹¹⁹⁷;
- e. Por ende, si se instase una demanda contra el grupo de sociedades, la sentencia que resultase de tal proceso no podría ejecutarse frente a las sociedades que lo integran, pues no concurrirían las premisas previstas en los apartados 2 y 3 del artículo 240 LRJS¹¹⁹⁸.

¹¹⁹⁷ Pues, tal y como vienen a establecer DESDENTADO BONETE, A., y DESDENTADO DAROCA, E., *Grupos de empresas y despidos económicos*, ob. cit., pp. 49 y 50, el emporio societario no es «*una masa patrimonial, pues cada sociedad tiene su patrimonio; en algunos casos podría existir una confusión patrimonial, pero entonces habría que demandar a los titulares de ese patrimonio en estado de confusión*».

¹¹⁹⁸ El mentado artículo, que viene a regular las partes y los sujetos de la ejecución, en sus apartados citados determina en el número segundo que «*La modificación o cambio de partes en la ejecución debe efectuarse, de mediar oposición y ser necesaria prueba, a través del trámite incidental previsto en el artículo 238. Para que pueda declararse, es requisito indispensable que el cambio sustantivo en que se funde, basado en hechos o circunstancias jurídicas sobrevenidos, se hubiere producido con posterioridad a la constitución del título objeto de ejecución*»

Asimismo, en su apartado tercero viene a establecer que para el supuesto de «*títulos ejecutivos frente a entidades sin personalidad jurídica que actúen en el tráfico como sujetos*

Y es que del apartado tercero del artículo que acaba de citarse se desprende que, para poder realizar una ampliación en la ejecución de la sentencia, debe acreditarse la existencia de un grupo societario a través del incidente previsto en el artículo 238 LRJS.

Asimismo, viene a indicarse que el fundamento jurídico procesal no resulta aplicable a los grupos societarios pues tales previsiones no les son de aplicación, y ello porque¹¹⁹⁹:

- a. El grupo societario no interviene en el tráfico jurídico y mercantil como sujeto distintivo y diferenciado;
- b. Son las sociedades que constituyen el grupo societario las que actúan como tal;
- c. Asimismo, para que tal ejecución pueda ampliarse, las sociedades deben haber intervenido en nombre del grupo frente a los empleados o trabajadores¹²⁰⁰.

En segundo lugar y, en contra de lo que acaba de exponerse, otro sector de la doctrina científica¹²⁰¹ considera que el grupo de sociedades si ostenta capacidad para intervenir en el proceso interpretando, a *contrario sensu*, los artículos 16.5 LRJS respecto al reconocimiento de

diferenciados, podrá despacharse ejecución frente a los socios, partícipes, miembros o gestores que hayan actuado en el tráfico jurídico o frente a los trabajadores en nombre de la entidad, siempre que se acredite cumplidamente a juicio del juez o tribunal, por medio del incidente de ejecución previsto en el artículo 238, la condición de socio, partícipe, miembro o gestor y la actuación ante terceros o ante los trabajadores en nombre de la entidad».

¹¹⁹⁹ RAMOS QUINTANA, M.I., La responsabilidad laboral de los grupos de empresas, ob., cit., p. 39, citando a DESDENTADO BOENETE A., y DESDENTADO DAROCA, E., *Grupos de empresas y despidos económicos*, ob. cit., p. 53.

¹²⁰⁰ Tal y como viene a apuntar RAMOS QUINTANA, M.I., tal situación «no llega a ocurrir normalmente, debido a que las empresas no actúan como órganos del grupo sino como entes personificados independientes»

¹²⁰¹ Tal postura ha sido defendida por MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO J., SEMPERE NAVAARRIO, A.V., RÍOS SALMERON, B., CAVAS MARTÍNEZ F., LUJAN ALCARAZ, J., *Curso de Procedimiento Laboral*, Décima edición, Tecnos, Madrid, 2014, p. 151

tal cuestión así como el 80.1 b) del mismo cuerpo legal, respecto a la cumplimentación de los requerimientos preceptivos en la designación del demandante.

Según esta vertiente doctrinal, si atendemos a las reglas relativas a la capacidad para intervenir en el proceso, previstas en el artículo 16 LRJS, las referencias concernientes a los grupos deben entenderse en relación con aquellos grupos que no posean una personalidad jurídica propia y concreta¹²⁰², por lo que la ley, en este supuesto, vendría reconocerles la posibilidad de que actúen como empresarios, acudiendo el legislador a la ficción de proveerlos de «*apariencia de personalidad jurídica*»¹²⁰³.

Si bien es cierto que el mentado cuerpo jurídico no viene a determinar las circunstancias que deben darse para poder apreciar la concurrencia o existencia de un grupo sin personalidad, sí es cierto que tal grupo es susceptible de ostentar capacidad material y poder ser demandado, evitándose la necesidad de demandar a todas las sociedades que lo integran¹²⁰⁴.

Ahora bien, será en el aparato correspondiente a las cuestiones procesales derivadas de la impugnación judicial del despido colectivo así como de los sujetos legitimados a tal fin donde se especificará el papel que, en tal proceso, ostentan los grupos societarios, tanto en su carácter fisiológico como en su vertiente patológica.

¹²⁰² RAMOS QUINTANA, M. I., *La responsabilidad laboral de los grupos de empresas, ob. cit.*, p. 39.

¹²⁰³ ALBIOL ORUÑO, M., ALFONSO MELLADO, C., BLASCO PELLICER, A., GOERLICH PESET, J.M., *Derecho Procesal Laboral*, 11ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 84.

¹²⁰⁴ RAMOS QUINTANA, M. I., *La responsabilidad laboral de los grupos de empresas, ob. cit.*, p. 40.

1.3. Las consecuencias del grupo mercantil en el derecho del trabajo

Las insuficiencias definitorias y reguladoras que giran alrededor de la fenomenología grupal¹²⁰⁵ no han impedido un copioso tratamiento jurisprudencial, del que se ha concluido que la existencia de un grupo de sociedades de carácter fisiológico es, *per se* un dato irrelevante para el Derecho Laboral¹²⁰⁶, salvo que una norma establezca un efecto específico¹²⁰⁷.

La jurisprudencia pretende zanjar así una de las más polémicas cuestiones suscitadas, determinando o limitando, de este modo, la zona de no injerencia entre los dos grupos.

¹²⁰⁵ Sin que sirva de precedente, ha de hacerse constar que el legislador, en las últimas reformas llevadas a cabo, ha ido introduciendo, de manera paulatina y puntual, concretas y específicas referencias a la existencia de grupos de sociedades para imputarle determinados deberes específicos y facultades de actuación. Baste como ejemplo los artículos 44.10 ET, en relación con las obligaciones de información y consulta en las transmisiones de empresas, el artículo 51.8 ET en relación con los procesos de despido colectivo viniendo a establecer que cuando la decisión relativa a los despidos colectivos sea tomada por el propio empresario o por una empresa que ejerza el control sobre él, así como el artículo 87, apartados 1.4 y 2. b) ET en relación con la negociación colectiva).

Igualmente, debe hacerse mención de que la Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta en empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, en su artículo 3, contiene una definición concretada solo y exclusivamente a los efectos de la mentada Ley, siendo su alcance insuficiente para concretar una definición propiamente dicha de tal institución jurídica.

Finalmente, el artículo 4.5 RPDC, hace referencia a los grupos de sociedades con o sin obligación de formular cuentas consolidadas, así como en lo relativo al deber de aportación documental en los supuestos de despidos colectivos amparados en causas económicas.

¹²⁰⁶ En la STS 26-09-2001 (R° 558/2001), la doctrina casacional vino a reconocer a la dirección unitaria como requisito esencial del grupo, pero insuficiente en materia laboral.

En el mismo sentido se pronunciaron, entre otras, las SSTS de 30-01-1990 (ROJ 17037/1990); 24-07-1989 (ROJ 13006/1989); 20-01-2003 (R° 1524/2002).

¹²⁰⁷ Por tanto, exceptuada la salvedad que acaba de referenciarse, la institución grupal solo interesa al Derecho del Trabajo, tal y como se ha hecho constar al inicio del epígrafe, en su vertiente patológica, es decir, *“Cuando por concurrir confusión patrimonial, prestación indiferenciada de servicios o maniobras específicamente orientadas a burlar la estabilidad en el empleo, pueda concluirse que la existencia de varias personas físicas o jurídicas se utiliza como mera apariencia formal y fraudulenta para encubrir la existencia de una única empleadora, debiendo extenderse por ello la responsabilidad solidaria a todas las implicadas”* [STS 10-07-2013 (R° 2469/2012).

A mi entender, aunque pueda concluirse que *per se* el grupo fisiológico no tiene relevancia para nuestro Derecho del Trabajo, no puede ponerse en duda que, de su propia existencia, derivan una serie de consecuencias que inciden, tanto de manera directa como indirecta, en determinadas instituciones jurídicas protegidas por el Orden Social.

Si analizamos la evolución de las relaciones empresariales, podremos observar que las diversas modificaciones y alteraciones internas en la estructuración empresarial, adecuadas al sistema de organización fordista, no vinieron a alterar la comprensión sinalagmática de las relaciones laborales, asentada en la identificación de la empresa (ente titular de la actividad empresarial objeto de explotación) y el empleador (titular de una única entidad jurídica)¹²⁰⁸.

El simple hecho de que el empleador (ya sea persona física o persona jurídica) ejerza su actividad a través de una personalidad jurídica, resulta más beneficioso para proceder a la identificación del sujeto que ejercita la actividad empresarial así como en relación con la determinación del patrimonio empresarial que garantizaría el interés de los trabajadores ante un posible incumplimiento por parte del empresario.

En cambio, la explotación de una actividad empresarial bajo una organización mercantil estructurada a través de un grupo de sociedades ha supuesto una alteración de los esquemas tradicionales de las relaciones laborales, al encontrarnos en numerosos supuestos en los que no existe un único sujeto que ejercita la labor empresarial, sino que es una agrupación de empresarios la que viene a ejercerla de forma

¹²⁰⁸ UBILLÚS BRACAMONTE, R.E., “Delimitación conceptual de los grupos de empresas en el Derecho del Trabajo”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLVIII, 2015, p.58.

conjunta, beneficiándose así de los servicios prestados por parte de los trabajadores adscritos a dicho emporio societario.

Lo que acaba de exponerse ha supuesto una desarticulación del bando empresarial, dividido entre las sociedades que constituyen el grupo, lo que conlleva una gran dificultad a la hora de identificar quien debe hacerse cargo del cumplimiento de las obligaciones laborales y las responsabilidades para con la Seguridad Social¹²⁰⁹ derivada, a mi entender, de la directa incidencia del grupo fisiológico en las relaciones laborales.

Pese a que la identificación de los sujetos responsables de los incumplimientos laborales y sus consecuentes responsabilidades se erige como una de las cuestiones más polémicas y controvertidas que suscitan los grupos de sociedades dentro de nuestro Derecho del Trabajo, debe hacerse constar que, a tal rompecabezas también deben añadirse otros múltiples problemas relativos a las siguientes materias: la circulación de los trabajadores entre las sociedades que conforman el grupo, la ejecución de medidas de restructuración empresarial, tales como despidos colectivos, suspensión de contratos o reducciones de jornada en algunas de las sociedades que conforman el grupo, transmisión de empresas pues, tal y como se ha hecho constar a lo largo del presente trabajo, nuestro legislador solo viene a regular determinadas situaciones, olvidándose de establecer parámetros

¹²⁰⁹ Así se ha venido estableciendo, tanto por la jurisprudencia como por la doctrina judicial, entre otras, en las STS 30-06-1993 (R° 720/1992); SSTSJ Cataluña 22-03-2013 (R° 6957/2012); 03-07-2008 (R° 2385/2008); 25-04-2008 (R° 681/2008); 17-11-2006 (R° 535/2000); 04-10-1999 (R° 3803/1999); 18-12-1996 (R° 5283/1996); Madrid 27-05-2008 (R° 375/2008) y Andalucía 07-09-2001 (R° 913/2001).

reguladores que inspiren la elaboración de una disciplina teórica sobre los grupos de sociedades.

Y es que, a mi entender, con independencia de la escasa normativa reguladora y de la abundante doctrina jurisprudencial existente en materia grupal, las consecuencias jurídico-laborales de las agrupaciones de empresas no son siempre las mismas, dependiendo de la configuración del grupo, de las características funcionales de la relación de trabajo, y del aspecto de ésta afectado por el fenómeno de la pluralidad (real o ficticia) de empresarios¹²¹⁰.

Y es que es inevitable que el funcionamiento del grupo societario incida, de manera directa, en el ámbito jurídico laboral, pues la «lógica mercantil» de prevalecer el interés grupal sobre el interés de las sociedades, individualmente consideradas, supone la alteración del ámbito de las relaciones laborales de las sociedades dominadas cuando el grupo, actuando en su propio beneficio e interés, lleva a cabo una serie de actuaciones que dejan en una situación de especial inseguridad o debilidad a las sociedades filiales.

Ante tales actuaciones, resulta necesario realizarnos las siguientes preguntas¹²¹¹, ¿puede el grupo societario, en su conjunto, quedar exonerado de las responsabilidades derivadas de tales actuaciones sobre los trabajadores del resto de las sociedades? ¿serán las sociedades del grupo las que deban responder solidariamente de los efectos que puedan tener las actuaciones del grupo sobre los contratos de trabajo o las relaciones intrasocietarias carecen de relevancia en las relaciones

¹²¹⁰ STS 03-05-1990 (ROJ 3511/1990).

¹²¹¹ RAMOS QUINTANA, M.I., *La responsabilidad laboral de los grupos de empresas*, ob. cit., p. 24.

laborales?, cuestiones que se irán respondiendo a lo largo del presente trabajo.

A mi entender y, en relación con lo que se acaba de exponer, ante tal falta de previsión legislativa, también será determinante el concepto que se tenga sobre tal fenomenología y los elementos configuradores que se consideren inherentes a tal naturaleza a la hora de determinar el grado de incidencia que los grupos de sociedades tienen sobre nuestro Derecho del Trabajo.

Tal y como se apunta por parte de algún sector doctrinal¹²¹², ante la singular distinción que doctrina y jurisprudencia realizan de los diversos grupos de sociedades existentes y las consecuencias que de tal subsistencia derivan, en concreto, grupos fisiológicos *versus* grupos patológicos, resulta complicado coincidir con tal proceder a la hora de valorar la actuación de las sociedades que funcionan a nivel de grupo, así como de las consecuencias que de tal funcionamiento pretenden hacerse dimanar.

Y ello porque, según tal posición¹²¹³, en los grupos de sociedades nada es fisiológico o patológico, pues en realidad todo forma parte de la «etiología» de su propia naturaleza: proceder bajo el manto protector de un grupo societario que se sustenta bajo una dirección económica unitaria, consolidando un concreto sello empresarial para extraer ciertas ventajas a nivel competitivo y de mercado contra otros grupos y/o

¹²¹² RAMOS QUINTANA, M.I., *La responsabilidad laboral de los grupos de empresas*, ob. cit., p. 32.

¹²¹³ *Ibidem*, p. 33.

empresas con las que interactúan en el tráfico mercantil, vendría a conformar la esencia consustancial del grupo de sociedades¹²¹⁴.

Y en su origen o razón de ser se encontraría, igualmente, la supeditación de los intereses de cada sociedad a las exigencias e imposiciones derivadas de la entidad grupal¹²¹⁵, de tal forma que el predominio de los intereses del grupo en su conjunto es lo que realmente motivaría a las sociedades para su puesta en común.

Resulta patente la existencia de una interacción supraempresarial respecto a las decisiones y directrices que afectan tanto a las filiales como a la sociedad dominante pues, de otro modo, la finalidad que se persigue con la creación de un grupo de sociedades (una actuación conjunta en el mercado empresarial que reporte, tanto al grupo como a las sociedades que lo conforman, una situación económica, financiera y productiva más rentable y competitiva) carecería de todo sentido¹²¹⁶.

Por tanto, si estas son las líneas básicas que deben seguirse para esbozar los rasgos característicos que deben configurar jurídicamente un grupo de sociedades, del mismo modo deberán serlo para delimitar el alcance y la trascendencia de las responsabilidades que deberán recaer sobre las sociedades conformantes del grupo cuando se ejecuten determinadas actuaciones que afecten a los créditos pendientes de satisfacer a sus acreedores, así como a los intereses de los trabajadores

¹²¹⁴ FERNÁNDEZ CASARIEGO, Z., “La organización interna como ventaja competitiva para la empresa”, *PEE*, N° 56, 1993, pp. 185 y ss., viene a establecer que «El aprovechamiento de las sinergias empresariales viene a ser lo que da cuerpo a la gestión conjunta del grupo para beneficiarse de las distintas unidades de negocio que lo conforman».

¹²¹⁵ QUINTANA, M.I., *La responsabilidad laboral de los grupos de empresas*, ob. cit., p. 34.

¹²¹⁶ ARAGÓN MEDINA, J., “Los grupos de empresas como unidad económica dominante” en AAVV (BAYLOS, A. Y COLLADO, L., Coord.), *Grupos de empresas y Derecho del Trabajo*, p. 36 y ss.

adscritos a la plantilla de cualquiera de las sociedades que conforman el grupo societario.

Ahora bien, mientras nuestro legislador no proceda a mejorar esta forma de regulación insuficiente, son los jueces y tribunales los que quedan obligados a solucionar cada supuesto concreto, en virtud de los principios genéricos y específicos que cada sector del ordenamiento jurídico exige, llegando a realizar, en numerosas ocasiones, una labor de adaptación de estos principios a las específicas consideraciones de los grupos de sociedades.

2. GRUPO DE EMPRESAS LABORAL

2.1. El tratamiento de los grupos de empresas en la jurisprudencia tradicional del Tribunal Supremo y la delimitación de su responsabilidad

La evolución seguida por la jurisprudencia en relación con la caracterización de los grupos de sociedades y el alcance de sus responsabilidades ha transcurrido por diversos periodos.

En una primera fase, se vino a mantener que resultaba completamente irrelevante la posible pertenencia de una sociedad a un grupo de empresas, manteniéndose la responsabilidad separada de cada sociedad que constituía dicho grupo, pues la independencia jurídica y la responsabilidad separada de las sociedades es un principio esencial de la economía de mercado, erigiéndose este como criterio general, sin perjuicio de que se aceptasen desviaciones en excepcionales supuestos (en virtud del principio de la realidad en la atribución de la condición de empresario, la doctrina del empresario aparente y la del fraude de ley).

A *posteriori*, se produce una pequeña matización respecto al criterio general asentado y comentado en las líneas que preceden a las presentes, en el que viene a establecerse que aún persistiendo en la regla general de responsabilidad separada de las sociedades integrantes del grupo, se admite la trascendencia laboral del referido consorcio en

ciertas circunstancias o cuando tal dato va acompañado de elementos adicionales¹²¹⁷.

Este nuevo criterio implica la realización de una actividad hermenéutica, en la que será necesario examinar caso por caso la posible concurrencia de las circunstancias que determinan la conjunción de esos «elementos adicionales» y su consecuente extensión de responsabilidad, acentuándose en la utilización de la tesis del «levantamiento del velo» como técnica de indagación de comportamientos o prácticas fraudulentas con la finalidad de eludir la aplicación de la normativa prevista por nuestro ordenamiento jurídico¹²¹⁸.

En una fase ulterior, la doctrina tradicional, consolidada desde los noventa, es objeto de enmienda por parte de nuestro Tribunal Supremo a través de la STS 27-05-2013¹²¹⁹.

Esta resolución resulta trascendental, y ello por diversos motivos:

1. En primer lugar, efectúa una puntualización determinante, y es que viene a considerar que no resulta admisible en nuestro Derecho la existencia de dos conceptos diferentes de grupo de sociedades: solo puede haber un único concepto a efectos mercantiles y laborales, y este concepto habrá de ser el mismo para todas las ramas que conforman nuestro ordenamiento jurídico. Pero tal afirmación debe ser matizada: aunque haya un único concepto válido con relación al grupo de sociedades, este podrá desplegar efectos diferenciados en

¹²¹⁷ Muy particularmente desde la STS 03-051990 (ROJ 3511/1990) que sistematiza la doctrina.

¹²¹⁸ *Vid.*, al respecto, sobre la doctrina del levantamiento del velo, ESTEVE SEGARRA, M^a A., *Grupo de sociedades y contrato de trabajo*, ob. cit., pp. 36-45.

¹²¹⁹ STS 27-05-2013 (R^o 78/2012).

cada sector o parcela de nuestro ordenamiento jurídico ante la concurrencia de elementos adicionales y, ante tales supuestos, se adoptará una extensión de la responsabilidad solidaria entre las sociedades que conformen el grupo empresarial.

2. Asimismo, esta doctrina modificada viene a admitir que los vínculos intrasocietarias son irrelevantes a efectos de determinar la responsabilidad de los grupos de sociedades como tales pues solo cuando concurren mecanismos defraudatorios de responsabilidades legales o contractuales debe producirse el «levantamiento del velo» y delimitar el alcance de la responsabilidad entre las sociedades que, integrando el grupo, han intervenido en actuaciones «patológicas».

Sin embargo no puede obviarse que, recientemente, se ha producido un cambio destacable respecto al enfoque interpretativo que se le venía dando a la responsabilidad de las empresas que constituyen los grupos societarios, dando entrada a nuevos enfoques que van más allá de las interpretaciones formales o literales de la propia norma, invocando una interpretación finalista del sistema normativo que valore las consecuencias que derivan del funcionamiento intrasocietario en relación con el cumplimiento de los derechos y créditos de los trabajadores que han venido realizando funciones para varias o incluso todas las sociedades del grupo.

Este nuevo enfoque ha tenido un impacto en las tradicionales concepciones mantenidas por la jurisprudencia casacional, tal y como ha quedado patente en los diversos votos particulares suscritos por algunos de los magistrados que vienen a conformar dicho órgano judicial. De progresar tal enfoque interpretativo, nos encontraríamos ante una nueva etapa en la evolución de la jurisprudencia casacional respecto a la

configuración del régimen de responsabilidades de los grupos societarios en el ámbito laboral, superando así el principio de la personalidad jurídica para acercarse a la bilateralidad de las relaciones laborales¹²²⁰.

Si realizamos un análisis respecto a la evolución de las soluciones aportadas por jurisprudencia relativas al grupo de empresas y al alcance de la responsabilidad de las sociedades que lo integran, podemos observar desde las más antiguas resoluciones en las que se consideraba un dato irrelevante la pertenencia al grupo de sociedades desde la perspectiva laboral, así como la responsabilidad separada de las sociedades integrantes del grupo¹²²¹.

Posteriormente, en la doctrina casacional tuvo entrada una nueva corriente dogmática que se erigió y consolidó como «doctrina tradicional» sobre los grupos societarios, al mantenerse vigente en nuestra doctrina judicial y jurisprudencial durante más de veinte años, debido a, entre otros motivos, la demora con la que el legislador introdujo tal institución jurídica a nuestro sistema normativo.

Desarrollando más estas últimas afirmaciones hemos de indicar que la jurisprudencia tradicional de la Sala parte de que, por regla general, el «grupo de sociedades» es una realidad organizativa en principio lícita en la que el grupo, *per se*, nunca puede ser empleador y las consecuencias negativas que puedan desprenderse de un posible funcionamiento irregular del grupo permitiría extender la responsabilidad a diversas o

¹²²⁰ RAMOS QUINTANA, M.I., *La responsabilidad laboral de los grupos de empresas*, ob. cit., p. 46.

¹²²¹ STS 03-05-1990 (ROJ 3511/1990).

incluso a todas las sociedades que lo integra, derivando tal situación en una posición empresarial plural¹²²².

En consecuencia, no es suficiente con que *«dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria respecto de las obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores»*¹²²³, sino que es necesario que concurre además un plus, un elemento adicional, cual es *«la presencia de elementos adicionales, tales como la prestación laboral al grupo de forma indiferenciada, la actuación unitaria del grupo o conjunto de las empresas agrupadas bajo unos mismos dicados y coordinadas con confusión patrimonial y, en general, cuando concurre en su actuación una utilización abusiva de la personalidad jurídica independiente de cada una de las empresas en perjuicio de los trabajadores»*¹²²⁴.

Por tanto, el reconocimiento del grupo de empresas en el ordenamiento laboral, cuyos efectos se manifiestan sobre todo en la comunicación de responsabilidades entre las empresas del grupo exige, tal y como acaba de exponerse, la presencia de una serie de factores atinentes a la organización de trabajo; y estos factores¹²²⁵, configuran un campo de aplicación normalmente más restringido que el del grupo de sociedades¹²²⁶.

¹²²² STS 30-01-1990 (ROJ 17037/1990).

¹²²³ SSTSS3 30-06-1993 (R° 720/1992); 09-05-1990 (ROJ 3632/1990) y 30-01-1990 (ROJ 17037/1990).

¹²²⁴ STS 03-05-1990 (ROJ 3511/1990).

¹²²⁵ Sistematizados en las SSTSS 26-12-2001 (R° 139/2001); 26-01-1998 (R° 2365/1997); 29-05-1995 (R° 2820/1994) y 03-05-1990 (ROJ 3511/1990)

¹²²⁶ STS 03-11-2005 (R° 3400/2004).

Por tanto, la prestación laboral indiferenciada para distintas sociedades que conforman el grupo, la actuación bajo un principio de unidad de dirección económica, la confusión patrimonial, así como el uso abusivo de la personalidad jurídica de cada sociedad son los elementos o requisitos considerados definatorios de «lo patológico», el causante de provocar en el grupo de sociedades de carácter mercantil unos «efectos laborales» que en el supuesto de que no existiesen impedirían que, por si misma, la existencia del grupo societario tuviera efectos en el orden laboral; es decir, llegar a extender la responsabilidad a otras sociedades del mismo grupo respecto al cumplimiento de los derechos laborales de los trabajadores adscritos a sus correspondientes plantillas¹²²⁷.

De todo lo expuesto se desprende que la no concurrencia de los elementos adicionales anteriormente expuestos, necesarios para convertir al grupo societario en grupo patológico, mantienen al grupo societario, de carácter mercantil, inquebrantable respecto a las posibles injerencias de carácter laboral. Es más, únicamente cuando converjan los elementos adicionales que ya han sido enumerados, la consecuencia de tal concurrencia será la extensión de la responsabilidad, con carácter solidario, entre las sociedades que conforman el grupo societario, transformándola en una posición plural empresarial.

Posteriores sentencias apuntan en esta misma dirección realizando algunas puntualizaciones en relación con la prestación de trabajo indistinta o común así como la creación de empresas aparentes,

¹²²⁷ RAMOS QUINTANA, M.I., *La responsabilidad laboral de los grupos de empresas*, ob. cit., pp. 47 y ss.

considerándolos como elementos adicionales de necesaria concurrencia para la extensión de la responsabilidad solidaria¹²²⁸.

La idea del fraude es la que queda implícita en la ampliación de la responsabilidad arraigada en el tiempo¹²²⁹, pero que poco a poco, va presentando una serie de gradaciones, con la aparición de nuevos elementos adicionales vinculados a conductas patológicas o irregulares: dirección unitaria¹²³⁰, relación de dominación, apariencia de unidad externa pudiendo, todos ellos, propiciar la extensión de la responsabilidad solidaria entre las sociedades del grupo¹²³¹.

Esta construcción clásica no ha estado exenta de críticas¹²³², en concreto, aquellas que hacen hincapié en que una catalogación tan amplia de elementos o requisitos adicionales determinantes de la patología grupal y la extensión de la responsabilidad a otras empresas del consorcio, resulta desmesurado¹²³³.

Lo que sí es cierto es que tanto la doctrina científica como la propia doctrina casacional han expuesto sus recelos e inseguridades respecto de tal extensa catalogación de elementos adicionales, de tal modo que se fue disminuyendo la intensidad de los elementos adicionales,

¹²²⁸ STS 03-05-1990 (ROJ 3511/1990).

¹²²⁹ Sirvan como ejemplo las SSTS 4-05-1990 (R° 3969/1990) y 24-09-1990 (R° 3671/1989).

¹²³⁰ Posteriormente, el propio TS en STS 21-12-2000 (R° 4383/1999) puntualizó que la dirección unitaria no es un aspecto patológico sino que forma parte de la esencia del grupo de sociedades.

¹²³¹ *Vid.*, al respecto, RAMOS QUINTANA, M.I., *La responsabilidad laboral de los grupos de empresas*, ob. cit., pp. 48.

¹²³² *Vid.*, al respecto, MOLINA NAVARRETE, C., *La regulación jurídico-laboral de los grupos de sociedades: problemas y soluciones*, Comares, Granada, 2000, pp. 85 y ss. ;ESTEVE SEGARRA, M.A^a., *Grupo de sociedades y contrato de trabajo*, ob.cit., pp. 307 y ss. y CAMPS RUIZ, L.M., “Grupos de sociedades: jurisprudencia reciente y ¿Reforma? de la legislación mercantil”, *XXV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, AEDT y SS*, León, 27 de mayo de 2015, pp. 6 y ss.

¹²³³ DESDENTADO BONETE, A. y DESDENTADO DAROCA, E., *Grupos de empresas y despidos económicos*, Lex Nova-Thomson Reuters, Valladolid, 2014, p.57.

reconduciéndolos a términos de mayor «normalidad», excluyendo su consideración como agente determinante de la extensión de la responsabilidad a otras sociedades grupales.

La evolución de la doctrina jurisprudencial en relación con los elementos definitorios, así como el estudio detallado de cada uno de estos requisitos en los epígrafes que continúan al presente, serán el broche de oro con el que concluiré este apartado sobre los grupos de empresas de carácter laboral.

Ahora bien, va a permitirme el lector que, antes de finalizar con el presente epígrafe, venga a añadir que, recientemente, nuestro Alto Tribunal ha venido a introducir una matización terminológica respecto a su anterior doctrina. Si bien es cierto que tal doctrina no incide de manera directa sobre los elementos adicionales «inherentes» a la declaración de la responsabilidad solidaria, sí viene a incluir importantes matizaciones respecto la doctrina tradicional del grupo patológico de empresas o grupo de empresas a efectos laborales.

En concreto, nuestro Tribunal Supremo viene a concluir que la expresión «grupo patológico de empresas» o «grupo de empresas a efectos laborales», ha de ser reservada para los supuestos en que las circunstancias determinantes de la responsabilidad solidaria, se enmarcan en el terreno de la ocultación o fraude (es decir, existencia de ánimo defraudatorio).

Esta matización terminológica se ha producido, por parte del Alto Tribunal, en la sentencia sobre el Caso TRAGSA¹²³⁴.

¹²³⁴ STS 20-10-2015 (R° 172/2014)

En el supuesto objeto de enjuiciamiento, cuya razón de ser radica en la impugnación de un procedimiento de despido colectivo llevado a cabo por la Sociedad Anónima, de Titularidad Pública TRAGSA, planteándose por parte de los demandantes, la posible existencia de un grupo de sociedades de carácter patológico entre las sociedades TRAGSA y TRAGSATEC.

Los demandantes postulaban la declaración de responsabilidad solidaria de las dos sociedades respecto al proceso de extinción colectiva llevado a cabo en una de ellas, concretamente, TRAGSA, en base a los siguientes fundamentos:

1. TRAGSATEC es una sociedad filial de TRAGSA, titular del 100% de su capital. Ambas atienden encomiendas de las diversas AA.PP. en materia de agricultura, ganadería y medio ambiente, que cada una realiza con sus propios trabajadores.
2. TRAGSATEC tiene 4.230 empleados fijos, Consejo de Administración diferenciado de TRAGSA, así como organigrama y cuerpo administrativo propios, teniendo inmuebles propios o arrendados en los que los mismos prestan servicios.
3. En virtud de un contrato de gestión suscrito con TRAGSA, 400 trabajadores de esta –y dados de alta en ella– desempeñan tareas para TRAGSATEC, realizándose la prestación de tal servicio –bajo la misma fórmula contractual– con el equipo y material de TRAGSA.
4. TRAGSA y TRAGSATEC contratan conjuntamente –para su uso en común– vehículos en régimen de «renting», servicios de limpieza, reprografía, suministro de mobiliario, material de oficina, energía eléctrica y otros, con facturación individualizada para cada una de

las empresas en función a los pedidos realizados por cada una de las mismas.

5. Los trabajos realizados entre ambas empresas así como la prestación recíproca de servicios entre TRAGSA y TRAGSATEC se formalizan mediante contrato y siempre dan lugar a facturación intragrupo.

La Audiencia Nacional¹²³⁵, en instancia, vino a entender que en el caso de TRAGSA y TRAGSATEC existe un grupo de empresas a efectos laborales, dado que la estructura organizativa es común a ambas, tanto en el ámbito directivo como en el ámbito administrativo y en el de la mayoría de los medios materiales, siendo varios cientos de personas los que prestan servicios para ambas desde las mismas oficinas y con los mismos medios materiales, hasta el punto de que TRAGSATEC carece de estructura de dirección propia. Dicha estructura forma el tronco de la empresa, dado que desde ella se gestiona toda la contratación de las obras y servicios que derivan de la misma, se gestiona el personal y toda la financiación y contabilidad, como ocurre en el caso de muchas empresas del sector de servicios. Sobre esa estructura pivotan los servicios concretos que prestan a las Administraciones en una multiplicidad de ámbitos funcionales y territoriales, por lo que *«al tratarse de una concurrencia o cotitularidad en la posición de empresario en los contratos de trabajo, la condena, de existir, deberá alcanzarse solidariamente a TRAGSA y a TRAGSATEC»* condena que, finalmente existe, puesto que la Sala viene a considerar estimar la pretensión de las demandantes y declara *«nula la decisión extintiva, con el consiguiente derecho de los trabajadores afectados a la reincorporación a su puesto de trabajo, condenando solidariamente a*

¹²³⁵ SAN 28-03-2014 (R° Acumulados 509/2013, 511/2013 y 512/2013).

Empresa de Transformación Agraria S.A. (TRAGSA) y Tecnología y Servicios Agrarios S.A. (TRAGSATEC) a la inmediata readmisión de los trabajadores despedidos en sus puestos de trabajo, con abono de los salarios dejados de percibir».

Dicha resolución fue recurrida por las sociedades objeto de condena, dando lugar al pronunciamiento del Alto Tribunal que, a continuación, se procederá a analizar.

Tal y como se ha avanzado, dicho órgano judicial ha venido a introducir una matización terminológica respecto a su anterior doctrina sobre los grupos societarios.

En concreto, en Fundamento Jurídico Cuarto, que destina al motivo de infracción referente a la responsabilidad solidaria considera oportuno, en primer lugar, y antes de hacer referencia a la jurisprudencia sobre tal responsabilidad en los grupos de empresas, efectuar la mentada «matización terminológica».

Concretamente, el Alto Tribunal viene a establecer que *«Hasta la fecha siempre hemos afirmado que son perfectamente diferenciables el inocuo -a efectos laborales- “grupo de sociedades” y el trascendente -hablamos de responsabilidad- “grupo patológico” de empresas. Sin embargo, el transcurso del tiempo y la progresiva evidencia de un cierto desfase entre la normativa vigente en materia de sociedades mercantiles y la variada realidad ofrecida por el mundo económico en materia de grupos de sociedades (...) nos ha llevado a la conclusión de que la expresión “grupo patológico” ha de ser reservada para los supuestos en que las circunstancias determinantes de la responsabilidad solidaria se enmarcan en el terreno de la ocultación o fraude, pero cuando los datos*

objetivos que llevan a esa responsabilidad laboral no se ocultan, no responden a una actuación con finalidad defraudatoria ni atienden a abuso alguno, la terminología más adecuada más bien debiera ser la de “empresa de grupo” o “empresa grupo”, que resultaría algo así como el género del que aquel -el grupo patológico- es la especie, cualificada precisamente por los referidos datos de abuso, fraude u ocultación a terceros».

Con tal «matización terminológica» se pretende que la utilización del término «grupo patológico» de empresas se reserve para aquellos supuestos en los que las circunstancias determinantes de la responsabilidad, es decir, los elementos adicionales, se enmarquen en el terreno de la ocultación o fraude. Hasta aquí todo bien. Pero a continuación, viene a introducirse que cuando tales datos objetivos que llevan a esa responsabilidad laboral, es decir, cuando tales requisitos adicionales no responden a una actuación con finalidad defraudatoria, ni tampoco atienden a abuso de derecho alguno, la terminología más adecuada es la de «empresa de grupo» o «grupo de empresa».

Y es que, a mi entender, el Alto Tribunal viene a imputar el mismo resultado o las mismas consecuencias al grupo que tiene ánimo de defraudar, de ocultar, o de actuar mediante abuso de derecho respecto de aquel en el que, tales elementos, convergen de una manera objetiva, sin un ánimo defraudatorio y sin atender a abuso alguno, por tanto, con independencia de que hablemos de «grupo patológico» o «empresa de grupo», cuando converjan los elementos adicionales determinantes de responsabilidad solidaria, en unos supuestos acompañados de fraude o abuso de derecho, en otros, de manera objetiva, las consecuencias que

derivaran de tal concurrencia será la corresponsabilidad de las sociedades del grupo.

Así lo hace constar el propio Tribunal, al establecer que *«para la existencia del segundo -empresas/grupo- “no es suficiente con que concurra el mero hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria respecto de las obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores, sino que es necesaria, además, la presencia de elementos adicionales”, porque los “componentes del grupo tienen en principio un ámbito de responsabilidad propio como personas jurídicas independientes que son”»*.

Finalmente y, en relación con la posible declaración de responsabilidad solidaria, la Sala viene a considerar que *«Aplicada nuestra referida doctrina a los hechos que se acaban de describir, nuestra conclusión no puede sino ser otra que la muy razonablemente expuesta por el Ministerio Fiscal en su muy completo informe. Recordemos que –entre otros posibles- los elementos adicionales y determinantes de la responsabilidad solidaria del grupo de empresas son (1º) funcionamiento unitario con presentación indistinta de trabajo, (2º) confusión patrimonial, (3º) unidad de caja, (4º), personalidad jurídica “aparente”; y (5º) abusiva dirección unitaria. Y ninguno de estos elementos concurre en el caso de que tratamos (...)*», por tanto, viene a estimar el recurso interpuesto por ambas sociedades, revocando la sentencia de la Audiencia Nacional, y declarando ajustada a derecho la decisión extintiva adoptada por TRAGSA¹²³⁶.

¹²³⁶ Debe añadirse que frente a tal resolución fueron suscritos diversos Votos Particulares.

2.2. El sistema indiciario utilizado por la jurisprudencia social: los llamados “elementos adicionales”. Análisis y evolución jurisprudencial

La necesaria convergencia o existencia de una serie de elementos adicionales para derivar, de tal apreciación, la extensión de la responsabilidad a otras sociedades que forman parte del grupo sigue erigiéndose como criterio general en la «renovada» doctrina de los grupos de sociedades por parte del Alto Tribunal.

Los mentados requisitos adicionales han tenido un tratamiento y desarrollo amplio a lo largo de la evolución y tradición jurisprudencial, en la que la oscilación e inconstancia en la determinación de su configuración también han formado parte de dicho desarrollo jurisprudencial.

Si bien es cierto que la resolución casacional que determina el cambio de rumbo doctrinal viene a ratificar la existencia de elementos adicionales necesarios para la extensión de la responsabilidad a las sociedades del mismo grupo, no obstante, tal sentencia viene a reducir y a reformular el listado de los elementos adicionales tradicionalmente considerados.

En virtud de lo expuesto, la enumeración de los elementos adicionales es la que sigue:

El primero de ellos, formulado por la Magistrada Excm.a Sra. D^a María Lourdes Arastey Sahún, por entender que *«el análisis de la responsabilidad solidaria se revela como un esfuerzo hipotético que puede ser evitado, pues el objeto del litigio es únicamente el despido efectuado por TRAGSA»*.

El segundo, que formula el Excmo. Sr. Magistrado Don Fernando Salinas Molina y al que se adhieren los/as Excmos/as. Sres/as. Magistrados/as Doña María Luisa Segoviano Astaburuaga, Doña Rosa María Virolés Piñol y Don Jordi Agustí Juliá, por entender que *«TRAGSA y TRAGSATEC” constituyen un grupo de empresas a efectos laborales por lo que le es exigible responsabilidad solidaria por su condición de empleadoras de los trabajadores afectados»*

- a) el funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo, manifestado en la prestación indistinta de trabajo -simultánea o sucesivamente- en favor de varias de las empresas del grupo;
- b) la confusión patrimonial;
- c) la unidad de caja;
- d) la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, con creación de la empresa «aparente»; y
- e) el uso abusivo-anormal de la dirección unitaria, con perjuicio para los derechos de los trabajadores.

Por tanto, se excluyen de la lista de la relación tradicional de elementos adicionales a la «dirección unitaria» y a la «apariencia externa de unidad».

La eliminación de la dirección unitaria como elemento patológico viene determinada, como es lógico, a que es un elemento esencial del grupo societario pero totalmente insuficiente para comunicar las responsabilidades laborales de una sociedad a otra.

Y por esta misma razón, se excluye a la apariencia externa de unidad como elemento adicional, pues representa una de la formas de exteriorización de la dirección unitaria.

Finalmente, la mentada resolución vino a considerar que la determinación de la extensión de la responsabilidad de las sociedades que conforman el grupo patológico dependerá de cada una de las particularidades que revista el supuesto en cuestión.

Por ello, viene a considerar que no puede determinarse una relación numérica y taxativa de requisitos cerrados, de cuya existencia se derive

dicha extensión de responsabilidad, puesto que en un entramado societario, la intensidad de las relaciones intrasocietarias o incluso la propia relación de las sociedades con los trabajadores o con el propio grupo no son siempre las mismas¹²³⁷.

A continuación procederemos a realizar un examen de las vicisitudes que tales elementos indiciarios han sufrido respecto a su valoración e interpretación así como en la determinación de su naturaleza y alcance.

2.2.1. Funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo

Tradicionalmente, el «*funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo*», estaba conformado por dos subelementos o requisitos fundamentales:

1. La unidad de dirección
2. Apariencia externa de unidad empresarial

Ahora bien, es doctrina jurisprudencial consolidada apreciar que la unidad de dirección constituye un elemento determinante de la concepción de grupo, un factor inherente a la “fisiología” del mismo, no considerándose ya como elemento adicional para la apreciación de la responsabilidad solidaria pues, si así fuera, en todos los grupos de sociedades debería producirse tal comunicación de responsabilidades¹²³⁸.

¹²³⁷ Tal criterio ya había sido adoptado por la STS 20-03-2013 (Rº 81/2012).

¹²³⁸ Hay antecedentes en la doctrina casacional, tal y como se deriva de la STS30-04-1999 (Rº 4003/1998), en la que se reconoce la existencia de un único grupo bajo dirección económica unitaria, sin que por tal elemento deba existir confusión de plantilla o sucesión empresarial, siempre y cuando se conserve la titularidad formal de las diversas sociedades que conforman el grupo y etas continúen siendo el ámbito de organización y gestión separado y diferenciado

Lo mismo ocurre respecto a la apariencia externa de unidad empresarial, pues es una exteriorización de la unidad de dirección interna y, por ende, no es un criterio determinante de la extensión de la responsabilidad a las sociedades del grupo¹²³⁹, pues forma parte de su propia fisiología¹²⁴⁰.

Sentada tal regla general, debe hacerse constar que tal apariencia externa sí podrá considerarse como elemento adicional de responsabilidad si con tal apariencia se hubiese intentando defraudar la confianza de un tercero, a través de la desfiguración de la realidad empresarial, cuando la sociedad dominante actúa creando la apariencia

en el que se desarrollan las actividades empresariales y las relaciones jurídico-laborales con sus trabajadores.

En el mismo sentido se pronuncia el Alto Tribunal en la STS 04-04-2002 (R° 3045/2001). Es más, tal criterio se consolida con la STS 27-05-2013 (R° 78/2012).

¹²³⁹ Una postura discrepante a la mantenida por el Alto Tribunal sostiene CAMPS RUIZ, L. M., *Grupos de sociedades: jurisprudencia reciente y ¿Reforma? de la legislación mercantil*, ob. cit., pp. 16 a 19., al entender que se ha producido una “*depreciación o relativización de su significado*” y ello porque, en la anterior doctrina casacional, no se hacía referencia únicamente a la manifestación exterior de la dirección unitaria sino a la auto presentación del grupo como unidad, a partir de la cual se creaba en los terceros que les relacionaban con el mismo la creencia de que la contraparte era efectivamente el grupo como tal o que, al menos, la sociedad con la que se venía a contratar contaba con el respaldo del propio grupo; en síntesis la apariencia unitaria es, pues, algo más que la mera o simple manifestación hacia el exterior de la unidad de dirección.

¹²⁴⁰ La STS 19-11-2013 (R° 37/2013) viene a determinar que la apariencia externa de unidad no puede considerarse como un elemento determinante de la patología grupal, pues es inherente al mismo.

Diferente opinión mantiene el TSJ Castilla León 24-06-2012 (R° 2505/2012), al establecer que «*cuando dos empresas bajo la misma dirección comparten la misma sede y centro de trabajo, desarrollando además idéntica actividad social en el mismo lugar (...) genera una apariencia externa de unidad que en principio es suficiente para decretar la existencia de grupo de empresas con responsabilidad solidaria*». Es más, si convergen evidencias respecto a «*una primera apariencia de unidad, la carga de esas circunstancias excluyentes de la existencia de grupo corresponde a quien las alega*».

Ahora bien, debe hacerse constar que el razonamiento de tal resolución judicial se ha considerado cuestionable, pues el simple hecho de compartir una misma actividad así como un mismo domicilio social o sede resulta insuficiente para presumir tal fraude. *Vid.*, al respecto, DESDENTADO BONETE, A. y DESDENTADO DAROCA, E., *Grupos de empresas y despidos económicos*, ob. cit., p.59.

de que la transacción comercial se realiza con ella, sobre todo en aquellos casos en los que se utiliza el sello propio del grupo¹²⁴¹.

Debe hacerse constar que hay criterios que vienen a admitir que la mera utilización de la marca del grupo societario no es suficiente para extender la responsabilidad si no ha generado ese punto de confianza o seguridad en los contratantes

Por ello, el simple conocimiento de la vinculación del grupo, así como la publicidad respecto a la pertenencia a este no son elementos suficientes para que se produzca la comunicación en la responsabilidad entre las sociedades grupales, si no han generado la confianza de que se contrata con la sociedad dominante o de que es esta la que asume la responsabilidad del negocio¹²⁴²; para que tal comunicación se produzca debe haberse producido¹²⁴³ el fenómeno conocido como «*confusión de esferas*»¹²⁴⁴.

Explícitamente, el Anteproyecto de Código Mercantil, vendría a añadir dos nuevos indicios a los que, actualmente, ya conforman el artículo 42 CCo, sobre la presunción de que una sociedad ejerce el control sobre otra; en concreto, el artículo 291-3.1 ACM viene a adicionar que

a) «*Cuando una sociedad haya incluido en la denominación elementos significativos de la denominación o del anagrama de otra sociedad o*

¹²⁴¹ RAMOS QUINTANA M.I., *La responsabilidad laboral de los grupos de empresas*, ob. cit., p. 59.

¹²⁴² *Ibidem*, pp.58 y ss.

¹²⁴³ *Vid.*, al respecto, STS 27-05-2013 (R° 78/2012).

¹²⁴⁴ Tal y como establece PAZ ARÉS, C., *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I, URÍA Y MENÉNDEZ, Madrid, 1999, pp. 552 a 561, «*la confusión de esferas, concurrente cuando la sociedad y el socio, con frecuencia otra sociedad, actúan de manera que se desdibuja frente a terceros la separación entre ambos (uso de los mismos locales, denominaciones o signos, personal etc., limitando su aplicación a los supuestos en los que el acreedor no haya podido identificar a la contraparte o cuando haya sido inducido a pensar que la contraparte es el socio)*».

de signo distintivo notorio o registrado a nombre de esta o de cualquier otra sociedad perteneciente al grupo», y

- b) *«Cuando una sociedad haya hecho constar en la documentación o en cualquier clase de publicidad la perteneciente de la misma al grupo».*

Nuevos indicios que irían aparejados o relacionados a una regla sobre responsabilidad por apariencia de la empresa dominante, estableciendo el artículo 291-13 ACM que *«la sociedad dominante responderá subsidiariamente, cuando se hubiera generado en el acreedor, por las circunstancias concurrentes, la apariencia de que la dominante asumía tal responsabilidad».*

Con esta regla se reforzaría el significado o, mejor dicho, la trascendencia laboral del elemento de «apariencia externa unitaria», que, bajo las condiciones anteriormente expuesta, y con independencia de la naturaleza de la corresponsabilidad (solidaria o subsidiaria), conllevaría la exigibilidad de tal responsabilidad compartida¹²⁴⁵.

Ahora bien, tras la modernización de esta doctrina sobre los elementos indiciarios, el propio Tribunal Supremo estableció que uno de los elementos determinantes de la extensión de la responsabilidad solidaria era el funcionamiento unitario de la organización de las empresas del grupo pero introduciendo un importante matiz *«manifestado en la prestación indistinta de trabajo a favor de varias de las empresas del grupo»*¹²⁴⁶, y ello porque los elementos que han sido objeto de análisis en

¹²⁴⁵ CAMPS RUIZ, L. M., *Grupos de sociedades: jurisprudencia reciente y ¿Reforma? de la legislación mercantil*, ob. cit., p. 24.

¹²⁴⁶ Existe un funcionamiento laboral integrado cuando, por ejemplo, existe trabajo simultáneo o común para las sociedades integrantes de una unidad económica de explotación en la que existe una actividad administrativa, contable y de gestión únicas [STSJ Asturias 05-07-2013 (R° 31/2013)] ; así como cuando seis trabajadores son traspasados de una sociedad a otra del grupo para evitar la condición de fijeza, existiendo, por tanto, una actuación

líneas anteriores, es decir, la unidad de dirección y la apariencia externa son, en principio, elementos consustanciales a la propia esencia o fisiología del grupo de sociedades.

Pues bien, adentrándome ya en la nueva configuración que la doctrina jurisprudencial da al presente elemento, debo hacer constar, en primer lugar, que la reformulación de este requisito adicional, conocido también en algunas ocasiones por «unidad de plantillas», citado en primer lugar al ser, de todos los elementos indiciarios el que en mayor grado persigue la adaptación de la técnica del levantamiento del velo al ámbito laboral, debe pasar por la introducción de la siguiente puntualización: el funcionamiento integrado de las organizaciones empresariales puede tener una proyección o plano individual (prestación de trabajo indistinta, simultánea o sucesiva) o colectiva («confusión de plantillas») que determinan un único empleador (las diversas empresas que reciben la prestación de servicios)¹²⁴⁷, viniendo a suponer tal consideración la prestación de servicios, por parte del trabajador, de manera indistinta para dos o más sociedades del grupo, con confusión de la plantilla a la que formalmente está adscrito cada uno de los trabajadores y prestación de trabajo de manera indistinta para cada empleador¹²⁴⁸.

A partir del giro jurisprudencial llevado a cabo por el Tribunal Supremo en la llamada «doctrina Aserpal», la unidad de plantillas, desde una óptica individual, consiste en la prestación de servicios, indistinta,

fraudulenta para vulnerar los derechos de los trabajadores [STSJ Galicia 07-05-2013 (R° 3/2013)] ; o coincidencia del objeto social y la actividad de las diversas empresas del grupo con frecuente traspaso de personal de unas sociedades a otras (en este supuesto, las sociedades objeto de litigio eran residencias de ancianos) [STSJ Madrid 22-07-2013 (R° 1276/2013)].

¹²⁴⁷ PRECIADO DOMENECH, C.H., *Los grupos de empresas tras las últimas reformas laborales*, ob. cit., p. 31.

¹²⁴⁸ STSJ Canarias 22-04-2002 (R° 1128/2002).

simultánea o sucesiva para varias de las sociedades que conforman el grupo, mientras que, desde una perspectiva colectiva, desemboca en una confusión de plantillas, en la que varias o incluso todas las sociedades que configuran el grupo reciben la prestación de servicios¹²⁴⁹.

La prestación de servicios en las diversas sociedades que conforman el grupo puede desarrollarse de manera alternativa o de forma sucesiva a través de contratos encadenados.

La existencia de plantilla única se produce cuando las sociedades que conforman el grupo se benefician de la «prestación laboral indiferenciada»¹²⁵⁰ de trabajadores que, formalmente aparecen adscritos a la plantilla de una de las empresas del grupo pero que, efectivamente, prestan sus servicios de forma alternativa para varias sociedades del propio grupo¹²⁵¹.

La más que citada STS 27-05-2013 viene a sostener que «*el funcionamiento unitario de las organizaciones empresariales, tiene una proyección individual [prestación de trabajo indistinta] o colectiva [confusión de plantillas] que determinan una pluralidad empresarial [las diversas empresas que reciben la prestación de servicios]*»; y la STS de 22 de septiembre de 2014 alude al «*funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo, manifestado en la prestación indistinta de trabajo -simultánea o sucesivamente- en favor de varias de las empresas del grupo*».

¹²⁴⁹ PRECIADO DOMENECH, C.H., *Los grupos de empresas tras las últimas reformas laborales*, ob. cit., p. 32.

¹²⁵⁰ SAN 10-12-2013 (R° 333/2013).

¹²⁵¹ STSJ País Vasco 04-09-2012 (R° 6/2012).

1. Cuando hablamos de prestación de carácter simultáneo para varias empresas del grupo, nos estamos refiriendo a que el propio trabajador viene a prestar sus servicios para más de una sociedad del grupo, o bien se recurre a la figura de acuerdo con la cual una empresa se sirve de la actividad laboral del trabajador, cuyo contrato de trabajo permite prestar sus servicios para diversas sociedades del grupo¹²⁵².

El primer supuesto anteriormente citado es el que viene a presentar controversias en relación con la extensión de la responsabilidad, pues al prestar el trabajador sus servicios de manera simultánea para varias sociedades, todas ellas se vienen a ocupar una posición empresarial.

Con relación a tal cuestión, el Tribunal Supremo estimó que el funcionamiento unitario de las organizaciones empresariales puede tener tanto una proyección individual (prestaciones de trabajo indistintas) como colectiva (derivada en confusión de plantilla) lo que viene a conducir a la consideración, no del grupo como tal, sino de una pluralidad empresarial (que estaría formada por todas aquellas sociedades que se han visto beneficiadas por los servicios prestados por parte del trabajador). En tal supuesto, tal y como se aprecia, no todas las sociedades del grupo quedarían salpicadas por la extensión de la responsabilidad solidaria, sino únicamente las beneficiarias de los servicios de los trabajadores objeto de trasvase,

¹²⁵² Según la STSJ Valencia 07-02-2013 (R^o1/2013) algunos de estos servicios serían el ejercicio de labores de contabilidad y gestión administrativa o gestoría de cada una de ellas bajo la dirección de la sociedad que aparece como titular del contrato laboral. Según la resolución anteriormente referenciada, el trabajador lo es de una única sociedad.

viniendo a configurar lo que la misma jurisprudencia ha denominado «posición empresarial plural».

La doctrina científica, pronunciándose al respecto, ha venido a determinar que cuando nos encontramos en presencia de diversas relaciones laborales distintas y con varios empresarios, para excluir la extensión de responsabilidad solidaria, deben de tratarse de contratos cuyas prestaciones sean diferentes y perfectamente objetivables¹²⁵³.

La problemática de estas prácticas en una cantidad ingente de supuestos es la falta de “cobertura contractual”¹²⁵⁴ apropiada; es decir: sin contrato con cada una de las sociedades que se beneficia de los servicios que presta el trabajador, llegando a haber incluso prestación de servicio común para distintas sociedades grupales sin soporte contractual específico con cada una de estas sociedades¹²⁵⁵.

Independientemente del tipo de situación, lo idóneo sería articular estas situaciones mediante los sistemas de pluriempleo o pluriactividad¹²⁵⁶, no solo a efectos contractuales, sino también de encuadramiento en la Seguridad Social¹²⁵⁷.

Podríamos decir que uno de los casos que menor controversia presenta a efectos de determinar la confusión de plantillas es el relativo a la ausencia de plantilla por parte de una de las sociedades

¹²⁵³ Según BAZ RODRÍGUEZ, J., *Las relaciones de trabajo en la empresa de grupo ob. cit.*, p. 257, «la coexistencia simultánea de más de un contrato de trabajo en el grupo, resultando en principio jurídicamente posible, vendría en la práctica restringido a supuestos casi de laboratorio».

¹²⁵⁴ MOLINS GARCÍA-ATANCE J., “El grupo de empresas con efectos laborales” *ob. cit.*, p.9.

¹²⁵⁵ RAMOS QUINTANA, M.I., La responsabilidad laboral de los grupos de empresas, *ob. cit.*, p. 62.

¹²⁵⁶ *Ibidem*, p. 63.

¹²⁵⁷ STSJ Aragón 16-04-2014 (Rº 171/2014).

del grupo, que viene a desarrollar sus funciones a través de trabajadores contratados por una de las sociedades del grupo. En tal supuesto nos encontramos ante una confusión de plantilla y, por tanto, se extiende la responsabilidad solidaria¹²⁵⁸.

2. En relación con la prestación de carácter sucesivo para diferentes empresas del grupo debemos realizar varias apreciaciones.

Desde este presupuesto, la prestación de servicios se realiza a lo largo del tiempo para más de una sociedad del grupo. El traspaso de trabajadores bajo tales características, existiendo un único contrato con una sola de sociedad del grupo viene a constituir «prestación indiferenciada de trabajo» (elemento indiciario de patología” o «confusión de plantillas» (dependiendo de sus dimensiones). En ambos casos, la falta de transparencia es lo que vendría a determinar la existencia de extensión de responsabilidad empresarial¹²⁵⁹.

La suscripción, de manera sucesiva, de contratos laborales con diferentes sociedades ha sido reconocida como práctica lícita si concurren dos circunstancias: o bien, que se suspenda el contrato, o bien que se extinga el contrato anterior y sustituirlo por otro contrato con otra sociedad diferente. En este supuesto, la sucesión de contratos laborales con sociedades del mismo grupo no supondría confusión de plantillas¹²⁶⁰.

Las prestaciones laborales sucesivas e indiferenciadas como modo organizativo de las relaciones laborales en las sociedades de grupo

¹²⁵⁸ STS 20-03-2013 (R° 81/2012).

¹²⁵⁹ RAMOS QUINTANA, M.I., *La responsabilidad laboral de los grupos de empresas*, ob. cit., p. 63.

¹²⁶⁰ *Vid.*, entre otras, la STSJ Castilla León 14-03-2012 (R° 98/2013).

deben considerarse, en principio, como elemento patológico o irregular de la actividad de las sociedades, pues representan un claro escape de las reglas que rigen el contrato de trabajo y que exige la identificación de ambas partes, mereciendo tal praxis la calificación de prestamismo laboral¹²⁶¹.

Lo anteriormente expuesto, tiene una excepción, y es que tales prestaciones tengan cobertura contractual específica, incluyendo la posibilidad de suspender el contrato de trabajo anterior para poder dar cobertura a esta nueva contratación laboral¹²⁶².

Y es que el funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo determinante de confusión de plantilla viene a suponer, con alguna salvedad, una situación singularizada por cuanto un conjunto importante de trabajadores¹²⁶³ viene a prestar sus servicios, de manera simultánea o sucesiva y, de forma habitual o normalizada, para varias sociedades que conforman el grupo¹²⁶⁴ siendo trascendental, en principio, ese rasgo de normalidad o habitualidad en la prestación de los servicios.

Asimismo, debo añadir la existencia de otra construcción doctrinal que considera que la circulación de trabajadores dentro del grupo de

¹²⁶¹ RAMOS QUINTANA, M.I., *La responsabilidad laboral de los grupos de empresas*, ob. cit., p.64.

¹²⁶² *Vid.*, al respecto, ESTEVE SEGARRA, A., *Grupo de sociedades y contrato de trabajo*, ob. cit., pp. 170-190.

¹²⁶³ La STS de 20 de noviembre de 2014, viene a establecer que para el reconocimiento de la existencia de una situación de confusión de plantillas «debería acreditarse que toda o al menos la mayor parte de la plantilla afectada prestó servicios de forma simultánea e indistinta para las codemandadas»

¹²⁶⁴ Sirvan de ejemplos los siguientes supuestos enjuiciados por la doctrina casacional, en los que «las empresas demandadas han utilizado habitualmente trabajadores de todas ellas» [STS 22-09-2014 (Rº 314/2013)] o «cuando los trabajadores de una de las empresas atendían de forma indistinta y prestaban servicios para todas esas empresas» (STS 20-03-2013 (Rº 81/2012)).

sociedades puede instrumentarse a través de un acuerdo novatorio¹²⁶⁵ del propio contrato de trabajo, en el cual las partes aceptarían modificar la persona del empleador, entendiendo que lo producido es una cesión del contrato que deberá, evidentemente, ser aceptada por el trabajador, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1205 CC, por lo que mediante estos pactos de cesión de contrato se vendría a negar la existencia de prestación de trabajo indiferenciada o confusión de plantilla¹²⁶⁶.

Por tanto, una intervención por parte del legislador en la que resolviese el presente extremo sería verdaderamente imprescindible para poder confirmar la identidad de las partes que intervienen en el contrato de trabajo, cerrando así el paso a otras instituciones jurídicas tales como la cesión del contrato a otra sociedad del grupo¹²⁶⁷.

Todo lo expuesto, al margen de que podamos encontrarnos con supuestos «más diáfanos» de confusión de plantillas en su sentido global, propio o estricto, tales como aquellos en los que los trabajadores, que aparecen formalmente adscritos a las plantillas de diversas

¹²⁶⁵ RAMOS QUINTANA, M.I., *La responsabilidad laboral de los grupos de empresas*, ob. cit., p. 63 viene a establecer que “*La novación con efecto extintivo del contrato de trabajo siempre ha generado especiales cautelas en el Derecho del Trabajo, particularmente porque pudiera lesionar principios informadores del ordenamiento jurídico, como la irrenunciabilidad de derechos establecidos en normas de derecho necesario o considerados como indisponibles por el convenio colectivo*”

Continúa añadiendo la autora, en este caso citando a BAZ RODRÍGUEZ, J., *Las relaciones de trabajo en la empresa de grupo*, ob. cit., pp. 280-282, “*La autonomía individual no podría crear una relación jurídico laboral sin que se dé una transformación global de la regulación de intereses anteriormente existente, aun cambiando uno de sus sujetos, por lo que sería necesaria una intervención decidida por parte del legislador en estos casos a fin de corregir la formal voluntad de las partes que suscriben una novación extintiva del contrato de trabajo, declarando la continuidad de la relación de trabajo a los efectos que resulten oportunos*”.

¹²⁶⁶ Vid., al respecto, las STSJ Cataluña 8-02-2013 (R° 6551/2012); SSTSJ Comunidad Valenciana 26-06-2012 (R° 1201/2012) y 24-07-2012 (R° 1681/2012). Estas resoluciones, en resumen, vienen a entender que estamos en presencia de diversas subrogaciones que, en todo caso, han considerado los derechos laborales de los trabajadores interesados.

¹²⁶⁷ Vid., al respecto, RAMOS QUINTANA, M.I., *La responsabilidad laboral de los grupos de empresas*, ob. cit., p. 66.

sociedades del grupo, llegando incluso a confundirse o entremezclarse, desarrollan sus servicios en el mismo proceso de producción y en las inmediaciones de un mismo edificio propiedad de una de las sociedades que conforma el grupo, llegando a utilizar incluso la misma maquinaria¹²⁶⁸, así como aquellos casos en los que existen sociedades dentro del propio grupo que, no teniendo formalmente trabajadores adscritos a sus plantillas, se benefician, materialmente de los servicios del personal adscrito a otras sociedades del mismo grupo¹²⁶⁹.

Ahora bien, a pesar de lo expuesto, debemos distinguir la llamada «confusión de plantillas» respecto de la cesión de trabajadores entre las sociedades que conforman el grupo.

Y ello porque cuando, de forma singularizada, uno o varios trabajadores, pasan a prestar sus servicios a una empresa del grupo distinta de las que les contrató no estaremos, necesariamente, ante una confusión de plantilla, sino más bien ante un supuesto de cesión ilegal de trabajadores¹²⁷⁰.

Asimismo, debemos afirmar que la jurisprudencia ha venido a mantener que la circulación de trabajadores entre empresas de un grupo no constituye¹²⁷¹, en principio, cesión ilegal de trabajadores¹²⁷².

¹²⁶⁸ *Vid.*, al respecto, la STSJ Madrid 22-07-2013 (R° 5645/2012).

¹²⁶⁹ *Vid.*, al respecto, la más que citada STS 20-03-2013 (R° 81/2012), así como también la STSJ Madrid 29-01-2014 (R° 1652/2013). En esta última, nos encontramos ante un grupo de sociedades, cuya actividad era la confección, en la que los trabajadores al etiquetar las prendas que fabricaban, colocaban, indistintamente, las etiquetas de las sociedades que conforman el grupo. Asimismo, ninguna de las sociedades tenía trabajadores suscritos a sus plantillas.

¹²⁷⁰ CAMPS RUIZ, L.M., *Grupos de sociedades: jurisprudencia reciente y ¿Reforma? de la legislación mercantil*, ob. cit., p 8.

¹²⁷¹ CAMPS RUIZ, L.M., *Grupos de sociedades: jurisprudencia reciente y ¿Reforma? de la legislación mercantil*, ob. cit., p.10, mantiene una postura contraria, al considerar que «que no hay razones convincentes para esa negativa, especialmente cuando ya se admite pacíficamente que la cesión ilegal de trabajadores puede producirse entre empresas “reales”».

Es más, cuando el propio Tribunal Supremo declara la responsabilidad solidaria de las sociedades partícipes de esas prácticas, no realiza tal declaración en base a que tales sociedades conformen un grupo con unidad de plantillas¹²⁷³, sino por aplicación analógica del artículo 43 ET¹²⁷⁴.

La no consideración en estos supuestos de confusión de plantillas lo constata también la exigencia de la jurisprudencia acerca de la conformidad del trabajador para que se realice su puesta a disposición a otra de las sociedades del grupo, aunque conservando su relación o vínculo laboral con la empresa inicial pues, de lo contrario, podría dar lugar a un incumplimiento contractual por parte del empleador¹²⁷⁵.

Para finalizar con este lindero que divide la confusión de plantillas del supuesto de cesión ilegal, me parece interesante analizar la STS 26-03-2014 (R° 158/2013) respecto a los procedimientos de despidos colectivos llevados a cabo por el Ente Público Radio Televisión de Madrid¹²⁷⁶.

Con independencia de los problemas planteados en relación con las exigencias de legitimación de los consorcios empresariales¹²⁷⁷ pues, según los hechos probados, la extinción colectiva «*se instó de forma conjunta por el ente público y las sociedades codemandadas*», el Tribunal de instancia, el TSJ de Madrid, en sentencia de 09-04-2013(R° 18/2013) concluyó que el ente público, junto con las sociedades codemandadas,

¹²⁷² Así viene a recordarse por el Alto Tribunal en STS 13-11-2013 (R° 63/2013).

¹²⁷³ *Vid.*, al respecto, CAMPS RUIZ, L.M., *Grupos de sociedades: jurisprudencia reciente y ¿Reforma? de la legislación mercantil*, *ob. cit.*, pp. 10 y ss.

¹²⁷⁴ STS 25-06-2009 (R° 63/2013).

¹²⁷⁵ STS 26-11-1990 (ROJ 8565/1990).

¹²⁷⁶ Aunque en este trabajo no entramos a valorar los procedimientos de despido colectivo llevados a cabo por las administraciones públicas, este caso resulta trascendente al establecer doctrina general sobre dicho elemento adicional.

¹²⁷⁷ Cuestión que será trata en el capítulo que sigue al presente.

constituían *«un grupo empresarial no solo a efectos mercantiles, sino también a efectos laborales»*, por lo que como tal grupo ostentaba la *«legitimación necesaria»*.

Puesto que tal resolución fue objeto de recurso, el TS vino a recapitular su doctrina al respecto, concluyendo, tras diversas apreciaciones, que *«en el supuesto enjuiciado se dan elementos suficientes para afirmar que nos hallamos en presencia de lo que se denomina grupo de empresas a efectos laborales que es el EPRTVM al que pertenecen las dos sociedades mercantiles de carácter instrumental»*, viniendo a concluir la improcedencia de las extinciones ejecutadas derivadas del proceso de despido colectivo.

En relación con la declaración de patología grupal, uno de los votos particulares suscritos venía a disentir, entre otros, sobre este punto al sostener que en el supuesto objeto de enjuiciamiento no concurría *«ninguno de estos elementos adicionales que dan lugar a la existencia de grupo patológico»*.

Existe, no obstante, un dato significativo escasamente aludido por la sentencia casacional y totalmente desapercibido por el voto particular.

Respecto del segundo voto particular, que además de defender la calificación de nulidad de los despidos en lugar de su improcedencia, viene afirmar que no existe confusión de plantillas *«aunque se aplique un régimen convencional común»*.

Pese a ello, los hechos probados que se recogen en la sentencia no constatan la sola existencia de *«un único Convenio Colectivo aplicable tanto al Ente Público como a las dos sociedades mercantiles instrumentales»*, sino que el citado convenio colectivo *«prevé en su art. 9*

*la posibilidad de que los trabajadores de una sociedad presten servicios en la otra o en el Ente*¹²⁷⁸.

Tal previsión viene a implicar «*la movilidad de personal de una Sociedad a otra, del Ente a las Sociedades o viceversa*», inclusive «*cuando no hubiera personal voluntario*».

Es pues el propio convenio colectivo el que está configurando «*el carácter unitario o compartido*»¹²⁷⁹ del personal suscrito a las diversas plantillas, tanto del Ente Público como de sus órbitas empresariales.

Lo dicho anteriormente viene a significar que la confusión de plantillas puede darse como una situación de hecho, que puede manifestarse mediante la prestación de servicios a una sociedad diferente de la contratante; pero también puede ser una situación identificada y recogida por el convenio colectivo aplicable al respecto, en la que vendría a estructurarse las plantillas que conforman las diversas sociedades grupales como una «*plantilla unificada o común*»¹²⁸⁰.

No debemos olvidar pues, que el artículo 40 ET viene a configurar el traslado «*como movilidad entre centros de trabajo de una misma empresa*»¹²⁸¹. La cláusula convencional podría asimilarse a «*un reconocimiento de parte*»¹²⁸² de que, realmente, estamos en presencia de una empresa de carácter unitario.

Y lo anteriormente expuesto, y aquí radica la excepción anteriormente anunciada, con independencia del recurso a tal facultad

¹²⁷⁸ Tal apreciación y la argumentación que seguidamente se realizará fue efectuada y desarrollada por CAMPS RUIZ, L.M., *Grupos de sociedades: jurisprudencia reciente y ¿Reforma? de la legislación mercantil*, ob. cit., pp. 10 y ss.

¹²⁷⁹ *Ídem*

¹²⁸⁰ *Ídem*

¹²⁸¹ *Ídem*

¹²⁸² *Ibidem*, p. 13.

convencionalmente reconocida que las sociedades del grupo pretendan realizar, es decir, tal supuesto se produce de manera similar a lo que ocurre en los supuestos de traslados en una sociedad que no participa del fenómeno grupal: el simple hecho de que no se originen traslados entre diversos centros no significa que no se trate de una plantilla unificada que englobe a todos los centros, pues lo que realmente importa es «*la facultad de ordenarlos*»¹²⁸³.

A modo de síntesis, y realizando una valoración de todo lo expuesto hasta ahora, podríamos concluir que quedaría fuera de la consideración de funcionamiento unitario aquellas situaciones en las que el beneficio de la explotación de la actividad laboral a favor de una o varias sociedades del grupo, distintas al empleador formal, resulta estrictamente circunstancial o eventual y, por ende, totalmente insuficiente para lograr acreditar la confusión de plantillas¹²⁸⁴; principalmente si tal prestación ocasional está cubierta en la propia contratación del trabajador o incluso en pactos de transferencia de índole diversas, bien sea por convenio colectivo o pactos individuales suscritos de manera voluntaria por parte de los trabajadores, siempre y cuando se excluya un aprovechamiento o beneficio generalizado de los resultados derivados de los servicios prestados por los trabajadores¹²⁸⁵.

Sin embargo, en algunas ocasiones, se ha defendido la aplicación de un criterio de valoración que no estuviese basado en parámetros cuantitativos sino en elementos cualitativos, concluyéndose la existencia de «*plantilla única*» cuando la prestación indistinta de servicios por

¹²⁸³ *Ídem*

¹²⁸⁴ STSJ Castilla y León 11-10-2011 (Rº 1257/2011).

¹²⁸⁵ STSJ Cantabria 26-09-2012 (Rº 2/2012).

parte de los trabajadores afecta a un grupo importante de trabajadores, como es el conjunto de empleados que desempeñan sus funciones en la estructura central de la dirección del grupo¹²⁸⁶.

En definitiva, dejando a un margen aquellos casos cuya calificación resulta previsible, seguimos encontrándonos con un amplio margen de inseguridad jurídica, por lo que a este terreno respecta.

Es más, a mi entender, resulta destacable apuntar que si analizamos la mayor parte de resoluciones emanadas, tanto de la jurisprudencia como de la doctrina judicial sobre este elemento indiciario, veremos que una cantidad ingente de ellas tiene, como trasfondo del asunto, la determinación de la patología grupal en relación con un procedimiento de despido colectivo.

Tal situación dista mucho de ser baladí, pues las consecuencias y efectos que la «confusión de plantillas» tiene sobre los procedimientos de despido colectivo son importantes, no solo a efectos de determinación de los umbrales numéricos previstos por el artículo 51.1 ET sino también para precisar cuáles serán los trabajadores afectados por tal proceso extintivo.

Y ello, pese a que la «doctrina Aserpal» ha producido, según ha apuntado algún que otro autor¹²⁸⁷, no solo a efectos de la aplicación del artículo 51 ET sino también respecto a la imputación de responsabilidades laborales, una inconveniente restricción o acotación de las posibilidades jurídicas de imputación respecto a la posición

¹²⁸⁶ *Vid.*, al respecto el FJ 15º SAN 12-6-2014 (Rº 79/2014)

¹²⁸⁷ *Vid.*, al respecto, BAZ RODRÍGUEZ, J., “El despido colectivo en las empresas de grupo. Viejos y nuevos problemas, tras el cambio normativo (2012-2014)”, *Trabajo y Derecho*, Nº 1, Enero, 2015, p. 10

empresarial o, mejor dicho, del empleador, limitando la consideración del grupo de sociedades como unidad laboral de empresas a la utilización, únicamente, del fundamento técnico de la doctrina del levantamiento del velo¹²⁸⁸ condicionando, por tanto, su apreciación a la concurrencia de fraude de ley en el uso (o abuso) de las formas jurídicas¹²⁸⁹.

Dicha cuestión ha distado de ser pacífica, llegando incluso al cuestionamiento de la mentada opción técnico-interpretativa mediante la suscripción de un voto particular que viene a oponerse a la doctrina general mantenida por la Sala¹²⁹⁰.

En la anterior jurisprudencia nos encontrábamos con resoluciones tendentes a interpretar que, mayormente, en los supuestos de confusión de plantillas o utilización indistinta de mano de obra no resultaba necesario hacer uso de tal recurso «*ni quizá, cabría añadir, conveniente*»¹²⁹¹ para justificar la responsabilidad solidaria, y ello porque nos bastaría con identificar al empleador real (que en el supuesto que nos atañe sería colectivo o plural) a partir de lo dispuesto en el artículo 1.2 ET, sin ser necesario el acudir, con carácter añadido, a la teoría o fundamento del levantamiento del velo como penalidad o castigo por crear una apariencia fraudulenta¹²⁹².

¹²⁸⁸ *Ídem*

¹²⁸⁹ *Vid.*, entre otras, SAN 23-12-2013 (R° 306/2013).

¹²⁹⁰ Tal Voto Particular fue formulado frente a la STS 25-9-2013 por parte del Magistrado Salinas Molina, al que se adhirieron otros cuatro magistrados de la Sala, en el cual se apunta a la proyección restrictiva de la actual doctrina judicial, como consecuencia de la opción exclusiva por la teoría del fraude.

¹²⁹¹ BAZ RODRÍGUEZ, J., “El despido colectivo en las empresas de grupo. Viejos y nuevos problemas, tras el cambio normativo (2012-2014)”, *ob. cit.*, p. 10.

¹²⁹² Siguiendo justamente esta línea se encuentra la STS 20-03-2013 (R° 81/2012)

En virtud de lo expuesto, la concurrencia de otros elementos adicionales, podría llegar, en tales supuestos, a carecer de total trascendencia, llegando a erigirse «el funcionamiento unitario» como eje fundamental o elemento determinante en la valoración judicial de la apreciación de la patología grupal o de la unidad de empresa laboral.

Es más, todo ello con independencia de la presencia de numerosas distinciones y singularidades en las consecuencias aplicativas procedentes de una y otra técnica de imputación¹²⁹³, técnicas que, en algunas ocasiones, han llegado a aplicarse, de forma acumulativa, en una misma sentencia¹²⁹⁴: posibilidad de elegir con mayor exactitud qué trabajadores y qué empresas determinadas y, por ende, cuáles de ellas no se verían afectadas por la conjunción de una pluralidad de empleadores en aras de aplicar la norma laboral correspondiente; posibilidad de «sumar» centros de imputación (art. 1.2 ET), en vez de, meramente «desatender» los simulados o fraudulentos (levantamiento del velo), etc¹²⁹⁵.

Al acudir, por ende, al levantamiento del velo como única vía argumental, resulta complicado aceptar la consideración del grupo como unidad de empresa laboral de concurrir, de manera aislada, este elemento indiciario carente de algún aspecto fraudulento, o cuando no vaya acompañado del resto de elementos indiciarios, debiendo ser

¹²⁹³ BAZ RODRÍGUEZ, J., “El despido colectivo en las empresas de grupo. Viejos y nuevos problemas, tras el cambio normativo (2012-2014)”, *ob. cit.*, pp. 11 y ss.

¹²⁹⁴ *Vid.*, al respecto, la STSJ Cataluña 21-05-2013 (R° 9/2013).

¹²⁹⁵ Tal enumeración, así como los propios entrecomillados aparecen en BAZ RODRÍGUEZ, J., “El despido colectivo en las empresas de grupo. Viejos y nuevos problemas, tras el cambio normativo (2012-2014)”, *ob. cit.*, p. 10.

descartado, totalmente, cuando no estemos en presencia de una confusión de plantillas global o, en todo caso, colectiva¹²⁹⁶.

En mi opinión, lo que acaba de exponerse determina el verdadero alcance de la revisión de la doctrina casacional, donde viene a delatarse su carácter simplista e incluso regresivo.

A lo que debe añadirse la desaprovechada oportunidad, ya no tan solo de evolucionar en metodologías de interpretación que encuentren el equilibrio de intereses objeto de regulación en cada ámbito, convenientes y apropiados para proponer adaptaciones aplicativas a las normas laborales o, incluso, llegar a crear nuevos preceptos que se adecuen a las necesidades vigentes, sino de, al menos, abrazar la soluciones adoptadas por los estados miembros a problemáticas vigentes en nuestro sistema de relaciones laborales que, por ahora, distan mucho de verse solventadas.

Y es que, a mi entender, la problemática principal sigue radicando en la visión obsoleta y tradicionalista que se sigue teniendo sobre el concepto empresarial y marco organizativo, así como en sus modelos de evolución económica y productiva a través de estructuras mucho más complejas, con la finalidad de adaptarse, no solo a las exigencias del mercado sino también a las necesidades de los consumidores.

Especialmente importante hubiera sido que nuestro legislador hubiese abrazado la solución prevista en otros ámbitos comparados próximos, en concreto el italiano, cuya «Piedra Rosetta» llegó con la adopción de la teoría de «*la cotitularidad del contrato de trabajo*»¹²⁹⁷.

¹²⁹⁶ *Ibidem*, p. 12.

¹²⁹⁷ En Italia, las resoluciones jurisprudenciales dictadas con posterioridad al 2003, han propuesto otras vías u opciones alternativas a la tradicional y anticuada argumentación de la

Según tal teoría, la relación del trabajador ha de adscribirse con quien sea el verdadero titular de la sociedad con la cual se suscribe la relación laboral, independientemente de su específica personificación¹²⁹⁸.

Un planteamiento que, además, permite abordar la resolución de supuestos de hecho en que no se trata tanto de sancionar, sino más bien de apoyar o favorecer canalizando, aunque sea sucintamente, las necesidades y prácticas organizativas correspondientes a los grupos societarios: tanto de ciertas clases de grupos reconducibles por su *modus operandi*, no obligatoriamente fraudulento¹²⁹⁹, al sistema o configuración de la unidad de empresa laboral; cuanto de establecer centros o ejes de imputación «plurales» de todas aquellas disposiciones laborales que deban aplicarse a uno o diversos contratos de trabajo en aquellos supuestos en los que quepa imputar su titularidad a una diversidad de empleadores¹³⁰⁰.

Pero, para la consecución de tal fin, debe procederse a una adecuación o adaptación del concepto jurídico de empresa a la realidad material y económica imperante en la que realmente se encuadran las relaciones laborales, en la que tal adaptación pasaría por permitir la existencia de varios cotitulares de la sociedad más allá de la concreta formalización del contrato de trabajo y su fraccionamiento a favor de las diversas sociedades que conforman el grupo¹³⁰¹.

finalidad fraudulenta del grupo. *Vid.*, al respecto, RAMOS QUINTANA, M.I., *La responsabilidad laboral de los grupos de empresas*, *ob. cit.*, p. 68.

¹²⁹⁸ *Ibidem*, p. 69.

¹²⁹⁹ BAZ RODRÍGUEZ, J., “El despido colectivo en las empresas de grupo. Viejos y nuevos problemas, tras el cambio normativo (2012-2014)”, *ob. cit.*, p. 11.

¹³⁰⁰ BAZ RODRÍGUEZ, J., *Las relaciones de trabajo en la empresa de grupo*, *ob. cit.*, pp. 69-72 y 209-229.

¹³⁰¹ *Ibidem*, pp. 69-71 y 274-293.

2.2.2. Confusión de patrimonios y caja única

Si bien es cierto que la jurisprudencia formula ambos elementos de manera separada, realmente parece colegirse que el sentido último de la confusión de patrimonios y la caja única resultarían, en esencia, equivalentes¹³⁰². Es más, en la propia jurisprudencia¹³⁰³ se determinó que «*la caja única no es más que un claro reflejo de la confusión patrimonial*»¹³⁰⁴, lo que evidencia que vaya a efectuarse el análisis de ambos elementos de manera conjunta.

Se entiende que concurre tal elemento adicional cuando, entre las sociedades que integran el grupo empresarial existe un alto grado de comunicación entre sus patrimonios, bien porque existe una comunidad patrimonial, que se expresa a través del principio de «caja única», entradas y salidas de fondos económicos dando lugar a una «*permeabilidad operativa y contable*» o «*promiscuidad en la gestión económica*»¹³⁰⁵, tal y como ha hecho constar la doctrina jurisprudencial de forma reiterada¹³⁰⁶; o bien porque se produce un funcionamiento económico integrado, a través del cual las sociedades integrantes

¹³⁰² BAZ RODRÍGUEZ, J., “El despido colectivo en las empresas de grupo. Viejos y nuevos problemas, tras el cambio normativo (2012-2014)”, *ob. cit.*, p. 11.

Asimismo, el autor viene a señalar que tal equivalencia se produce más allá de lo que, en principio, podría interpretarse como una «*sutil diferencia referida a su objeto: bienes muebles y/o inmuebles en general («confusión de patrimonios»), o dinerarios, en particular («caja única»*».

¹³⁰³ STS 21-05-2014 (R° 182/2013).

¹³⁰⁴ No obstante, tal asunto fue enjuiciado por parte de la SAN 26-07-2012 (R° 124/2012) en la que venía a distinguir ambas figuras: confusión patrimonial y caja única. De tal resolución para adecuado colegir que, siempre que existan operaciones contables de caja única puede inferirse de tal situación una confusión de patrimonios entre las diversas sociedades del grupo a efectos de determinar la correspondiente responsabilidad solidaria.

¹³⁰⁵ STS 27-05-2013 (R° 79/2012)

¹³⁰⁶ *Vid.*, al respecto, las SAN 26-07-2012 (R° 124/2012) y STSJ Madrid 29-01-2014 (R° 1652/2013).

actúan en el ámbito económico, financiero y mercantil conforme a criterios comunes y pautas coordinadas. Asimismo, a través de dicho funcionamiento económico unitario todo tipo de activos y pasivos de diversa titularidad acaban siendo utilizados, de manera indiferenciada, por las sociedades que conforman el grupo.

Se produce una concesión y utilización de manera indiferenciada por parte de las sociedades grupales de bienes, derechos y obligaciones, en ambos casos que viene a contrariar, totalmente, la autonomía patrimonial inherente a la existencia de personas jurídicas separadas, llegando incluso a beneficiarse, asimismo, de los servicios prestados por parte de los trabajadores, por lo que también deberán responder, de manera colectiva, de tal rendimiento.

Asimismo, debe hacerse constar, tal y como lo hizo la propia doctrina casacional, que el elemento de confusión patrimonial no guarda una relación directa con la esfera del capital social sino con la del patrimonio, así como que tampoco es necesariamente derivable -aunque pueda ser un indicio al efecto- de la mera utilización de infraestructuras comunes¹³⁰⁷.

La posesión del capital social lo que viene a revelar es, simplemente, la existencia de una unidad de dirección, ejercida por la sociedad matriz o dominante, siendo este un elemento característico del grupo de

¹³⁰⁷ La confusión patrimonial podría manifestarse a través del pago de deudas, cesión de titularidad de edificios, utilización de sellos comerciales. Tales ejemplos pueden extraerse de las STSJ Aragón 10-12-2012 (R^o 527/2012) y STSJ Canarias 1-06-2012 (R^o 610/2011).

sociedades, no debiendo considerársele un elemento adicional apto para producir la extensión de la responsabilidad solidaria¹³⁰⁸.

Aparte de lo expuesto, el uso común de una infraestructura empresarial puede apreciarse como uno de los principales indicios externos de la presencia de confusión patrimonial, pero sin erigirse como un indicador necesario ni tampoco suficiente para determinar la concurrencia de tal confusión de patrimonios.

La confusión de patrimonios suele guardar una estrecha relación con la apariencia externa de unidad, pudiendo manifestarse, por ejemplo, en la igualdad en el objeto social, publicidad conjunta, utilización de las mismas marcas o sellos comerciales o la utilización de parecidas denominaciones sociales¹³⁰⁹.

Asimismo, la existencia de otros elementos como el uso de una infraestructura societaria común (edificios, locales o teléfonos) que generan una apariencia de aspecto unitario y que, además, viene a implicar otros elementos determinantes de la existencia del grupo, tales como la confusión de patrimonios¹³¹⁰.

La nueva doctrina casacional¹³¹¹ viene a establecer que confusión patrimonial no es identificable en la esfera del capital social, sino en la del patrimonio y tampoco necesariamente derivable, aunque pueda ser un indicio al efecto, de la mera utilización de infraestructuras comunes.

¹³⁰⁸ No siendo indicio de fraude de ley la participación accionarial, aunque sea con carácter mayoritario de unas sociedades respecto de otras, tal y como han establecido las SSTS 02-06-2014 (R° 546/2013) y 25-09-2013 (R° 3/2013)

¹³⁰⁹ PRECIADO DOMENECH, C.H., *Los grupos de empresas tras las últimas reformas laborales, ob. cit.*, p. 35.

¹³¹⁰ STSJ Canarias 01-06-2012 (R° 610/2011).

¹³¹¹ Además de la más que citada STS 27-05-2013 (R° 78/2012), también se han pronunciado en el mismo sentido, entre otras, las SSTS 28-01-2015 (R° 279/2014) y 24-09-2013 (R° 2828/2012).

La caja única viene a hacer referencia, tal y como anteriormente se ha expuesto, a lo que la propia doctrina ha calificado como «*promiscuidad en la gestión económica*»; que según la propia jurisprudencia, hace referencia a la situación de «*permeabilidad operativa y contable*»¹³¹².

Debido a las complejas y confusas relaciones intrasocietarias, se hace necesario cotejar y verificar, con la finalidad de descartar la presencia de confusión de patrimonios o, en su caso, de cada única, si un específico trasvase económico o incluso de activos entre las sociedades que conforman el grupo tiene fundamento contractual «*suficiente y real*», con las correspondientes contraprestaciones que derivan de la existencia de un contrato, así como un valor razonable de mercado como moneda de cambio para el uso de bienes o servicios, y si todos estos elementos aparecen plasmados en un «*soporte contable creíble y transparente*»¹³¹³.

En tal sentido debe hacerse constar que, a fin de favorecer o incluso fomentar técnicas contractuales que permitan al grupo poder explotar, comúnmente, sus recursos, la doctrina judicial no viene a determinar la existencia de una unidad de empresa laboral, en principio, ante la presencia de servicios u oficinas centrales donde los trabajadores de diferentes sociedades del grupo vienen desarrollando sus servicios¹³¹⁴, así como tampoco determina tal existencia ante una prestación de servicios, de manera centralizada, por parte de algunas sociedades del

¹³¹² STS 27-05-2013 (R° 78/2013).

¹³¹³ El entrecomillado corresponde a BAZ RODRÍGUEZ, J., “El despido colectivo en las empresas de grupo. Viejos y nuevos problemas, tras el cambio normativo (2012-2014)”, *ob. cit.*, p. 12.

¹³¹⁴ *Vid.*, SSAN 10-12-2013 (R° 333/2013) y 15-02-2013 (R° 376/2012).

grupo a favor de todas las demás en las que se incluye la externalización de las funciones directivas¹³¹⁵.

El papel que los aplicadores del derecho juegan respecto a este tipo de prácticas grupales resulta, en algunas ocasiones, bastante amplio, en relación con la valoración de las circunstancias convergentes en cada supuesto concreto, viniendo a resultar un elemento decisivo en la valoración judicial la transparencia y claridad contable de las operaciones societarias¹³¹⁶: contabilidades separadas, constancia de movimientos de tesorería, contratos de prestación de servicios o entrega de productos entre las sociedades del grupo, encuadrables dentro de la praxis ordinaria de cada sociedad, existencia de contratos financieros o comerciales auténticos o verídicos, precio de mercado o, mínimamente cercano al mismo, de las operaciones o servicios prestados, etc.

Partiendo de que la valoración judicial se erige como un elemento clave en la determinación de la convergencia de este elemento indiciario se debe, a mi entender, descender al propio casuismo a fin de analizar unos cuantos supuestos en los que los tribunales sí han determinado la concurrencia de la unidad de caja y/o confusión patrimonial y, otros supuestos, en los que tal apreciación no ha sido constatada.

1. Existe confusión patrimonial y/o unidad de caja:
 - a) Funcionamiento en régimen de caja única, centralizada en una de las sociedades que conforman el consorcio societario, que es la que procede al cobro de todas las facturas y atiende todos los gastos de

¹³¹⁵Vid., al respecto, la SAN 20-01-2014 (Rº 256/2013) en la que se daba un supuesto de prestación centralizada de servicios de soporte empresarial a cambio de honorarios correctamente facturados

¹³¹⁶ BAZ RODRÍGUEZ, J., “El despido colectivo en las empresas de grupo. Viejos y nuevos problemas, tras el cambio normativo (2012-2014)”, *ob. cit.*, p. 12.

las diferentes empresas del grupo, incluyendo los salarios de todos los trabajadores que prestan sus servicios para las diferentes sociedades del emporio. Asimismo, los trabajadores del grupo han prestado sus servicios indistinta y simultáneamente para todas las sociedades del grupo. Es más en el procedimiento de despido colectivo llevado a cabo por parte de este consorcio societario, en concreto, en las actas finales del periodo de consultas las sociedades integrantes admitieron la mayor antigüedad de sus trabajadores en cualquiera de las sociedades que conformaban dicho consorcio¹³¹⁷.

- b) Existe caja única derivada de préstamos con garantías hipotecarias entre sociedades del grupo y de préstamos que entre sí se hayan concedido estas mismas sociedades y otras que conforman el grupo societario¹³¹⁸.
- c) Existe caja única cuando los trabajadores de una sociedad trasvasados a otra empresa del grupo mientras se encuentran de alta en la sociedad en la que formalmente fueron contratados que, además, era la que realmente los retribuía; existiendo, por tanto, una comunidad económica interna¹³¹⁹.
- d) Concurre confusión de patrimonios ante la existencia de varios créditos de participación de cantidades importantes concedidos por unas sociedades del grupo a otras empresas que también forman parte de dicho consorcio, sin que quedase constancia en su devolución así como tampoco del ejercicio de acciones con la finalidad

¹³¹⁷ SAN 26-07-2012 (R° 124/2012).

¹³¹⁸ STSJ Madrid 01-07-2013 (R° 1202/2013).

¹³¹⁹ STSJ Galicia 07-06-2013 (R° 3/2013).

de recuperar el montante prestado ante el adeudo sucesivo del mismo¹³²⁰.

- e) También nos encontraríamos en presencia de confusión patrimonial cuando una de las sociedades del grupo abona las facturas de los transportes de otras dos empresas del grupo que, a su vez, venía a satisfacer pagos que correspondían a una de las dos primeras sociedades¹³²¹.
- f) A mi entender, también existiría confusión patrimonial cuando, ante la presencia de operaciones contables, se puede comprobar una actuación fraudulenta por parte de una o varias sociedades, cuya finalidad era proceder a la descapitalizaciones de una de las empresas del grupo¹³²².

2. Las circunstancias determinantes de la inexistencia de confusión patrimonial, según los tribunales son las siguientes:

- a) Sociedad dominante posee la titularidad de las empresas que conforman el consorcio societario, con independencia de que dicha participación alcance el 100 % de su totalidad¹³²³.

¹³²⁰ STSJ Cataluña de 21-06-2013 (R° 9/2013).

¹³²¹ STSJ Madrid 29-01-2014 (R° 256/2013)

¹³²² Así parece deducirse de la STS 20-05-2014 (R° 168/2013), que viene a enjuiciar un grupo de sociedades en el que se ven envueltas tres sociedades: una única de las sociedades era la que contaba con trabajadores a su cargo, una segunda alquilaba el inmueble donde los trabajadores venían a prestar sus servicios y la última venía a recibir transferencias, con carácter periódico, por parte de la sociedad número uno. En tal supuesto, la propia Sala pudo comprobar que las transferencias efectuadas tenían un carácter fraudulenta cuya finalidad era la descapitalización de la sociedad que contaba con trabajadores a su cargo, viniendo a concluir que tal funcionamiento grupal tenía como finalidad la desviación de capitales así como la descapitalización de la sociedad que contaba con plantilla de trabajadores a su cargo.

¹³²³ Así vino a considerarlo la STS 25-09-2013 (R° 3/2013) en la que, en el supuesto en el que casi el 100% de las acciones eran posesión de la sociedad matriz, el grupo societario del que las sociedades formaban parte fue considerado un grupo puramente mercantil o fisiológico, en el que no se apreció la concurrencia de ningún elemento patológico o adicional, excluyendo una posición empresarial plural en aras de ampliar la responsabilidad.

- b) La existencia de relaciones comerciales inherentes al tráfico mercantil, cuya justificación se desprenda de la contabilidad de las sociedades afectadas, así como la existencia de una correcta facturación por parte de las sociedades del grupo¹³²⁴.
- c) El simple uso de infraestructuras comunes no viene a suponer, *per se*, la existencia de confusión patrimonial, pero sí podría erigirse como un indicio a considerar.
- d) La existencia de cuentas consolidadas del consorcio societario ha de valorarse como un elemento de información contable por lo que no debe llevar a la confusión de tal herramienta con la figura de la confusión de patrimonios.
- e) En cuanto a los elementos derivados del patrimonio empresarial, la doctrina casacional¹³²⁵ ha venido a mantener que la utilización de infraestructuras comunes, tales como ordenadores, fax, teléfonos,

La mentada sentencia vino a considerar que tal dato carece de relevancia suficiente como para determinar la extensión de la responsabilidad al grupo ni tampoco para el establecimiento de «una posición empresarial plurab» de las empresas que venían a conformar dicho emporio. Ahora bien, es importante mencionar que tal posición mayoritaria de la sala contó con la detracción de algunos de los magistrados a través de la suscripción de un voto particular.

En el mismo sentido se pronunció la STS 28-01-2014 (R° 46/2013), en la que se descarta de la presencia de confusión patrimonial al considerar la posición del 100% de la participación de las acciones por parte de la sociedad dominante como un elemento definitorio esencial a la propia existencia del grupo. Según la Sala no concurre confusión patrimonial por el simple hecho de que los activos societarios se encuentren entremezclado o por la simple existencia de cuentas consolidadas, pues tal documentación solo es pura información contable, no siendo suficiente para la extensión de una posible responsabilidad solidaria. Asimismo, tal restrictiva posición fue objeto también de la rúbrica de diversos votos particulares, pues los magistrados discrepantes venían a considerar que cuando la posesión o control de acciones alcanza un nivel significativo, la sociedad dominante adquiere la condición de empresario.

En un sentido similar a las anteriores, se pronuncia la STS 18-02-2014 resolución que, al igual que las anteriores, también fue acompañada de un voto particular.

¹³²⁴ Así vino a disponerlo la SAN 20-01-2014 (R° 256/2013), a pesar de la existencia de supuestos de prestación indeterminada a todas las sociedades del grupo de servicios relativos a recursos humanos, utilización de derechos de propiedad intelectual y la presencia de cash pooling.

¹³²⁵ SSTS 21-05-2014 (R° 182/2013) y 2-06-2014 (R° 546/2013).

locales, etc revela un indicio de confusión patrimonial, pero no provoca automáticamente la determinación de la responsabilidad solidaria de las sociedades del grupo. La misma línea sigue la doctrina judicial¹³²⁶, que vienen a negar la existencia de un grupo patológico ante diversas sociedades, al considerar que no concurre la confusión patrimonial pretendida, pues el simple hecho de que las prestaciones de servicios por ambas sociedades se produzca en un mismo inmueble, no por ello debe deducirse la existencia de prestación de servicios indiferenciados para dichas sociedades.

Especialmente vidriosa viene a resultar, *de facto*, la técnica del «cash pooling» por su particular proximidad a las situaciones de «confusión de patrimonios» y «caja única».

Esta herramienta financiera y contable que, en principio, es completamente lícita, es un mecanismo muy utilizado en la praxis diaria de los grupos de empresas, pues *«permite transferir saldos y movimientos de cuentas bancarias pertenecientes a empresas vinculadas a un grupo para dotarse de liquidez sin necesidad de formalizar contratos de préstamo»*¹³²⁷. Y ello porque permite, tanto una financiación intragrupo de manera automática, al distribuir los excesos de tesorería de una empresa a otra sociedad que requiera liquidez, ahorrando costes financieros. Asimismo, tal herramienta permite un mayor dominio o poder respecto a la negociación con las entidades al desencadenarse economías de escala financieras.

¹³²⁶ SAN 19-12-2013 (R° 326/2013).

¹³²⁷ SERRANO OLIVARES, R., “Grupos de empresas a efectos laborales y cash pooling”, *Iuslabor*, N° 1, 2014, p. 2

Y es que, en la propia naturaleza del «cashpooling» radica el coordinar las cuentas bancarias, con la finalidad de reducir los gastos de carácter financiero, pues no debe perderse de vista que las sociedades, usualmente, trabajan con una cantidad considerable de cuentas bancarias¹³²⁸.

Si bien la gestión centralizada de la tesorería puede adoptar diferentes grados, atendiendo a la intensidad con la que se realice el traspaso de saldos de las sociedades filiales a la empresa matriz, lo cierto es que en todos los supuestos, las diferentes cuentas de una compañía se tratan de una manera conjunta y homogénea con la finalidad de calcular y controlar la liquidación de los intereses. Tal centralización financiera y operativa se ha visto muy extendida en estos últimos tiempos, por lo que resulta necesario determinar cuándo tal situación puede dar lugar a un supuesto de caja única o de confusión patrimonial, con la finalidad de determinar una posible existencia de grupo patológico de empresas¹³²⁹.

Aunque, tal y como anteriormente ha quedado expuesto, la doctrina casacional¹³³⁰ ha venido considerando que la situación de caja única resulta la máxima expresión de la situación de confusión patrimonial;

¹³²⁸ SERRANO OLIVARES, R., “Grupos de empresas a efectos laborales y cash pooling”, *ob. cit.*, p. 2. Tal y como señala la autora, esta situación genera «una descoordinación importante de los saldos mantenidos en los distintos bancos. Así, ocurre frecuentemente que unas empresas del grupo tienen cuentas en descubierto (que originan un tipo de interés alto o muy alto) y otras empresas tienen cuentas con saldos positivos (que originan un interés muy bajo). En este contexto, una de las ventajas más destacadas del «cash pooling» consiste en compensar en la cuenta única saldos deudores o descubiertos con saldos acreedores o dinero de sobra, eliminando saldos bancarios ociosos. La centralización de la tesorería de una empresa con filiales conlleva que su matriz realice las funciones de banco para el resto de empresas del grupo».

¹³²⁹ SERRANO OLIVARES, R., “Grupos de empresas a efectos laborales y cash pooling”, *ob. cit.*, p. 6.

¹³³⁰ El Alto Tribunal, en STS 26-12-2001 (Rº 139/2001) vino a establecer que la confusión de patrimonial se manifiesta “en un elevado grado de comunicación entre los mismos y hasta motivando la aparición de lo que se suele llamar una caja única”.

sin embargo, diversos pronunciamientos por parte de la Audiencia Nacional¹³³¹, contrariando la doctrina anteriormente expuesta, han venido a establecer, en el contexto de un contrato de «cash pooling» entre sociedades de un mismo grupo, que tal situación viene a producir una situación de caja única pero tal situación no viene a determinar, de manera necesaria, la apreciación de una confusión de patrimonio social, y ello *«por cuanto se ha acreditado que los ingresos y salidas de la cuenta centralizada están perfectamente documentados y diferenciados por empresas, por lo que no concurre la exigencia de promiscuidad patrimonial, como reclama la jurisprudencia»*.

Por consiguiente, en los dos supuestos objeto de enjuiciamiento, no se concede relevancia alguna al elemento indiciario «caja única» derivado del «cash pooling» para determinar la presencia de un grupo patológico de empresas, sino que se procedió a extender la responsabilidad social al entender que se había producido un ejercicio abusivo, tanto de la dirección unitaria como de la personalidad jurídica.

Según la propia Sala, la sola situación de «caja única» derivada del «cash pooling» no puede considerarse patológica, pues no converge junto a ella la confusión de patrimonios o, tal y como se expone en la propia sentencia, *«al no concurrir la exigencia de promiscuidad patrimonial»*.

Pero, contrariamente a lo que acaba de exponerse, la propia Audiencia Nacional en una resolución anterior y no muy lejana en el tiempo de las que acaban de comentarse, consideró la existencia de caja única derivada de un contrato de cash pooling¹³³².

¹³³¹ SSAN 20-01-2014 (R° 256 y 257/2013).

¹³³² SAN 25-02-2013 (R° 324/2012).

Tesis interpretativa compartida por algún que otro Tribunal Superior de Justicia¹³³³, al considerar que el pago de deudas entre las empresas del grupo mediante el sistema de gestión centralizada con trasvases de saldos, borra la autonomía financiera de las empresas dominadas por la principal, de forma que, *«no cabe afirmar que la condición de empleador esté ejercida en realidad y de modo exclusivo por quien formalmente figura como tal, al producirse esos movimientos de forma automática o simultánea o con la periodicidad estipulada (diaria, mensual, etc.). De esta forma, puede resultar que las partidas destinadas al abono del salario del trabajador, formalmente adscrito a una de las empresas, provengan, sin embargo, indistintamente tanto de la principal como de las otras integrantes del grupo. Se revela, pues, en el presente caso, una real unidad de empresa con arreglo al art. 1.2 del Estatuto»*.

Finalmente, parece ser que la opinión mantenida por la Audiencia Nacional en las dos sentencias anteriormente referidas ha sido el criterio imperante con relación al «cash pooling», pues dicho órgano judicial ha venido a establecer¹³³⁴ que dicha herramienta financiera produce una situación de caja única, pero tal situación no es determinante de responsabilidad solidaria al no producirse una confusión patrimonial, debido a que los ingresos y salidas de la cuenta centralizada se encuentran diferenciados por sociedades.

Así parece desprenderse también por el propio Tribunal Supremo¹³³⁵, al inadmitir la existencia de grupo de empresas a efectos patológicos cuando la gestión del riesgo de liquidez de la sociedad demandada se efectuaba a través de una «gestión global», proporcionando diversas

¹³³³ STSJ Madrid 04-12-2013 (R° 1608/2013).

¹³³⁴ *Vid.*, al respecto, la SAN 12-06-2014(R° 79/2014).

¹³³⁵ STS 28-01-2014 (R° 46/2013).

líneas de crédito a través del Departamento de Tesorería, pues la sociedad no se veía constreñida a acudir a financiación externa de entidades bancarias, pues el grupo le facilitaba el importe necesario para afrontar las deudas contraídas.

Ante tal supuesto, el órgano casacional considera que tales praxis se consideran normales y características del propio funcionamiento del grupo societario, no convirtiendo tales hechos a las sociedades prestatarias en grupo patológico, por lo que no cabe apreciarse la responsabilidad solidaria de la sociedad prestataria.

Aunque parece ser que ahora tanto la jurisprudencia como la doctrina judicial mantienen una unidad de criterio, por ahora, respecto a esta herramienta financiera, no debe obviarse que se erige en una cuestión compleja el tratar de dar una respuesta jurídico-laboral unánime a esta práctica financiera.

2.2.3. La utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, con creación de empresas “aparentes”

La creación de empresas aparentes está fuertemente vinculada a las actuaciones de carácter fraudulento que, en ciertas ocasiones, llegan a acometer los grupos de sociedades.

La utilización fraudulenta de la personalidad jurídica estribaría, según la «nueva» doctrina casacional, en la creación de empresas aparentes que no ostentan un auténtico sustento económico y productivo, en

relación con la inexistencia de actividades económicas o productivas reales o a la disposición de una plantilla de trabajadores.

En decir, se trata, en esencia, de supuestos en los que se crean sociedades «limpias de trabajadores», a las que se le transfiere «el patrimonio de la empresa empleadora»¹³³⁶ con el único objetivo de eludir la responsabilidad respecto las deudas laborales contraídas con los trabajadores¹³³⁷.

A estas sociedades carentes de sustento efectivo se transferiría el resultado económico y productivo derivado de otras sociedades reales, provistas de funcionamiento y plantilla de trabajadores, con la finalidad única de evitar la asunción de responsabilidades laborales.

Así, se vino estableciendo por parte de la doctrina judicial, que la responsabilidad solidaria entre las diversas sociedades que conforman el grupo solo debía extenderse cuando la empresa que apareciese como empleadora fuera insolvente y pudiese probarse o presumirse, de manera fundada, que existió fraude de ley o ánimo de defraudar, en cuyo caso, el Tribunal impondría, con independencia de las apariencias jurídicas, y siempre que existiese una organización común que vinculase y responsabilizase en su práctica habitual a las distintas sociedades que conforman el grupo, sin que fuese imprescindible la demostración de todas las interioridades negociales ni la concurrencia de todas las identidades determinantes de la solidaridad en el ámbito civil, a fin de

¹³³⁶ Respecto de los entrecomillados, *vid.*, al respecto, PRECIADO DOMENECH, C.H., *Los grupos de empresas tras las últimas reformas laborales*, p. 40.

¹³³⁷ STSJ Castilla-León 7-07-2006 (Rº 1104/2006).

evitar que un hábil entramado legal impida a terceros perjudicados la eficaz realización de sus respectivos derechos e intereses¹³³⁸.

El «nuevo matiz» que se introduce con la «doctrina Aserpal»¹³³⁹ radica en sostener que «*con el elemento “creación de empresa aparente” - íntimamente unido a la confusión patrimonial y de plantillas- se alude a la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, que es la que consiente la aplicación de la doctrina del “levantamiento del velo”*»¹³⁴⁰.

No debe olvidarse que, en esencia y despojada de sus conexiones laborales, la doctrina «*iusprivatista*»¹³⁴¹ del levantamiento del velo tiene como finalidad principal el aniquilamiento de la apariencia fraudulentamente instaurada para que, una vez eliminado el manto protector de la personalidad jurídica falseada, puedan imputarse las responsabilidades contraídas a aquellas personas físicas o jurídicas que se ocultaban tras dicha práctica expoliadora.

En conclusión, podría afirmarse que la trascendencia operativa del presente elemento indiciario radicaría, en esencia, en descubrir o relevar aquellas situaciones de descapitalización de sociedades reales, con patrimonio real y trabajadores adscritos a sus plantillas, con la finalidad de vaciarlas de contenido económico y patrimonial mediante operaciones de transvase en beneficio de sociedades ficticias, tales como cesión de créditos sin contraprestación alguna, pagos de arrendamientos sobrevalorados, etc., todo ello, tal y como podrá comprobarse

¹³³⁸ STSJ Madrid 22-07-2004 (R° 1731/2004).

¹³³⁹ STS 27-05-2013 (R° 78/2012).

¹³⁴⁰ STS 28-01-2014 (R° 46/2013).

¹³⁴¹ BAZ RODRÍGUEZ, J., “El despido colectivo en las empresas de grupo. Viejos y nuevos problemas, tras el cambio normativo (2012-2014)”, *ob. cit.*, p.13.

seguidamente a través de una ejemplificación de supuestos fácticos en los que concurre la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica.

En puridad, no se trataría de agregar sino de reemplazar unos centros de imputación por otros, lo que respondería a la intención de retroceder a un estadio precedente de convergencia argumental en medio de la teoría del levantamiento del velo y la del verdadero empresario ex artículo 1.2 ET¹³⁴².

La doctrina judicial también ha venido a recalcar que, en esencia, se trata de verificar cuándo el grupo societario procede a la creación de testaferros o empresas fantasmas, totalmente inexistentes en la realidad, con la finalidad de evitar asumir las responsabilidades legalmente contraídas, tanto con los trabajadores como con terceros o acreedores.

En virtud de lo anteriormente expuesto, resulta interesante proceder a un análisis de los supuestos enjuiciados por parte de la doctrina judicial, en los que ha considerado que las sociedades y grupos objeto de causa habían procedido a la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, siendo tales ejemplos los que siguen:

1. Cuando la sociedad matriz o dominante es la que desarrolla la actividad administrativa, realiza la compra de productos y mercancías, factura a terceros y cobra las facturas y recibos pertenecientes al resto de las sociedades, así como el abono de los salarios de todos los trabajadores adscritos al resto de plantillas de las sociedades que conforman el grupo. De tales circunstancias viene a deducirse que a excepción de la sociedad dominante, el resto de empresas que constituían el grupo eran meros testaferros, puras

¹³⁴² BAZ RODRÍGUEZ, J., *Las relaciones de trabajo en la empresa de grupo*, ob. cit., pp. 60-65.

apariencias, pues no actuaban como tales y su finalidad era la de encubrir a la sociedad real¹³⁴³.

2. Especial interés posee, a mi entender, la SAN 20-01-2014 (R° 256/2013): en ella, se profundiza en el análisis de la figura de la empresa aparente, viniendo a recalcarse que tal figura, asiduamente, va unida a la confusión de plantillas y a la confusión de patrimonios¹³⁴⁴. En esta sentencia se hace constar que cuando una sociedad (en la que no concurra confusión patrimonial ni de plantillas) queda bajo el dominio de otra empresa del grupo, bajo sus órdenes y directrices, siendo esta segunda la que controla a sus trabajadores al tener una estructura organizativa totalmente centralizada viene a incurrirse en, lo que la propia Sala viene a denominar «*jibarización empresarial*». La sustitución por directores ejecutivos de otra sociedad del grupo es una clara muestra de la falta de autogestión de las sociedades del grupo, debiendo erigirse no como empresas propias e independiente sino como una división o área de la sociedad principal, pues al poco tiempo de producirse las modificaciones sustanciales de trabajo y los despidos colectivos llevados a cabo, la sociedad en cuestión acabó siendo absorbida por la empresa dominante que llevaba las riendas del presunto o «aparente» grupo societario¹³⁴⁵.

¹³⁴³ SAN 26-07-2012 (R° 124/2012).

¹³⁴⁴ Recordemos que, tal y como vino a determinar la doctrina casacional, «*con el elemento "creación de empresas aparente" íntimamente unido a la confusión patrimonial y de plantillas- se alude a la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, que es la que consiente la aplicación de la doctrina del "levantamiento del velo"*»

¹³⁴⁵ En conclusión, la Sala viene a razonar que el «*mantener una empresa sin dirección propia, mediante lo que los demandados denominaron significativamente "externalización de las tareas directivas", la hace irreconocible como tal empresa, especialmente cuanto se encuadra en un grupo de empresas, que centraliza absolutamente todos los servicios y decide sobre cualquier decisión de gestión o financiera de la empresa, por cuanto la supresión artificiosa de*

3. También se considera la creación de una empresa aparente cuando nos encontramos en presencia de una realidad única, centro de imputación de las obligaciones y responsabilidades adquiridas frente a los trabajadores de una de las sociedades del grupo que carece de patrimonio y cuyos beneficios y ganancias son objeto de descapitalización a favor del resto de sociedades que conforman el grupo que, al mismo tiempo, también carecen de patrimonio y de trabajadores a su cargo.

Tal descapitalización se producía a través de cesiones de créditos, de las cuales no se recibía contraprestación en modo alguna, así como también mediante el pago de arrendamientos sobrevalorados por los locales donde «pretendidamente» las sociedades desarrollaban sus servicios¹³⁴⁶.

4. Se produciría, asimismo, una utilización fraudulenta de la personalidad jurídica en aquellos supuestos en los que se dé una apariencia externa de unidad empresarial, así como una indubitada unidad de dirección y gestión, que queda patente al observar que toda la actividad productiva de las sociedades del grupo es fijada e impuesta por la sociedad dominante estando, asimismo, todos los órganos de administración dirigidos, con carácter único y solidario, por dos personas físicas¹³⁴⁷.

la dirección viene a vaciarla de contenido como empresa diferenciada dentro del grupo, lo que constituye, según nuestra opinión, un ejercicio abusivo de la dirección unitaria, así como de la personalidad jurídica, puesto que el mantenimiento de una empresa sin dirección propia dentro del grupo constituye, por artificioso, un ejercicio anormal del poder de dirección y causa perjuicio a los trabajadores, como en los supuestos de actuaciones en exclusivo beneficio del grupo o de la empresa dominante».

¹³⁴⁶ STSJ Comunidad Valenciana 28-12-2012 (Rº 11/2012).

¹³⁴⁷ STSJ Madrid 25-06-2012 (Rº 21/2012).

5. Igualmente, estamos en presencia de tal elemento indiciario cuando nos encontramos ante un único administrador para todas las empresas que conforman el grupo, cuya labor era la descapitalización de las sociedades que contrataban formalmente a los trabajadores en beneficio de empresas patrimoniales que no desarrollaban actividad o servicio alguno.

Tal descapitalización se producía a través de la simulación de créditos, que se concedían sin garantías ni avales siendo, asimismo, dichos créditos impagados y no ejerciendo acción alguna para intentar el cobro derivado de tal impago¹³⁴⁸.

En virtud de todo lo expuesto, podemos concluir que estas son las «*bases conceptuales*»¹³⁴⁹ que vienen a definir o configurar las bautizadas «empresas aparentes»: el abuso de una posición dominante es, en esencia, lo que realmente origina su creación sin una dirección particular, adecuada y específica, quedando sujetas a las directrices impuestas por parte de la sociedad matriz o principal.

2.2.4. Uso abusivo de la dirección unitaria

La dirección unitaria en sí misma, no es sino la manifestación de la existencia de un grupo mercantil, por lo que ella sola no puede predeterminar la existencia de un grupo laboral¹³⁵⁰.

¹³⁴⁸ STSJ Cataluña 21-05-2013 (R° 9/2013).

¹³⁴⁹ RAMOS QUINTANA, M.I., *La responsabilidad laboral de los grupos de empresas*, ob. cit., p. 75.

¹³⁵⁰ STSJ Castilla y León 12-09-2014 (R° 6/2014) vino a añadir además que «*para que ello ocurra es necesario que dicha dirección unitaria se emplee de forma abusiva y perjuicio de los trabajadores*».

Y ello porque la opción de erigirse como grupo societario lleva, de manera implícita, la práctica de una dirección común y unitaria¹³⁵¹ de toda la agrupación de sociedades que lo conforma.

No obstante, cuando tal dirección viene a ejercerse de manera abusiva, tal ejercicio viene a implicar una serie de responsabilidades en el marco de las relaciones laborales, en especial, cuando tales actuaciones se producen en pro de la sociedad dominante o del propio grupo, causando un grave perjuicio no solo de los derechos y créditos de los propios trabajadores, sino también incluso en algunas de las sociedades que conforman el grupo societario.

En virtud de lo que acaba de exponerse podría afirmarse que tal actuación vendría a responder a la figura prevista en el artículo 7.2 CC¹³⁵².

De tal precepto se desprende que el uso abusivo de la personalidad jurídica puede subsumirse a la perfección en la conducta objeto de sanción: el ejercicio abusivo de un derecho en detrimento de un tercero, en este caso, se está realizando un uso abusivo e irregular de la dirección unitaria del grupo societario en detrimento de los trabajadores, al incumplir sus condiciones de trabajo y obstaculizar la satisfacción de sus créditos laborales.

¹³⁵¹ RAMOS QUINTANA, M.I., *La responsabilidad laboral de los grupos de empresas*, ob. cit., p. 76.

¹³⁵² El citado precepto establece que «*La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso*».

No obstante, la más que citada «doctrina Aserpal» relativizó, en cierto modo, la importancia del elemento de dirección económica unitaria y determinó que el mero sometimiento a unos parámetros o directrices derivados de una dirección unitaria de una empresa matriz o dominante respecto de las sociedades pertenecientes a un mismo consorcio, únicamente viene a relevar la existencia de un grupo fisiológico o mercantil, y no laboral o patológico.

Por ello, podremos hablar no de uso sino de «abuso» de la personalidad jurídica y, por tanto, de un elemento adicional o patológico cuando:

- a. Dicha dirección se ejercite de un modo abusivo o desproporcionado y no esté compensado de una manera adecuada
- b. Venga a causar un perjuicio para los trabajadores.

Para tal apreciación lo que viene a exigirse, a la postre, es la convergencia simultánea de alguno de los elementos indiciarios adicionales anteriormente expuestos: confusión de plantillas, confusión patrimonial y/o unidad de caja o creación de empresas aparentes.

En principio, no bastará la simple coincidencia de administradores sociales o la participación mayoritario o incluso absoluta de una de las sociedades en el capital del resto, así como tampoco la existencia de dirección comercial común, si en su proceder operativo las sociedades que conforman el grupo proceden a una separación respecto a sus esferas de actividad, producción, patrimonio y plantilla con relación a su condición de persona jurídica independiente y autónoma¹³⁵³.

¹³⁵³ BAZ RODRÍGUEZ, J., “El despido colectivo en las empresas de grupo. Viejos y nuevos problemas, tras el cambio normativo (2012-2014)”, *ob. cit.*, p.13.

A contrario sensu, estaremos en presencia de un uso anormal o abuso de la personalidad jurídica cuando en una empresa filial no exista, de facto, administración directiva alguna, detentando la función de control y dirección de la/s sociedad/es filial/es por la sociedad dominante, pues «mantener una empresa sin dirección propia (...) la hace irreconocible como tal empresa (...) y la vacía de contenido como empresa diferenciada dentro del grupo»¹³⁵⁴.

Y es que el sometimiento total y absoluto por parte de una empresa respecto a las directrices impuestas por la sociedad dominante se erige como un uso abusivo de la dirección unitaria. Así lo ha reconocido la Audiencia Nacional, al considerar que «el mantenimiento de una empresa sin dirección propia dentro del grupo constituye, por artificioso, un ejercicio anormal del poder de dirección y causa perjuicio a los trabajadores, dado que actúa en exclusivo beneficio ajeno, esto es, del grupo o de la empresa dominante»¹³⁵⁵.

Es en el seno de tal órgano judicial donde se ha adoptado esta postura que podríamos denominar «de la absorción total de funciones directivas»¹³⁵⁶ como «indicador automático de ejercicio anormal del poder directivo, y por tanto intrínsecamente perjudicial para los intereses laborales»¹³⁵⁷.

¹³⁵⁴ SAN 15-10-2014 (R° 488/2013)

¹³⁵⁵ SSAN 20-01-2014 (R° 256/2013); 12-06-2014 (R° 79/2014); 15-10-2014 (R° 488/2013); 25-11-2014 (R° 157/2014) y 2-01-2015 (R° 263/2014).

Asimismo, debe hacerse constar que tal postura vino a ser ratificada por parte del Tribunal Supremo que, invocando la propia argumentación esgrimida por la Sala de la Audiencia Nacional, vino a confirmar su sentencia de 20-01-2014 a través de la STS 21-05-2015 (R° 257/2014).

¹³⁵⁶ BAZ RODRÍGUEZ, J., “El despido colectivo en las empresas de grupo. Viejos y nuevos problemas, tras el cambio normativo (2012-2014)”, *ob. cit.*, p.13.

¹³⁵⁷ *Ídem*

Adentrándonos nuevamente en la resolución casuística que continuamente vienen a experimentar, tanto jurisprudencia como doctrina judicial, analizaremos una serie de supuestos en los que, por un lado, se ha venido a determinar por parte de los órganos judiciales que tales circunstancias son determinantes de un uso abusivo de la dirección unitaria, mientras que, por otro lado, se ha resultado que concretas condiciones o particularidades no son suficientes para determinar dicho abuso.

Se considerará que existe un uso abusivo de la dirección unitaria en los siguientes supuestos:

1. Existencia de una dirección común, así como de una administración, informática y mantenimiento, prestados todos ellos de forma común para todas las empresas del grupo por parte de la empresa dominante¹³⁵⁸.
2. Personal de una sociedad del grupo encuadrada y dirigida por trabajadores de otra empresa del grupo, cuya organización quedaba absolutamente centralizada. Tal «jibarización empresarial» permitió concluir que la primera de las sociedades no era propiamente una sociedad autónoma, sino una división o área de la sociedad o empresa dominante del grupo¹³⁵⁹.
3. Sociedad que carece de capacidad operativa para desarrollar, por sí misma, cualquier tipo de actividad económica y/o productiva, al no tener trabajadores propios, lo que pone de manifiesto su condición puramente instrumental, como mecanismo de canalización de los beneficios de la actividad industrial ajena, pero sin llegar a la

¹³⁵⁸ STSJ Madrid 11-01-2012 (R° 22/2012).

¹³⁵⁹ SAN 20-01-2014 (R° 256/2013).

asunción de las responsabilidades o riesgos derivados del ejercicio de la actividad empresarial, lo que viene a acentuar el carácter patológico de tal fenómeno, al evidenciar la existencia de un grupo empresarial formado por una persona física y diversas sociedades, en las que concurre confusión patrimonial y caja única, dominadas todas ellas por el administrador persona física que, asimismo, *«domina con unidad de fin y de criterio, por sí mismo, ordenando y decidiendo personalmente su destino, asumiendo en representación de ambas y asimismo, en su propio nombre obligaciones laborales, incluidas las salariales»*¹³⁶⁰.

4. Trasvase de beneficios de una sociedad a otra del grupo patológico: el declive de ventas de una de las sociedades se producía en paralelo al incremento de ventas de la otra sociedad, que contaba únicamente con cinco trabajadores pero que utilizaba plantilla de la otra sociedad, así como su marca y sus medios materiales, materializado todo ello a través de un contrato en el que no se estipulaba precio alguno. El órgano judicial sentenció que ambas sociedades constituían una unidad empresarial, cuya dirección había sido del todo abusiva y perjudicial para los trabajadores¹³⁶¹.
5. Sociedad filial que no cuenta con dirección propia, siendo la empresa dominante la que asume las facultades de dirección. La resolución viene a sentenciar que mantener una sociedad sin facultades de dirección la convierte en una empresa irreconocible como tal, al no

¹³⁶⁰ STSJ Aragón 22-05-2013 (R° 196/2013).

¹³⁶¹ SAN 13-01-2014 (R° 154/2013).

ser posible su identificación e diferenciación como sociedad entro del grupo, confirmándose el abuso de la dirección unitaria¹³⁶².

6. Responsabilidad solidaria de tres sociedades que formaban parte de un grupo societario al descartarse que, realmente, existiese una titularidad jurídica empresarial independiente en cada una de las empresas demandadas, pues el verdadero empresario era una única sociedad, que era la que realmente ostentaba la organización y dirección de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1 ET¹³⁶³. A esta conclusión llega la Sala a través de una interpretación finalista, realizando una labor de investigación en aras de descubrir quién es el verdadero empresario, el empresario material, quien es el que verdaderamente se beneficia de la prestación laboral y, lo que resulta más importante: sin ser necesario que converjan los elementos adicionales que determinan la patología grupal.

Por el contrario, no existiría un uso abusivo de de la dirección unitaria en perjuicio de los trabajadores:

1. Cuando estemos en presencia de un grupo familiar, dirigido por un único administrador, que carece, respecto a las otras dos sociedades que conforman el grupo, de los requisitos adicionales preceptivos para la constitución de un grupo patológico de empresas¹³⁶⁴.
2. Grupo de sociedades que, desde una vertiente económica, venía a concurrir un grupo de sociedades que conformaba una unidad empresarial, dicha circunstancia no resultó determinante que, afectos laborales, estuviésemos ante un único empresario al no

¹³⁶² SAN 12-06-2014 (R° 79/2014).

¹³⁶³ STS 26-03-2014(R° 86/2012).

¹³⁶⁴ STSJ Aragón 10-12-2012 (R° 527/2012).

apreciarse fraude de ley en el actuar de la actividad empresarial, respetando en todo momento la personalidad jurídica de cada una de las sociedades que conformaba el grupo¹³⁶⁵.

2.3. La responsabilidad solidaria como consecuencia de la declaración del grupo patológico de empresas

Si algo ha quedado más que patente a lo largo del presente capítulo ha sido, por un lado, la concepción tradicionalista que doctrina y jurisprudencia mantienen sobre la noción de «empresa», así como la deficiente regulación, la inseguridad jurídica y la postura regresiva que envuelven a los grupos de sociedades.

Y es que uno de los elementos más característicos del grupo de sociedades es su deficiencia legislativa, y no únicamente respecto a sus fundamentos definitorios y elementos determinantes (lo que ha originado la «avalancha» jurisprudencial al respecto) sino también con relación a las consecuencias que se originan de la apreciación en su vertiente «patológica».

En este sentido, las alusiones legales a la persona jurídica y la concepción de la sociedad como un «ente aislado a efectos de responsabilidad», han sido aprovechados por los grupos societarios como una herramienta a través de la cual poder experimentar un mayor desarrollo, mientras que en estas alusiones mantenidas tanto por la

¹³⁶⁵ STSJ País Vasco 16-03-2010 (R° 64/2010).

doctrina como por la jurisprudencia, «*subyace*»¹³⁶⁶ una posición de desconfianza sobre la responsabilidad en los grupos¹³⁶⁷.

Y es que a partir de tal premisa, se ha construido un sistema inquisitorial de valoración de indicios, cuya finalidad es «detectar» aquellos grupos en los que concurren una serie de elementos determinantes de la existencia de una «patología de grupo»; sistema indiciario que, aunque «corregido», «actualizado» o «rectificado», con independencia del término que se le pretenda dar a la nueva doctrina casacional, sigue estando, en mi opinión, anclado en bases y premisas tradicionales que no hacen sino mantenerse ancladas en unas bases seculares que no le permiten ver más allá de su actitud y posición de desconfianza, ante un fenómeno jurídico y empresarial que va arraigando, cada vez más, en nuestro sistema económico y financiero.

Aún así, todas las deficiencias definatorias y de regulación no han impedido un copioso tratamiento jurisprudencial de la materia en el que, tal y como ya se ha expuesto en epígrafes anteriores, ha pasado de una inicial concepción en la que la pertenencia al grupo societario se consideraba un dato irrelevante desde la perspectiva laboral (porque se acepta la independencia jurídica y la responsabilidad separada de las sociedades del grupo), sin perjuicio de que se aceptasen desviaciones en excepcionales supuestos (en virtud del principio de la realidad en la atribución de la condición de empresario, la doctrina del empresario

¹³⁶⁶ ESTEVE SEGARRA M.A., *Grupo de sociedades y contrato de trabajo*, ob. cit., p. 300.

¹³⁶⁷ Así lo ha reconocido la propia doctrina científica que, tal y como viene a señalar ESTEVE SEGARRA M.A., *Grupo de sociedades y contrato de trabajo*, ob. cit., p.302, citando a DUEÑAS HERRERO, L.J., “El grupo de empresas y la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1993”, *Relaciones Laborales*, 1995, II, p. 94 ha venido manteniendo que «*el legislador y el juez tienen una enorme desconfianza ante los grupos pues ven en ellos una manera de eludir (fraude de ley) la responsabilidad jurídica, por ello comienzan rompiendo el velo de la personalidad jurídica*».

aparente y la del fraude de ley), al más moderno criterio¹³⁶⁸ que persiste en la regla general de responsabilidad separada de las sociedades integrantes del grupo, pero que admite la trascendencia laboral del referido Grupo en ciertas circunstancias o cuando tal dato va acompañado de los elementos adicionales anteriormente analizados.

Desarrollando más estas últimas afirmaciones hemos de indicar que la jurisprudencia tradicional parte del principio de que el «grupo de sociedades» es una realidad organizativa en principio lícita; y que «el grupo de empresas a efectos laborales no es un concepto de extensión equivalente al grupo de sociedades del Derecho Mercantil».

Ahora bien, ¿cuáles son los efectos que derivan del reconocimiento del grupo de empresas en el ordenamiento laboral?

La doctrina casacional ha sido clara al respecto, viniendo a establecer que los efectos o consecuencias dimanantes del reconocimiento del grupo de empresas en el ordenamiento laboral «se manifiestan sobre todo en la comunicación de responsabilidades entre las empresas del grupo».

Para que tal comunicación se lleve a cabo, la jurisprudencia consideraba necesaria «la presencia de una serie de factores atinentes a la organización de trabajo; y estos factores, sistematizados en la sentencia de 3 de mayo de 1990 y en otras varias posteriores como la de 29 de mayo de 1995, la de 26 de enero de 1998 y la de 26 de diciembre de 2001, configuran un campo de aplicación normalmente más restringido que el del grupo de sociedades»¹³⁶⁹. Doctrina que considera la Sala que debe mantenerse en cuanto a que el grupo es una organización en principio

¹³⁶⁸En particular, desde la STS 03-05-1990 (ROJ 2511/1990) que sistematizó la doctrina al respecto.

¹³⁶⁹ SSTS 23-10-2012 (RCUD 351/2012) y 03/11/05 (RCUD 3400/2004).

ajustada a derecho, pero que considera que debe rectificarse la postura mantenida respecto a que el «grupo de empresas a efectos laborales» no es coincidente con el propio del Derecho Mercantil.

Es aquí donde la jurisprudencia tradicional parece evolucionar, ligeramente, desde su inmovilismo y viene a rectificar tal postura secular al entender, tal y como ya ha sido expuesto, que el concepto de «grupo de empresas» ha de ser -y es- el mismo en las distintas ramas del ordenamiento jurídico, siquiera en sus diversos ámbitos - mercantil, fiscal, laboral- pueden producirse singulares consecuencias que están determinadas por diversas circunstancias añadidas; concretamente, como veremos, en el campo del Derecho del Trabajo es dable sostener una responsabilidad solidaria de las empresas integrantes del «grupo» cuando en el mismo concurren los factores adicionales.

De lo que acaba de exponerse se concluye que aunque el concepto de grupo de empresas es el mismo en las distintas ramas de nuestro sistema jurídico, las consecuencias que de tal existencia se derivan vienen a diferir dependiendo del concreto ámbito en el que nos encontremos.

En nuestro caso, en el campo del Derecho del Trabajo será posible mantener una responsabilidad solidaria respecto de las sociedades que conforman el consorcio empresarial cuando en el mismo concurren los requisitos o elementos indiciarios que determinan la existencia de un grupo patológico de empresas.

Es más, el grupo de sociedades de carácter patológico puede tener una extensión menor que el grupo de sociedades de carácter fisiológico.

Imaginemos, por ejemplo, que en un grupo conformado por cinco sociedades, el elemento determinante de la patología grupal concurre solo en tres de ellas: la prestación laboral indistinta¹³⁷⁰ puede únicamente afectar a tres de estas sociedades, lo que vendría a suponer que dos de las sociedades del grupo tendrían sus propios trabajadores, en tanto que en el resto de sociedades se produciría una confusión de plantillas.

Igualmente, la confusión patrimonial podría afectar a tres de las sociedades del grupo, mientras que el resto posee su propio patrimonio.

¹³⁷⁰ Respecto a este elemento, se pronunció la AN en SAN 12-06-2014 (R° 79/2014) viniendo a argumentar que la prestación indiferenciada de servicios determina la existencia de grupo de sociedades de carácter laboral únicamente cuando tal prestación se produce de manera generalizada o afecta a un grupo significativo de trabajadores, desde un punto de vista cuantitativo o cualitativo.

Contrariamente, si tal prestación únicamente afectase a un número limitado y específico de trabajadores, lo que existirá será una solidaridad en la relación laboral de dichos concretos trabajadores, pero no estaremos en presencia de un grupo laboral *stricto sensu*.

Por tanto, con tal postura se viene a diferenciar entre el grupo de sociedades con efectos laborales que viene a afectar a todos los trabajadores de la sociedad del grupo frente a la responsabilidad laboral solidaria que únicamente afectará a algunos trabajadores de la sociedad.

Y es que algún sector doctrinal ha venido a sostener que el Alto Tribunal no prevé un grupo de sociedades de carácter parcial, que venga a afectar únicamente a determinados trabajadores de la sociedad, sino que la doctrina jurisprudencial viene a sostener que cuando se produce una prestación laboral de carácter indistinto, se declara la responsabilidad solidaria de las sociedades del grupo respecto de todos los trabajadores y ello porque, aunque el número de trabajadores que viene prestando sus servicios de manera indiferenciada sea escueto, el elemento adicional concurre, produciendo un funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las diversas sociedades que conforman el grupo, con independencia de que no estén “confundidos” todos los trabajadores.

Ante tal postura, a mi entender de manera totalmente desproporcionada, MOLINS GARCÍA-ATANCE, J., “*El grupo de empresas con efectos laborales*”, *Trabajo y Derecho*, N° 4, 2015, pp. 12 y 13, viene a sostener que “*En un grupo empresarial integrado por dos sociedades, una de ellas con miles de trabajadores y la otra con una plantilla mínima, bastaría con que uno de los trabajadores de la primera realizase una prestación laboral indiferenciada en la segunda para que se declarase la responsabilidad laboral solidaria de todas las sociedades del grupo. Puede parecer una respuesta jurídica desproporcionada. Pero lo cierto es que ha existido un grupo de empresas con un elemento patológico debido al comportamiento antijurídico de ambas sociedades. Y la consecuencia jurídica es la responsabilidad solidaria laboral*”.

También la caja única podría abarcar la tesorería de diversas sociedades del grupo, pongamos tres, mientras que las dos restantes poseerían una caja propia e independiente cada una.

Asimismo, podría existir una sociedad matriz que utilizase a dos de las empresas del grupo de manera aparente, pero que el resto de las sociedades que conforman el grupo fuesen reales.

En el mismo sentido y, respecto del abuso de la dirección unitaria, podría ocurrir que la sociedad matriz abusara de su poder de control y dirección y descapitalizara a una de las sociedades del grupo a favor suyo o incluso a favor de otra sociedad, pudiendo alcanzar únicamente a algunas de las sociedades grupales.

En los supuestos que acaban de contemplarse, la responsabilidad solidaria respecto de las obligaciones laborales contraídas deberá alcanzar únicamente a las empresas del grupo en las que concurre el elemento patológico. Por tanto, si en una sociedad perteneciente al grupo no concurre ninguno de los elementos determinantes de responsabilidad, al poseer plantilla propia, patrimonio y caja independientes, no habiendo procedido a un uso abusivo de la responsabilidad ni actuando en fraude de ley, *“no cabe levantar el velo respecto de una sociedad que no vulnera el ordenamiento jurídico”*¹³⁷¹.

¿Qué parámetros ha seguido la doctrina casacional para no determinar la extensión de la responsabilidad solidaria?

1. Que *«no es suficiente que concurra el mero hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar de*

¹³⁷¹ MOLINS GARCÍA-ATANCE, J., “El grupo de empresas con efectos laborales”, *ob. cit.*, p. 12.

ello, sin más, una responsabilidad solidaria respecto de obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores, sino que es necesaria, además, la presencia de elementos adicionales», porque «los componentes del grupo tienen en principio un ámbito de responsabilidad propio como persona jurídicas independientes que son»¹³⁷²

2. Que la dirección unitaria de varias entidades empresariales no es suficiente para extender a todas ellas la responsabilidad, pues tal dato tan solo será determinante de la existencia del grupo empresarial, no de la responsabilidad común por obligaciones de una de ellas¹³⁷³.
3. Que tampoco determina esa responsabilidad solidaria la existencia de una dirección comercial común, porque ni el control a través de órganos comunes, ni la unidad de dirección de las sociedades de grupos son factores suficientes para afirmar la existencia de una «unidad empresarial»¹³⁷⁴; como el que una empresa tenga acciones en otra o que varias empresas lleven a cabo una política de colaboración no comporta necesariamente la pérdida de su independencia a efectos jurídico- laborales¹³⁷⁵; como la coincidencia de algunos accionistas en las empresas del grupo carece de eficacia para ser determinante de una condena solidaria, en contra de la previsión del art. 1137 CE , teniendo en cuenta que todas y cada una

¹³⁷² SSTs 23-10-12 (RCUD 351/2012); 25-06-2009 (R° 57/2008); 10-06-2008 (R° 139/2005); 09-05-1990 (ROJ 3632/1990) y 30-01-1990 (ROJ 17037/1990).

¹³⁷³ Entre otras, SSTs 21-07-2010 (RCUD 2845/2009); 03-11-2005 (RCUD 3400/2001); 20-01-2003 (R° 1524/2002); 26-09-2001 (R° 558/2001) y 26-01-1998 (R° 2365/1997).

¹³⁷⁴ SSTs 23-10-2012 (RCUD 351/2012); 03/11/2005 (RCUD 3400/2004); 04-04-2002 (RCUD 3045/2001); 27-11-2000 (R° 2013/2000) y 30-04-1999 (RCUD 4003/1998).

¹³⁷⁵ SSTs 23-10-2012 (RCUD 351/2012); 03-11-2005 (RCUD 3400/2004); 29-10-1997 (R° 472/1997) y 03-05-1990 (ROJ 1709/1987).

de las Sociedades tienen personalidad jurídica propia e independiente de la de sus socios¹³⁷⁶; y tampoco cabe exigir esa responsabilidad solidaria por el solo dato de que el Administrador único de una empresa sea representante legal de otra, pues *«pues la mera coincidencia de un administrador en ambas, aunque comportara una dirección unitaria, no determinaría sino la existencia de un grupo de empresas y no la responsabilidad solidaria de aquellas»*¹³⁷⁷.

A *contrario sensu*, la jurisprudencia¹³⁷⁸ determinó que para lograr el efecto de responsabilidad solidaria pretendido se requería un plus, un componente adicional, que el Alto Tribunal residenciaba, tradicionalmente, en la conjunción de alguno de los siguientes elementos:

- a) Funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo;
- b) Prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, en favor de varias de las empresas del grupo;
- c) Creación de empresas aparentes sin sustento real, con las que se pretende la dispersión o elusión de responsabilidades laborales; y
- d) Confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección.

¹³⁷⁶ SSTS 03-11-2005 (RCUD 3400/2004); 20-01-2003 (R° 1524/2002); 21-12-2000 (R° 4383/1999).

¹³⁷⁷ STS 26-12-2001 (R° 139/2001).

¹³⁷⁸ SSTS 12-12-2011 (R° 32/2011); 21-07-2010 (RCUD 2845/2009); 25-06-2009 (R° 57/2008); 10-06-2008 (R° 139/2005); 03-11-2005 (RCUD 3400/2004); 20-01-2003 (R° 1524/2002); 04-04-2002 (R° 3045/2001) y 26-01-1998 (RCUD 2365/1997).

Tales elementos indiciarios que, tradicionalmente, la doctrina había entendido determinantes para decretar la responsabilidad solidaria, eran merecedores de recibir una serie de precisiones, a saber:

- a. Que no ha de considerarse propiamente adicional la apariencia externa de unidad, porque ésta es un componente consustancial del grupo, en tanto que no representa más que la manifestación hacia fuera de la unidad de dirección que es propia de aquél;
- b. Que el funcionamiento unitario de las organizaciones empresariales, tiene una proyección individual (prestación de trabajo indistinta) o colectiva (confusión de plantillas) que determinan una pluralidad empresarial (las diversas empresas que reciben la prestación de servicios);
- c. Que la confusión patrimonial no es identificable en la esfera del capital social, sino en la del patrimonio, y tampoco es necesariamente derivable -aunque pueda ser un indicio al efecto- de la mera utilización de infraestructuras comunes;
- d. Que la caja única hace referencia a lo que en doctrina se ha calificado como «*promiscuidad en la gestión económica*» y que al decir de la jurisprudencia alude a la situación de «*permeabilidad operativa y contable*»;
- e. Que con elemento «*creación de empresa aparente*» -íntimamente unido a la confusión patrimonial y de plantillas- se alude a la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, que es la que consiente la aplicación de la doctrina del «*levantamiento del velo*»; y
- f. que la legítima dirección unitaria puede ser objeto de abusivo ejercicio, determinante de solidaridad cuando se ejerce anormalmente y causa perjuicio a los trabajadores, como en los

supuestos de actuaciones en exclusivo beneficio del grupo o de la empresa dominante.

Como resulta de todo lo expuesto, el Alto Tribunal «rectifica», levemente, su postura regresiva, dando lugar a una «nueva doctrina» en la que se procede a la corrección y síntesis de su sistema indiciario inquisidor, quedando la enumeración de los elementos adicionales, expuestos y analizados en el epígrafe que precede al siguiente, y que determinarán la responsabilidad de las diversas empresas que conforman el grupo societario de la siguiente manera:

1. El funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo, manifestado en la prestación indistinta de trabajo -simultánea o sucesivamente- en favor de varias de las empresas del grupo;
2. La confusión patrimonial;
3. La unidad de caja;
4. La utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, con creación de la empresa «aparente»; y
5. El uso abusivo -anormal- de la dirección unitaria, con perjuicio para los derechos de los trabajadores.

En todo caso, tal y como ha hecho la jurisprudencia¹³⁷⁹, debe destacarse que el concepto de grupo laboral de empresas y, en especial, la determinación de la extensión de la responsabilidad de las sociedades que forman parte del grupo dependerá de cada una de las situaciones que deriven de la prueba que, en cada caso, se haya puesto de manifiesto y valorado, sin que pueda realizarse una relación numérica y

¹³⁷⁹ STS 20-03-2013 (R° 81/2012)

taxativa de requisitos o elementos cerrados para entenderse la existencia de esa extensión de responsabilidad y ello porque, entre otras cosas, en un entramado societario, la intensidad de las relaciones intrasocietarias o la posición de estas con los trabajadores o con el grupo no son siempre idénticas.

De lo anteriormente expuesto se desprende la descoordinación que, en numerosas ocasiones, se produce entre la doctrina judicial y entre la propia jurisprudencia, al venir a determinar en algunos supuestos la apreciación de una situación como derivada de la concurrencia de ciertos elementos indiciarios con su consecuente extensión de la responsabilidad solidaria mientras que, otro órgano judicial, en un supuesto de similares características, viene a determinar que tal circunstancia no es merecedora de semejante calificación. Por no hablar de la constante discrepancia mantenida por la propia Sala del Alto Tribunal, tal y como queda patente a la vista de los numerosos votos particulares.

En los años que han sucedido a la Reforma Laboral del 2012, hemos presenciado un periodo en el que la jurisprudencia, tal y como acaba de exponerse, se ha mostrado pendular y contradictoria ante la manifestación expresa en torno al método de interpretación sobre la propia naturaleza y la imputación de responsabilidades a los grupos empresariales o a las sociedades que los conforman.

Ante tal situación, han comenzado a alzarse voces¹³⁸⁰, que defienden la necesidad de utilizar los mecanismos y herramientas de las que dispone el Derecho del Trabajo para detectar al empresario «real o material» es

¹³⁸⁰ El inicio radica en la STS 26-03-2014 (Rº 86/2012).

decir, aquel que saca provecho de los servicios prestados por parte de los trabajadores o de los frutos derivados de la producción empresarial, independientemente de que, formalmente, se haya suscrito o no el contrato laboral en su condición de empleador, o incluso más allá de la propia existencia de un contrato efectivo¹³⁸¹.

Y es que, tal y como anteriormente se ha analizado respecto de los métodos de imputación de responsabilidades, frente a la tesis tradicional objetiva y ahora «rectificada» o «modernizada» del Tribunal Supremo en relación con los criterios que deben convergir para colegir el funcionamiento ordinario de un grupo de sociedades y el «efecto impeditivo»¹³⁸² de la extensión de responsabilidades a las empresas del grupo que, en realidad, viene siempre a concluir la necesidad de examinar y considerar, caso por caso, las circunstancias concomitantes, ha ido aflorando una nueva corriente interpretativa que vendría a postular lo que podría calificarse de «tesis subjetiva», al centrarse en torno a «*la determinación del empresario real del trabajador, del verdadero titular empresarial de las relaciones de trabajo que pueden operar en las empresas de un grupo*»¹³⁸³.

Nuevos parámetros de razonabilidad jurídica que se basan en superar el análisis sistemático y formalista de las reglas que dirigen el funcionamiento de los grupos de sociedades desde la óptica del Derecho Mercantil, para introducir «*categorías jurídicas*» propias del Derecho del Trabajo, fundamentalmente, a través de la virtualidad de las

¹³⁸¹ PÉREZ REY, J., “El empresario complejo y la necesidad de un Derecho del Trabajo insolente” en AA.VV., *Los empresarios complejos: un reto para el Derecho del Trabajo*, Bomarzo, Granada, 2011, p. 62.

¹³⁸² RAMOS QUINTANA, M.I., *La responsabilidad laboral de los grupos de empresas*, ob. cit., p. 79.

¹³⁸³ *Ídem*

concepciones de empresario y trabajador y de la dimensión organizativa del contrato laboral, a través de una investigación o pesquisa de naturaleza notoriamente finalista¹³⁸⁴.

Tal posición interpretativa viene a conformarse a través de la suscripción de diversos votos particulares¹³⁸⁵ con los que se pretende expresar la detracción por parte de sus signatarios, respecto a la posición mantenida por la mayoría de la Sala.

Y es que, frente a una doctrina tradicional, aunque «rectificada» del Alto Tribunal, que viene a defender la apreciación de una “posición empresarial plural” cuando nos encontramos en presencia de confusión de plantillas, prestación indiferenciada de servicios y confusión de patrimonio, es decir, imputar responsabilidad solo a aquellas sociedades que directamente hayan intervenido en las actividades de confusión y fraude, la nueva doctrina emanada de los votos discrepantes viene a plantear resolver las incógnitas derivadas de la responsabilidad de la siguiente manera:

1. Sobre la empresa dominante, por ser la que posee el poder de dirección y organización del grupo o
2. A todas las sociedades que conforman el emporio cuando concurren indicios de confusión de distintos elementos y en distintos grados.

Asimismo, la doctrina tradicional modificada considera la imposibilidad de calificar como interposición el control del capital de una empresa por la mera tenencia de acciones y el ejercicio del poder control y dirección mientras que la novedosa interpretación postula desarrollar una línea

¹³⁸⁴ *Ibidem*, pp. 79 y ss.

¹³⁸⁵ Encontramos la presencia de tales juicios de discrepancia en las SSTS 25-09-2013 (R° 3/2013); 28-01-2014 (R° 46/2013) y STS 18-02-2014 (R° 108/2013).

de investigación con la finalidad de comprobar y verificar quién es el verdadero empresario, el empresario real que se oculta tras el que, de manera formal, se presenta como tal.

Antes de concluir con el presente epígrafe, va a permitirme el lector que, después de las pinceladas generales realizadas en relación con las consecuencias que se desprenden de la declaración de la existencia de un grupo de sociedades de carácter patológico o laboral, centre los efectos que derivan de tal apreciación respecto a los procedimientos de despido colectivo.

Tanto la doctrina jurisprudencial como la judicial en esta materia, ante la incapacidad del legislador de proceder a una profunda reformulación de la normativa que rige el despido colectivo así como a un esclarecimiento de sus centros de imputación en relación con las «empresas de estructura jurídica y organizativa compleja»¹³⁸⁶, han terminado por recurrir a un procedimiento reductivo «en clave binaria» del despido colectivo llevado a cabo en los grupos de sociedades, simplificándolo del siguiente modo: grupos laborales: relevantes como unidad de empresa laboral; grupos mercantiles: irrelevantes¹³⁸⁷.

Una técnica de aproximación que, en lugar de proporcionar la seguridad jurídica deseada, termina por limitarse al uso exclusivo y, argumentalmente muy discutido, de la técnica del «levantamiento del velo», como castigo al empleo del fraude o abuso de derecho al utilizar, de manera indebida, la personalidad jurídica.

¹³⁸⁶ MONEREO PEREZ, J.L., y MOLINA NAVARRETE, C., *El modelo jurídico-laboral de regulación de los grupos de empresas: una propuesta de reforma*, Comares, Granada, 2002, pp. 82 y ss.

¹³⁸⁷ BAZ RODRÍGUEZ, J., “El despido colectivo en las empresas de grupo. Viejos y nuevos problemas, tras el cambio de modelo normativo (2012-2014)”, *ob. cit.*, p. 7.

De este modo, viene a neutralizarse, tanto el avance en el ámbito tipificador obtenido normativamente, así como la obstrucción al desarrollo de nuevas vías alternativas de razonamiento judicial, ya tanteadas por la propia jurisprudencia social en el marco de la «*juridificación laboral*» de las empresas grupales, como es el caso de la aplicación autónoma del artículo 1.2 ET o la apreciación del grupo como ámbito significativo o trascendental para garantizar la aplicación de la legislación laboral al respecto¹³⁸⁸, especialmente, la relativa a los procedimientos de despido colectivo.

En definitiva, debemos concluir que, dejando a un lado los supuestos más o menos previsibles respecto a su calificación, nos seguimos encontrando con un amplio margen de inseguridad jurídica en este ámbito¹³⁸⁹.

2.4. Valoración de los elementos indiciarios y de la responsabilidad en el supuesto de apreciación y declaración de la patología grupal

Una vez expuesto y analizado el sistema indiciario jurisprudencialmente elaborado, con los consecuentes efectos que de su concurrencia se desprenden, me parece oportuno proceder, como colofón al mentado análisis, a una valoración personal en relación con tales elementos y a la problemática que de ellos se desprenden.

¹³⁸⁸ BAZ RODRÍGUEZ, J., *Las relaciones de trabajo en la empresa de grupo*, ob. cit., pp. 65-77.

¹³⁸⁹ BAZ RODRÍGUEZ, J., “El despido colectivo en las empresas de grupo. Viejos y nuevos problemas, tras el cambio de modelo normativo (2012-2014)”, ob. cit., p. 10.

En mi opinión, la más importante de las premisas de las que deben partir nuestros operadores jurídico-laborales, es que el grupo de sociedades está formado por una agrupación o conjunto de empresarios con personalidad jurídica propia e independiente y que, tal y como ha confirmado la doctrina jurisprudencial y judicial, hasta la sociedad, «*el “grupo de sociedades” es una realidad organizativa en principio lícita*».

Es más, dicha posibilidad de asociación empresarial o, mejor dicho, la decisión de los empresarios de conformar un grupo societario respondería al legítimo ejercicio, por parte de sus titulares, del derecho constitucionalmente reconocido de la libertad de empresa¹³⁹⁰, resultando evidente que tal agrupación empresarial no tiene porque formularse, obligatoriamente, a través de vínculos accionariales, de gestión o funcionales.

Lo que verdaderamente debe importar a nuestro Derecho del Trabajo, así como a nuestros operadores jurídicos, son los efectos que tal agrupación empresarial pueda ocasionar sobre los trabajadores adscritos a las diversas sociedades que conforman tales grupos empresariales.

Por tanto, para que tal agrupación empresarial adquiera relevancia y trascendencia a efectos laborales, no es suficiente con que se demuestre que existe un grupo de sociedades o un sometimiento de diversas sociedades a una dirección económica común o unitaria por parte de una empresa matriz o dominante, sino que deben concurrir una serie de

¹³⁹⁰ Tal y como establece el artículo 38 CE, «*Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación*».

factores adicionales para que, en el campo del Derecho del Trabajo, el grupo de sociedades pueda producir singulares consecuencias.

Estos factores adicionales, tratados a lo largo del presente trabajo, van desde el funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo, cuya finalidad es la determinación de aquellas sociedades que, comportándose como empleadores, se han beneficiado, de forma directa, de las prestaciones laborales de un conjunto de trabajadores que no estaban adscritos a sus propias plantillas, pasando por los elementos adicionales de confusión de patrimonios, caja única y el genérico indicio de *«utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, con creación de la empresa «aparente», y el uso abusivo -anormal- de la dirección unitaria, con perjuicio para los derechos de los trabajadores»*, con el propósito de acreditar una utilización fraudulenta o un uso abusivo de la personalidad jurídica de varias o incluso todas de las sociedades que conforman el grupo.

Aunque así sintetizado el sistema indiciario parezca una solución del todo ecuánime, a mi parecer, tal respuesta jurisprudencial dista mucho de ser todo lo equilibrada y razonable que merece, y ello porque,

1. En primer lugar, de numerosas resoluciones, tanto judiciales como jurisprudenciales analizadas, se desprende una subyacente actitud de desconfianza por parte del órgano enjuiciador, interpretando dicho fenómeno de asociación empresarial como un mecanismo de escape a la responsabilidad jurídica¹³⁹¹;
2. En segundo lugar, la utilización de técnicas inespecíficas para exigir responsabilidades a los grupos societarios les reporta una gran

¹³⁹¹ Vid., al respecto, ESTEVE SEGARRA, M.A., *Grupo de sociedades y contrato de trabajo*, ob. cit., p. 302

inseguridad jurídica pues, tal y como ha venido a determinar la doctrina científica, «*La consecuencia de que no exista una previsión legislativa específica es que el jurista se ve abocado al recurso de técnicas de exigencia de responsabilidades inespecíficas, es decir, no concebidas para la realidad multiforme que caracteriza al grupo. De este modo, se recurre a la apariencia, el abuso del derecho, la doctrina del levantamiento del velo, que en su aplicación a los grupos plantean lógicas disfuncionalidades. Las carencias legales conducen a que la jurisprudencia recurra a principios generales e instituciones como el fraude de ley*»¹³⁹²;

3. En tercer lugar, el recurso a tal listado de elementos adicionales patológicos que, además no constituyen un *númerus clausus*, provoca frecuentes problemas sobre todo en la praxis de la doctrina judicial, pues la concreción de si, en cada caso, concurren tales elementos alcanza un elevado grado de discrecionalidad, existiendo pronunciamientos contradictorios por parte de los propios Tribunales Superiores de Justicia.
4. Para finalizar, me gustaría apuntar que, tal y como se ha venido a concluir por algún autor¹³⁹³, se ha incurrido en una cierta reiteración y simplificación, por parte de la doctrina casacional de los elementos indiciarios, pues:
 - a) En gran parte de la jurisprudencia social “reelaborada” tras la Reforma Laboral del 2012, se desprende claramente una reiteración en la referencia, como circunstancias distintas, al funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo, de la

¹³⁹² ESTEVE SEGARRA, M.A., *Grupo de sociedades y contrato de trabajo*, ob. cit., p. 305.

¹³⁹³ CAMPS RUIZ, L.M., *Grupos de sociedades: jurisprudencia reciente y ¿Reforma? de la legislación mercantil*, ob. cit., pp. 5 y ss.

prestación de trabajo común, así como de la confusión de plantillas cuando, en puridad, vienen a ser expresiones de una misma realidad; al igual que también ocurre con los elementos relativos a la confusión patrimonial y/o unidad de caja.

- b) La simplificación vendría a residir en que los efectos o consecuencias que derivan de la existencia o mejor dicho, «apreciación» de los requisitos adicionales determinantes de corresponsabilidad no son siempre iguales o, al menos, «no deberían serlo»¹³⁹⁴ y ello porque, en algunos supuestos la comunicación de responsabilidad no debería ir unida o acompañada de la declaración de la existencia de una única empresa o único empresario.

Un ejemplo¹³⁹⁵ de tal distinción lo podríamos encontrar entre el elemento de apariencia unitaria, creada de manera voluntaria, con la consecuente confianza generada en los trabajadores que se asocian con el grupo, frente a los elementos de confusión de plantilla o cajas únicas.

Mientras que en el primer supuesto, la concurrencia de tal elemento, *per se*, debería conducir a la admisión de las responsabilidades empresariales por cuanto las mismas derivan de la actitud adoptada por la propia sociedad, por lo que la empresa que, de manera aparente, asume la condición de empresario debería responder como tal; y una cuestión totalmente diferente es que los efectos que deban producirse sean los mismos que los relativos al segundo de los supuestos o

¹³⁹⁴ *Ibidem*, p. 6

¹³⁹⁵ *Ibidem*, pp. 17 y ss.

ejemplos, en los que la comunicación de responsabilidad va unida a la declaración de la existencia de unidad empresarial o de único empresario laboral.

De todo lo expuesto se deriva, a mi entender, que la jurisprudencia casacional sobre los elementos adicionales y la responsabilidad solidaria en los grupos patológicos dista mucho de ser clara, concisa, objetiva y elocuente; por lo que, aparte de una necesaria intervención del legislador que cosifique, de una vez y por todas, los grupos societarios, es necesaria no una nueva “reelaboración” jurisprudencial sino una nueva concepción casacional que conciba que las necesidades y requerimientos productivos por parte de la sociedad de consumo van en aumento, no solo en cuanto a la cantidad, sino en cuanto a la diversidad de productos y servicios que se requieren, por lo que las diversas sociedades y agrupaciones empresariales, para satisfacer tales exigencias, deben proceder a una evolución y transformación, no solo en sus mecanismos productivos, sino también en sus elementos de organización y estructuración; un desarrollo, progreso y crecimiento que, en numerosas ocasiones, es obstaculizado por la tradicional e involutiva concepción jurisprudencial sobre los grupos societarios.

CAPÍTULO II

CONSIDERACIONES PREVIAS A LA EXTINCION COLECTIVA EN LOS GRUPOS SOCIETARIOS

1. OBSERVACIONES GENERALES

Una vez analizada la problemática derivada, tanto de la regulación como de la interpretación de los grupos empresariales, debemos proceder a analizar el substrato del presente trabajo, cual es la extinción de carácter colectivo.

Para ello, en los epígrafes que seguidamente vamos a abordar, analizaremos el procedimiento de despido colectivo, distinguiendo si este se produce en un grupo de empresas de carácter patológico o si, por el contrario, dicho procedimiento afecta a una empresa perteneciente a un grupo de sociedades de carácter mercantil.

Cuando se lleva a cabo un procedimiento de despido colectivo en un grupo de empresas, son varias las cuestiones o conflictos que se nos plantean, en concreto, aquellas particularidades que afloran por la simple razón de encontrarnos ante un mayor número de agentes afectados, tanto en la parte empresarial como en la social.

Dichas cuestiones podrían sintetizarse del siguiente modo:

- 1) Cuál va a ser el ámbito de concurrencia de la causa: la empresa o el grupo;
- 2) A qué nivel debe negociarse: a nivel de empresa o de grupo;
- 3) Quiénes van a estar legitimados, tanto para iniciar el procedimiento de despido colectivo como para negociar en el periodo de consultas; y
- 4) En relación con la documentación que legal y reglamentariamente se exige: ¿Esta ha de ser relativa únicamente a la empresa o parte del grupo de empresas afectado o, por el contrario, debe aportarse toda

la documentación relativa al grupo, con independencia de que solo se vea afectado una parte de él?

Pues bien, son estas particularidades las que van a ser atendidas a lo largo del presente capítulo en el que, a su vez, vamos a intentar incidir en las especialidades que presenta el procedimiento de despido colectivo en los grupos de sociedades, especificando las formalidades que deben seguirse y distinguiendo aquellas que derivan de la situación patológica del grupo respecto de aquellas originarias de los grupos de sociedades fisiológicos.

2. LA DISCUSIÓN SOBRE EL MARCO DE REFERENCIA EN LOS DESPIDOS COLECTIVOS: EL GRUPO, LA EMPRESA, EL CENTRO DE TRABAJO Y LA UNIDAD PRODUCTIVA AUTÓNOMA

Tal y como ha podido comprobarse en el capítulo correspondiente al despido colectivo en empresas unitarias, la problemática sobre el marco de referencia que debe seguirse para poder realizar una reestructuración de carácter colectiva resulta patente.

Si en el capítulo citado ya resultaba «complicado» determinar si debíamos atender a la empresa o al centro de trabajo para proceder a realizar las extinciones, tal problemática se ve acentuada en los supuestos grupales al entrar en juego otro marco de referencia, cual es la propia dimensión de grupo.

A modo de recordatorio debemos mencionar que, la cuestión relativa a la valoración de la incidencia de las causas objetivas en todo o parte de una empresa ha sido resuelta por el Tribunal Supremo.

El Alto Tribunal¹³⁹⁶ ha distinguido las causas técnicas, organizativas o de producción de las causas económicas, y mientras que para las primeras ha establecido la regla de que *«cuando lo que se produce es una situación de desajuste entre la fuerza del trabajo y las necesidades de la producción o de la posición en el mercado, que afectan y se localizan en puntos concretos de la vida empresarial, pero no alcanzan a la entidad globalmente considerada, sino exclusivamente en el espacio en que la*

¹³⁹⁶ Vid., al respecto, las SSTs 03-12-2012 (R° 965/2012); 8-07-2011 (R°3159/2013); 16-09-2009 (R° 2027/2008); 12-12-2008 (R° 4555/2007);31-01-2008 (R° 1719/2007); 19-03-2002 (R° 1979/2001); 13-02-2002 (R° 1436/2001) y 16-05-2001 (R° 2727/2010).

patología se manifiesta, el remedio a esa situación anormal debe aplicarse allí donde se aprecia el desfase de los elementos concurrentes», para las segundas el criterio establecido es precisamente el opuesto, por lo que «de tener la empresa varias secciones autónomas o diversos centros de trabajo, para declarar la procedencia de los despidos objetivos por causas económicas ex artículo 52 c) ET, la situación económica negativa debe afectar a la empresa en su conjunto»¹³⁹⁷.

Ahora bien en relación con la referencia grupal, la existencia de un conglomerado empresarial es *per se* un dato irrelevante para el Derecho Laboral, salvo que una norma establezca un efecto específico¹³⁹⁸.

Exceptuada la salvedad que acaba de referenciarse, la institución grupal solo interesa al derecho del trabajo en su vertiente patológica, es decir, *«Cuando por concurrir confusión patrimonial, prestación indiferenciada de servicios o maniobras específicamente orientadas a burlar la estabilidad en el empleo, pueda concluirse que la existencia de varias personas físicas o jurídicas se utiliza como mera apariencia*

¹³⁹⁷ Sin embargo esta doctrina ha admitido quiebras, tanto para apreciar la causa organizativa o productiva en el nivel de empresa y no de centro, valorando la “racionalidad” de la medida extintiva tomando en consideración los restantes centros de trabajo de la empresa [STS 29-11-2010 (R°3876/09)], como para valorar la causa económica en el nivel de una organización productiva concreta en lugar de en el nivel global de la empresa [STS 19-12-2013 (R° 37/2013)].

Tal y como ha venido a apuntar la Audiencia Nacional, en SAN 12-06-2014 sobre el Caso Coca Cola, estas quiebras son reveladoras de que dicha doctrina, aún cuando deba reconocerse su eficacia para facilitar la resolución judicial de los litigios sobre despidos económicos, quizá alimente una excesiva simplificación y pueda ser reconsiderada en determinadas situaciones

¹³⁹⁸ Piénsese, por ejemplo, en las obligaciones de información y consulta establecidas para el supuesto de los despidos colectivos llevados a cabo en empresas pertenecientes a grupos de sociedades, tal y como establece el artículo 51.8 ET, *“Las obligaciones de información previstas en el presente 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 lo ha facilitado la información necesaria no podrá ser tomada en consideración a tal efecto”*.

*formal y fraudulenta para encubrir la existencia de una única empleadora, debiendo extenderse por ello la responsabilidad solidaria a todas las implicadas»*¹³⁹⁹, siendo dichos criterios unánimemente empleados por los diferentes Tribunales, que solo aplican la valoración de las circunstancias objetivas concurrentes a todas las empresas del grupo cuando este merece el calificativo de «fraudulento», pero no en caso contrario¹⁴⁰⁰.

Esto significa que en relación con el tema objeto de estudio, es decir, en relación con el procedimiento de despido colectivo, el fenómeno grupal únicamente adquirirá trascendencia y relevancia a los efectos de las extinciones que puedan llevarse a cabo en los consorcios empresariales patológicos, debiendo tenerse en cuenta únicamente los grupos fisiológicos a los solos efectos de lo establecido en los artículos 51.8 ET y en el 4.5 RDC.

¹³⁹⁹ STS 10-07-2013 (R° 2469/2012).

¹⁴⁰⁰ *Vid.*, al respecto, el Voto Particular frente a la STS 20-04-2015 (R° 354/2015); y las SSTSJ Castilla León 28-10-2009 (R° 1524/09); Andalucía 14-04-2009 (R° 2639/08); Madrid 22-09-2008 (R° 3223/08); Cantabria 29-07-2008 (R° 679/08) y Cataluña 06-07-2006 (R° 387/05).

3. EL ÁMBITO CUANTITATIVO. ¿CÓMO DEBE REALIZARSE EL CÁLCULO DEL NÚMERO DE TRABAJADORES AFECTADOS?

El “impacto” del grupo de empresas en las extinciones de carácter colectivo proyecta, asimismo, sus efectos en la determinación de los umbrales necesarios para hallarnos en presencia de un procedimiento de despido colectivo, por lo que resulta necesario esclarecer si el ámbito de referencia, a los efectos de atender el requisito numérico, es el de la empresa o el del grupo.

En este sentido, resulta evidente que cuando estamos en presencia de un **grupo mercantil**, el carácter colectivo derivado del número de trabajadores afectados debe observarse únicamente respecto a la empresa del grupo afectada, y no con relación a todo el grupo.

Y ello porque ni la normativa comunitaria ni la española contemplan el cómputo de todos los trabajadores de grupo, limitándose dicha regulación a hablar, o bien de centro de trabajo o de empresa, por lo que la determinación subjetiva de cuando nos encontramos ante una extinción de carácter colectivo debe definirse, en este supuesto, teniendo como referencia los trabajadores empleados en la empresa del grupo afectada por el expediente¹⁴⁰¹.

En todo caso, cabe hacer mención a que entre las dudas hermenéuticas de los límites del artículo 51.1 ET concurre la relativa al ámbito de la

¹⁴⁰¹ ARIAS DOMÍNGUEZ, A., *Tres Años de Reforma del Despido Colectivo. ¿Ha conseguido su propósito el legislador?*, Madrid, Editorial Dykinson S.L, 2014, p.67.

plantilla, pudiendo entenderse que la misma se refiere a la empresa o al centro de trabajo¹⁴⁰².

Ahora bien, como ya se ha dicho, la Ley nada dice del grupo de empresas, por lo que cabrá estar a los parámetros hermenéuticos concernientes en la empresa o en el centro de trabajo, en los términos que ya han sido expuestos.

Por el contrario, si el **grupo es patológico**, al hallarnos ante un único empresario, deberán computarse íntegramente todas las plantillas de las distintas empresas que conforman el grupo, pues podemos presumir que estamos en presencia de una sola relación de trabajo cuyo titular es el consorcio empresarial en su condición de sujeto real, titular de la explotación unitaria en la que los trabajadores prestan sus servicios¹⁴⁰³.

De lo dicho anteriormente parece lógico pues concluir que nos encontramos ante una única empresa, por lo que tendrán que computarse íntegramente todas las plantillas de las distintas empresas que conforman el grupo¹⁴⁰⁴.

De no seguirse esa práctica¹⁴⁰⁵, unificada y consolidada por los Tribunales, la calificación merecida será la de nulidad, si el empresario «irreal» ha acudido a los despidos objetivos para evitar los trámites procesales derivados del carácter colectivo de la extinción.

¹⁴⁰² Por lo que respecta al presente conflicto, me remito en bloque a lo expuesto en la primera parte, capítulo primero, del presente trabajo expuesto en relación con la controversia reavivada por la última doctrina comunitaria.

¹⁴⁰³ ARIAS DOMÍNGUEZ, A., *Tres Años de Reforma del Despido Colectivo. ¿Ha conseguido su propósito el legislador?*, ob. cit., p. 67.

¹⁴⁰⁴ Vid., entre otras, SSTSJ Andalucía 05-06-2013 (Rº 2192/2012) y 12-06-2013 (Rº 2220/2012).

¹⁴⁰⁵ Aunque esta es la opción menos deseable, en la mayoría de supuestos el empresario no toma en cuenta esta praxis, en tanto que normalmente dicho empleador no está dispuesto a reconocer la existencia de elementos patológicos.

La calificación de nulidad derivaría de la aplicación de la letra b) del artículo 122 LRJS, que en su apartado 2, que viene a calificar de antijurídicos los supuestos en los que la extinción objetiva “*se haya efectuado en fraude de ley eludiendo las normas establecidas por los despidos colectivos, en los casos a que se refiere el último párrafo del apartado 1 del artículo 51 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*”, siempre que vengan a superar los límites legalmente establecidos.

En todo caso, no debe olvidarse que la doctrina jurisprudencial ha venido aceptando el denominado despido colectivo «de hecho». Dicha institución resulta de aplicación en aquellos supuestos en los que la suma de todas las extinciones objetivas practicadas por la empresa dentro del periodo de referencia legalmente establecido arroja un resultado superior a los límites legales del artículo 51.1 ET, cuando lo correcto o, mejor dicho, lo que legalmente correspondía era acudir a los trámites procedimentales del despido colectivo; siendo competente para su conocimiento los Tribunales Superiores como instancia, por mor del artículo 124 LRJS.

Ahora bien, ¿puede acudirse a la modalidad procesal establecida en el artículo 124 LRJS para impugnar aquellos despidos acometidos por la empresa sin seguir el cauce procedimental establecido en el artículo 51 ET, es decir, los denominados despidos colectivos «de hecho»?

El Alto Tribunal¹⁴⁰⁶ dio una respuesta afirmativa a la mencionada cuestión estableciendo que una decisión extintiva de carácter colectivo puede adoptarse formalmente como tal, sometiéndose al procedimiento

¹⁴⁰⁶ STS 25-11-203 (R° 52/2013)

legalmente previsto en el artículo 51 ET y a sus normas reglamentarias. Pero, igualmente, considera que puede producirse al margen de este procedimiento prescindiendo, por ejemplo, del periodo de consultas o incluso ocultando su carácter colectivo. Así, según la Sala, *«En el primer caso, estaríamos ante un despido colectivo irregular y en el segundo ante lo que la sentencia recurrida denomina, con acierto, un —despido colectivo de hecho, que también podría calificarse en determinados casos como un despido fraudulento. La decisión extintiva colectiva podría manifestarse, al igual que sucede con la individual, como un —despido tácito —el mero cierre de la empresa, por ejemplo- que, por lo demás, no deja de ser una manifestación del despido de hecho. Que ello es así se desprende con claridad de los preceptos legales aplicables. Por ello, el despido colectivo irregular por omisión del periodo de consultas puede ser impugnado a través de la modalidad del art. 124, números 1 a 10, pues expresamente se menciona tal supuesto como causa de esta impugnación en el apartado b) del n° 2 del artículo citado, dando lugar a la declaración de nulidad en la sentencia colectiva, como se desprende del n° 9 del art. 124 de la LRJS en relación con el art. 51.2 del ET»*¹⁴⁰⁷.

Igualmente, debemos plantearnos la siguiente duda ¿y si la empresa, erróneamente, considerase que el grupo en el que pretende llevar a cabo la extinción colectiva es un grupo laboral y computase íntegramente todas las plantillas de las distintas empresas que lo conforman, dictaminando el Tribunal sentenciador la naturaleza mercantil de dicha corporación empresarial?

¹⁴⁰⁷ En el mismo sentido se pronuncia el Alto Tribunal en STS 23-11-2012 (R° 334/2014).

De algunas resoluciones judiciales parece desprenderse que el escenario expuesto carece de consecuencias en relación con la calificación del despido, siempre y cuando los trámites que se hayan llevado a cabo sean los propios del despido colectivo, pues estos son más garantistas que los exigidos para el despido objetivo.

De otro lado, y también para los supuestos de grupos de empresas patológicos, si computando todos los trabajadores de la empresa real no se superaran los umbrales máximos de plantilla previstos por el artículo 51.1 ET, resulta evidente que no se reputará viciado de nulidad por tal motivo, independientemente de las consecuencias que la propia existencia del grupo pueda tener en el enjuiciamiento de la formalidad o de la causalidad.

En cualquier caso, debe mencionarse que el cómputo de la plantilla, integrada por todos los trabajadores adscritos a las distintas sociedades que conforman el grupo patológico, no solo desplegará sus efectos en los límites que separan el despido colectivo del objetivo, sino que también se extenderán sus efectos a la duración del periodo de negociación, a la documentación que debe aportarse y a las medidas sociales de acompañamiento¹⁴⁰⁸.

Hay que destacar pues, que la consideración de un grupo o parte de este como una unidad de empresas le convierte, por un lado, en un potencial sujeto promotor de una restructuración empresarial y, por otro, en un eje central al que resultaría aplicable el marco normativo previsto por el artículo 51 ET para el despido colectivo.

¹⁴⁰⁸ Vid., al respecto, la STSJ Andalucía 29-11-2012 (Rº 8/2012).

El desarrollo de la anterior hipótesis despliega toda una pluralidad de efectos que se proyectarán tanto en los trabajadores afectados por la reestructuración colectiva como en el grupo ejecutor de la medida extintiva; en concreto en las siguientes cuestiones:

El grupo como unidad de empresas laboral se considerará como ámbito organizativo único al efecto de proceder a la valoración de los elementos cuantitativo-temporal propios del despido colectivo que, a su vez, cabría subdividir en los siguientes elementos o factores¹⁴⁰⁹:

1. Factor numérico: el cómputo del número de trabajadores que resulten afectados por el proceso de despido colectivo deberá referirse a todos los trabajadores que componen el grupo patológico de empresas. Asimismo, debe recordarse que habrán de tenerse en cuenta tanto las extinciones computables *per se* (art. 51.1.1º ET), como las extinciones computables por asimilación (art. 51.1.5º ET). A *contrario sensu*, deberán excluirse del cómputo de trabajadores aquellos trabajadores que ya hayan visto extinguido su contrato, bien porque ya hayan sido recolocados en el grupo, bien porque se prevea su recolocación por alguna de las medidas sociales de acompañamiento del artículo 8 RPDC.
2. Factor dimensional: la dimensión de la plantilla disponible será, en cualquier caso, la del conjunto de trabajadores que conforman la unidad de empresa, con independencia de que la causa técnica, organizativa o productiva se circunscriba a ámbitos menores. Por tanto, al encontrarnos en presencia de un grupo patológico de empresas, debería declararse nulo el procedimiento extintivo

¹⁴⁰⁹ BAZ RODRIGUEZ, J., “El despido colectivo en las empresas de grupo. Viejos y nuevos problemas, tras el cambio normativo (2012-2014)”, ob. cit., pp.25 y 26.

- iniciado por una de las sociedades que conforma dicho grupo teniendo en cuenta únicamente su propia plantilla y no la del grupo.
3. Factor espacial: el ámbito de referencia para el cómputo de los trabajadores afectados ha de estar formado por todas las unidades de producción que compongan el grupo patológico de empresas, lo que vendría a implicar que si se llevase a cabo una extinción que afectase a la totalidad de los trabajadores adscritos a la plantilla de una de las empresas que conforma el grupo, aunque dicha extinción afectase a más de cinco trabajadores no debería ser considerada, per se, como una extinción colectiva ex artículo 51.1 4º ET al ser equiparable a la extinción de una concreta unidad productiva y no al cierre total de la empresa.
 4. Factor temporal: Deberán computarse todas las extinciones contractuales que hayan tenido lugar en la unidad empresarial, no solo en el periodo inicial de 90 días sino también en los periodos sucesivos de 90 días establecidos para evitar los despidos «a cuentagotas», pues de lo contrario, la recolocación de los trabajadores en el grupo podría realizarse con fines fraudulentos.
 5. Factor relacional: debe ponerse en conexión el número de trabajadores afectados por el procedimiento extintivo con el número de trabajadores utilizado como referencia o comparación igualmente en el conjunto del grupo, ya sea más o menos favorable, según cada supuesto, a las probabilidades de consideración colectiva de la extinción.

4. EL ÁMBITO CAUSAL. EL JUICIO DE CAUSALIDAD EN LOS GRUPOS DE EMPRESAS

Otra consecuencia derivada de la falta de coincidencia de los marcos organizativos a tener en cuenta es la concerniente a la determinación del ámbito causal¹⁴¹⁰.

La doctrina jurisprudencial ha venido señalando que el ámbito en el que deben apreciarse las causas económicas es la empresa (entendida como unidad económica de producción), mientras que el ámbito de concurrencia de las causas técnicas, organizativas o de producción es el centro de trabajo o la unidad productiva concreta en la que surge la concreta dificultad y a la que está adscrita el trabajador¹⁴¹¹.

La aplicación de dicha doctrina a los grupos de sociedades ha resultado una cuestión controvertida. Para abordar el ámbito de la causa, que se dará en relación con los grupos mercantiles o fisiológicos, hemos de partir de la distinción entre grupo laboral y grupo mercantil.

4.1. El juicio de causalidad en los grupos de sociedades de carácter mercantil

Mayor complejidad plantea el juicio de causalidad en los grupos fisiológicos de empresas. Aunque cierta parte de la doctrina judicial¹⁴¹² considera que deben aplicarse las reglas anteriormente expuestas, es decir, que si la causa esgrimida es económica, el ámbito causal debe

¹⁴¹⁰ BAZ RODRÍGUEZ, J., “El despido colectivo en las empresas de grupo. Viejos y nuevos problemas, tras el cambio de modelo normativo (2012-2014)”, *ob. cit.*, p. 3.

¹⁴¹¹ SSTs 19-03-2002 (R^o 1979/2001) y 13-02-2002 (R^o 1436/2001).

¹⁴¹² Vid., al respecto, la STSJ Aragón 31-01-2005 (R^o 1198/2004).

circunscribirse no al centro de trabajo sino a toda la empresa; mientras que si el despido se basa en causas técnicas, organizativas o de producción su ámbito de determinación deberá ser la unidad productiva en la que se produzca las contrariedades; a mi parecer, tal consideración no es del todo correcta.

Evidentemente, para el supuesto en que concurren causas técnicas, organizativas y productivas, el ámbito de apreciación de dichas causas será aquel en el que se produzcan las concretas dificultades que motiven su alegación; debiendo abarcar al grupo en su conjunto, si las mismas afectan a todo el consorcio o se producen en dos o más integrantes del mismo, dependiendo del marco de reorganización¹⁴¹³.

No obstante, dicha fundamentación no es extrapolable para el supuesto en que la causa alegada sea la económica. Si la dificultad económica se produce únicamente en una determinada empresa, quedando el resto de sociedades que componen el grupo a salvo de dicha vicisitud resulta evidente, a mi entender, que debe ser dicha sociedad y no todo el grupo en su conjunto, el marco de referencia causal, debiéndose limitar las consecuencias derivadas del procedimiento extintivo a dicha empresa¹⁴¹⁴.

¹⁴¹³ *Vid.*, al respecto, la STSJ Galicia 24-06-2005 (R^o 1953/2005).

¹⁴¹⁴ Así lo considera la STS 25-06-2014 (R^o 165/2013) que viene a establecer que «no es solo que el grupo de empresas puede instar un procedimiento de despido colectivo, sino que, sobre todo, ello es lo más coherente cuando el despido se basa en la situación económica negativa de la empresa. En tal sentido, afirma la sentencia recurrida, aplicando la doctrina fijada en la STS de 23/1/2007, que "para valorar la situación económica negativa como causa para la válida extinción del contrato de trabajo no es necesario tener en cuenta la situación económica y patrimonial de todas las empresas del mismo grupo, excepto cuando se produzca una situación de unidad empresarial. En estos casos, puede aceptarse que habrá que estar a la situación patrimonial de todas las sociedades que conforman el grupo empresarial, a la hora de determinar la posible existencia de una situación económica negativa, que pueda justificar la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas, ya que se considera que el verdadero empleador del trabajador no sería la sociedad a cuya plantilla se encuentra formalmente

En el mismo sentido se pronuncia la doctrina judicial¹⁴¹⁵, considerando que el ámbito de apreciación de las causas económicas es la empresa o unidad económica de producción, mientras que el de las causas técnicas, organizativas o de producción es el espacio o sector concreto de la actividad empresarial en el que deban producirse los cambios para favorecer la posición competitiva de la empresa en el mercado o dar una mejor respuesta a las exigencias de la demanda. Consiguientemente, *«para valorar la situación económica negativa como causa para la válida extinción del contrato de trabajo no es necesario tener en cuenta la situación económica y patrimonial de todas las empresas del mismo grupo, excepto cuando se produzca una situación de unidad empresarial»*. En este último supuesto *«puede aceptarse»* que habrá que estar a la situación patrimonial de todas las sociedades que conforman el grupo de empresas a la hora de determinar la posible existencia de una situación económica negativa que pueda justificar la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas, ya que se considera que el verdadero empleador del trabajador no sería la sociedad a cuya plantilla se encuentra formalmente adscrito, sino el conjunto formado por todas las empresas que configuran la situación de unidad empresarial.

El fundamento de dichas afirmaciones tiene su origen en la más que citada STS 27-05-2013 (R° 78/2012), la cual viene a establecer que *«si la intención del legislador hubiese sido otra, en concreto (...) la de ampliar el ámbito a tener en cuenta en las extinciones por causas económicas (extendiéndolo a la totalidad del grupo o a la empresa matriz), esta*

adscrito, sino el conjunto formado por todas las empresas que configuran la situación de unidad empresarial».

¹⁴¹⁵ SSTJS Castilla la Mancha 04-03-2015 (R° 251/2015) y Madrid 09-07-2014 (R° 140/2014).

importante consecuencia se habría establecido-razonablemente- con carácter expreso».

Por el contrario, si las vicisitudes económicas tuviesen su origen en el seno del grupo de sociedades o hubiese más de una empresa afectada por dichas coyunturas y coexistieran elementos empresariales entre las diferentes sociedades mercantiles, sería del todo razonable que el ámbito causal fuese el del grupo de empresas¹⁴¹⁶.

Ahora bien, la doctrina judicial expuesta presenta evidentes puntos de fractura argumental, pues algunas resoluciones judiciales terminan por señalar al grupo como centro de imputación¹⁴¹⁷, no solo de las causas económicas, sino también de las técnicas, organizativas o productivas que únicamente tienen sentido en dicho ámbito, siendo imposible poder valorar la reestructuración llevada a cabo sin tener en cuenta dicho escenario. Basta con revisar algunas de las más recientes resoluciones judiciales para darse cuenta del gran impacto social y doctrinal

¹⁴¹⁶ *Vid.*, al respecto, la STSJ Andalucía 20-03-2014 (R° 32/2013).

¹⁴¹⁷ Algún autor como 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*, N° 9, Enero, 2014, p. 124, ha venido a manifestar que “*Es dudoso que en las condiciones en que se realiza esta declaración se pueda concluir de forma segura que la exigencia documental en el caso de grupos de empresas solo tenga esa finalidad «probable» y mucho menos afirmar que la causa económica del despido colectivo solo debe analizarse con referencia a la empresa que lo decide, dejando al margen siempre la situación global del grupo en que se integra. Y es dudoso porque el pronunciamiento es un «obiter dicta» no constituye jurisprudencia, ni en realidad fue «ratio decidendi» de la sentencia ni pudo serlo porque no se plantearon esas cuestiones en el recurso de casación. Lo cierto es que la norma reglamentaria tampoco aclara la finalidad de la exigencia documental que impone con carácter imperativo. Y en todo caso cabe entender que el Alto Tribunal se refiere solo al grupo mercantil, sin comprender en su declaración los grupos de empresas patológicos determinantes tanto de la responsabilidad solidaria de todas ellas como de la valoración en conjunto de la causa económica que pueda justificar la extinción colectiva»*”

causado¹⁴¹⁸, así como el tratamiento que, por parte de diferentes instrumentos negociales de carácter colectivo, se les da a las reestructuraciones empresariales llevadas a cabo en los grupos de sociedades.

Es más, por parte de algún sector doctrinal¹⁴¹⁹ se considera que la concepción causal tradicional, es decir, la concurrencia de la causa económica a nivel de grupo y la técnica, organizativa o de producción a nivel de empresa habría de reconsiderarse dado que, en el marco de los grupos de sociedades, la descentralización productiva puede conllevar conductas fraudulentas, como la atribución de un convenio distinto a otra sociedad del grupo o con la mayor parte de trabajadores temporalmente contratados, la ejecución de labores que venían realizando los trabajadores fijos de una sociedad del grupo que, por tal motivo, se ven afectados a una reestructuración de plantilla motivada por causas organizativas.

Tal y como puede comprobarse, la problemática derivada de actuaciones fraudulentas por parte de los grupos societarios no es una cuestión baladí, ya que dichas acciones son del todo variopintas¹⁴²⁰, llegando

¹⁴¹⁸ Vid., al respecto, la STS 25-06-2014 (Rº165/2013), Caso Teletech y SSAN 12-06-2014 (Rº 79/2014) Caso Coca Cola; 15-10-2014 (Rº488/2013) Caso Freiremar y 15-07-2013 (Rº200/2013) Caso Grupo Hoteles NH.

¹⁴¹⁹ Vid., al respecto, PRECIADO DOMENECH., C.H., *Los grupos de empresas tras las últimas reformas laborales*, ob. cit., p. 51.

Igualmente, MERCADER UGUINA, J. R., “El desconcertante mundo de los grupos “laborales” de empresas y sus nuevas formulaciones jurisprudenciales”, en *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Universidad Carlos III de Madrid, 2015 p. 494 viene a establecer que «Cierta es que la existencia de un grupo constituye el contexto necesario en el que debe valorarse la concurrencia de las causas económicas cuando se procede a dicha decisión extintiva en el ámbito empresarial».

¹⁴²⁰ Vid., al respecto, la STSJ Madrid 27-06-2012 (Rº 6679/2011) en relación con la actuación seguida por un grupo de sociedades que de manera fraudulenta procede a una reestructuración de plantilla. Así, se hace constar que «La Sala comparte los razonamientos que realiza la juzgadora de instancia y si la plantilla ha ido reduciéndose porque, desde 2008,

incluso, en algunas ocasiones, a la descapitalización de alguna de las empresas que conforman dicho consorcio a favor de otras sociedades del propio grupo¹⁴²¹.

Por tanto, la presencia de actuaciones fraudulentas no debe descartarse. De hecho, si se demuestra en las actuaciones llevadas a cabo la

algunos trabajadores han sido subrogados a otras empresas, a las que se han trasladado producción y que el 25% de disminución de la producción/facturación, que se refleja en la carta de despido, coincide con el 25% que la empresa ha cedido a otras sociedades, que a su vez ha subrogado a algunos trabajadores (hecho probado décimo tercero), es evidente que estamos ante una situación que obedece a una política empresarial de adelgazar la empresa y no a las causas económicas alegadas en la carta de despido, y para ello no duda en reconocer la improcedencia de los despidos que efectúa y abonar 45 días por año de servicio, excepto el actor que tiene una antigüedad de 2/10/1974, porque hay que conseguir reducir el número de personas que prestan servicios para la demandada. Por tanto, si las pérdidas alegadas son debidas al traslado de producción a otras empresas, no pueden considerarse que sean debidas a la actividad ordinaria de la empresa sino que la misma se ha colocado en esa situación para poder organizarse mejor distribuyendo personal hacia esas empresas, sin que respondiesen a una necesidad objetiva de amortizar el puesto de trabajo, sino a la mera conveniencia empresarial. Por lo expuesto el motivo y el recurso se desestiman».

Vid., asimismo, la STSJ Cataluña 30 septiembre 2013 (R° 4/2013), «A igual conclusión (en relación con la nulidad de la decisión extintiva) hubiéramos llegado si en vez de fijarnos en los aspectos formales de la comunicación inicial hubiéramos tomado en consideración el periodo de consultas donde se puede observar que de las cuatro reuniones que tuvo, la primera fue para comunicar a los representantes la iniciación, la segunda para que los trabajadores tuvieran oportunidad de reclamarle la documentación que faltaba, y la cuarta, para comunicarles que finalizaba el periodo de consultas, cuando su finalización ya había sido comunicado a la Autoridad laboral, y comunicar al RRLTT, que procedían a los despidos de la totalidad de la plantilla y por lo tanto al cierre de la empresa. Solamente la tercera reunión cumple con el propósito de la misma el de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias, pero en esta, la empresa fue tajante, al negarse a ofrecer ninguna alternativa, con el argumento de que la empresa había perdido todos sus clientes, cuando en realidad, estaba ocultando, como más adelante ya precisaremos, que se descubriera la forma y modo tan personal que tenía de gestionar las empresas demandadas el señor Maximino, las operaciones que había hecho para descapitalizar la principal (DATELSA), y la intención de que otra empresa en la que aparecía su hermano procedía a suceder a esta última, pasando a esta, material de oficina, algunos de sus clientes, y parte de su personal (...)Todas estas circunstancias, solo pueden llevarnos a la conclusión que el despido colectivo fue nulo, y como tal, reconocer a los trabajadores afectados su derecho a reincorporarse a sus puestos de trabajo».

¹⁴²¹ La STS 11-04-2014 (R° 170/2013) viene a analizar un supuesto en el que «El empresario, societario pero unipersonal, titular y administrador a la vez procedió primero a descapitalizar íntegramente la empresa y solo después, conseguida la formalidad de la insolvencia, procedió a abrir consultas negociadoras en las que obviamente por su parte no había nada que negociar, ni siquiera el pago de una indemnización mínima», declarando “nula la decisión empresarial extintiva colectiva por fraudulenta, debiendo proceder el demandado ALCORIMP SL a la readmisión de los trabajadores afectados».

existencia de una clara y expresa intención de descapitalizar o despojar de todo tráfico empresarial a una de las sociedades del grupo, aparentando dificultades económicas para justificar las reestructuraciones societarias pretendidas debería acudir¹⁴²² a la «nueva» doctrina casacional¹⁴²³ para sancionar las actuaciones llevadas a cabo en fraude de ley, cual es la nulidad de la decisión extintiva¹⁴²⁴, aunque algunas resoluciones judiciales, con carácter aislado, no comparten el mismo criterio¹⁴²⁵.

Asimismo, deberíamos mencionar que nuestro Alto Tribunal viene analizando que el juicio de causalidad, tras la Reforma Laboral del

¹⁴²² FALGUERA BARÓ, M.A., “El Despido Objetivo y Colectivo en los Grupos de Empresa. Particularidades”, *Revista On-Line de la Comisión de lo Social de Jueces para la Democracia*, 2014, N° 145, p. 29.

¹⁴²³ Dicha doctrina se analizará detenidamente en el apartado correspondiente a las particularidades en la negociación del periodo de consultas llevado a cabo en los grupos de empresa.

¹⁴²⁴ *Vid.*, al respecto, la STSJ Comunidad Valenciana 28-12-2012 (R° 11/2012), confirmada por el Tribunal Supremo en STS 20-05-2014 (R° 168/2013), viene a establecer para determinar, entre otros motivos, la nulidad de la decisión extintiva, que “*de los datos que arrojan los hechos probados no cabe sino concluir que estamos ante un grupo de empresas a efectos laborales, ante una realidad única, centro de imputación de las obligaciones y responsabilidades frente a los trabajadores de la empresa Fazmotor que en su actividad de concesionario de coches carece de patrimonio y cuyos ingresos son objeto de descapitalización en favor de las otras empresas patrimoniales y sin trabajadores mediante la cesión de créditos sin contraprestación o el pago de arrendamientos sobrevalorados, con lo que aparecen claramente las notas que caracterizan estos grupos como son la caja única y la confusión de patrimonios, y si a ello se añade la unidad de dirección, y que el trabajador Dionisio lleva la contabilidad de las tres empresas cuyos socios coinciden o están unidos por relación de parentesco, no hay duda de que todas constituyen un único empresario real de los trabajadores afectados por el despido colectivo (...)*Y esta consideración de las empresas demandadas como empresario único va a tener relevancia en la determinación de la concurrencia de la causa económica alegada como fundamento del despido colectivo, según mas tarde se argumentará”.

¹⁴²⁵ Aunque, a mi entender, dicha calificación es la que merece, en estos supuestos, la decisión empresarial de despido colectivo, algunas resoluciones judiciales consideran que tal extinción debe ser declarada no ajustada a derecho pues “*una vez acreditada la existencia de un grupo de empresas mayor del que se reconoce por las empleadoras que actúa unitariamente a efectos laborales y que, por mor de esa actuación, ha supuesto descapitalizar a las empleadoras, la calificación adecuada del despido colectivo acordado por dichas empleadoras no puede ser la de ajustada a derecho porque ello sería permitir un fraude de ley proscrito en el artículo 6.4 del Código Civil. El problema subsiguiente es la calificación del despido colectivo acordado en esas circunstancias –si nulo o si no ajustado a Derecho–, y siendo la norma trata de eludir la declaración de no ajustada a Derecho, tal es la calificación correcta”.*

2012, se circunscribe al marco causal, excluyendo cualquier pronunciamiento sobre el llamado «juicio de funcionalidad»¹⁴²⁶. No obstante, de la jurisprudencia casacional se desprende que el juicio de causalidad no se limita puramente al terreno formal, sino que aquel resulta sustancial¹⁴²⁷ pues *«no corresponde en el derecho vigente a los órganos jurisdiccionales, al valorar las causas de los despidos económicos, efectuar un juicio de proporcionalidad en el sentido técnico-jurídico de la expresión, el cual presupone una valoración del carácter indispensable de la decisión adoptada, sino un juicio de adecuación más limitado, que compruebe la existencia de la causa o causas alegadas, su pertenencia al tipo legal descrito en el artículo 51 ET, y la idoneidad de las mismas en términos de gestión empresarial en orden a justificar los ceses acordados»*¹⁴²⁸, resolución anulada por el propio órgano jurisdiccional y siendo dicha doctrina precisada en resoluciones posteriores¹⁴²⁹, viniendo a establecer que *«aunque a la Sala no le correspondan juicios de “oportunidad” que indudablemente pertenecen ahora –lo mismo que antes de la reforma– a la gestión empresarial, sin*

¹⁴²⁶ Recordemos lo dispuesto en la Ley 3/2012, confirmatoria del RDL 3/2012 que, en su Exposición de Motivos viene a manifestar claramente la voluntad del legislador con lo que respecta a la justificación de los despidos colectivos, al establecer que *“la Ley se ciñe ahora a delimitar las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas que justifican estos despidos, suprimiéndose otras referencias normativas que han venido introduciendo elementos de incertidumbre. Más allá del concreto tenor legal incorporado por diversas reformas desde 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 la Jurisdicción Social y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, tales referencias incorporaban proyecciones de futuro, de imposible prueba, y una valoración finalista de estos despidos, que ha venido dando lugar a que los tribunales realicen, en numerosas ocasiones, juicios de oportunidad relativos a la gestión de la empresa. Ahora queda claro que el control judicial de estos despidos debe ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas. Esta idea vale tanto para el control judicial de los despidos colectivos, cuanto para los despidos por causas objetivas ex artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores”*.

¹⁴²⁷ FALGUERA BARÓ, M.A., *“El Despido Objetivo y Colectivo en los Grupos de Empresa. Particularidades”*, ob. cit., p. 30.

¹⁴²⁸ STS 20-09-2013 (R° 11/2013).

¹⁴²⁹ Vid., al respecto, la STS 27-01-2014 (R° 100/2013).

embargo la remisión que el precepto legal hace a las acciones judiciales y la obligada tutela que ello comporta (art. 24.1 CE), determinan que el acceso a la jurisdicción no pueda sino entenderse en el sentido de que a los órganos jurisdiccionales les compete no solo emitir un juicio de legalidad en torno a la existencia de la causa alegada, sino también de razonable adecuación entre la causa acreditada y la modificación acordada; aparte, por supuesto, de que el tribunal pueda apreciar –si concurriese– la posible vulneración de derechos fundamentales¹⁴³⁰.

Razonabilidad que, según la Sala, no ha de entenderse en el sentido de exigir que la medida adoptada sea la óptima para conseguir el objetivo perseguido con ella (lo que es privativo de la dirección empresarial, como ya hemos dicho), sino en el de que también se adecue idóneamente al mismo (juicio de idoneidad)¹⁴³¹.

Otra opción amparada jurisprudencialmente sería la apreciación de grupo patológico cuando hay una actuación empresarial de perjudicar productiva o económicamente a una o varias de las sociedades que conforman el grupo¹⁴³² pues, en ocasiones, la dirección unitaria es objeto de un ejercicio abusivo (determinante de solidaridad) cuando se efectúa de manera anormal, causando perjuicio a los trabajadores, tal y como

¹⁴³⁰ *Vid.*, también, la STS 26-03-2014 (R° 158/2013).

¹⁴³¹ Una vez expuesta tal postura, la Sala plantea que «*La cuestión radica entonces –en el presente caso–, en determinar si la medida en concreto acordada por la empresa se justifica también en términos del juicio de razonable idoneidad que a este Tribunal corresponde, y que por lo mismo ha de rechazar –por contraria a Derecho– la modificación que no ofrezca adecuada racionalidad, tanto por inadecuación a los fines –legales– que se pretenden conseguir, cuanto por inalcanzable (reproche que en concreto hace la parte recurrente), o por patente desproporción entre el objetivo que se persigue y los sacrificios que para los trabajadores comporta.*

La cuestión no ofrece una clara salida, por cuanto que –como más arriba se ha indicado– no corresponde a los Tribunales fijar la medida “idónea” de la modificación ni censura su “oportunidad” en términos de gestión empresarial, pero tampoco podemos hacer dejación de nuestro obligado deber de enjuiciar la racional “adecuación”».

¹⁴³² FALGUERA BARÓ, M.A., “*El Despido Objetivo y Colectivo en los Grupos de Empresa. Particularidades*”, *ob. cit.*, p. 30.

ocurre en estos supuestos en los que las actuaciones ejecutadas se llevan a cabo en exclusivo beneficio del grupo o de la empresa dominante¹⁴³³.

A pesar de todo lo expuesto, debemos recordar, a modo de síntesis, que la existencia de un grupo fisiológico de empresas no afecta a la configuración de las relaciones laborales, por lo que la reestructuración colectiva se desarrollará prescindiendo de tal consideración¹⁴³⁴, tanto en el ámbito causal como en el relativo al procedimiento, tal y como posteriormente podrá comprobarse.

Y se prescindirá de tal consideración en relación con el ámbito causal porque, tal y como ha establecido el Tribunal Supremo¹⁴³⁵ las obligaciones documentales tienen como finalidad la valoración de la situación económica del grupo, a efectos de la justificación de la causa alegada, pues la finalidad pretendida es informar acerca de la «limpieza» de las relaciones intrasocietarias, así como acreditar la presencia de elementos adicionales determinantes de patología grupal.

Cualquier otra finalidad, como la de «establecer con carácter general la responsabilidad solidaria» o «ampliar el ámbito a tener en cuenta en las extinciones por causas económicas (extendiéndolo a la totalidad del grupo o a la empresa matriz)» hubiera necesitado que tal consecuencia se hubiera establecido expresamente.

De este modo, tal y como establece el Tribunal Supremo, ante la existencia de «un grupo de empresarial mercantil, sin patología apreciable, basta con la afectación de la causa económica a la empresa

¹⁴³³ Vid., al respecto, la STS 27-05-2013 (R° 78/2012).

¹⁴³⁴ GOERLICH PESET, J. M., “Los grupos de sociedades en la jurisprudencia social reciente: puntos críticos”, *Revista de Información Laboral* N° 5, 2014, p. 16.

¹⁴³⁵ STS 27-05-2013 (R°78/2012).

empleadora, para declarar que la decisión extintiva se hallaba ajustada a derecho»¹⁴³⁶.

Por ello, la actividad judicial deberá considerar la valoración de tales circunstancias a la hora de entrar a valorar la concurrencia de la causa alegada y de declarar ajustada a derecho o no la extinción colectiva llevada a cabo.

4.2. El juicio de causalidad en los grupos laborales

Cuando el procedimiento de despido colectivo vaya a llevarse a cabo en un grupo de empresas de carácter patológico, la causa alegada para fundamentar dichas extinciones deberá concurrir a nivel grupal¹⁴³⁷.

Ahora bien, lo anteriormente expuesto merece una serie de matices:

1. El hecho de que, en principio, la causa alegada en los grupos patológicos deba referirse a todas las empresas no significa que dicha inobservancia produzca la ilegalidad de las extinciones llevadas a cabo.

¹⁴³⁶ STS 19-02-2014 (R° 45/2013).

¹⁴³⁷ La STS 23-01-2007 (R° 641/2005) estableció que « *La responsabilidad solidaria a efectos laborales, característica no de todos pero sí de determinados grupos de empresas, deriva en estos 11 supuestos particulares de prestaciones de trabajo indistintas e indiferenciadas del hecho de que las empresas o sociedades agrupadas asumen la posición de único empleador. Partiendo de la premisa anterior, es claro que no se han acreditado en el caso de manera suficiente las causas empresariales aducidas. Los hechos probados no dicen nada de la situación económica negativa de Butasol S.L., que es conjuntamente con Gas Málaga titular de las relaciones de trabajo de las actoras. Y la causa productiva de rescisión del contrato de concesión de Gas Málaga por parte de Repsol Butano S.A. no consta tampoco que haya afectado a Butasol. Así las cosas, no se ha demostrado en el despido de las demandantes hoy recurrentes la "necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo" - en concreto, los puestos de trabajo de las actoras - a que se refiere el pasaje inicial del art. 52.c. ET, por lo que los despidos de las mismas se han de calificar como improcedentes*». Vid., al respecto, la SAN 13-01-2014 (R° 154/2013), y las STSJ Asturias 7-06-2013 (R° 21/2013).

Un claro ejemplo de ello son los despidos fundamentados en causas no económicas, es decir, las extinciones motivadas por causas técnicas, organizativas o de producción.

Puede ocurrir que una concreta causa o medida concorra únicamente en una de las empresas que conforman el grupo. En estos supuestos, no será necesario circunscribir la causa a nivel grupal, sino que únicamente deberá probarse la concurrencia de la causa no económica en la unidad productiva concreta en la que surge, pudiéndose equiparar o asimilar en estos casos la empresa al centro de trabajo.

2. A menudo, cuando se escuchan en una misma frase las palabras «extinciones colectivas» y «grupos patológicos» surge, automáticamente, la tendencia de prejuzgar la calificación de dichas extinciones, aventurándose a determinar que, “evidentemente”, la consecuencia jurídica derivada de las mismas será la nulidad.

Y, a mi entender, dicha calificación no debe tener lugar si se sigue el procedimiento legalmente establecido¹⁴³⁸.

Por ello, en el supuesto de despidos colectivos iniciados por un grupo de empresas laboral y fundamentados en causas económicas, si en la pseudocomunicación de intenciones así como en la comunicación de inicio se declara expresamente que las extinciones derivan de la situación de todo el grupo, las obligaciones formales (periodo de consultas, constitución de la comisión negociadora) y documentales

¹⁴³⁸ Es decir, si el grupo societario reconoce que es un grupo de empresas a efectos laborales y como tal, negocia el proceso extintivo con todas las sociedades que conforman el grupo y logra acreditar la causa alegada para fundamentar tal extinción en principio, tal y como ha venido reconociendo la doctrina judicial, dicho procedimiento debería ser ajustado a derecho. Posteriormente, se analizará con detenimiento las nuevas resoluciones judiciales al respecto y las contradicciones en las que se han ido incurriendo.

(información proporcionada de todas las empresas) se llevan a cabo de acuerdo con tal situación y con la buena fe requerida, aunque el jugador declare la patología grupal, al cumplirse todos los requisitos causales y formales, las extinciones llevadas a cabo deberían declararse procedentes.

CAPÍTULO III

LA INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE DESPIDO COLECTIVO

1. LA DISCUTIDA LEGITIMACIÓN DE LOS GRUPOS DE SOCIEDADES PARA INSTAR UN PROCEDIMIENTO DE DESPIDO COLECTIVO

Una cuestión que se ha revelado especialmente problemática es la relativa a si un grupo de sociedades está legitimado para poner en marcha un proceso de despido colectivo, pues dicha cuestión presenta una serie de perfiles imprecisos y controvertidos.

Tal y como se ha hecho patente a lo largo del presente capítulo, la regulación del despido colectivo guarda silencio respecto a los grupos de sociedades, a pesar de que son una realidad cada vez más generalizada, y a pesar, también, de que el propio legislador les ha ido dando entrada en las normas laborales en coherencia con dicha generalización.

Ni la normativa comunitaria (Directiva 98/59) ni la estatal (artículo 51 ET y RPDC) aluden a los grupos de empresa como entidad legitimada para poner en marcha un despido colectivo, sino a la empresa o al empresario.

Los pronunciamientos judiciales dictados tras la Reforma Laboral de 2012 sobre esta materia se han enfrentado a diversos problemas¹⁴³⁹:

1. En primer lugar, el concerniente a si un grupo de sociedades mercantil resulta una entidad legitimada para instar un procedimiento de despido colectivo
2. El segundo término, el de aquellos supuestos en los que, existiendo un grupo patológico de empresas, el procedimiento de despido

¹⁴³⁹MERCADER UGUINA, J. R., “El desconcertante mundo de los grupos “laborales” de empresas y sus nuevas formulaciones jurisprudenciales”, *ob. cit.*, p. 494.

colectivo se insta, exclusivamente, en relación con una única empresa con el objetivo de huir de su proyección sobre el resto de empresas que, aparentemente, lo integran; y

3. En tercer lugar, el relativo a la posibilidad de que un grupo de empresas patológico acepte tal condición e inste el procedimiento para el conjunto de las empresas del falso grupo

Procedamos a su análisis.

1.1. La (no) legitimación del grupo de sociedades mercantil

Tal y como ha quedado patente a lo largo del presente trabajo, en nuestro ordenamiento jurídico laboral existe una serie de lagunas legales de las que el legislador parece no apercibirse.

Si en algo es unánime la doctrina judicial, sin que ello sirva de precedente, es que ni la legislación comunitaria, ni la española (a excepción de las obligaciones documentales y los despidos llevados a cabo en empresas de dimensión comunitaria) aluden a los grupos de sociedades como entes legitimados para instar un proceso extintivo de carácter colectivo¹⁴⁴⁰.

¹⁴⁴⁰ Así lo establecía la Audiencia Nacional en una de sus primeras sentencias al respecto [SAN 28-09-2012 (R°152/2012)], al considerar que “*la regulación del despido colectivo, recientemente revisada, guarda silencio respecto de los grupos de empresas, a pesar de que son una realidad cada vez más generalizada, y a pesar, también, de que el propio legislador les ha ido dando entrada en las normas laborales en coherencia con dicha generalización. En efecto, tal como indica la demandante, ni la Directiva 98/59 sobre despidos colectivos, ni el art. 51 ET, ni el hoy vigente RD 801/2011, aluden a los grupos de empresa como entidad legitimada para poner en marcha un despido colectivo, sino a la empresa o al empresario. Esto, en virtud de una interpretación literal que diera al silencio un valor conscientemente negativo, permitiría entender que los grupos empresariales solo pueden acudir a esta vía extintiva articulándola de modo independiente en cada una de las sociedades que los componen*”.

Sin embargo, lo que sí existe en el ámbito jurídico comunitario son normas que regulan instrumentos convencionales relativos a los grupos de sociedades¹⁴⁴¹.

Un claro ejemplo lo encontramos en la Directiva 94/45/CEE sobre procedimientos de información y consultas en empresa o grupos de dimensión comunitaria, traspuesta a nuestro ordenamiento jurídico interno mediante la Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria.

Cuando la empresa o el grupo cumplan los parámetros señalados en la norma referenciada, es decir, cuando la empresa o el grupo tengan dimensión comunitaria, el proceso negociador se efectuará en el ámbito del comité de empresa europeo, tal y como establece la Directiva 2009/38/CE¹⁴⁴² del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de mayo de 2009, sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, cuyas funciones y competencias se ajustarán a las contempladas en el Anexo I letra a) del apartado 1) de la Directiva que acaba de citarse y en el artículo 10.1 de la Ley 10/1997.

No obstante, si la empresa o grupo no gozan de dimensión comunitaria, conforme a lo dispuesto por la doctrina europea, el proceso negociador estará, en principio, circunscrito a la empresa que resulte afectada por el proceso extintivo, sin que resulte preceptiva la intervención de la

¹⁴⁴¹ FALGUERA BARÓ, M.A., “*El Despido Objetivo y Colectivo en los Grupos de Empresa. Particularidades*”, *ob. cit.*, p. 4.

¹⁴⁴² STSJUE de 13-01-2004 (Asunto Gesamtvetriebstrat der Kühne & Nagel AG & Co. KG).

sociedad dominante¹⁴⁴³, aunque la decisión de proceder a una extinción colectiva haya sido tomada por dicha empresa matriz¹⁴⁴⁴.

De este modo, nos encontramos con el absurdo de que un despido colectivo llevado a cabo en una empresa o grupo de dimensión comunitaria y que afecta a varios países deberá ser negociado (si así se ha pactado) por el comité de empresa europeo, mientras que, por el contrario, si la reestructuración colectiva llevada a cabo dentro del mismo grupo o empresa de dimensión comunitaria solo tiene ámbito estatal, no se prevé ningún mecanismo de negociación común.

Y ello porque, en nuestro caso, la doctrina judicial ha sido clara al establecer la imposibilidad de que un grupo de empresas mercantil promueva como tal un procedimiento de despido colectivo, aunque afecte globalmente a las empresas del grupo y ello, razona, *«porque dicha alternativa no está contemplada en nuestro ordenamiento jurídico, siendo exigible, por consiguiente, que se tramite empresa por empresa, aunque la decisión se haya tomado, como es natural, por la empresa dominante. La negociación global del despido colectivo con la empresa*

¹⁴⁴³La SAN 12-06-2013 (Rº 143/2013) dispone que *«La empresa dominante, aunque haya tomado la decisión, como no podía ser de otro modo, puesto que controla a las demás empresas del grupo, es un tercero sin obligación de participar en el periodo de consultas (...) el artículo 2.4 de la Directiva 1999/58/CE prevé que las obligaciones de información y consulta, previstas en el artículo 2, se aplicarán con independencia de que la decisión relativa a los despidos colectivos sea tomada por el empresario o por una empresa que ejerza control sobre él, lo que permite concluir, que la empresa dominante puede decidir el despido, aunque no forme parte del período de consultas, puesto que su papel es propio de un tercero, cuyas decisiones no eximen al empresario de cumplir las obligaciones de información y consulta con los representantes de los trabajadores, sin imponer ninguna obligación a la empresa dominante, quien no está obligada, por tanto, a participar en el período de consultas».*

¹⁴⁴⁴ STJUE de 10-09-2009, (Asunto Akavan Erityialojen Keskuslitto AEK ry e.a.), *«incumbe siempre a la filial, como empresario, llevar a cabo consultas con los representantes de los trabajadores que puedan verse afectados por los despidos colectivos previstos y, en su caso, soportar ella misma las consecuencias del incumplimiento de la obligación de llevar a cabo consultas si no se le ha informado inmediata y correctamente de una decisión de su sociedad matriz que haga necesarios tales despidos».*

dominante supondrá una buena práctica, cuya utilidad nos parece incuestionable, por cuanto se producirá entre los interlocutores reales, por lo que podrá efectuarse sin problema. Sin embargo, aunque concluya con acuerdo, no podrá eludir los periodos de consulta en cada una de las empresas del grupo mercantil, que contarán, de este modo, con instrumentos útiles para negociar la incidencia y la adecuación de las causas en cada una de las empresas del mismo»¹⁴⁴⁵.

Dicho criterio, que ha sido seguido por los tribunales «a pie juntillas», no ha quedado exento de detractores. Baste con observar el argumento *lege ferenda* argüido por los propios tribunales que aplican la doctrina objeto de crítica, pues consideran que la obligada tramitación plural de despidos colectivos, decididos por la empresa dominante a través de períodos de consulta en cada empresa no es satisfactoria «*por cuanto el interlocutor real, para que el período de consultas pueda alcanzar sus fines, es la empresa dominante y no las empresas dominadas, quienes están sometidas a las decisiones de la primera, con la que consolidan cuentas y aunque sea cierto que la consolidación de cuentas no exime a las sociedades integrantes del grupo de formular sus propias cuentas anuales y el informe de gestión correspondiente, conforme a su régimen específico, a tenor con lo dispuesto en el art. 42.2 CCom., lo que podría dar lugar a resultados negativos en el grupo y positivos en alguna o algunas de sus sociedades, no es menos cierto que dichas cuentas estarán determinadas totalmente por decisiones de la sociedad dominante que, al disponer de las claves sobre el futuro de cualquiera de las empresas del grupo, debería ser el interlocutor natural en el período de consultas, lo que debería considerarse, en nuestra opinión, en futuras regulaciones*

¹⁴⁴⁵ SAN 25-02-2013 (R° 324/2012).

legales, con la finalidad de evitar períodos de negociación artificiosos, repetitivos y costosos, cuando podrían resolverse de modo unitario con el interlocutor que toma efectivamente las decisiones por todas las empresas del grupo»¹⁴⁴⁶.

En concordancia con lo que acaba de exponerse debe examinarse lo dispuesto en el apartado octavo del artículo 51 ET, el cual dispone expresamente que *«las obligaciones de información y documentación previstas en el presente artículo se aplicarán con independencia de que la decisión relativa 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».*

Tal y como se ha comentado en apartados anteriores, dicho precepto es una reproducción de lo establecido en el artículo 2.4 de la Directiva 98/59/CEE con una adición, en el párrafo segundo, de la doctrina del TJUE en relación con la Sentencia Akavan Erityisalojen Keskusliitto AEK ry, en la que se dispone que *«incumbe siempre a la filial, como empresario, llevar a cabo consultas con los representantes de los trabajadores que puedan verse afectados por los despidos colectivos previstos y, en su caso, soportar ella misma las consecuencias del incumplimiento de la obligación de llevar a cabo consultas si no se le ha informado inmediata y correctamente de una decisión de su sociedad matriz que haga necesarios tales despidos»¹⁴⁴⁷.*

¹⁴⁴⁶ SAN 25-02-2013 (R° 324/2012).

¹⁴⁴⁷ Según GARCIA MURCIA, J., “La reforma del despido colectivo: reajustes legales y primeras experiencias de aplicación jurisdiccional”, *Relaciones laborales: Revista crítica de*

Tal y como se desprende de su contenido, las directrices que allí se establecen son puramente aseverativas y no establecen obligación alguna en relación con la empresa dominante ni a ninguna de las otras sociedades conformantes del grupo¹⁴⁴⁸.

teoría y práctica, N° 12, 2013, p. 130, «El ámbito de referencia para la proyección o utilización de las reglas legales de despido colectivo nunca ha traspasado los linderos de la empresa, y nunca ha hablado de manera directa del grupo de empresas, pese a su progresiva presencia no ya en la vida económica sino también en el plano normativo, concretamente en la legislación laboral. Obviamente, para el buen desarrollo de los procesos de consulta y negociación que son propios de ese despido, y, en su caso, para la pertinente valoración y calificación jurídica de la medida empresarial, puede ser conveniente o incluso necesario el conocimiento de una serie de circunstancias que, excediendo el círculo interno de la empresa, afectan a su funcionamiento o a su situación económica, como es su eventual pertenencia a un grupo de empresas. Esa es la razón, precisamente, de que la normativa de la Unión Europea, y desde hace tiempo también nuestra propia legislación interna, dispongan que, en tal supuesto, no dejan de regir, igualmente, las obligaciones de información y documentación requeridas con carácter general para el despido colectivo, con la precisión de que la empresa promotora de dicha medida en ningún caso podrá negarse al cumplimiento de tales deberes bajo el argumento de que la empresa matriz, responsable última de la decisión, no le facilitó "la información necesaria». Asimismo, MOLERO MARAÑÓN, M. L., "La incidencia de la reforma 2013 en las reglas del periodo de consultas" *ob. cit.*, dispone que «Desde esta óptica, se echa en falta una disciplina reguladora que contemple como ámbito de negociación posible al grupo de empresas, modulando las reglas de legitimación negocial exigibles para formar parte de la comisión negociadora. Como ya se ha invocado por los propios tribunales y, en particular por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, el desarrollo del periodo de consultas con cada una de las empresas que conforman el grupo mercantil, sin que pueda participar la empresa dominante o cabecera que de forma real ha adoptado la decisión de la reestructuración provoca en muchos casos, "períodos de negociación artificiosos, repetitivos y costosos, cuando podrían resolverse de modo unitario con el interlocutor que toma efectivamente las decisiones por todas las empresas del grupo". Salvo que el grupo de empresas sea patológico, en cuyo caso se contempla que el periodo de consultas se tramite de forma conjunta, articulándose una negociación global y no de forma individualizada empresa por empresa, la situación de anomía normativa continúa produciéndose con la nueva norma legal. Y ello, pese a saber con certeza que la práctica negocial actual está resultando realmente insatisfactoria al desenvolverse el periodo de consultas en un ámbito que no es el adecuado y por unos sujetos negociadores que en muchas ocasiones no son los que se encuentran en condiciones idóneas para llevar a cabo el proceso negociador, en la medida en que no son los responsables últimos de la decisión de reestructuración».

¹⁴⁴⁸ Según RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.; "La noción comunitaria de despido y el momento oportuno de la consulta", *Diario La Ley*, N° 7319, 2010, "El propio Derecho comunitario ha tratado de enfrentarse con esta problemática en relación con los derechos de información y consulta, en las empresas o grupos de empresas de dimensión comunitaria, previendo la institución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta equivalente (regulado hoy por la Directiva 2009/38, que refunde las directivas precedentes). Sin embargo, las directivas «de crisis» mantienen la dimensión nacional y el carácter estatal de la época en la que todavía no se había generalizado la dinámica de deslocalizaciones, también en el seno de la propia Comunidad, y ello genera,

No obstante, algunas resoluciones consideran que dicho precepto debe interpretarse como una recomendación, como una advertencia a los grupos de sociedades en el que se exhorta a que cumplan con las obligaciones legalmente establecidas, al considerar que *«mientras no se produzca dicha regulación, la negociación global del despido colectivo con la empresa dominante supondrá una buena práctica, cuya utilidad nos parece incuestionable, por cuanto se producirá entre los interlocutores reales, por lo que podrá efectuarse sin problema. Sin embargo, aunque concluya con acuerdo, no podrá eludir los períodos de consulta en cada una de las empresas del grupo mercantil, que contarán, de este modo, con instrumentos útiles para negociar la incidencia y la adecuación de las causas en cada una de las empresas del mismo»*¹⁴⁴⁹.

A pesar de todo lo expuesto, ¿es posible que los grupos de sociedades insten un procedimiento de despido colectivo de manera conjunta?¹⁴⁵⁰

La doctrina judicial¹⁴⁵¹ sí ha dejado entrever su negativa taxativa a que los grupos de sociedades puedan instar un procedimiento de extinción

como han demostrado varias experiencias, incluida de la que se ocupa el Tribunal, que las representaciones de personal in situ no sean informadas a tiempo de cómo van a evolucionar los acontecimientos, y no pueden así reaccionar eficazmente contra ellos. De este modo, las decisiones empresariales con relevancia transnacional, evitan el control colectivo de decisiones que afectan al empleo, pese a que existe aquí un alcance transnacional de los intereses colectivos derivado de la propia movilidad de los agentes económicos. El «nacionalismo» del Derecho del Trabajo, que se refleja también en el momento de aplicación de las Directivas, genera este resultado»

¹⁴⁴⁹ SAN 25-02-2013 (R° 324/2012).

¹⁴⁵⁰ Esta cuestión salió a colación en el debate de la STS 26-03-2014 (R° 158/2013), en la que el sector mayoritario evitó entrar en materia al indicar la concurrencia de un grupo de empresas de carácter patológico. En contra, el voto particular suscrito por los magistrados Gilolmo, Desdentado y López García de la Serrana, concluyeron que en realidad no se había producido un único despido c colectivo, pues el grupo *“no ha actuado en el grupo conjunto, que ciertamente no podría actuar como empresario, porque entre otras razones carece de personalidad jurídica y no tiene como tal grupo condición de empresario”*. Por otra parte, el voto particular propuesto por los magistrados Agustí, Salinas, Segoviano y Alarcón no se pronuncia sobre este aspecto.

colectiva; mientras que la jurisprudencia casacional únicamente se ha pronunciado admitiendo la legitimación del grupo patológico para iniciar reestructuraciones de carácter colectivo¹⁴⁵².

Ahora bien, el reverso de dicha doctrina jurisprudencial implica, *prima facie*, que al grupo de empresas de carácter mercantil no se le puede aplicar el marco obligacional previsto para los despidos colectivos.

Por tanto, el grupo fisiológico adolece, por sí mismo (al no poseer los elementos definitorios que caracterizan a los grupos patológicos de empresa) de la facultad expresa de iniciar un procedimiento de extinción colectiva, aunque tal reestructuración haya sido prevista a nivel grupal y su ámbito de afectación alcance a todas las sociedades que conforman el conglomerado mercantil¹⁴⁵³.

De esta suerte, parece ser que el grupo fisiológico no podría ser tomado en consideración a efectos de valorar la concurrencia de los requisitos causales, numéricos y temporales necesarios para hallarnos en presencia de un despido colectivo, aunque a dicha afirmación le corresponden una serie de matizaciones¹⁴⁵⁴. Matizaciones que, en esencia, remiten a la posible consideración del grupo empresarial como

¹⁴⁵¹ Esta línea doctrinal que impide al grupo mercantil el inicio del periodo de consultas se ha consolidado en SSAN 10-03-2014 (R°285/2013); 15-07-2013 (R°200/2013) y 12-06-2013 (R° 143/2013).

La empresa dominante puede decidir el despido, aunque no forme parte del periodo de consultas, puesto que su papel es propio de un tercero, cuyas decisiones no eximen al empresario de cumplir las obligaciones de información y consulta con los representantes de los trabajadores, sin imponer ninguna obligación a la empresa dominante, quien no está obligada, por tanto, a participar en el período de consultas.

¹⁴⁵² SSTS 25-06-2014 (R° 165/2013); 26-03-2014 (R° 158/2013) y 18-03-2014 (R° 114/2013).

¹⁴⁵³ *Vid.*, al respecto, MERCADER UGUINA, J.R., y DE LA PUEBLA PINILLA, A., *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada*, *ob. cit.*, pp. 49 a 51.

¹⁴⁵⁴ *Vid.*, al respecto, el apartado correspondiente a la definición de los elementos cuantitativos, temporales y causales en los grupos de sociedades.

grupo patológico de empresas si tal circunstancia se desprende, precisamente, de la documentación e información contable que legal y reglamentariamente se les exige a los grupos de sociedades¹⁴⁵⁵.

Desde la vertiente procedimental, en los supuestos de despidos colectivos llevados a cabo en grupos de empresas fisiológicos será obligatorio, tal y como ya se ha comentado anteriormente, que tal reestructuración se tramite empresa por empresa, aunque la voluntad extintiva haya nacido en la sociedad dominante.

Tal «solución» doctrinal y jurisprudencial, a mi entender, resulta totalmente insatisfactoria, pues el conducir el proceso extintivo a una obligada tramitación plural, empresa por empresa no hace sino desvalorizar la esencia del periodo de consultas, al perder su efecto útil y al denegar el acceso al interlocutor real de la decisión extintiva, produciendo, asimismo, reiteraciones superfluas de las interlocuciones en cada una de las sociedades del grupo afectadas¹⁴⁵⁶.

Por ello, desde diferentes sectores doctrinales¹⁴⁵⁷ y judiciales¹⁴⁵⁸ se exige un cambio normativo o mejor dicho, una regulación expresa que prevea la reestructuración colectiva en el ámbito grupal, al mismo tiempo que se sugiere a los interlocutores sociales y empresariales que entretanto esa

¹⁴⁵⁵ BAZ RODRÍGUEZ, J., “El despido colectivo en las empresas de grupo. Viejos y nuevos problemas, tras el cambio de modelo normativo (2012-2014)”, *ob. cit.*, p. 28.

¹⁴⁵⁶ *Vid.*, al respecto, SAN 25-02-2013 (R^o 324/2012).

¹⁴⁵⁷ Así lo reivindica ESTEVE SEGARRA, A., en “El marco de referencia en los procedimientos de consultas en los grupos de sociedades: la necesidad de una reinterpretación. Comentario a la SAN en el despido colectivo de Coca Cola Iberian Partners”, *ob. cit.*, p. 17

¹⁴⁵⁸ Así se establece expresamente en la SAN 15-07-2013 (R^o 200/2013), pues el órgano judicial considera que nos encontramos ante “*un desfase entre el marco normativo y la realidad del tejido empresarial, que esconde a quien debería ser el interlocutor real para que el periodo de consultas alcance sus fines. Desfase que el legislador nacional podría solventar, si lo estimara oportuno, con una regulación que mejorara, en el sentido apuntado, los mínimos previstos en la Directiva 1998/59/CE*”.

regulación no se produzca sería aconsejable realizar una negociación global del despido colectivo con la empresa dominante, sin poder eludir los períodos de consulta en cada una de las empresas del grupo mercantil, que contarán, de este modo, con instrumentos útiles para negociar la incidencia y la adecuación de las causas en cada una de las empresas del mismo¹⁴⁵⁹.

Ahora bien, ¿en qué se basa la doctrina judicial para negar la legitimación del grupo de sociedades?

En primer lugar, debemos establecer que tanto la jurisprudencia¹⁴⁶⁰ como la doctrina judicial¹⁴⁶¹ insisten, machaconamente, en que la imposibilidad¹⁴⁶² de iniciar un procedimiento de despido colectivo por parte de un grupo de sociedades estriba en un razonamiento estrictamente formal, cual es el silencio del legislador comunitario y nacional¹⁴⁶³.

Silencio que se vuelve imperceptible cuando el procedimiento de despido colectivo es iniciado por un grupo patológico de empresas. Comprobémoslo.

¹⁴⁵⁹ SAN 25-02-2013 (R° 324/2012).

¹⁴⁶⁰ SSTS 26-03-2014 (R° 158/2013) y 25-06-2014 (R° 165/2013)

¹⁴⁶¹ SSAN 10-03-2014 (R° 285/2013); 20-01-2014 (R° 256/2013); 25-02-2013 (R° 324/2012); 28-09-2012 (R° 152/2012) y 18-12-2012 (R° 257/2012).

¹⁴⁶² «Parece claro, no obstante, que la intervención en el período de consultas del despido colectivo de las empresas, integradas en grupos de empresa mercantiles, regulado en nuestro ordenamiento jurídico, está referida en todo momento a cada empresa, puesto que en ninguna de las normas aplicables se contempla la participación del grupo como tal, aunque la jurisprudencia y doctrina contencioso-administrativa vino admitiendo con naturalidad la promoción de expedientes de regulación de empleo por grupos de empresa, como resaltamos en SAN 28-09-2012, proced. 154/2012, a la que nos remitimos, si bien en las sentencias, allí resumidas, no se consideró propiamente si el grupo mercantil estaba legitimado como tal para promover despidos colectivos, admitiéndose tácitamente o, en su defecto, por considerar que el grupo era propiamente una unidad económica» [SAN 25-02-2013 (R° 324/2012)].

¹⁴⁶³ ESTEVE SEGARRA, A., “El marco de referencia en los procedimientos de consultas en los grupos de sociedades: la necesidad de una reinterpretación. Comentario a la SAN en el despido colectivo de Coca Cola Iberian Partners”, ob. cit., p. 17.

Un grupo de sociedades de carácter mercantil o fisiológico no puede instar un procedimiento de extinción colectivo pues, tal y como ha establecido el Tribunal Supremo, ni la Directiva 98/59, sobre despidos colectivos, ni el art. 51 ET, aluden a los grupos de empresa como entidad legitimada para poner en marcha un despido colectivo, sino exclusivamente a la empresa o al empresario. No obstante, puede llevarse a cabo un despido colectivo en un grupo de empresas de carácter patológico cuando dicha condición haya sido reconocida, con carácter previo, por todos los agentes que intervienen en las negociaciones.

Producido el auto-reconocimiento y existiendo un consenso pleno sobre tal patología, sería «lícito» el procedimiento llevado a cabo.

Ahora bien, dicho criterio dista mucho de la seguridad jurídica pretendida, pues no es ajustado a derecho que el grupo patológico se presente como tal en el momento de instar el proceso extintivo¹⁴⁶⁴.

Y es que se parte de la hipótesis o creencia de que el silencio del legislador comunitario y nacional debe interpretarse como una prohibición, como un impedimento a la realización de procesos de información y consultas en el seno de grupos fisiológicos cuando, a mi entender, tal interpretación debería producirse en sentido contrario: si no hay prohibición legal, ni ausencia de regulación permitiendo, tanto jurisprudencia como doctrina judicial, el acometimiento de despidos colectivos en los grupos patológicos, la misma permisión debería producirse respecto de los fisiológicos. O, adoptando una exégesis restrictiva, de considerarse que existe tal prohibición, la misma debería

¹⁴⁶⁴ Tal y como se viene a hacer constar por parte de la Audiencia Nacional en SAN 12-06-2014 (R^o 79/2014), Asunto Coca Cola.

extenderse tanto a los grupos de sociedades de carácter fisiológico como a los grupos de empresas patológicos¹⁴⁶⁵.

Tal y como se ha expuesto por algún autor¹⁴⁶⁶, las contradicciones que acaban de exponerse son un claro ejemplo del vaivén jurisprudencial¹⁴⁶⁷ de los últimos tiempos, que siembra de incertidumbre el ejercicio de los operadores jurídicos, a la vez que deja en jaque el «principio de contradicción»

El citado «principio de contradicción» es concebido como un principio ontológico según el cual «*es imposible que una cosa sea y no sea al mismo tiempo y bajo el mismo aspecto*»¹⁴⁶⁸. Este principio se proyecta en el Derecho sobre el mundo de la seguridad jurídica¹⁴⁶⁹ pero, tal y como anteriormente ha quedado expuesto, las últimas resoluciones judiciales no hacen sino desvelar la ineficacia de dicho axioma.

En segundo lugar, otro de los argumentos esgrimidos por la doctrina judicial¹⁴⁷⁰ para fundamentar la falta de legitimación de los grupos de sociedades descansa en la STJUE de 10 de septiembre de 2009 (Asunto AEK contra Fujitsu Siemens Computer, C-44/08).

¹⁴⁶⁵ ESTEVE SEGARRA, A., “El marco de referencia en los procedimientos de consultas en los grupos de sociedades: la necesidad de una reinterpretación. Comentario a la SAN en el despido colectivo de Coca Cola Iberian Partners”, *ob. cit.*, p. 17

¹⁴⁶⁶ MERCADER UGUINA, J. R., “El desconcertante mundo de los grupos “laborales” de empresas y sus nuevas formulaciones jurisprudenciales”, *ob. cit.*, p. 498.

¹⁴⁶⁷ *Vid.*, al respecto, la SAN 28-09-2012 (R° 152/2012), de la cual se desprendía que el silencio del legislador comunitario y nacional no constituía un impedimento para que un grupo de sociedades pudiese instar un procedimiento de despido colectivo.

¹⁴⁶⁸ GARCÍA-PERROTE ESCARTIN, I., “Es imposible que una cosa sea y no sea al mismo tiempo y bajo el mismo aspecto”: el principio de no contradicción en la jurisprudencia constitucional”, *Justicia laboral: Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, N° 41, 2010, pp. 5-12

¹⁴⁶⁹ MERCADER UGUINA, J. R., “El desconcertante mundo de los grupos “laborales” de empresas y sus nuevas formulaciones jurisprudenciales”, *ob. cit.*, p. 498.

¹⁴⁷⁰ SAN 12-06-2014 (R° 79/2014).

Según dicha doctrina, el TJUE, en una labor interpretativa sobre la Directiva 95/59/CE, estableció que el ámbito de negociación colectiva previa al despido colectivo no es el grupo de sociedades, sino la empresa que practica los despidos, aunque esta deba mantener su autonomía negocial en el periodo de consultas respecto de la dirección del grupo, llegando, por sí sola, a la conclusión de que *«la negociación de los periodos de consulta de los despidos colectivos, por exigencia de la legislación comunitaria, debe llevarse a cabo en el nivel de empresa o inferior, no en el nivel de grupo de empresas, y además por los representantes (legales o sindicales) de los trabajadores, si bien corresponde al legislador nacional definir cuál sea el concreto nivel de negociación, siempre garantizando que la comisión negociadora esté compuesta por los representantes de los trabajadores. Ello sin perjuicio de que esa negociación pueda ir precedida o acompañada por una consulta en el nivel de grupo de empresas de dimensión comunitaria, conforme a la Ley 10/1997»*.

La STJUE 10-09-2009 (Asunto AEK contra Fujitsu Siemens Computer, C-44/08) venía a resolver una cuestión prejudicial cuyo objeto estribaba en determinar el alcance de la obligación de información y consulta con los representantes de los trabajadores establecida en el artículo 2 de la Directiva 98/59/CE y, en particular, al momento en que nace esta obligación para el empresario.

En palabras textuales del propio TJUE, *«en el contexto de un grupo de empresas como del que se trata en el litigio principal, de esta jurisprudencia se desprende que una decisión de la sociedad matriz cuya consecuencia directa sea obligar a una de sus filiales a extinguir los contratos de los trabajadores afectados por los despidos colectivos, solo*

puede adoptarse una vez finalizado el procedimiento de consulta dentro de dicha filial, ya que lo contrario expondría a este, como empresario, a las consecuencias de este procedimiento».

Si atendemos a la literalidad del pronunciamiento, el alcance de tal resolución nos lleva a concluir que la decisión extintiva, incoada por la sociedad matriz, solo puede ejecutarse una vez finalizado el periodo de negociación dentro de la filial afectada, pues la finalidad de la norma comunitaria es la existencia de un periodo de negociación previo a la decisión extintiva pero, en ningún momento, se hace constar que el ámbito de negociación deba circunscribirse a la empresa y no al grupo de sociedades¹⁴⁷¹.

La comentada resolución no hace sino reiterar¹⁴⁷² la trascendencia de los mecanismos previstos por el artículo 2.4 de la Directiva 1999/58/CE, en cuanto viene a considerar que se aplicarán con independencia de que la decisión relativa a los despidos colectivos sea tomada por el empresario o por una empresa que ejerza control sobre él, cuyas decisiones no eximen al empresario de cumplir las obligaciones de información y consulta con los representantes de los trabajadores, sin imponer ninguna obligación a la empresa dominante, quien no está obligada, por tanto, a participar en el período de consultas¹⁴⁷³.

Esta competencia, encomendada al empresario, no viene a significar la restricción del ámbito de negociación al marco empresarial. Y ello

¹⁴⁷¹ ESTEVE SEGARRA, A., “El marco de referencia en los procedimientos de consultas en los grupos de sociedades: la necesidad de una reinterpretación. Comentario a la SAN en el despido colectivo de Coca Cola Iberian Partners”, *ob. cit.*, p. 17

¹⁴⁷² *Vid.*, al respecto, la doctrina del TJUE en relación con la Sentencia Akavan Erityisalojen Keskusliitto AEK ry (STJUE 10-09-2009, Asunto AEK contra Fujitsu Siemens Computer, C-44/08).

¹⁴⁷³ *Vid.*, al respecto, la SAN 12-06-2013 (R° 143/2013).

porque¹⁴⁷⁴, en primer lugar, la Directiva 98/59/CE no ha obtenido una armonización completa de las legislaciones de los estados miembros y, por otro, aunque no encontramos disposición alguna que nos constriña a llevar a cabo el periodo negociador en la sociedad matriz o en el seno grupal, ello no significa que no pueda establecerse a nivel estatal, pues la Directiva «*tiene el carácter de norma mínima mejorable por las legislaciones y normas nacionales a favor de los trabajadores ; [...] y esto es, precisamente, lo que lleva a cabo nuestra norma nacional, que [...] establece una regulación procedimental más favorable para los trabajadores, no solo con respecto a la unidad de referencia física (empresa y no centro de trabajo) para el cómputo de trabajadores afectados, sino también exigiendo a la empresa la justificación de la causa extintiva y la necesidad de la previa autorización administrativa para proceder al despido colectivo (requisitos éstos que no establece la norma comunitaria)*»¹⁴⁷⁵.

No obstante, debe recordarse la insistencia de la doctrina comunitaria, a todas luces patente en su resolución STSJUE 13-05-2015 (Asunto C-392/2013), de limitar, no ya a nivel de empresa, sino al de centro de trabajo, el ámbito de referencia para el acometimiento de los despidos colectivos, puesto que considera que no es conforme la vigente legislación española respecto a la europea, precisamente por cuanto pueden existir casos en los que, tomando en consideración la sociedad y no el centro, no pueda asegurarse la intervención de los representantes de los

¹⁴⁷⁴ ESTEVE SEGARRA, A., “El marco de referencia en los procedimientos de consultas en los grupos de sociedades: la necesidad de una reinterpretación. Comentario a la SAN en el despido colectivo de Coca Cola Iberian Partners”, *ob. cit.*, p. 18.

¹⁴⁷⁵ STS 18-03-2009 (Rº 1878/2008).

trabajadores en aquellos supuestos en los que se superen el umbral numérico de la Directiva 98/59/CEE¹⁴⁷⁶.

Respecto a la Directiva 2002/14/CE¹⁴⁷⁷ del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea, esta norma no restringe el proceso de información y consultas a nivel de empresa. La citada norma, en su artículo 4.4 dispone que la consulta se efectuará «al nivel pertinente de dirección y representación en función del tema tratado».

Con esta regla, el citado instrumento normativo persigue garantizar un principio de correspondencia o reciprocidad entre la cuestión objeto de consulta y el ámbito de la empresa en el que la misma se gestiona y

¹⁴⁷⁶ Me remito a lo expuesto, respecto a tal postura doctrina, en el apartado correspondiente en los procedimientos de despido colectivo llevados a cabo en las empresas unitarias.

¹⁴⁷⁷ MOLERO MARAÑÓN, M. M. y VALDÉS DAL-RÉ, F., en “Los derechos de información y consulta en las reestructuraciones de empresa”, *Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, Madrid, 2013, pp. 40 y 41 vienen a establecer que “no puede dejar de destacarse la notable especificidad que, en el conjunto de las directivas comunitarias reguladoras de los derechos de participación de los trabajadores en la empresa, representa la Directiva Marco, habiendo venido a introducir un punto de “discontinuidad” en la producción normativa hasta entonces precedente. En primer lugar y apartándose de las directivas de primera generación (despidos colectivos y transmisión de empresa), la directiva 2002/14/CE es una norma general y no sectorial; pero, en segundo lugar, y distanciándose ahora de las 40 CCNCC directivas de segunda generación (comité de empresa europeo y sociedad europea), su ámbito de aplicación tiene un carácter interno, nacional, y no transnacional. Probablemente por este motivo, por cuanto su objetivo es armonizar los derechos de información y consulta en los sistemas nacionales, esta directiva asume una impronta minimalista, en el sentido anteriormente expuesto. La mera lectura de su preámbulo ilustra esta configuración en términos dotados de una encomiable transparencia. Así en considerando 18 dirá que la norma comunitaria “tiene por objetivo el establecimiento de disposiciones mínimas aplicables en toda la Comunidad”. Y el considerando 22 insiste en la misma idea, al señalar que “el marco comunitario de la información y consulta debe limitar al mínimo posible las cargas impuesta a las empresas y centros de trabajo”. Intentando sintetizar su fuerza innovadora, se ha argumentado que la Directiva 2002/14/CE intenta superar, en su ámbito de imputación normativa, la dimensión transnacional y, desde una perspectiva objetiva, el carácter “patológico” de la activación de los derechos información y consulta, concibiéndolos como un elemento “fisiológico” de los procesos de toma de decisiones empresariales”.

decide, garantía esta de especial trascendencia en las organizaciones empresariales de estructura compleja, especialmente en los grupos de sociedades¹⁴⁷⁸.

Resulta contradictorio que puedan llevarse a cabo procesos de información y consultas en ámbito de empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria y que la exégesis jurisprudencial impida que pueda llevarse a cabo tal proceso negociador en grupos de sociedades de índole nacional y de menor envergadura¹⁴⁷⁹ que los habilitados por la Directiva 2002/14/CE, mientras que lo lógico y sensato es que si la decisión empresarial va a afectar a todo el grupo de sociedades, el periodo de negociación, cuyo objeto será el acuerdo sobre la decisión extintiva y las posibilidades de evitar o reducir sus efectos, se circunscriba a dicho ámbito de afectación.

Debemos concluir¹⁴⁸⁰, por tanto, a pesar del empecinamiento de la doctrina comunitaria en limitar, cada vez más, el ámbito de referencia en los procedimientos de despido colectivo, que la normativa comunitaria no impide que cualquier estado miembro pueda establecer, bien por disposición legal o por determinación jurisprudencial, la ejecución de un procedimiento de extinción colectiva a nivel grupal, en el que los procesos de información y consulta puedan circunscribirse a dicho ámbito, sin ser necesaria la realización de tantos procesos negociadores como empresas afectadas por la extinción hubiese. Por tanto, en mi opinión, este debe de ser un argumento a tener en cuenta

¹⁴⁷⁸ MOLERO MARAÑÓN, M. M. y VALDÉS DAL-RÉ, F., “Los derechos de información y consulta en las reestructuraciones de empresa”, *ob. cit.*, p. 77.

¹⁴⁷⁹ ESTEVE SEGARRA, A., “El marco de referencia en los procedimientos de consultas en los grupos de sociedades: la necesidad de una reinterpretación. Comentario a la SAN en el despido colectivo de Coca Cola Iberian Partners”, *ob. cit.*, p. 18

¹⁴⁸⁰ *Ibidem*, pp. 18 y 19.

para poder permitir que los grupos de sociedades puedan instar procedimientos de despido colectivo cuyo ámbito de afectación sea el propio grupo.

Por lo que respecta a la jurisdicción española la Ley, de forma totalmente incomprensible, omite cualquier posibilidad de negociación en el marco del grupo de empresas mercantil y, según jurisprudencia y doctrina judicial, tal silencio debe interpretarse como la imposibilidad – salvo grupo de empresas con concurrencia de los famosos elementos adicionales- de poder articular un despido colectivo conjunto¹⁴⁸¹.

Dejando a un lado el criterio sostenido por doctrina y jurisprudencia, a mi entender, ante este silencio normativo, debería realizarse una exégesis coherente y adaptada a la realidad del cuerpo legal vigente, en la que las disposiciones estatutarias y reglamentarias reguladoras del proceso de extinción se interpretasen como normas de mínimos y no como reglas de derecho necesario¹⁴⁸².

¹⁴⁸¹GARCIA MURCIA, J., “La reforma del despido colectivo: reajustes legales y primeras experiencias de aplicación jurisdiccional”, *ob. cit.*, viene a establecer que *el art. 51.8 ET “contempla la hipótesis, a propósito del buen cumplimiento de las obligaciones de información y documentación, de que la “decisión” hubiera sido tomada “desde arriba”, algo que entra dentro de lo previsible cuando la actividad empresarial se desenvuelve en el seno de un grupo de empresas con dirección económica común o con subordinación económica del resto de las empresas a la empresa matriz. Pero eso no quiere decir que el grupo sea exactamente el empresario ni que las reglas legales y reglamentarias que imponen las pertinentes obligaciones al titular de la empresa puedan aplicarse sin más a quien aparece como “dueño” o “director” del correspondiente conglomerado empresarial. Cuando el art. 51 ET impone deberes al “empresario” está refiriéndose sin duda al sujeto titular de una empresa individualmente considerada. La “dirección común” del grupo de empresas podría decidir, en el plano de su estrategia o programación económica, que se llevaran a cabo despidos colectivos en el ámbito del grupo (en alguna, algunas o todas las empresas del grupo), pero en tal hipótesis las decisiones y cargas impuestas por la ley habrían de corresponder a cada uno de los titulares de las empresas afectadas. Si efectivamente quedaran afectadas varias empresas, habría que poner en marcha una pluralidad de procedimientos de despido colectivo dentro del mismo grupo”*.

¹⁴⁸² ESTEVE SEGARRA, A., “El marco de referencia en los procedimientos de consultas en los grupos de sociedades: la necesidad de una reinterpretación. Comentario a la SAN en el despido colectivo de Coca Cola Iberian Partners”, *ob. cit.*, p. 19.

Por tanto, si la reestructuración colectiva despliega sus efectos en el seno grupal, la negociación debe llevarse a cabo con todas las sociedades que conforman el conglomerado empresarial pues, tal y como ha establecido la doctrina judicial¹⁴⁸³, dicha negociación conjunta resulta más protectora o garantista para los trabajadores¹⁴⁸⁴.

Ahora bien, dicha posibilidad no excluiría el hecho de que, de existir despidos colectivos cuya causa únicamente afectase a una o varias sociedades del grupo, el proceso negociador se llevase a cabo en las sociedades afectadas, debiéndose circunscribir el ámbito de negociación al marco causal.

A modo de síntesis, debe hacerse constar, en primer lugar, que la ausencia de una regulación sistematizada, tanto en el ámbito del Derecho Mercantil como en el del Derecho del Trabajo, constituye un importante rompecabezas a fin de resolver la problemática práctica que continuamente se plantea.

Y ello porque, a pesar de la existencia de algunos avances en la incorporación del grupo de sociedades al modelo normativo de los despidos colectivos, el legislador reformador rehusó la labor de proceder a una nueva regulación omnimoda de los ejes de imputación normativa del artículo 51 ET, regulación que resultaba necesaria ante la inminente creación de grupos de sociedades y su universalidad en el mundo de las

¹⁴⁸³ La Audiencia Nacional, en SAN 12-06-2014 (Rº 79/2014) viene a determinar que “*el ámbito de negociación de empresa o incluso de grupo de empresas laboral es más favorable para un enfoque global de la reestructuración, evitando que la dirección de la empresa instrumente mesas de negociación separadas para organizar una subasta a la baja en las condiciones de trabajo entre centros para determinar cuál va a absorber la carga de trabajo y cuál es la reestructuración*”.

¹⁴⁸⁴ En cambio, si la decisión afecta globalmente, la comisión negociadora debería llevarse a cabo en un nivel supraempresarial, pues en otro caso, las estructuras representativas de las distintas empresas afectadas no podrán tener una visión global de las medidas de reestructuración.

relaciones laborales, viniendo a condicionar, de manera concluyente, el origen, la incidencia, el desarrollo y la ejecución de las medidas extintivas.

Lo que acaba de exponerse contrasta con el esmero legislativo llevado a cabo en el desarrollo de la negociación colectiva estatutaria a nivel de grupo de empresas, pues el artículo 87 ET establece que *«Cuando se trate de convenios para un grupo de empresas, así como en los convenios que afecten a una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas en su ámbito de aplicación, la legitimación para negociar en representación de los trabajadores será la que se establece en el apartado 2 para la negociación de los convenios sectoriales»*. Del tenor literal del precepto que acaba de citarse se desprende, en primer lugar, que se habilita como ámbito de aplicación del convenio colectivo el grupo de empresas y, en segundo lugar, se legitima a la interlocución social de las empresas que conforman el grupo de sociedades para negociar tal instrumento normativo en representación de los trabajadores, remitiendo tal configuración a las reglas previstas en el apartado segundo del precepto referenciado, estando legitimados:

- a) Los sindicatos que tengan la consideración de más representativos a nivel estatal, así como, en sus respectivos ámbitos, las organizaciones sindicales afiliadas, federadas o confederadas a los mismos;
- b) Los sindicatos que tengan la consideración de más representativos a nivel de comunidad autónoma respecto de los convenios que no trasciendan de dicho ámbito territorial, así como, en sus respectivos

- ámbitos, las organizaciones sindicales afiliadas, federadas o confederadas a los mismos; y
- c) Los sindicatos que cuenten con un mínimo del diez por ciento de los miembros de los comités de empresa o delegados de personal en el ámbito geográfico y funcional al que se refiera el convenio.

Idéntica previsión se realiza respecto al bando empresarial, pues según el apartado tercero del artículo 87 ET *«En representación de los empresarios estarán legitimados para negociar (...) b) En los convenios de grupo de empresas y en los que afecten a una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas en su ámbito de aplicación, la representación de dichas empresas»*.

Por todo lo que acaba de exponerse, podríamos afirmar que un segundo argumento que nos permitiría abogar por la legitimación del grupo de sociedades para llevar a cabo reestructuraciones empresariales sería la facultad, reconocida expresamente por el legislador, que posibilita a los grupos societarios negociar convenios colectivos de grupo.

Ante esta tesitura, y realizando una exégesis coherente y adaptada a la realidad del cuerpo legal vigente, deberíamos recurrir al principio conocido bajo el apotegma jurídico *«qui potest plus, potest minus»*, principio que viene a considerar la norma atributiva de competencia como un límite externo al ejercicio de la misma y que consiste en tener por ordenado o permitido de manera implícita, que se haga algo menor -

de rango inferior- de lo que está ordenado o permitido expresamente por la ley; en síntesis: *«quien puede lo más, puede lo menos»*¹⁴⁸⁵.

Con base en este principio podríamos extender el ámbito de negociación y los sujetos legitimados para el ejercicio de tal prerrogativa a los grupos de sociedades y a los interlocutores de cada una de las empresas que lo conforman, por lo que sería posible que el proceso negociador se desarrollase en dicho ámbito, principalmente cuando se ha reconocido por parte de la doctrina judicial que las consultas son, en esencia, una negociación¹⁴⁸⁶.

Así parecía desprenderse de las primeras resoluciones de la Audiencia Nacional¹⁴⁸⁷, en las que tomó como norma de referencia, ante el silencio del artículo 51 regulador de los procedimientos de despido colectivo, el artículo 87 ET en el que se reconoce a las agrupaciones empresariales la legitimación para llevar a cabo un proceso de negociación colectiva, viniendo a establecer que *«aunque aquí no se ha alegado, conviene no perder de vista que el artículo 87 ET contempla expresamente a los*

¹⁴⁸⁵ Tal y como estableció ESTEVE SEGARRA, A., “El marco de referencia en los procedimientos de consultas en los grupos de sociedades: la necesidad de una reinterpretación. Comentario a la SAN en el despido colectivo de Coca Cola Iberian Partners”, *ob. cit.*, p. 20, *«Inevitable es la referencia a quien puede lo más puede lo menos, por lo que cabría la posibilidad de que la consulta se llevara a dicho nivel, máxime cuando la doctrina judicial comunitaria y nacional ha incidido en que las consultas son una negociación»*.

¹⁴⁸⁶ Tal y como expuso ESTEVE SEGARRA, A., “El marco de referencia en los procedimientos de consultas en los grupos de sociedades: la necesidad de una reinterpretación. Comentario a la SAN en el despido colectivo de Coca Cola Iberian Partners”, *ob. cit.*, p. 20, *“La falta de reconocimiento legal, no es un obstáculo insalvable. No es baladí recordar que la jurisprudencia durante finales de la década de los noventa del pasado siglo admitió la posibilidad de negociar convenios colectivos de grupo superando el marco legal que inicialmente no contemplaba esta posibilidad, reconociéndoles eficacia erga omnes como convenios estatutarios, y además, inventado un régimen para el gran caballo de batalla, las reglas de legitimación. Construcción luego asumida por el legislador en el artículo 87.1 ET que establece reglas de negociación de convenios para grupos de empresas o empresas vinculadas por razones organizativas o productivas. Sin embargo, esta vanguardista postura judicial, donde los tribunales habrían actuado como avanzadilla, no se ha trasladado lamentablemente a los procesos de información y consulta”*.

¹⁴⁸⁷ SAN 28-09-2012 (R° 152/2012).

grupos de empresa como ámbito para la negociación colectiva, y teniendo en cuenta el silencio del legislador en el artículo 51 ET sobre los mismos y que el procedimiento alberga un periodo de consultas, cabría plantearse la posibilidad de aplicar aquel precepto por analogía, que conduce a la coherente solución de identificar a los sindicatos como interlocutores del empresario».

Por tanto, venía a concluir la Sala, dado que el periodo de consultas constituye una manifestación propia de la negociación colectiva y centro de gravedad del despido colectivo, cabría plantearse la posibilidad de aplicar aquel precepto por analogía, lo que conduciría a la coherente solución de identificar a los sindicatos como interlocutores del empresario y permitir que la negociación del proceso extintivo fuera global¹⁴⁸⁸.

Doctrina esta que fue rectificada por la propia Audiencia Nacional al considerar que aunque el procedimiento de consultas es un periodo de auténtica negociación colectiva, *«la determinación del ámbito de la negociación no se rige, como en el caso de los convenios colectivos estatutarios, por el principio dispositivo, sino que viene reglado estrictamente por la norma legal en los términos indicados»*. Por ello, *«aunque la negociación de los convenios colectivos sea posible en el ámbito de "un grupo de empresas" esa posibilidad no existe en el caso de*

¹⁴⁸⁸ ESTEVE SEGARRA, A., en "El marco de referencia en los procedimientos de consultas en los grupos de sociedades: la necesidad de una reinterpretación. Comentario a la SAN en el despido colectivo de Coca Cola Iberian Partners", *ob. cit.*, p.21, *«Y tampoco está de más recordar que la AN si habría actuado de vanguardia del legislador en otros aspectos concernientes a estos procesos. Me refiero a la doctrina en relación con que las consultas en empresas con varios centros debían llevarse a cabo en una única comisión negociadora, precisamente por ser ello lo más adecuado y coherente. Los mismos argumentos se trasladarían a los procesos de información y consulta en el grupo, sin necesidad de diferenciar entre grupo a efectos laborales y grupo a efectos mercantiles»*.

la negociación del periodo de consultas de un despido colectivo, puesto que en ese supuesto es la Ley la que determina el ámbito de la negociación: dentro de la empresa, mediante una única comisión compuesta por los representantes de los trabajadores de los centros afectados por el despido». En consecuencia, viene a concluir que el ámbito de negociación del periodo de consultas del despido colectivo no puede superar la empresa y extenderse al grupo de sociedades¹⁴⁸⁹.

A modo de síntesis debemos concluir que los grupos de sociedades no están legitimados para iniciar un procedimiento de despido colectivo, por lo que si deciden llevar a cabo un proceso extintivo dicha restructuración deberá llevarse a cabo empresa por empresa, puesto que en ninguna de las normas aplicables se contempla la participación del grupo como tal, aunque la jurisprudencia y doctrina contencioso-administrativa admitieron la promoción de expedientes de regulación de empleo por grupos de empresa¹⁴⁹⁰.

Dicha imposibilidad, que conlleva la negociación parcelada y paralela de procedimientos extintivos, desencadena un sinnúmero de problemas prácticos: desde la inseguridad jurídica que plantea el hecho de que puedan adoptarse acuerdos dispares en las distintas empresas que forman el grupo societario, hasta la posibilidad de que, en caso de impugnación de tales medidas empresariales, corresponda su conocimiento a órganos distintos, con la consecuente posibilidad de que

¹⁴⁸⁹ SAN 12-06-2014 (R° 79/2014).

¹⁴⁹⁰ SSTs C-A 23-11-2011 (R° 5364/2009); 4-10-2007 (R° 124/2004) y STSJ Madrid C-A 12-04-2012 (R° 407/2012).

las resoluciones que se dicten difieran sustancialmente¹⁴⁹¹. Igualmente, la negociación parcelada dificultará la posibilidad de que se llegue a un acuerdo marco en el seno del grupo societario, puesto que la existencia de distintos pactos entre los interlocutores sociales y las diversas representaciones empresariales entorpecerá tal cometido.

Por ello, el silencio del legislador sobre los grupos societarios y su posibilidad de iniciar un procedimiento de despido colectivo no debería interpretarse como una oposición a que el grupo, como tal, actúe en los procesos extintivos, sino más bien al contrario: debería posibilitarse la celebración de periodos de consultas en el seno del grupo societario, realizando así una exégesis amplia de las exigencias y formalidades establecidas tanto en la norma estatutaria como en la reglamentaria, reactivando así la postura adoptada por la jurisprudencia contencioso-administrativa que, con anterioridad a la Reforma Laboral de 2012, permitía la promoción de despidos colectivos en grupos societarios, independientemente de su naturaleza¹⁴⁹².

Por tanto, la única solución viable, en mi opinión, estriba en la necesidad de adaptar la normativa vigente al sistema económico actual, bien mediante la aplicación del principio de analogía¹⁴⁹³, bien mediante una reforma del texto legal vigente en la que se haga constar, de forma literal y específica, la legitimación de los grupos societarios para iniciar procesos de reestructuración de carácter colectivo.

¹⁴⁹¹ ESTEVE SEGARRA, A., “El marco de referencia en los procedimientos de consultas en los grupos de sociedades: la necesidad de una reinterpretación. Comentario a la SAN en el despido colectivo de Coca Cola Iberian Partners”, *ob. cit.*, p.20.

¹⁴⁹² *Ídem*

¹⁴⁹³ *Vid.*, al respecto, ESTEVE SEGARRA, A., *Grupo de sociedades y contrato de trabajo*, Valencia, 2002, pp. 72 y 244 y GOERLICH, PESET, J.M., “Los grupos de sociedades en la jurisprudencia social reciente: puntos críticos”, *ob. cit.*, p. 25.

1.2. La legitimación del grupo patológico de empresas

Son numerosas las sentencias que reconocen la legitimación de un grupo patológico para la promoción y negociación de un procedimiento de despido colectivo.

La doctrina judicial¹⁴⁹⁴ ha utilizado como basamento de su argumentación los siguientes razonamientos:

1. El silencio del legislador sobre los grupos de empresa y su posibilidad de incoar un procedimiento de despido colectivo no debe necesariamente interpretarse como su oposición a la posibilidad de que el grupo de empresas actúe en el procedimiento colectivo, iniciándolo, desarrollando el periodo de consultas y decidiendo los despidos.
2. La existencia de un grupo de empresas a efectos laborales, es decir, como realidad empresarial única y centro de imputación de las obligaciones y responsabilidades frente a los trabajadores de las empresas que integran el grupo acerca dicho fenómeno jurídico de manera notable a la noción de empresario que se maneja, tanto en la Directiva Comunitaria como en ET y en el RPDC.

En otras palabras, que el grupo de empresas es, en estos casos, el verdadero empresario a que se refiere el art. 1.2 del ET pues debe recordarse que en estos casos *«el levantamiento del velo descubre al grupo como verdadero empresario unitario, "de acuerdo con el criterio de atenuamiento a la realidad en la identificación de la*

¹⁴⁹⁴ Vid., al respecto, SSAN 25-02-2013 (R° 324/2012); 18-12-2012 (R° 257/2012) y 18-03-2014 (R° 114/2013), esta última confirmada por el TS, en STS 25-06-2014 (R° 165/2013) que vino a establecer que *«Es jurídicamente acertada la argumentación y la decisión adoptada por la Audiencia Nacional que coincide, además, con la doctrina de esta Sala (STS 18-03-2014, Rec 114/13)»*.

posición empresarial, porque así lo impone la preeminencia de las realidades económicas sobre las formas jurídicas»¹⁴⁹⁵.

Debemos, a mi entender, tener presente que en los supuestos de reestructuración colectiva es necesario identificar al empresario real y, en los grupos de carácter patológico tal condición es ostentada por este último, no quedando así el concepto de grupo patológico únicamente vinculado a las consecuencias derivadas de una imputación de las correspondientes responsabilidades económico-contractuales frente a los derechos de los trabajadores.

3. Por lo tanto, no es solo que el grupo de empresas puede instar un procedimiento de despido colectivo, sino que sobre todo, ello es lo más coherente cuando el despido se basa en la situación económica negativa de la empresa. En tal sentido, "para valorar la situación económica negativa como causa para la válida extinción del contrato de trabajo no es necesario tener en cuenta la situación económica y patrimonial de todas las empresas del mismo grupo, excepto cuando se produzca una situación de unidad empresarial. En estos casos, puede aceptarse que habrá que estar a la situación patrimonial de todas las sociedades que conforman el grupo empresarial, a la hora de determinar la posible existencia de una situación económica negativa, que pueda justificar la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas, ya que se considera que el verdadero empleador del trabajador no sería la sociedad a cuya plantilla se encuentra formalmente adscrito, sino el conjunto formado por todas las empresas que configuran la situación de unidad empresarial".

¹⁴⁹⁵ Por todas, STS 20-01-2003 (R^o1524/2002).

4. También debe considerarse esencial tomar en consideración que, afectando la causa alegada al grupo en su conjunto, es más garantista que la negociación se lleve a cabo a nivel global y no parcelado empresa por empresa, siempre y cuando esa negociación sea real y efectiva. Y ello porque permite tanto el análisis individualizado de cada empresa como el examen de la situación en su conjunto, evitando, en su caso, posibles situaciones dispares injustificadas.

Por otro lado, en la negociación grupal se produce un claro incremento de la información de que se dispone en el periodo de consultas, ya que se examinan las cuentas de cada una de las sociedades en todo caso y no solo si concurren los requisitos que a tal efecto exige el artículo 4.5 RPDC.

5. Asimismo, tampoco puede desatenderse la experiencia en materia de Expedientes de Regulación de Empleo en el ámbito contencioso administrativo, que no ha cerrado la puerta a extinciones tramitadas globalmente para todo un grupo¹⁴⁹⁶.
6. En sexto lugar, conviene no perder de vista que el artículo 87 ET contempla expresamente a los grupos de empresa como ámbito para la negociación colectiva, y teniendo en cuenta el silencio del legislador en el artículo 51 ET sobre los mismos y que el procedimiento alberga un período de consultas, cabría plantearse la posibilidad de aplicar aquel precepto por analogía, que conduce a la coherente solución de identificar a los sindicatos como interlocutores sociales.

¹⁴⁹⁶ *Vid.*, al respecto, las SSTs 23-11-2011 (R^o 5364/2009); 04-10-2007 (R^o 124/2004) y STSJ Madrid 12-04-2012 (R^o 801/2010).

7. Por último, la existencia de un reconocimiento por parte de la propia empresa de su patología grupal, por cuanto asume, con sus propios actos que el grupo como tal era el auténtico empleador de los trabajadores despedidos (doctrina de los actos propios).

Aunque de la doctrina judicial planteada parezca desprenderse que los grupos de sociedades están legitimados para instar un procedimiento de despido colectivo, únicamente quedan habilitados a tal fin los grupos de empresas a efectos laborales, pues se considera que lo esencial para legitimar empresarialmente a quien intima el despido colectivo es la concreción específica de quién sea el empresario real y, tratándose de un grupo de sociedades patológico, es razonable pensar como unidad de empresa, al organizarse y articularse desde un único centro director.

Pese a lo expuesto, debe señalarse que la doctrina judicial ha adoptado una posición reconstructiva en la que realiza una interpretación finalista¹⁴⁹⁷ de las normas aplicables al caso concreto para así fundamentar el porqué debe considerarse al grupo patológico como núcleo de imputación de las obligaciones empresariales.

Pero, en ocasiones, parece deducirse que la doctrina del grupo de empresas a efectos laborales no es considerada, por parte de sus artífices, un argumento lo bastante sólido para justificar el sentido de su elección, por lo que lo acompañan con razonamientos adicionales con los

¹⁴⁹⁷ Así se desprende, por ejemplo, de la SAN 28-09-2012 (R° 152/2012), donde se establece que «Presumiendo el sentido común del legislador comunitario y del nacional, cabe interpretar este silencio como la apuesta por un proceso único (...) en lo que aquí interesa estamos ante un empresario en los términos del artículo 1.2 ET, y como tal está claro que puede instar un despido colectivo. Porque no es dable soslayar lo dispuesto en el artículo 1.2 ET que contiene una definición amplia del empresario, considerando como tal todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios que reúna las notas del artículo 1.1 del ET, lo que permite afrontar determinados supuestos de empresario complejo, atendiendo a la realidad de la organización laboral».

que se intenta complementar e incluso «motivar» la apreciación del grupo como empresario único a través de una lógica argumental que potencie la importancia del argumento y la «*solvencia técnica*» de las decisiones judiciales¹⁴⁹⁸.

Es más, en algunos supuestos la determinación del grupo laboral de empresas actúa como «*cuestión prejudicial*»¹⁴⁹⁹ o premisa previa para el enjuiciamiento del periodo de consultas dimanante del procedimiento de despido colectivo¹⁵⁰⁰, por lo que antes de entrar a valorar si el proceso extintivo adolece de vicios o defectos formales, el órgano jurisdiccional procede a realizar una digresión doctrinal sobre la delimitación general del grupo y su tratamiento jurídico¹⁵⁰¹.

Parece ser que tal exigencia justificativa surge con el fin de legitimar pautas o conductas en beneficio del grupo, pues en ocasiones se cuestiona por parte de los interlocutores sociales la legitimación de la empresa matriz de un consorcio empresarial para instar un procedimiento de extinción colectiva que englobe a todo el grupo patológico.

Y es que no son pocas las ocasiones en las que la sociedad dominante postula su condición de grupo de empresas a efectos patológicos, con los

¹⁴⁹⁸ BAZ RODRIGUEZ, J., “El despido colectivo en las empresas de grupo. Viejos y nuevos problemas, tras el cambio normativo (2012-2014)”, *ob. cit.*, p.14/22.

¹⁴⁹⁹ Expresión empleada por ESTEVE SEGARRA, A., en “El marco de referencia en los procedimientos de consultas en los grupos de sociedades: la necesidad de una reinterpretación. Comentario a la SAN en el despido colectivo de Coca Cola Iberian Partners”, *ob. cit.*, p. 8/22.

¹⁵⁰⁰ *Vid.*, al respecto, la STS 18-03-2014 (R° 114/2013), en la que se establece que «*la consideración de que la empresa forma parte de un grupo empresarial con características patológicas desde el punto de vista laboral actúa de premisa previa para alcanzar la conclusión de que el citado procedimiento de despido colectivo adolecía de los defectos que la sentencia menciona*».

¹⁵⁰¹ *Vid.*, al respecto, el fundamento jurídico décimo-tercero de la más que citada SAN 12-06-2014 (R° 79/2014) sobre el despido colectivo de Coca Cola Iberian Partners.

efectos o consecuencias que de tal declaración se derivan, con la finalidad de que se pueda tramitar de manera global y unificada el procedimiento de despido colectivo, siendo el marco de referencia de tales extinciones el propio grupo¹⁵⁰².

De todo ello se desprende que la «teoría del fraude»¹⁵⁰³ es por sí sola un razonamiento inconsistente a los efectos de legitimar al grupo patológico

¹⁵⁰² Un claro ejemplo de tal conducta lo encontramos en la SAN 12-06-2014 (R° 79/2014), en la que se hace constar que por parte de la dirección del Grupo CCIP se dirigió una carta «a los representantes legales de los trabajadores de todas estas empresas y a los delegados sindicales existentes en las mismas. En dicha carta les informaba de que el citado grupo, considerado grupo de empresas a efectos laborales, iba a iniciar un procedimiento de despido colectivo y de movilidad geográfica y de modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Como consecuencia les instaba a formar la comisión negociadora para los periodos de consultas correspondientes a tales procedimientos, optando entre formar dicha comisión negociadora a partir de las secciones sindicales o a través de las representaciones unitarias y, en su caso, comisiones ad hoc de las reguladas en el artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores».

¹⁵⁰³ La Audiencia Nacional, en SAN 14-06-2014 (R° 79/2014) realiza una «desarticulación» sobre el tratamiento de los grupos de sociedades y establece la existencia de dos teorías en la doctrina y la jurisprudencia, cuales son la teoría de la cotitularidad y la del fraude.

En la teoría de la cotitularidad el grupo laboral de empresas se igualaría al mercantil y sería una figura lícita, una posibilidad organizativa a disposición de los actores del mercado como forma de organización de la producción, pero que debería actuar como empresario único.

Por el contrario, la teoría del fraude considera que el grupo de empresas laboral es una figura ilícita, un modo de ocultación de la realidad producido ilegalmente por las empresas, siendo la labor del órgano judicial hacer desaparecer la apariencia fraudulentamente creada para imponer por encima de ella la realidad de la figura del auténtico empleador, todo ello con la finalidad de proteger los derechos de los trabajadores puestos en peligro.

A tal operación resultarían aplicables criterios semejantes al conocido como «levantamiento del velo» que permite desconocer la personalidad jurídica de la sociedad para imputar la responsabilidad directamente a los socios.

La tesis del fraude se fundamenta en que:

- a) Las sociedades y demás personas jurídicas son creaciones del Derecho perfectamente lícitas y, cuando se establece su responsabilidad limitada, ello no es contrario a Derecho, sino conforme a lo previsto en las normas, siendo el instrumento para desarrollar inversiones sin arriesgar ilimitadamente el patrimonio de los socios, requisito ineludible para la viabilidad de la economía de mercado;
- b) La colaboración entre sociedades es perfectamente legítima, si bien debe someterse a los cauces establecidos en la Ley y formalizarse con arreglo a los mismos. Cuando así se hace, dicha colaboración no convierte a los trabajadores de una empresa en empleados de la otra empresa, salvo que pasen a prestar servicios para esa segunda empresa de manera indiferenciada. No existe asimetría entre la protección de los trabajadores y la protección de la seguridad jurídica del tráfico mercantil, porque el prestamismo de plantilla entre empresas del grupo es tan ilícito como si se produjese con empresas terceras y precisamente tiene como una de sus consecuencias la determinación de la

a instar un procedimiento de despido colectivo y ello porque, tal y como anteriormente se ha expuesto, la doctrina judicial la acompaña de argumentos suplementarios en los que trata de fundamentar, de modo veleidoso, el porqué debe admitirse que un grupo societario, «culpable de fraude», pueda beneficiarse de tal declaración, arguyendo la teoría de la unidad de empresas laboral como justificación de tal concesión.

De cualquier manera, fundamentar la existencia de un grupo patológico en la teoría del fraude para justificar su legitimación a efectos de iniciar un procedimiento extintivo presenta inconvenientes, no solo por su debilidad argumental, sino también en cuanto a su efectividad práctica.

Y ello porque la doctrina judicial venía exigiendo, como requisito *sine qua non* para instar un procedimiento extintivo, cuyas causas y efectos afectasen a la pluralidad de sociedades que conformasen el grupo

existencia de grupo laboral, que no es sino la sanción de una ilicitud y no una forma normalizada de cooperación interempresarial ;

- c) La existencia de los grupos de sociedades está prevista legalmente y conforme a la norma 21ª de la II parte del Plan General de Contabilidad aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, "las operaciones entre empresas del mismo grupo, con independencia del grado de vinculación entre las empresas del grupo participantes, se contabilizarán de acuerdo con las normas generales" y "en consecuencia, con carácter general, y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado siguiente, los elementos objeto de la transacción se contabilizarán en el momento inicial por su valor razonable. En su caso, si el precio acordado en una operación difiriese de su valor razonable, la diferencia deberá registrarse atendiendo a la realidad económica de la operación. La valoración posterior se realizará de acuerdo con lo previsto en las correspondientes normas"
- d) Significa esto que, si se cumplen las leyes, cada empresa tendrá su propia contabilidad separada, imputando a sus propias cuentas los costes con arreglo al valor razonable, igual que si se relacionase con otra empresa ajena al grupo y además tendrá su propia plantilla y actividad, aunque se desarrolle en cooperación con otra empresa del grupo. e) Para imputar a una empresa la condición de empleador solidario por los trabajadores de otra es preciso que se produzca una situación ilícita, fraudulenta, de ruptura de los anteriores criterios de separación de plantillas y contable, que son obligatorios legalmente.

Finalmente, esta doctrina viene a abogar por la teoría del fraude, dejando como figura residual a la teoría de la cotitularidad pues considera que, fuera de los cauces legalmente establecidos de cotitularidad formal de la empresa, no cabe pensar en un grupo de empresas laboral lícito.

patológico que inicia la extinción, un acto de aquiescencia, tácita o expresa, por parte de la representación de los trabajadores, en el que se manifestara que el consorcio constituye, de facto, una unidad de empresa laboral, por lo que el seno grupal sería el ámbito correspondiente para el desarrollo del procedimiento de consultas.

Se utiliza «la teoría de los actos propios»¹⁵⁰⁴ para fundamentar el consentimiento, tácito o expreso, que los interlocutores sociales prestarían al aceptar la unidad de empresa laboral y, por tanto, el ámbito grupal como marco negociador del procedimiento de consultas¹⁵⁰⁵.

Tal consideración resulta, asimismo, un rompecabezas en aquellos supuestos en que los interlocutores sociales están divididos en una multiplicidad de opciones sindicales con distintas prioridades en orden a determinar si admiten al grupo como ámbito de negociación del procedimiento de despido colectivo.

¹⁵⁰⁴ Tal y como ha establecido el Tribunal Supremo, en SSTs 9-12-2010 (R^o 1433/2006); 25-02-2013 (R^o 2217/2008) y 4-10-2013 (R^o 572/2011), la doctrina de los actos propios tiene su fundamento último en la protección de la confianza y en el principio de la buena fe, que impone un deber de coherencia y limita la libertad de actuación cuando se han creado expectativas razonables.

El principio de que nadie puede ir contra sus propios actos solo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los actos que previamente hubieren creado una situación o relación de derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla. Significa, en definitiva, que quien crea en una persona una confianza en una determinada situación aparente y la induce por ello a obrar en un determinado sentido, sobre la base en la que ha confiado, no puede pretender que aquella situación era ficticia y que lo que debe prevalecer es la situación real.

¹⁵⁰⁵ Así la doctrina judicial, en SSAN 28-09-2012 (R^o 152/2012) y 12-06-2014 (R^o 79/2014) viene a considerar que el periodo de consultas no es un trámite de reclamación previa que restrinja la posibilidad de alegar hechos o fundamentos en la demanda a los ya alegados en las negociaciones, pero si considera que dicho procedimiento de consultas impone dos condicionantes para el proceso ulterior, siendo el primero de ellos *“el de la vinculación por los propios actos, derivado del principio de buena fe, por el cual la parte que participó en el periodo de consultas no puede desvincularse de la posición que mantuvo en el mismo, de manera que si, por ejemplo, conociendo la existencia de una determinada documentación no reclamó entonces su aportación, no puede después sostener la falta de entrega como causa de nulidad”*.

Cuestión esta que deberá resolverse mediante la aplicación de las reglas que contempla el artículo 41.4 ET en relación con la determinación de los sujetos que intervendrán como interlocutores en el periodo de consultas y la válida adopción de acuerdos en las negociaciones celebradas a tal fin.

Asimismo, la doctrina judicial también utiliza la «teoría de los actos propios» para justificar el comportamiento del propio grupo de empresas, sobre todo en aquellos supuestos en los que preexista, por parte de los órganos jurisdiccionales, una declaración que confirme la patología del grupo¹⁵⁰⁶.

Es más, a mi entender, la doctrina de los actos propios también debe abarcar el comportamiento consistente en la autodeclaración, por parte de la dirección del grupo o de la empresa matriz, de patología grupal o de grupo de empresas laboral, pues *«si las empresas demandadas admiten pacíficamente su condición de grupo de empresas a efectos laborales, admitiéndose expresamente por todas las secciones sindicales presentes, salvo CGT, quien lo admitió tácitamente al aceptar la negociación global con el grupo de empresas como tal, ya que participó, sin protesta alguna, en una comisión sindical elegida conforme a la representatividad sindical de todas las empresas del grupo, teniéndose presente, por otra parte, que la medida empresarial pretendía la extinción de todos los contratos de trabajo con el cierre consiguiente, de todos sus centros de trabajo, debemos descartar que el grupo como tal no*

¹⁵⁰⁶ La Audiencia Nacional en SSAN 10-03-2014 (Rº 285/2013) y 12-06-2014 (Rº79/2014) vino a reconocer, expresamente, que *“esta Sala ha admitido que, una vez reconocido el grupo de empresas laboral por los trabajadores y manifiesto para todas las partes de la negociación, este podía iniciar un procedimiento de despido colectivo en su condición de grupo, como ocurre cuando los representantes de los trabajadores aceptan la negociación de dicho ámbito o cuando ya existen sentencias firmes que declaran la existencia de grupo de empresas laboral”*.

esté legitimado para promover el despido colectivo, por cuanto asume, con sus propios actos, refrendados por los propios actos de los sindicatos actuantes, que el grupo como tal era el auténtico empleador de los trabajadores despedidos»¹⁵⁰⁷.

Hasta aquí todo parecía estar claro. Si las empresas admitían su condición de grupo y esta era aceptada, ya fuese de manera tácita o expresa por los interlocutores sociales, siendo el ámbito subjetivo de tal reestructuración empresarial el grupo en su conjunto; debía aceptarse, por tanto, que el grupo de empresas estaba legitimado para promover tal medida de reestructuración, puesto que asumía, con sus propios actos, refrendados por los propios actos de los interlocutores actuantes que el grupo era, como tal, el verdadero empleador de los trabajadores despedidos.

Así lo reconocía la propia doctrina judicial al establecer, en relación con el reconocimiento expreso por parte de las empresas conformantes del consorcio de su condición de grupo patológico, que *«tiene un especial valor jurídico, por cuanto comporta aquí y también en el futuro, que todas las empresas del grupo responderán solidariamente de las obligaciones contraídas por cualquiera de ellas con sus trabajadores, siendo impensable, a nuestro juicio, que un reconocimiento de tal naturaleza, cuyas consecuencias, son tan graves para las empresas tengan la finalidad de eludir la negociación del periodo de consultas»¹⁵⁰⁸.*

Pero, de manera desconcertante, la Audiencia Nacional da un giro de ciento ochenta grados a la doctrina que acaba de exponerse, al

¹⁵⁰⁷ Argumentación esgrimida por la AN en SAN 28-09-2012 (R° 152/2012) y confirmada por la STS 25-06-2014 (R° 165/2013).

¹⁵⁰⁸ SAN 25-02-2013 (R° 324/2012).

considerar que el reconocimiento expreso por parte de un grupo de empresas laboral no es suficiente para llevar a término la negociación de un procedimiento de despido colectivo en sede grupal¹⁵⁰⁹.

En la resolución que acaba de citarse, cuyo objeto de enjuiciamiento fue la impugnación de un procedimiento de despido colectivo llevado a cabo por la Compañía Coca Cola Iberian Partners, S.A., reconocieron como probados los siguientes hechos que, de manera sucinta, voy a sintetizar:

1. En el año 2012, se inició un proceso de reestructuración de las sociedades de la marca The Coca-Cola Company impuesto por tal marca y que hubiese provocado numerosas reestructuraciones en diversas filiales de tal compañía a nivel europeo.
2. Las embotelladoras españolas de Coca-Cola iniciaron un proceso de integración a través de un protocolo rubricado el 8 de marzo de 2012, con la finalidad de integrarse en una nueva sociedad, cuya actividad radicaría en la fabricación, embotellado, reparto y venta de los productos de la mentada compañía en España, creándose finalmente dicha sociedad bajo el nombre de Coca Cola Iberian Partners (CCIP).
3. Un año después, el 15-02-2013 tiene lugar una resolución de la Comisión Nacional de la Competencia que ratifica o aprueba el proceso de fusión llevado a cabo.
4. En ese mismo año, tuvo lugar un proceso de integración de diversas áreas de gestión y dirección, entre otros, estableciéndose un sistema de gestión centralizada con la finalidad de unificar todos los departamentos en uno solo.

¹⁵⁰⁹ Tal giro se produce en la SAN 12-06-2014 (R^o 79/2014), Asunto Coca Cola.

5. Asimismo, venían a convergir otros de los elementos que la jurisprudencia considera determinantes de la existencia de un grupo de sociedades a efectos laborales, prestación indistinta de servicios, funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo, con el establecimiento de procedimientos unificados de producción, de recursos humanos, etc.
6. Como consecuencia de tal proceso de integración, el grupo societario remitió comunicación a los representantes de los trabajadores de todas las sociedades en la que se les revelaba que el grupo societario era considerado como un grupo de empresas a efectos laborales y que iba a iniciar un proceso de reestructuración colectiva, movilidad geográfica y de modificación sustancial de condiciones de trabajo.

Los motivos en los que se ampara la Audiencia Nacional para fundamentar su derrotero son los siguientes:

1. La adopción de la teoría del fraude conlleva la concepción del grupo de empresas como una figura ilícita, al derivar su «existencia» precisamente de una serie de incumplimientos de la legalidad laboral y contable por parte de la empresa (prestamismo laboral, incumplimiento de obligaciones de contabilización con cargo a valor razonable, uso abusivo de la personalidad jurídica mediante sociedades sin dirección).

La Sala viene a manifestar que la institución del grupo de empresas laboral ha sido creada para proteger, en tales situaciones de ilicitud, los derechos de los trabajadores y no como una opción a disposición de las empresas para obtener ventajas en la negociación; por ello, considera que resulta aplicable al supuesto enjuiciado el viejo principio del Derecho que reza *«nemo audiatur propriam*

turpitudinem allegans» lo que viene a significar que «nadie debe ser atendido cuando alegue en su beneficio su propio incumplimiento».

Para añadir más barahúnda a tal desconcierto argumental, la Sala viene a recordar que en anteriores resoluciones ha validado la iniciación de un procedimiento de despido colectivo en condición grupal, una vez reconocido el grupo de empresas laboral por los trabajadores y siendo manifiesto para todas las partes de la negociación, como ocurre cuando los representantes de los trabajadores aceptan la negociación de dicho ámbito o cuando ya existen sentencias firmes que declaran la existencia de grupo de empresas laboral¹⁵¹⁰ a lo que, de manera inconcebible, añade que el supuesto enjuiciado no es subsumible dentro de los ejemplos referenciados.

El motivo, la revelación sorpresiva de la existencia grupal a los trabajadores, con la intención y finalidad de iniciar el despido colectivo en beneficio exclusivo del conglomerado societario, dado que la causa alegada para el mismo solamente tenía virtualidad considerando la estructura unitaria del grupo¹⁵¹¹.

¹⁵¹⁰ SAN 10-03-2014 (R° 285/2013).

¹⁵¹¹ Para fundamentar tal desatino, la Sala equipara el supuesto objeto de resolución al asunto enjuiciado por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2014 (R° 42/2013), al considerar que si existen situaciones de irregularidad contable u otras, la empresa no puede ver cerrada la vía para proceder a un despido colectivo que pueda tener causa justificada y sea necesario, pero para ello debe proceder previamente a su regularización en base a un principio de transparencia y buena fe, sin el cual no puede desarrollarse válidamente un periodo de consultas.

Principio de transparencia y buena fe que considera que ha sido infringido al negociar, de forma simultánea al periodo de consultas, un convenio colectivo de empresa que afectaba fundamentalmente, dentro de su ámbito de aplicación, a uno de los centros de trabajo afectados, sin hacer manifestación o apreciación alguna respecto de que la verdadera empresa de los trabajadores no era ya Casbega, sino CCIP.

Y de la misma manera cómo, a pesar de que en el periodo de consultas CCIP alega la existencia de grupo de empresas laboral como auténtico empleador, los trabajadores seguían dados de alta cada uno por cuenta de sus respectivas empresas y no habían sido dados de alta

2. En segundo lugar y enlazando con lo anterior, hay que tener en cuenta que, incluso si el grupo de empresas laboral fuese una figura organizativa lícita, el cambio en la titularidad del contrato de una empresa al grupo, como consecuencia de la reestructuración societaria y el proceso de concentración, es un supuesto de sucesión de la Directiva 2001/23/CE y del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y, para tales supuestos de cambio de titularidad de la empresa, el artículo 7 de la Directiva 2001/23/CE explicita que el cedente y el cesionario deben informar a los representantes de sus trabajadores respectivos afectados por un traspaso de los extremos en él reflejados, estando el cedente está obligado a comunicar estas informaciones a los representantes de sus trabajadores con la suficiente antelación antes de la realización del traspaso y el cesionario está obligado a comunicar estas informaciones a los representantes de sus trabajadores con la suficiente antelación y, en todo caso, antes de que sus trabajadores se vean afectados directamente en sus condiciones de empleo y de trabajo por el traspaso.

La información y las consultas deben abarcar al menos las medidas previstas en relación con los trabajadores y dicha información se debe facilitar y las consultas tener lugar con la suficiente antelación antes de que se lleve a efecto en el centro de actividad el cambio de empleador, siendo esas obligaciones aplicables independientemente de que la decisión conducente al traspaso sea adoptada por el empresario o por una empresa que lo controle.

por cuenta del grupo, ni se les había informado a cada uno del cambio de empleador que se había producido.

En lo que concierne a estos dos razonamientos, resulta relevante efectuar varios comentarios¹⁵¹²:

1. El primero de ellos es que resulta llamativo que la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional apunte que la declaración de la patología grupal se produjo «sorpresivamente» en el inicio del periodo de consultas, precisamente para iniciar el despido colectivo exclusivamente en beneficio del grupo. Debe recordarse que la Audiencia Nacional había sostenido que el reconocimiento expreso por parte de las empresas de su condición de grupo patológico *«tiene un especial valor jurídico, por cuanto comporta aquí y también en el futuro, que todas las empresas del grupo responderán solidariamente de las obligaciones contraídas por cualquiera de ellas con sus trabajadores, siendo impensable, a nuestro juicio, que un reconocimiento de tal naturaleza, cuyas consecuencias, son tan graves para las empresas tengan la finalidad de eludir la negociación del periodo de consultas»*¹⁵¹³.

Asimismo, la Audiencia Nacional viene a contradecir la doctrina asentada por el propio Tribunal Supremo, en la que venía permitiendo que la existencia del grupo pudiera ser notificada por primera vez al iniciarse por la empresa la tramitación del despido colectivo¹⁵¹⁴.

2. El segundo se produce con respecto a que la Sala reconsidera su propia doctrina, pues en otros supuestos no se requería la existencia

¹⁵¹² ESTEVE SEGARRA, A., “El marco de referencia en los procedimientos de consultas en los grupos de sociedades: la necesidad de una reinterpretación. Comentario a la SAN en el despido colectivo de Coca Cola Iberian Partners”, *ob. cit.*, p.11.

¹⁵¹³ *Vid.*, al respecto, SAN 25-03-2013 (R° 324/2012).

¹⁵¹⁴ *Vid.*, al respecto, las SSTs 26-03-2014 (R° 158/2013), Asunto Telemadrid y 20-04-2015 (R° 354/2014) Asunto Coca Cola, Voto Particular (2 punto).

de sentencia firme, aceptando la propia calificación del grupo, «*al constituir la negociación global, a todas luces, haya o no grupo de empresas a efectos laborales, una mayor garantía de defensa de los intereses de los trabajadores*»¹⁵¹⁵.

Tras la desacertada resolución que acaba de comentarse, se tenía la esperanza de que el Tribunal Supremo enmendase tal desacierto instaurando o incluso mejorando la imperfecta doctrina vigente sobre los grupos de sociedades y sus posibilidades de reestructuración empresarial.

Pero el gozo generalizado desapareció cuando el Tribunal Supremo¹⁵¹⁶ se pronunció en una más que desatinada resolución en la que quedaban patentes sus contradicciones internas, su falta de coherencia con los hechos declarados probados y en el seguimiento expreso que hace de criterios doctrinales «dados por sentados» por parte del juzgador de instancia que, a mi entender, deben considerarse erróneos, cuales son, entre otros, la doctrina sobre el grupo de empresas de carácter laboral o patológico.

Tal sentencia fue objeto de un voto particular secundado por cuatro magistrados de la propia Sala en el que muestran su total desacuerdo con la postura mayoritaria al resolver las cuestiones suscitadas en el recurso objeto de sentencia.

¹⁵¹⁵ Vid las SSAN 28-09-2012 (Rº 152/2012) y 18-12-2012 (Rº 257/2012). De dichas resoluciones se desprende que la Sala se ha desdicho al mantener la actual posición, pues en los supuestos enjuiciados por las sentencias referenciadas no se requirió una sentencia firme que declarara la patología grupal sino que se aceptó el reconocimiento efectuado por el propio grupo validando, la propia sala, el periodo de consultas celebrado en sede grupal.

¹⁵¹⁶ STS 20-04-2015 (Rº 324/2014).

Voy a detenerme en este punto para analizar la fundamentación esgrimida por parte de los magistrados objetores para secundar su postura, pues la tesis por ellos sostenida debería constituir, a todas luces, la doctrina aplicable al grupo de sociedades y a su correcto proceder en las extinciones colectivas.

En primer lugar, debe hacerse constar que la discrepancia de los magistrados rubricantes del voto con la sentencia de la mayoría radica, entre otros motivos, en el seguimiento expreso que hace de criterios doctrinales sentados por la sentencia de instancia que se consideran erróneos, como la calificación de la postura de la empresa durante la huelga y el que, al seguir ese criterio, da por buena la doctrina sobre el grupo de empresa laboral que en la sentencia de instancia se sienta, absteniéndose de corregirla.

Asimismo, vienen a indicar que los motivos de nulidad del despido colectivo que se apreciaban con base en los defectos en la constitución del grupo y su falta de notificación a la representación legal de los trabajadores no eran estimables porque la mesa negociadora se constituyó correctamente y en ese momento se dio información extensa y veraz a la representación legal de los trabajadores de la existencia del Grupo, lo que excluía cualquier motivo de nulidad con base en este dato, ya que los posibles defectos quedaron subsanados, caso de existir, al inicio de la apertura de negociaciones del despido colectivo y los únicos defectos que dan lugar a la nulidad del despido son los cometidos tras iniciarse ese proceso y no antes¹⁵¹⁷.

¹⁵¹⁷ Es más, vienen a añadir que «*así lo entendió la Sala por amplia mayoría, pero luego nada se ha razonado al respecto, pese a ser relevante para resolver el fondo de la litis, para decidir si hubo vulneración del derecho de huelga*».

En relación con la omisiva consistente en no dar respuesta al motivo quinto del recurso que impugna la nulidad del despido colectivo por ser la recurrente un grupo de empresas laboral ilícito y fraudulento, lo que habría provocado una incorrecta constitución de la mesa negociadora y que no hubiese existido buena fe en la negociación, la Sala eludió pronunciarse sobre dicho motivo así como sobre el sexto en el que se pretendía combatir la decisión de anular la medida empresarial por falta de aportación de la documentación complementaria por los interlocutores sociales por la no aprobación de un «plan industrial», pues se consideraba innecesario al confirmarse la nulidad del despido colectivo por vulneración de un derecho fundamental¹⁵¹⁸.

Entrando ya a valorar los argumentos esgrimidos en el voto particular relativos al grupo de sociedades y a su correcto proceder en las extinciones colectivas, hay que señalar que los magistrados rubricantes del voto particular vienen a considerar que, con arreglo al artículo 42.1 CCo nos encontramos ante un grupo de sociedades en el que la sociedad dominante CCIP tiene todas las acciones y participaciones sociales de todas las sociedades del grupo que integra y que se han concentrado para formarlas, lo que ha dado lugar a su aprobación por la C.N.M.C. conforme a lo previsto en artículos 14 y siguientes de la Ley 16/1989, de 17 de julio, por tratarse de una concentración horizontal, es decir, de

¹⁵¹⁸ En el voto particular se hace constar que el no haber resuelto esa cuestión ha producido indefensión, máxime cuando esa decisión se tomó por la mayoría después de aceptarse, sin mayor oposición la representatividad de la sociedad matriz para negociar y que el déficit de comunicación en su constitución a los interlocutores sociales no era causa de nulidad del despido colectivo por defectuosa información, porque al iniciar la negociación dio toda la información de forma correcta y la nulidad solo procedía por mala fe o defectuosa información durante el proceso negociador y no por las actuaciones anteriores a la apertura del mismo.

empresas con actividad en el mismo sector y en el mismo proceso de producción y distribución.

Una vez determinada la legalidad del grupo de sociedades, pues hasta el momento en que se integró el grupo cada empresa actuaba como empleadora independiente¹⁵¹⁹, los signatarios vienen a considerar que la empresa creada para organizar y dirigir toda la actividad de las sociedades integrantes del consorcio empresarial era la auténtica empleadora y que respondía con todo su patrimonio de todas las obligaciones que asumía de manera directa y como administradora de las demás, situación que hacía innecesario decir que todas las empresas del grupo respondían solidariamente de las deudas de las demás al ser la empleadora real (la empresa principal) la que respondía con su patrimonio del que formaban parte todos los bienes de las demás.

Con base en ello, tras la integración se inició la reorganización de la actividad grupal para convertirla en una sociedad más productiva y así

¹⁵¹⁹ Tal y como se hace constar en la STS 20-04-2015 (R^o 354/2014) debe señalarse que la creación del grupo fue resultado de un largo proceso exigido por Coca-Cola a sus concesionarias en España, no renovándoles la licencia hasta que tal concentración no se llevó a cabo, al igual que hizo con sus concesionarias en otros países.

Fruto de ese proceso fue que, tras las pertinentes valoraciones y concreción de los bienes que quedaban en las diferentes concesionarias, se transmitieron todas las acciones de las mismas a CCIP., entidad creada al efecto, que fue nombrada administradora de todas las empresas y que era la entidad a la que Coca-Cola había otorgado la concesión o licencia para la elaboración y distribución de sus productos en España.

No se constatan las causas por las que se inclinó por un proceso de concentración de sociedades y creación de un grupo dirigido por una nueva sociedad creada al efecto en lugar de proceder a una fusión que llevaba al mismo resultado la existencia de una sociedad de la que dependían toda la actividad y empleados de la otra, pero la realidad es que el resultado fue, prácticamente, el mismo: creación de una empresa que organizaba y dirigía toda la actividad de las empresas integradas.

alcanzar la sinergia pretendida, funcionando en el mercado como una sola empresa¹⁵²⁰.

Llegados al hipocentro del conflicto, la cuestión clave estriba en determinar si con esta intervención reordenadora el grupo de sociedades se «transformó» en un grupo laboral patológico al que, como dictamina el órgano de instancia, le debe ser aplicable la «inventada» teoría del fraude.

Tal y como ya se ha hecho constar en líneas anteriores, la sentencia de instancia predica el carácter fraudulento del grupo laboral, pues considera que se constituyó únicamente en beneficio de CCIP, por cuanto las causas organizativas alegadas solo eran eficaces si el grupo se constituía como tal.

Además, acompaña tal fundamentación con dos argumentos más «indicativos» de ese proceder fraudulento, cuales son la propia creación del grupo y la «*revelación sorpresiva*» a los representantes legales de los trabajadores¹⁵²¹.

Los magistrados suscriptores del voto, en fundamentación que considero que debería ser constitutiva de doctrina aplicable, vienen a sostener que

¹⁵²⁰ Razón por la que se tenía un director único en materias tales como la financiera, compras, operaciones, entre otras; servicios centrales a los que quedaba adscrito personal de las diferentes sociedades que formaban el grupo.

Asimismo, debe hacerse constar que las relaciones comerciales eran llevadas a cabo por la empresa matriz quien se encargaba de las compras, ventas (distribuyendo los pedidos entre las diferentes empresas del grupo), facturación y cobros habiéndose establecido gestión centralizada de la tesorería de las diversas empresas por el sistema “cash pooling”.

En definitiva, el personal de producción siguió prestando sus servicios en la empresa que lo empleaba antes, pero la centralización de los servicios comunes hizo que los empleados en ellos prestaran servicios a todas las empresas.

¹⁵²¹ Es más, el empecinamiento del juzgador por decretar la nulidad del proceso extintivo le lleva a adicionar que «*en cualquier caso, si se estimara que el grupo de empresas era lícito, la nulidad la impondría la falta de notificación de la sucesión de la empresa por el grupo como empleadora, tal y como requerían el artículo 44 del E.T. y la Directiva 2001/23 de la C.E.*».

tales argumentaciones no son admisibles, pues la creación jurisprudencial del grupo de empresas laboral y la existencia del grupo patológico se fundamenta en la necesidad de evitar que, por medio de la utilización abusiva de las relaciones entre las empresas del grupo se defrauden los derechos del trabajador, objetivo para el que también se utiliza la técnica del levantamiento del velo a fin de examinar la realidad del grupo y si es responsabilidad de la empresa dominante atender los derechos del trabajador.

En el presente caso no hay necesidad de proceder a tal levantamiento para apreciar que, desde el momento en el que el grupo es creado y se constituye la sociedad CCIPP es esta última la empresa dominante y la titular de todo el patrimonio grupal, tal y como consta en documentos, organismos y registros públicos¹⁵²².

La sociedad CCIPP es, por tanto, el empresario real, el verdadero empresario con poder de decisión y legitimado a los efectos de poder iniciar y tramitar un procedimiento extintivo, tal y como ha quedado patente por parte de la jurisprudencia¹⁵²³.

Igualmente, los magistrados objetores concluyen que el grupo es lícito y los supuestos defectos alegados en su constitución no afecta esa licitud

¹⁵²² Tal y como señala el Fiscal en su informe, el grupo se constituyó lícitamente y ningún fraude puede apreciarse en su constitución con arreglo a ley.

Quien alega que otro actúa en fraude de ley debe probarlo, pues tal actuación no puede presumirse en quien actúa conforme a ley y de manera pública.

Los motivos de la concentración empresarial constan en los hechos probados pero, aunque no fuera así el fraude no se aprecia a lo largo del proceso de concentración.

Decir que el fraude consistía en que con ello se perseguía crear causas organizativas que justificaran la extinción de contratos de trabajo, es tanto, como tachar de fraudulentas todas las fusiones de empresas, todas las compras de sociedades que obedecen a razones económicas variadas (como las bancarias) y siempre conllevan una reorganización que acaba provocando reducciones de empleo motivadas porque la competitividad existente requiere mejorar la productividad.

¹⁵²³ *Vid.*, al respecto, la STS 25-06-2014 (R^o 165/2013), Asunto Telemadrid.

y, a mi entender, de tal premisa debería haber partido la Sala para construir la fundamentación de su sentencia.

En cuanto a la presunta «notificación sorpresiva» de la existencia del grupo, hay que añadir que tal comunicación no es causa de la ilicitud del mismo, ni menos aún de la nulidad del despido colectivo, no solo porque no fue sorpresiva¹⁵²⁴, sino porque la propia Sala del Tribunal Supremo ya tiene declarado¹⁵²⁵ que la existencia del grupo puede notificarse por vez primera al iniciarse por la empresa la tramitación del despido colectivo.

Asimismo y, en relación con los defectos de información que pueden ser causa de nulidad de la negociación, hay que decir que únicamente quedarán afectados por tal vicio los producidos a partir de la iniciación del proceso negociador, pero no los cometidos y subsanados antes de su inicio.

En relación con la constitución de la mesa negociadora a propuesta de CCIP y la intervención de la misma en el proceso negociador fue correcta, pues en la comunicación remitida a los interlocutores sociales se les informaba de que el citado grupo, considerado grupo de empresas a efectos laborales, iba a iniciar un procedimiento de despido colectivo y de movilidad geográfica y de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, instándoles a constituir la comisión negociadora para los periodos de consultas correspondientes a tales procedimientos y para que optasen entre la designación de interlocutores a partir de las secciones sindicales o a través de las representaciones unitarias y, en su

¹⁵²⁴ El proceso de integración se inició siete meses antes con la centralización de los servicios comunes.

¹⁵²⁵ STS 26-03-2014 (R^o 158/2013).

caso, comisiones *ad hoc* de las reguladas en el artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores y, al tratarse del empresario real, tal dimensión negociadora fue correcta.

Por tanto, de todo lo que acaba de exponerse, a fin de concluir si el grupo societario, en caso de que concurriesen los elementos adicionales esenciales, podría declarar su patología grupal, con la finalidad de negociar un procedimiento de despido colectivo con todas las sociedades que lo conforman, podría concluirse que, según la Audiencia Nacional, la autodeclaración del grupo de sociedades no resulta suficiente: para que el procedimiento de despido colectivo pueda desarrollarse en el seno grupal, no solo hemos de encontrarnos en presencia de un grupo patológico de sociedades, sino que tal condición debe ser reconocida, con carácter previo, por todas las partes intervinientes en el proceso.

Y es que así se ha consolidado por parte de dicho órgano jurisdiccional¹⁵²⁶, al concluir que *«lo actuado en ningún momento acredita que estas concretas mercantiles vinieran actuando de forma expresa y pacífica como un grupo laboral asumiendo la condición de empleador unitario de los trabajadores de sus respectivas plantillas»*.

La Sala viene a señalar que en ningún momento anterior al inicio del procedimiento de extinción los trabajadores tuvieron conocimiento de la existencia de un grupo patológico y, por tanto, no pudieron ejercer los derechos reconocidos en el artículo 64.5 ET.

Ante tal supuesto, lo que se produce es un incumplimiento del deber de negociar de buena fe, con la consecuente nulidad de la decisión empresarial, al haberse alterado de forma no ajustada a derecho el

¹⁵²⁶ SAN 15-10-2014 (R° 488/2013).

marco negociador durante el periodo de negociar. En resumen: no sería ajustado a derecho que el grupo patológico “*debute como tal (...) en el momento de iniciar el proceso de despido colectivo*”, pues “*que el periodo consultivo se haya conformado desde la mala fe negocial de una de las partes equivale a su inexistencia y es causa de nulidad de la decisión empresarial cuando quien así actúa es el mismo empresario*”.

A modo de síntesis, y con una pizca de aire crítico añadido, cabe destacar que la consideración de un grupo (o parte de este) como unidad de empresa laboral o como empresa única convierte al mismo en una suerte de ente impulsor legitimado para promover un procedimiento de despido colectivo y, en todo caso, en el sustrato jurídico-organizativo sobre el que habrán de aplicarse las directrices normativas previstas por el artículo 51 ET para el supuesto en que se pretenda llevar a cabo un procedimiento de despido colectivo.

Pero, en contraste con lo que acaba de exponerse, debe hacerse notar que, tal y como ha quedado patente con la exposición de la doctrina existente en materia de grupos laborales, no hay una uniformidad de criterios en cuanto a su correcto proceder en las extinciones de carácter colectivo, lo que crea una total inseguridad jurídica y deja a los consorcios empresariales de carácter patológico en una absoluta indefensión a la hora de promover despidos colectivos.

Y ello porque los propios tribunales han extendido el abigarrado sistema de indicios¹⁵²⁷, concebido para la imputación de responsabilidades, como

¹⁵²⁷ Y ello porque «*en una jurisprudencia de indicios en sí la inseguridad jurídica está garantizada, y se acentúa porque los Tribunales parten de una valoración conjunta y caso por caso de los mismos. Además, los indicios tendrían una significación relativa y abierta, pese a los intentos de la última jurisprudencia de normalizar algunas actuaciones comunes en el grupo*», en ESTEVE SEGARRA, A., “El marco de referencia en los procedimientos de

el único instrumento capaz de solventar la problemática derivada del tratamiento jurídico de los grupos de sociedades¹⁵²⁸.

Si analizamos cada una de las sentencias referenciadas en líneas anteriores sobre los grupos laborales de empresas, veremos que todas ellas parten de la misma premisa: el juzgador, con porfía e insistencia, reitera una y otra vez la doctrina jurisprudencial existente en materia de grupos y, seguidamente, de un modo inconstante, «diagnostica» el carácter patológico del grupo o, en supuestos excepcionales, el grupo logra vadear tales obstáculos y consigue que se le califique como grupo de carácter mercantil.

Es más, podríamos afirmar que la doctrina del grupo laboral de empresas «sirve» para aquellos supuestos en los que el grupo presenta un carácter fraudulento pero no llega a solventar aquellos supuestos en los que el grupo presenta una estructura lícita pero incide en los vínculos laborales de las sociedades que lo componen. Baste pensar en aquellos casos en los que la empresa dominante decide llevar a cabo un proceso extintivo en alguna o algunas de las sociedades que componen el consorcio empresarial.

Por ello, tal y como resulta patente, la construcción jurisprudencial sobre los procesos de restructuración en los grupos de empresas anticipa un complicado escenario en el que cada vez resulta más complejo realizar un proceso de información y consultas.

Es más, cuando los consorcios patológicos se arman de valor y deciden llevar a cabo procesos de restructuración tomando como referencia en

consultas en los grupos de sociedades: la necesidad de una reinterpretación. Comentario a la SAN en el despido colectivo de Coca Cola Iberian Partners”, *ob. cit.*, p. 14/22.

¹⁵²⁸ *Ídem*

sus patrones de actuación la doctrina judicial creada a tal efecto, el juzgador les premiará, en algunas ocasiones, con una sentencia en la que decretará la nulidad del despido por «incumplimiento formal» o, en otras, con una resolución en la que se replantee la clásica doctrina jurisprudencial obsequiándole, igualmente, con la nulidad del proceso extintivo¹⁵²⁹.

El corolario resultante es que cuando los consorcios empresariales actúan de acuerdo con la doctrina judicial que consideran resulta vinculante (baste pensar en la doctrina expuesta sobre el periodo de consultas en los grupos patológicos) son víctimas de la inseguridad jurídica¹⁵³⁰.

¹⁵²⁹ Baste recordar la más que citada SAN 12-06-2014 (R° 79/2014).

¹⁵³⁰ ESTEVE SEGARRA, A., “El marco de referencia en los procedimientos de consultas en los grupos de sociedades: la necesidad de una reinterpretación. Comentario a la SAN en el despido colectivo de Coca Cola Iberian Partners”, *ob. cit.*, p. 17/22.

2. LA PREVIA COMUNICACIÓN DE INTENCIONES DEL PROCEDIMIENTO DE DESPIDO COLECTIVO

Una de las importantes modificaciones que se introdujo con el RDL 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 en los artículos 51.2 ET y 41.4 ET, fue el hecho de que la comisión representativa de los trabajadores debe quedar constituida con carácter previo a la comunicación empresarial de apertura del periodo de consultas por lo que, la dirección de la empresa deberá comunicar, de manera fehaciente, a los trabajadores o a sus representantes su intención de iniciar el procedimiento de despido colectivo.

Tal y como ya he expuesto en capítulos anteriores, esta obligación empresarial debe ir más allá de lo establecido en la norma legal y en la reglamentaria por lo que, en tal escrito, además de hacerse referencia a la intención de la empresa de llevar a cabo un procedimiento de despido colectivo, deberán añadirse los siguientes extremos:

1. Si el despido afectará a un solo centro de trabajo o a varios pues las reglas que deben seguirse para determinar la intervención como interlocutores en el periodo de consultas son distintas según el despido afecte a un único centro de trabajo o a varios.
2. Plazo máximo del que disponen para constituir la comisión representativa: siete días, a contar desde la fecha de la referida comunicación, a excepción de que alguno de los centros de trabajo que vaya a estar afectado por el procedimiento no cuente con representantes legales de los trabajadores, en cuyo caso el plazo será de quince días.

3. Deberá hacerse referencia a las reglas que deben seguir a la hora de designar la comisión representativa¹⁵³¹, pues de lo contrario, aquellos centros de trabajo que resulten afectados por el procedimiento y no cuenten con representantes legales de los trabajadores, se encontrarán en situación de indefensión.
4. Número máximo de miembros que deben constituir la comisión negociadora.
5. Consecuencias que derivan ante la falta de constitución de la comisión representativa: no impedirá el inicio y el transcurso del periodo de consultas.
6. Consecuencias que derivan de la constitución una vez iniciado el periodo de consultas: no comportará, en ningún caso, la ampliación de su duración del procedimiento de consultas.

Pero, ¿los extremos contenidos anteriormente expuestos y reflejados en la citada pseudocomunicación son suficientes cuando estamos en presencia de un conglomerado empresarial? La respuesta necesariamente ha de ser negativa.

A mi entender, dos advertencias más deben reflejarse en dicho escrito, advertencias que dependerán de si el procedimiento de despido colectivo se lleva a cabo en una empresa perteneciente a un grupo de sociedades fisiológico o mercantil o si, por el contrario, dicha restructuración tiene lugar en un grupo de empresas de carácter laboral o patológico:

1. Si la empresa en la que va a producirse la restructuración colectiva pertenece a un grupo de sociedades de carácter mercantil o

¹⁵³¹ En concreto, a las reglas establecidas en el artículo 41.4 ET.

fisiológico, en la pseudocomunicación deberá hacerse constar dicho extremo.

La importancia de la inclusión de dicha información radica en la imperiosa necesidad de que los trabajadores conozcan la auténtica dimensión de la empresa y ello por los motivos que seguidamente se expondrán:

- a. La buena fe comercial es una exigencia que debe presidir, no únicamente el periodo de consultas, sino todo el proceso extintivo, abarcando este desde el momento en que tiene lugar la pseudocomunicación y finalizando con la notificación individual de la decisión extintiva.

La necesidad de que la comisión negociadora quede constituida con carácter previo a la comunicación de inicio del periodo de consultas conlleva que todas las particularidades, que todos los extremos necesarios para llevar a cabo el proceso negociador deben quedar patentes, de manifiesto antes de que dicho trámite tenga lugar siendo, a mi entender, este momento no la comunicación de inicio, sino la pseudocomunicación de intenciones, que es la que permite, la que habilita la constitución de la comisión negociadora, formándose esta a partir de la información que la empresa hace constar en los extremos recogidos en dicho comunicado.

Dicho incumplimiento derivaría en un engaño u ocultación de la auténtica dimensión del tejido empresarial que conllevaría la apreciación de la mala fe comercial y, a mi entender, la nulidad del procedimiento ex artículo 124.11 LRJS.

- b. Tal y como se analizará detalladamente en epígrafes posteriores, nuestra legislación actual no contempla la participación del grupo mercantil en el periodo de consultas del despido colectivo, ni siquiera cuando la medida afecta globalmente a las empresas que lo componen y la decisión ha sido tomada por la empresa dominante para todas ellas, lo que, evidentemente, es un reprochable signo de desfase entre el marco normativo y la realidad del tejido empresarial, que esconde a quien debería ser el interlocutor real para que el periodo de consultas alcance sus fines¹⁵³².

Lo anteriormente expuesto no resulta óbice para que, tal y como ha expuesto repetidamente la doctrina judicial, no pueda llevarse a cabo una negociación global del despido colectivo con la empresa dominante del grupo.

Tal y como han establecido los Tribunales, esta supondrá una buena práctica, por cuanto se producirá entre interlocutores reales y contarán, de este modo, con instrumentos útiles para negociar la incidencia y la adecuación de las causas en cada una de las empresas del Grupo.

Esta posibilidad de llevar a cabo una interlocución directa con la empresa dominante difícilmente podría llevarse a cabo si en la pseudocomunicación empresarial no figurara la verdadera magnitud del tejido societario, haciendo constar su pertenencia a un grupo mercantil, pues es este el momento idóneo para que los

¹⁵³² SAN 15-07-2013 (R° 200/2013).

interlocutores puedan exigir una negociación global del despido colectivo con la empresa matriz¹⁵³³.

- c. Por último, la inclusión de este extremo en el pseudocomunicado, junto con la expresión de la causa habilitante para llevar a cabo la extinción de carácter colectivo, permitirá conocer a los interlocutores sociales si se dan los presupuestos exigibles en el artículo 4.5 RPDC para que, junto con la comunicación inicial, se aporten además de la documentación legalmente exigida en los artículos 3, 4 y 5 RPDC la documentación que el propio artículo 4.5 RPDC establece.
2. Asimismo, si el procedimiento de despido colectivo va a llevarse a cabo en un grupo de empresas laboral, considero que el empresario debería reconocer la patología del grupo en dicha pseudocomunicación, debiéndose decretar la nulidad del despido en caso contrario y ello por lo que seguidamente va a exponerse:
 - a. La necesidad de que la comisión negociadora quede constituida con carácter previo a la comunicación empresarial de apertura del periodo de consultas no es una cuestión baladí pues implica la necesidad de que los trabajadores sean conocedores de toda la información necesaria y relevante, no solo para que el proceso de consultas pueda desplegar toda su eficacia, sino también porque

¹⁵³³ Ahora bien, es importante añadir, tal y como ha establecido la doctrina judicial, que aunque dicha negociación con la empresa dominante concluya con acuerdo, no podrán eludirse los periodos de consulta en cada una de las empresas del grupo mercantil, que contarán, de este modo, con instrumentos útiles para negociar la incidencia y la adecuación de las causas en cada una de las empresas del mismo, tal y como estableció la Audiencia Nacional en SAN 15-07-2013 (R° 200/2013).

la constitución del comité negociador¹⁵³⁴ dependerá de los extremos contenidos en dicho comunicado.

Dicha necesidad adquiere todavía más relevancia en el supuesto de los grupos patológicos, pues solo cuando exista grupo laboral de empresas deberá ser este el substrato jurídico-organizativo sobre el que habrán de aplicarse las directrices elementales del artículo 51 ET¹⁵³⁵, grupo laboral de empresas que habrá de encajar rigurosamente con el concepto de grupo fraudulento (teoría del fraude) o patológico.

Dicho razonamiento se proyectará, según la jurisprudencia, no únicamente a la extensión de la responsabilidad patrimonial, sino a todos los efectos que deriven de la aplicación de las normas laborales.

Lo anteriormente expuesto justifica que, por ejemplo, existiendo un grupo de empresas patológico, no esconda de manera fraudulenta su auténtica dimensión de la empresa y de su unidad económica, con la intención de intentar acreditar en un ámbito mucho más restringido la concurrencia de la causa económica alegada.

De lo dicho anteriormente se desprende que el periodo de consultas deberá realizarse con el grupo y no únicamente con la empresa afectada por las extinciones de carácter colectivo,

¹⁵³⁴ Recordemos que el artículo 41.4 establece toda una serie de alternativas, a mi entender, subsidiarias y excluyentes entre sí a excepción de lo establecido en la segunda regla del artículo 41.4.b), que entrarán en juego según el despido colectivo vaya a afectar a uno o varios centros de trabajo, y según la empresa cuente o no con representantes de los trabajadores, cuestiones que, tal y como se ha mencionado, deberán quedar patentes en la pseudocomunicación de inicio para que la comisión negociadora pueda constituirse válidamente a tal fin.

¹⁵³⁵ SAN 31-05-2013 (R° 266/2012).

cuestión que afecta de manera directa a la constitución de la comisión negociadora; de ahí que deba plasmarse en la comunicación de intenciones su pertenencia al grupo pues el establecimiento de dicho extremo en la pseudocomunicación de inicio permitirá a los representantes de los trabajadores poder constituir el comité negociador, no a nivel de empresa, sino a nivel de grupo¹⁵³⁶.

- b. Tal y como acaba de argumentarse, el reconocimiento de patología grupal deviene necesario para la correcta constitución de la comisión negociadora, pero también resulta imprescindible para que el proceso negociador despliegue todos sus efectos.

Ahora bien, ¿cómo debe realizarse este reconocimiento? La doctrina judicial¹⁵³⁷ ha establecido que el inicio del procedimiento de forma conjunta *«exige una autodeclaración por parte de la empresa de su condición de grupo a efectos laborales, declaración que podrá ser cuestionada por la representación de los trabajadores»*¹⁵³⁸ de lo contrario *“el fraude en la necesaria y correcta identificación del empresario al inicio del procedimiento contamina indefectible y necesariamente el acto extintivo ejercido»*¹⁵³⁹, por lo que el procedimiento de despido colectivo sería nulo ex artículo 124.11 LRJS.

¹⁵³⁶ SAN 28-09-2012 (R° 152/2012).

¹⁵³⁷ En el apartado correspondiente a la legitimación del grupo para iniciar un procedimiento de despido colectivo se analizará la problemática establecida por parte de la Audiencia Nacional al replantearse en algunas ocasiones su propia doctrina.

¹⁵³⁸ Así lo establece la AN en SSAN 25-02-2013 (324/2012) y 18-12-2012 (257/2012)

¹⁵³⁹ SAN 28-09-2012 (R° 125/2012).

A mi entender, la «autodeclaración» deberá efectuarse en la propia pseudocomunicación de inicio siendo otro de los extremos que deberá reflejarse en dicho comunicado.

Por tanto, si las sociedades que conforman el grupo societario quieren evitar la nulidad del proceso extintivo, deberán iniciar el procedimiento de despido colectivo desde el seno del grupo societario.

Asimismo, deberán analizar, con carácter previo, si concurren los requisitos adicionales que determinan el carácter patológico de grupo y, si convergen, proceder a la autodeclaración anteriormente referenciada, de manera explícita, en la que se reconozca la existencia del grupo¹⁵⁴⁰.

- c. Por último, debemos señalar que son varias las sentencias que al analizar los grupos laborales patológicos en el marco de los despidos colectivos consideran que ha existido una voluntad de ocultar la dimensión real de la empresa cuando por parte de la misma no se ha hecho constar su pertenencia a un tejido empresarial con dimensión superior al de la propia sociedad, entendiendo que, en tales supuestos, nos encontramos en presencia de engaño y ocultación, lo que desencadena la apreciación de mala fe en la negociación¹⁵⁴¹.

¹⁵⁴⁰ Tal y como establece GOERLICH, PESET, J.M., “Los grupos de sociedades en la jurisprudencia social reciente: puntos críticos”, *ob. cit.*, p.18, “*Importa destacar que este reconocimiento se constituye en un factor esencial a la hora de enjuiciar si el grupo es o no “laboral”. La AN le ha atribuido “un especial valor jurídico, por cuanto comporta aquí y también en el futuro, que todas las empresas del grupo responderán solidariamente de las obligaciones contraídas por cualquiera de ellas con sus trabajadores”. Es, por tanto, “impensable” que una declaración de este tipo pueda ser emitida de forma caprichosa*”.

¹⁵⁴¹ Lo dicho puede advertirse claramente en la SAN 26-04-2013 (R° 29/2013) y STSJ de la Comunidad Valenciana de 18 de octubre de 2012 (R° 15/2012).

3. CONSTITUCIÓN DE LA COMISIÓN NEGOCIADORA EN LOS GRUPOS DE SOCIEDADES

Como inicio, debe hacerse constar cual es el marco comunitario y español relativo al ámbito de representación de los trabajadores que han de negociar el periodo de consultas derivado del procedimiento de despido colectivo.

Con tal finalidad, seguidamente, se procederá a señalar la existencia de tres grupos de normas diferentes a partir de tres distintas directivas de las que trataremos de deducir una interpretación o argumentación congruente y razonable sobre su posible aplicación a los grupos de sociedades.

1. En primer lugar, debe citarse la Directiva 2002/14/CE de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea. En dicha Directiva se establece la obligación de las empresas de desarrollar un procedimiento de información y consulta, entre otras, sobre las decisiones del empresario que pudieran provocar cambios sustanciales en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo, incluidas las previstas por una serie de disposiciones comunitarias mencionadas en su artículo 9.1, entre las que se encuentra la Directiva 98/59/CE sobre despidos colectivos.

En este supuesto se establece, de manera específica, que las consultas deben llevarse a cabo con el fin de llegar a un acuerdo sobre las decisiones del empresario en tales materias.

La Directiva 2002/14/CE es de aplicación, a elección de los Estados miembros, a las empresas que empleen en un Estado miembro al menos a 50 trabajadores a los centros de trabajo que empleen en un Estado miembro al menos a 20 trabajadores.

Los sujetos colectivos que ostentan el derecho de información y consulta, con la finalidad u objetivo de llegar a un acuerdo, son los representantes de los trabajadores con arreglo a lo dispuesto en las legislaciones y/o prácticas nacionales, no afectando la aplicación de esta Directiva a los procedimientos específicos de información y de consulta contemplados en la Directiva 98/59/CE y en la Directiva 2001/23/CE, ni a las disposiciones adoptadas de conformidad con las Directivas 94/45/CE y 97/74/CE, ni puede suponer menoscabo de otros derechos de información, consulta y participación existentes en las legislaciones nacionales.

Los representantes de los trabajadores a efectos de esa Directiva, en el desarrollo de la misma en el Derecho español, son los comités de empresa y delegados de personal regulados en el Estatuto de los Trabajadores por una parte, y los delegados sindicales regulados en la Ley Orgánica de Libertad Sindical por otro.

Por tanto, con la excepción del comité intercentros, cuando exista y del supuesto del artículo 63.2 ET, los representantes de los trabajadores en el Derecho español, que son los competentes para desarrollar el procedimiento de información y consulta sobre despidos colectivos previsto en la Directiva 2002/14/CE tienen como ámbito representativo el centro de trabajo.

Ello no significa que deba ser, el centro de trabajo, de manera necesaria, el ámbito de la negociación del despido colectivo, puesto

que nada impide que, tal y como ha procedido nuestro Legislador en el artículo 51 ET, se tome un ámbito de negociación diferente al del centro de trabajo, siempre y cuando se garantice la participación en el procedimiento de los representantes legales o sindicales de los trabajadores, sin la cual no podrían entenderse cumplidos los preceptos de la Directiva citada¹⁵⁴².

2. La Directiva 2009/38/CE, de del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de mayo de 2009, sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria.

Tal y como ya se ha hecho constar con anterioridad, esta directiva resulta de aplicación a los grupos de empresa con más de 1000 trabajadores repartidos como mínimo en dos Estados miembros y siempre que en dos de ellos alcance 150 o más trabajadores.

El concepto de grupo que utiliza esta Directiva se basa exclusivamente en el concepto de control, es decir, que comprenda una empresa que ejerce el control y las empresas controladas (lo que ocurre cuando estamos ante un grupo jerárquico).

¹⁵⁴² En todo caso el artículo 3.3 RPDC, para salvar la aplicación del artículo 64.5 del Estatuto de los Trabajadores, obliga a la empresa a solicitar por escrito la emisión de un informe a los representantes de los trabajadores (esto es, a todos los comités de empresa o delegados de personal de centros y delegados sindicales de los centros), al iniciar el procedimiento de despido colectivo. Esta petición de informe se ha convertido en un trámite meramente formal, que en modo alguno reúne los requisitos para ser considerado como un procedimiento de información y consulta negociador, que es lo que exige la Directiva 2002/14/CE, pero ello no afecta a la legalidad del periodo de consultas en tanto en cuanto la negociación de este se lleve a cabo, como exige la Directiva, por los representantes legales o sindicales de los trabajadores, aunque sea mediante su agrupación en comisiones negociadoras formadas a partir de los mismos o por comité intercentros.

En tales supuestos constriñe a la empresa, si recibe una solicitud de los trabajadores en ese sentido, a promover la constitución de un comité de empresa europeo, entre cuyas competencias está el de ser informado cuando concurren circunstancias excepcionales que afecten considerablemente a los intereses de los trabajadores, como traslados de empresas, cierre de empresas o de establecimientos o despidos colectivos.

En tales casos también tiene derecho a reunirse con la dirección central del grupo de empresas para que se le informe y consulte sobre esas medidas.

No obstante, en este supuesto, la consulta no implica negociación, únicamente la emisión de un informe que, además, no influye «a las prerrogativas de la dirección central», lo que excluye obligación alguna de negociar en este ámbito.

Asimismo, su artículo 12 viene a disponer que la citada Directiva deberá aplicarse, sin perjuicio de las disposiciones adoptadas con arreglo a la Directiva 98/59/CE) y a la Directiva 77/187/CEE, siendo esta Directiva 94/45/CE la única norma que contempla el derecho a información y consulta sobre despidos colectivos en el nivel de grupo de empresas, aunque no conlleve negociación.

Su incorporación a nuestra normativa estatal mediante la Ley 10/1997, de 24 de abril, únicamente incluyó en su ámbito aplicativo a los grupos de sociedades de dimensión comunitaria y no a los grupos de empresa íntegramente nacionales, aunque, en todo caso «puede tomarse como referente interpretativo»¹⁵⁴³, lo que nos llevará, a mi entender, a que tal opción pueda erigirse como un ejemplo a

¹⁵⁴³ SAN 12-06-2014 (R° 79/2014).

seguir por parte del legislador a la hora de regular la negociación en los grupos societarios, siempre que, en primer lugar, les legitime para poder instar procedimientos de reestructuración colectiva.

3. En último lugar, no debemos sino hacer mención a la ya más que citada Directiva 98/59/CE sobre despidos colectivos, a cuya aplicación no pueden oponerse ninguna de las anteriores por previsión expresa de las mismas, Directiva que, tal y como ha quedado patente a lo largo del presente trabajo constriñe a la empresa a mantener un periodo de información y consulta, con vistas a alcanzar un acuerdo con los representantes de los trabajadores, sin definir ese concepto más allá de remitirse a la legislación o la práctica de los Estados miembros.

El concepto de representantes de los trabajadores que se maneja en esta Directiva es el mismo que en la Directiva 2002/14/CE, por lo cual los periodos de información y consulta con la finalidad u objetivo de alcanzar una acuerdo, que prevén ambas en el caso de despidos colectivos, puede ser único¹⁵⁴⁴.

Asimismo, a la exégesis realizada sobre tales normas comunitarias debe añadirse, la interpretación efectuada por el TJUE sobre la Directiva 98/59/CE, en la que ha venido a establecer que el ámbito de negociación colectiva previa al despido colectivo no es el grupo societario, sino la empresa que efectivamente practica los despidos, con independencia de

¹⁵⁴⁴ Tal y como anteriormente se ha hecho constar, este es el caso de España, por lo que reiteramos aquí lo anteriormente dicho sobre la compatibilidad con la Directiva de que la representación de los trabajadores en tal periodo de información y consultas sea de segundo grado, conformada a partir de los comités intercentros o comisiones negociadoras formadas a partir de los representantes de los trabajadores.

que tal sociedad deba mantener su autonomía negocial en el periodo de consultas respecto de la dirección del grupo¹⁵⁴⁵.

En conclusión, de las normas citadas, así como de las consideraciones expuestas a lo largo del presente capítulo ha quedado totalmente patente que la negociación de los procesos de reestructuración colectiva, debe llevarse a cabo en el nivel de empresa o inferior, no en el nivel de grupo de empresas, y además por los representantes (legales o sindicales) de los trabajadores, sin perjuicio de que tal negociación pueda ir precedida o acompañada por una consulta a nivel de grupo de empresas de dimensión comunitaria conforme a la Ley 10/1997¹⁵⁴⁶.

Y es que ha venido a destacarse por la doctrina judicial, *«lo que determina el ámbito de negociación, y por ello, el ámbito de representación de los trabajadores, es el ámbito de afectación del despido propuesto, debiendo formarse la comisión negociadora a partir de los representantes legales o sindicales de los trabajadores de los centros afectados»*, fundamentando tal argumentación en lo dispuesto en el artículo 51 ET *«la consulta se llevará a cabo en una única comisión negociadora, si bien, de existir varios centros de trabajo quedará circunscrita a los centros afectados por el procedimiento»*.

Con tal fundamentación, entiende, no se permite superar el ámbito de la empresa en la negociación del despido, puesto que la referencia que contiene el artículo 51 ET es siempre la empresa, sin hacer mención alguna al grupo societario.

¹⁵⁴⁵ STJUE 10-09-2009, Asunto AEK contra Fujitsu Siemens Computers (C-44/08).

¹⁵⁴⁶ SAN 12-06-2014 (Rº 79/2014) confirmada por nuestro Alto Tribunal en STS 20-04-2015 (Rº 354/2014).

Así, la negociación deberá realizarse dentro de la empresa mediante una única comisión compuesta por los representantes de los centros afectados por el despido.

Ahora bien, la doctrina judicial ha venido a entender que si bien el ámbito de negociación del periodo de consultas del despido colectivo no puede superar la empresa y extenderse al grupo de sociedades, solamente cuando exista un grupo de empresas a efectos laborales, que tiene la consideración de un único empresario, será el grupo el ámbito de negociación y no cada una de las sociedades o entes que lo componen¹⁵⁴⁷.

Consecuentemente, a la hora de determinar cómo debe quedar constituida la comisión negociadora en el procedimiento de despido colectivo acometido en grupo de sociedades deberá diferenciarse, nuevamente, la naturaleza del mismo, es decir, tal constitución se realizará de distinta manera según estemos ante un grupo de sociedades de carácter fisiológico o ante un grupo de empresas patológico o a efectos laborales.

3.1. La constitución de la comisión negociadora en los grupos de sociedades fisiológicos

Tal y como ha quedado patente a lo largo del presente trabajo, los grupos de sociedades de carácter mercantil o fisiológico no están legitimadas para promover procedimientos de despido colectivo.

¹⁵⁴⁷ SSAN 12-06-2014 (R° 79/2014) y 12-06-2013 (R° 143/2013).

Ahora bien, si el grupo goza de dimensión comunitaria, la negociación se efectuará en el marco del comité de empresa europea, conforme a la Directiva 2009/38/CE, en cuanto a lo establecido en las disposiciones subsidiarias previstas en el Anexo I, letra a) del apartado 1) y el artículo 10.1 de la Ley 10/1997, de 24 de abril¹⁵⁴⁸.

No obstante, si el despido carece de tal dimensión, conforme a la doctrina anteriormente expuesta, el periodo de negociación y, consecuentemente, la constitución de la comisión negociadora quedará, en principio, limitada a la sociedad que resulte afectada, sin que sea preceptiva la intervención de la sociedad matriz, aunque sea esta última la que haya acordado incoar el procedimiento de despido colectivo, independientemente de que el periodo de consultas deba iniciarse a partir de tal momento si el empresario de la sociedad que va a ejecutar la reestructuración dispone de toda la documentación pertinente y puede proporcionarla a la representación de los trabajadores¹⁵⁴⁹, criterio este que ha sido adoptado por la doctrina judicial¹⁵⁵⁰.

En tal caso, la constitución de la comisión negociadora deberá realizarse conforme a lo establecido en los artículos 51.2 y 41.4 ET, así como en los artículos 26 y 27 RPDC, por lo que, consecuentemente, me remito a lo

¹⁵⁴⁸ Vid., al respecto, STJUE 13-01-2004 (Asunto Gesamtbetriebsrat der Kühne & Nagel AG & Co. KG., y la SAN 12-06-2014 (Rº 79/2014).

¹⁵⁴⁹ Recordemos que la STJUE 10-09-2009 (Asunto Akavan Erituisalojen Keskusliitto AEK ry e.a.) vino a disponer que *«la obligación de llevar a cabo consultas establecida en el artículo 2, apartado 1, de la Directiva 98/59 vincula únicamente al empresario. En efecto, ninguna disposición de dicha Directiva puede interpretarse en el sentido de que pueda crear tal obligación para la sociedad matriz.*

De ello se deduce que incumbe siempre a la filial, como empresario, llevar a cabo consultas con los representantes de los trabajadores que puedan verse afectados por los despidos colectivos previstos y, en su caso, soportar ella misma las consecuencias del incumplimiento de la obligación de llevar a cabo consultas si no se le ha informado inmediata y correctamente de una decisión de su sociedad matriz que haga necesarios tales despidos».

¹⁵⁵⁰ Vid., entre otras, las SAN 12-06-2013 (Rº 143/2013) y STSJ País Vasco 04-06-2013 (Rº 9/2013).

anteriormente expuesto respecto a la constitución de la comisión negociadora en las empresas unitarias, al deberse proceder de idéntica manera.

Si bien tal supuesto resulta aceptable, aunque no comparta tal postura, el hecho de que deba procederse de tal modo cuando sea una única empresa del grupo la que deba proceder a una restructuración de carácter colectivo, resulta totalmente injustificable cuando son varias las sociedades del grupo en las que concurren las causas justificativas para instar un procedimiento de despido colectivo.

Y ello porque, a mi entender, resulta inconcebible el hecho de que tales mercantiles deban proceder a realizar tantos procedimientos de despido colectivos como empresas afectadas por el procedimiento haya, lo que sin duda puede llevar a que, en tales sociedades, concurriendo las mismas causas, los acuerdos o decisiones empresariales adoptadas puedan ser totalmente diferentes.

No obstante, debe hacerse constar que tal malestar, también ha venido a mostrarse por parte de la doctrina judicial, entendiéndose que *«la obligada tramitación plural de despidos colectivos, decididos por la empresa dominante, mediante períodos de consulta en cada empresa, no es satisfactoria, por cuanto el interlocutor real, para que el período de consultas pueda alcanzar sus fines, es la empresa dominante y no las empresas dominadas, quienes están sometidas a las decisiones de la primera, con la que consolidan cuentas y aunque sea cierto que la consolidación de cuentas no exime a las sociedades integrantes del grupo de formular sus propias cuentas anuales y el informe de gestión correspondiente, conforme a su régimen específico, a tenor con lo*

dispuesto en el art. 42.2 C. Co ., lo que podría dar lugar a resultados negativos en el grupo y positivos en alguna o algunas de sus sociedades, no es menos cierto que dichas cuentas estarán determinadas totalmente por decisiones de la sociedad dominante que, al disponer de las claves sobre el futuro de cualquiera de las empresas del grupo, debería ser el interlocutor natural en el período de consultas, lo que debería considerarse, en nuestra opinión, en futuras regulaciones legales, con la finalidad de evitar períodos de negociación artificiosos, repetitivos y costosos, cuando podrían resolverse de modo unitario con el interlocutor que toma efectivamente las decisiones por todas las empresas del grupo»¹⁵⁵¹.

Ante tal situación y mientras no se produzca dicha regulación, la doctrina judicial ha venido a proponer una sugerencia o recomendación a los grupos societarios, considerando que la negociación global del despido colectivo con la sociedad dominante supondrá una buena práctica, pues se producirá entre los interlocutores reales, por tanto, podrá realizarse sin problema.

Sin embargo, aunque tal negociación global concluyese mediante acuerdo, no podrá eludir los períodos de consulta en cada una de las empresas del grupo mercantil, que contarán, de este modo, con instrumentos útiles para negociar la incidencia y la adecuación de las causas en cada una de las empresas del mismo¹⁵⁵².

En conclusión, según la doctrina judicial, interpretando el silencio del legislador, *«en la comisión negociadora de los grupos de empresas*

¹⁵⁵¹ SSAN 25-02-2013 (R° 324/2012) y 31-05-2013 (R° 165/2013).

¹⁵⁵² SAN 25-02-2013 (R° 324/2012).

mercantiles solo deben participar los representantes de los trabajadores de la empresa afectada por el despido colectivo»¹⁵⁵³.

3.2. La constitución de la comisión negociadora en los grupos de empresas de carácter patológico

Contrariamente a lo que ocurre en los grupos de sociedades mercantiles o fisiológicos, en los grupos de empresas a efectos laborales, la doctrina judicial ha venido a entender que el ámbito de negociación en tal entidad, es más favorable para un enfoque global de la reestructuración, pues así se evita que la dirección de la empresa instrumente mesas de negociación separadas para organizar *«una subasta a la baja de las condiciones de trabajo entre centros para determinar cuál va a observar la carga de trabajo y cuál es el reestructurado»¹⁵⁵⁴.*

Y es que solo cuando exista un grupo laboral de empresas o un grupo de empresas de carácter patológico deberá ser este el sustrato jurídico-organizativo sobre el que recaerá la aplicación de las exigencias procedimentales previstas en el artículo 51 ET, entre las que se encuentran las exigencias relativas (si bien remite al artículo 41.4 ET) a la constitución de la comisión negociadora, que también serán aplicables al grupo de empresas de carácter patológico, si bien con las precisiones que seguidamente se efectuarán.

Dejando a un lado la problemática relativa a cómo deben proceder los grupos laborales de empresas, a los efectos de reconocer su patología

¹⁵⁵³ SSAN 20-03-2013 (R° 219/2013); 11-03-2013 (R° 381/2012); 25-02-2013 (R° 19/2013), STSJ Madrid 09-04-2013 (R° 24/2013); STSJ Galicia 21-11-2012 (R° 22/2012) y STSJ Murcia 22-10-2012 (R° 896/2011).

¹⁵⁵⁴ SAN 10-03-2014 (R° 285/2013).

grupal, es decir, si ésta debe reconocerse como tal con anterioridad a la iniciación del procedimiento de despido colectivo, si puede reconocerse en la comunicación previa o en la comunicación de inicio del procedimiento de despido colectivo o si esta, necesariamente, debe requerir una sentencia judicial firme anterior a la iniciación de tal procedimiento en la que se reconozca la patología del grupo de sociedades, lo que debe determinarse es cómo debe constituirse una comisión negociadora en el supuesto en el que el procedimiento de despido colectivo vaya a llevarse a cabo en un grupo laboral de empresas.

Ahora bien, si atendemos al tenor literal del artículo 41.4 ET, que establece que *«la consulta se llevará a cabo en una única comisión negociadora, si bien, de existir varios centros de trabajo, quedará circunscrita a los centros afectados por el procedimiento»*, puede apreciarse, con claridad, que el citado precepto habla de empresa y de centros de trabajo.

Por tanto, ¿cómo debe interpretarse el citado precepto, a los efectos de poder constituir la comisión negociadora del procedimiento de despido colectivo acaecido en los grupos patológicos?

A mi entender, tal y como ha venido a postularse, tanto por la doctrina judicial¹⁵⁵⁵ como la científica¹⁵⁵⁶, de manera totalmente acertada, para

¹⁵⁵⁵ Así, la SAN 10-03-2013 (R^o 285/2013) vino a entender que *«si la empresa real son todas las empresas, que forman parte del Grupo Gallardo, corresponde a dichas mercantiles 26 la legitimación para promover el despido colectivo de las empresas, que estimen oportuno, puesto que serán todas las empresas del grupo quienes responderán solidariamente de las consecuencias de la medida, porque todas ellas son la "empresa" de los trabajadores despedidos. - Dicha legitimación comporta que, si el despido se fundamenta en las mismas causas, aun cuando pudieran concurrir circunstancias específicas en las empresas afectadas, estemos ante un despido colectivo único, que debe negociarse consecuentemente de manera*

poder constituir la comisión negociadora de acuerdo con lo establecido en el artículo 41.4 ET, deberá asimilarse el «centro de trabajo» a la «empresa» y la «empresa» al «grupo de empresa», respectivamente, unificando así, como si de centros de trabajo se tratasen, las diferentes empresas que lo conforman.

Así, tanto la jurisprudencia¹⁵⁵⁷ como la doctrina judicial¹⁵⁵⁸ han venido a defender que cuando se trate de un grupo de empresas a efectos laborales, los representantes de los trabajadores deben ser los representantes de todas las empresas del grupo, por cuanto el empresario real es el grupo en su conjunto y no cada una de las empresas del grupo¹⁵⁵⁹.

Ahora bien, la doctrina judicial también ha venido a sostener que «*los interlocutores de un despido colectivo en el grupo, ya afecte a todas o algunas de las empresas del grupo, deberían ser todos los representantes de los trabajadores del grupo en su conjunto, porque todos ellos son representantes de la empresa, que es el grupo como tal y no cada empresa diferenciada*»¹⁵⁶⁰.

En mi opinión, tal postura debe ser matizada, puesto que, independientemente de que el grupo de empresas sea un grupo patológico y el empresario real o verdadero sea el grupo en su conjunto,

unitaria, asegurando, en todo caso, la ponderación del voto, para cumplir con lo mandado por el art. 28.1 RD 1483/2012, de 29 de octubre.

¹⁵⁵⁶ FALGUERA BARÓ, M.A., “El despido objetivo y colectivo en los grupos de empresas”, *ob. cit.*, p. 123, y BODAS MARTÍN, R., “Aspectos conflictivos del despido colectivo y otras actuaciones colectivas de la empresa. Requisitos de la Directiva Comunitaria 1998/59/CE”, *Ponencias de la III Jornada sobre Derecho Colectivo*, martes 20 de mayo de 2014, Organizada por la Asociación Nacional de Laboralistas, pp. 8 y 9.

¹⁵⁵⁷ SSTS 27-05-2013 (R° 78/2012); 20-03-2012 (R° 81/2013) y 19-12-2012 (R° 4340/2011).

¹⁵⁵⁸ SSAN 25-02-2013 (R° 324/2012); 18-12-2012 (R° 257/2012); 28-09-2012 (R° 152/2012) y 26-07-2012, (R° 124/2012).

¹⁵⁵⁹ *Vid.*, al respecto, la SAN 18-11-2013 (R° 338/2013).

¹⁵⁶⁰ SAN 18-11-2013 (R° 338/2013).

asimilándose tal supuesto al de una unidad empresarial a todos los efectos, si varias de las sociedades que constituyen el grupo no están afectadas por las causas previstas, considero que los representantes de las mismas no deben participar en el periodo de negociación, al igual que ocurre para el supuesto en el que una sociedad está constituida por diversos centros de trabajo, y las causas justificativas únicamente concurren en algunos de ellos.

Por tanto, a mi entender, la comisión negociadora deberá de elegirse de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.4 ET, sin que el número de componentes, repartido con arreglo a la representatividad que ostentan, puedan superar los trece miembros¹⁵⁶¹.

La consulta deberá llevarse a cabo en una única comisión negociadora, si bien, de existir varias empresas del grupo patológico que resulten afectadas por la medida empresarial, tal comisión deberá quedar circunscrita a las empresas que resulten afectadas por el procedimiento.

Así, de acuerdo con el artículo 41.4 ET, y en relación con las precisiones anteriormente expuestas, la comisión representativa deberá constituirse del siguiente modo:

1. La intervención como interlocutores ante la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas corresponderá a las secciones sindicales cuando estas así lo acuerden, siempre que tengan la representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los delegados de personal de las empresas, en cuyo caso representarán a todos los trabajadores de los centros afectados.

¹⁵⁶¹BODAS MARTÍN, R., “Aspectos conflictivos del despido colectivo y otras actuaciones colectivas de la empresa. Requisitos de la Directiva Comunitaria 1998/59/CE”, *ob. cit.*, pp. 8 y 9.

2. En defecto de lo previsto en el párrafo anterior, la intervención como interlocutores se regirá por las siguientes reglas:

a) Si el procedimiento afecta a una única empresa del grupo, corresponderá al comité de empresa o a los delegados de personal.

En el supuesto de que en la empresa afectada no exista representación legal de los trabajadores, estos podrán optar por atribuir su representación para la negociación del acuerdo, a su elección:

1. A una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por estos democráticamente o,
2. A una comisión de igual número de componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma.

En el supuesto de que la negociación se realice con la comisión cuyos miembros sean designados por los sindicatos, el empresario podrá atribuir su representación a las organizaciones empresariales en las que estuviera integrado, pudiendo ser las mismas más representativas a nivel autonómico, y con independencia de que la organización en la que esté integrado tenga carácter intersectorial o sectorial.

- b) Si el procedimiento afecta a más de una empresa de las que conforman el grupo de empresas, la intervención como interlocutores corresponderá:
- 1) En primer lugar, al comité interempresas, siempre que tenga atribuida esa función en el convenio colectivo en que se hubiera acordado su creación.
 - 2) En otro caso, a una comisión representativa que se constituirá de acuerdo con las siguientes reglas:
 - a) Si todas las empresas afectadas por el procedimiento cuentan con representantes legales de los trabajadores, la comisión estará integrada por estos.
 - b) Si alguna de las empresas afectadas cuenta con representantes legales de los trabajadores y otras no, la comisión estará integrada únicamente por representantes legales de los trabajadores de las empresas que cuenten con dichos representantes y ello,
 - c) Salvo que los trabajadores de las empresas que no cuenten con representantes legales opten por designar la comisión a que se refiere la letra a), en cuyo caso la comisión representativa estará integrada conjuntamente por representantes legales de los trabajadores y por miembros de las comisiones previstas en dicho párrafo, en proporción al número de trabajadores que representen.
 - d) Para el supuesto de que una o varias empresas afectadas por el procedimiento que no cuenten con representantes legales de los trabajadores opten por no designar la comisión de la letra a), se asignará su representación a los

representantes legales de las empresas que cuenten con ellos, en proporción al número de trabajadores que representen.

- 3) Si ninguna de las empresas afectadas por el procedimiento cuenta con representantes legales de los trabajadores, la comisión representativa estará integrada por quienes sean elegidos por y entre los miembros de las comisiones designadas en las empresas afectadas conforme a lo dispuesto en la letra a), en proporción al número de trabajadores que representen.

Asimismo, el artículo 41.4 ET establece otra precisión, y es que si *«en todos los supuestos contemplados en este apartado, si como resultado de la aplicación de las reglas indicadas anteriormente el número inicial de representantes fuese superior a trece, estos elegirán por y entre ellos a un máximo de trece, en proporción al número de trabajadores que representen»*.

Ahora bien, debe matizarse que, difícilmente, en un grupo de empresas patológico, conformado por diversas sociedades, difícilmente podrán aplicarse las reglas previstas para aquellos supuestos en los que ninguno de los «centros de trabajo», en este caso «empresas» cuente con representación.

Más bien al contrario, a mi entender, tal y como ha venido a apuntarse por la doctrina científica¹⁵⁶², el problema radicará en aquellos supuestos en los que la representación laboral esté fragmentada en una pluralidad amplia de opciones sindicales, con distintas prioridades al respecto,

¹⁵⁶² BAZ RODRÍGUEZ, J., “El despido colectivo en las empresas de grupo. Viejos y nuevos problemas, tras el cambio de modelo normativo (2012-2014)”, *ob. cit.*, p. 24.

puesto que la comisión negociadora no puede superar los trece miembros.

Igualmente, y con relación al régimen de adopción de votos establecido en el artículo 28 RPDC, igualmente considero que deberá regir la exégesis interpretativa a través de la que se asimila el «centro de trabajo» a la «empresa» y la «empresa» al «grupo de empresa», respectivamente.

Según tal interpretación, los acuerdos en el periodo de consultas requerirán la conformidad de la mayoría de los miembros de la comisión negociadora que, en su conjunto, representen a la mayoría de los trabajadores de la empresa o empresas afectadas, para lo cual, se considerará el porcentaje de representación que tenga, en cada caso, cada uno sus integrantes.

Asimismo, también serían de aplicación todas aquellas observaciones anteriormente expuestas y relativas a los sujetos legitimados para intervenir como interlocutores en el periodo de consultas, por lo que me remito a las consideraciones antes manifestadas.

Por lo que respecta a la representación empresarial, la doctrina judicial ha venido a asumir el criterio de que el empresario podrá llevar a cabo el periodo de consultas directamente con la dirección central o empresa matriz del grupo patológico de empresas como interlocutor¹⁵⁶³, sin exigir la presencia de la dirección de las sociedades filiales, ni tampoco la ejecución de periodos de negociación separados con cada empresa filial.

¹⁵⁶³ Así, la SAN 15-07-2013 (R° 200/2013) vino a establecer que al encontrarnos ante «un grupo a efectos laborales, cuya matriz toma las decisiones y asume la responsabilidad en esta realidad empresarial equivalente a una empresa única. Por tanto, se ha negociado con la Dirección de la empresa, lo que se ajusta perfectamente al artículo 51 ET».

Así, viene a entender que si existe un grupo societario que opera como empresario único, en síntesis, resulta jurídicamente reprochable la instauración de periodos de negociación separados, siendo exigible la negociación unitaria, independientemente de que las garantías consustanciales al periodo de consultas se puedan reforzar al ejecutarse, posteriormente, negociaciones separadas para tratar las cuestiones específicas de cada centro afectado, pero sin condicionar el resultado global de la negociación al resultado de las negociaciones llevadas a cabo de forma separada¹⁵⁶⁴.

Ahora bien, si al ser un grupo laboral de empresas, o un empresario único, las negociaciones deben llevarse a cabo con todas las sociedades que conforman el grupo, ¿qué ocurre si el procedimiento de negociación se instaura de manera separada? ¿tendrá consecuencias en la validez del procedimiento de despido colectivo y, consecuentemente, en la medida empresarial adoptada?

La doctrina judicial ha venido a entender que para que tal errónea o incorrecta constitución de la comisión negociadora pueda tener efecto alguno sobre el desarrollo del periodo de negociación, debe haber sido previamente expresada en las negociaciones dimanantes del periodo de consultas por los interlocutores sociales.

Así, ha venido a sostenerse *«que los representantes de los trabajadores no pueden pretender en estos supuestos que se declare la nulidad del despido, porque la negociación no se realizó con el grupo como tal, o porque no se aportó la documentación de todas las empresas del grupo, por cuanto ambas exigencias debieron hacerse valer, con arreglo a los*

¹⁵⁶⁴ SAN 10-03-2014 (R° 285/2013).

parámetros de buena fe, exigidos por el artículo 51.2 ET, durante la propia negociación del período de consultas, para posibilitar que las empresas de grupo rectificaran o mantuvieran razonadamente su posición inicial»¹⁵⁶⁵.

Por tanto, «el hecho de que la comisión negociadora no estuviera conformada debidamente no comporta mecánicamente la nulidad del despido, porque es presupuesto para ello que se haya denunciado su composición desde el inicio del periodo de consultas, puesto que los negociadores del periodo de consultas están obligados a negociar de buena fe desde su inicio, de manera que si se entendió que la composición de la comisión negociadora no se ajustaba a derecho debió hacerlo valer de modo expreso, permitiendo a los demás negociadores rectificar a tiempo su yerro»¹⁵⁶⁶.

Por tanto, cuando no se procede de tal manera, es decir, cuando no se denuncia la incorrecta constitución de la comisión negociadora, no cabe alegarlo en la impugnación del despido colectivo sin vulnerar el deber de buena fe¹⁵⁶⁷.

3.3. Conclusiones y propuestas de *lege ferenda*

En síntesis, cabe concluir que, a mi entender, tal y como ya se ha hecho constar en líneas anteriores, la constitución de la comisión negociadora en los grupos patológicos de empresas debe constituirse en

¹⁵⁶⁵ SAN- 13-01-2014 (R° 154/2013).

¹⁵⁶⁶ SAN 18-11-2013 (R° 338/2013).

¹⁵⁶⁷ SSAN 18-11-2013 (R° 338/2013); 09-10-2013 (R° 176/2013) y 04-10-2013 (R° 176/2013).

base a una interpretación de las reglas estipuladas en el artículo 41.4 ET, relativas a la constitución de la comisión negociadora de los procedimientos de despido colectivo instados en empresas unitarias.

En virtud de tal exégesis interpretativa, lo relativo al «centro de trabajo» deberá interpretarse como «empresa» y las referencias a la «empresa» deberán ser entendidas en relación con el «grupo de empresas», pudiendo así conformarse una comisión negociadora que represente a todas aquellas sociedades que componen al grupo societario y que, en puridad, el control que la sociedad matriz ejerce sobre ellas hace que todo el consorcio se erija como una única empresa y, por ende, el empresario lo sea de todo el grupo societario, que deberá considerarse, a todos los efectos como una única empresa.

Ahora bien, en mi opinión, tal hermenéutica resulta completamente insuficiente para articular la negociación en el grupo de sociedades, puesto que si ya se erige como una opción problemática y controvertida cuando la misma debe constituirse en una empresa unitaria, tal cuestión se complica, y de qué manera, cuando debe formarse en un grupo de empresas, conformada por múltiples sociedades.

A mi entender, debería procederse a una reforma legislativa que contemplara o regulara la constitución de la comisión negociadora, ya no en el seno de un grupo de carácter patológico, sino en el de un grupo mercantil de carácter fisiológico, lo que pasaría por legitimar a tales entidades empresariales para poder llevar a cabo reestructuraciones empresariales.

A tal fin y, como propuesta de *lege ferenda*, considero que el legislador, una vez reconocida la legitimación a tales grupos para poder iniciar

procedimientos de despido colectivo, el legislador podría fijar las reglas de constitución de la comisión negociadora de acuerdo con las siguientes propuestas:

1. El legislador podría encontrar un referente en la Ley 10/1997 sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria.
2. Una segunda propuesta, a mi modo de entender, podría ser la siguiente:
 - a) Debería crearse un órgano representativo supremo, dentro del propio grupos de empresas, que sería el comité intergrupos o intergrupual, que estaría formado por los miembros de los diversos comités empresariales que estarían presentes en cada una de las sociedades.
 - b) A su vez, este comité empresarial estaría compuesto por los interlocutores sociales de los centros de trabajo que constituyen las diversas empresas del grupo, en proporción al número de trabajadores que representen.
 1. Asimismo, y para el supuesto en el que las empresas que constituyen el grupo de sociedades no contase con centros de trabajo, tal comité empresarial estaría formado únicamente por la representación de los trabajadores de las empresas, en proporción al número de trabajadores que representen.
 2. Para el supuesto en que algunas de las sociedades contasen con centros de trabajo y otras no, tal comité empresarial podría conformarse tanto por representantes de las empresas que no cuentan con centros de trabajo como por la representación de las empresas que si cuentan con centros y

con representantes en los mismos, debiendo conformarse tal comisión, en proporción al número de trabajadores que representen.

3. A mi entender, esta segunda opción también podría, siguiendo las reglas previstas en el artículo 41.4 ET, convertirse en una tercera opción, debiendo erigirse la comisión negociadora de acuerdo con las siguientes reglas:

a) Creación de del citado órgano representativo supremo, dentro del propio grupos de empresas, que sería el comité intergrupos o intergrupual, formado por los miembros de los diversos comités empresariales presentes en cada una de las sociedades.

b) Comité empresarial compuesto por los interlocutores sociales de los centros de trabajo que constituyen las diversas empresas del grupo, en proporción al número de trabajadores que representen. La determinación de los interlocutores sociales que constituirían la comisión empresarial se determinaría, de acuerdo con las pautas establecidas en el artículo 41.4 ET, del siguiente modo:

1. Si la empresa únicamente tuviese un centro de trabajo, la comisión empresarial estaría formada por el comité de empresa o los delegados de personal. Si en ese centro de trabajo no existiese representación legal de los trabajadores, estos podrían optar por atribuir su representación, a su elección, a una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por estos democráticamente o a una comisión de igual número de componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al

que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma.

2. Si la empresa estuviese formada por más de un centro de trabajo, la comisión empresarial estaría formada por:
 - a) El comité intercentros.
 - b) En otro caso, por una comisión representativa que se constituirá de acuerdo con las siguientes reglas:
 1. Si los centros de trabajo cuentan con representantes legales de los trabajadores, la comisión estará integrada por estos.
 2. Si alguno de los centros de trabajo cuenta con representantes legales de los trabajadores y los otros no, la comisión estará integrada únicamente por representantes legales de los trabajadores de los centros que cuenten con dichos representantes, salvo que los trabajadores de los centros que no cuenten con representantes legales opten por designar una comisión *ad hoc*, en cuyo caso la comisión representativa estará integrada conjuntamente por representantes legales de los trabajadores y por miembros de las comisiones previstas en dicho párrafo en proporcional al número de trabajadores que representen.
 3. En el supuesto de que uno o varios centros de trabajo no cuenten con representantes legales de los trabajadores opten por no designar la comisión *ad hoc*,

se asignará su representación a los representantes legales de los trabajadores de los centros de trabajo que cuenten con ellos, en proporción al número de trabajadores que representen.

4. Si ninguno de los centros de trabajo cuenta con representantes legales de los trabajadores, la comisión representativa estará integrada por quienes sean elegidos por y entre los miembros de las comisiones designadas en los centros de trabajo conforme a lo dispuesto en el punto primero en proporcional al número de trabajador es que representen.

En síntesis, independientemente de la solución que el legislador decidiese adoptar en relación con la comisión negociadora de las reestructuraciones colectivas en los grupos societarios de carácter mercantil, tal solución pasaría, en mi opinión, por adaptar, en primer lugar, la normativa vigente al sistema económico actual, ya sea a través del principio de analogía o bien mediante una reforma de la normativa actual en la que se haga constar, de forma literal y específica, que los grupos societarios tienen legitimación para poder acometer tales procedimientos.

4. LA COMUNICACIÓN DE INICIO DEL PERIODO DE CONSULTAS

Una vez realizada la previa comunicación de intenciones en los términos que ya han sido expuestos, el trámite que sigue es la comunicación de la apertura del periodo de consultas que se realizará mediante escrito dirigido por el empresario a los representantes legales de los trabajadores, una copia del cual, se hará llegar a la Autoridad laboral.

A esta comunicación deberá acompañarse, por un lado la memoria explicativa de las causas del despido, que según la causa alegada por la empresa para justificar dicha extinción de carácter colectivo, deberá tener uno u otro contenido y, por otro lado, y para el caso en que la decisión extintiva afecte a más de cincuenta trabajadores, deberá acompañarse un plan de recolocación externa.

Simultáneamente a la entrega de la comunicación a los representantes de los trabajadores, el empresario deberá solicitarles por escrito la emisión del informe a que se refieren tanto el artículo 64.5 a) y b) del ET.

Nótese que en lo que acaba de exponerse no aparece mención alguna sobre los grupos de empresa.

En mi opinión, otro de los extremos que debería hacerse constar en dicha comunicación inicial es si la empresa pertenece a un grupo de sociedades o, en su caso, si la empresa es, a todos los efectos, un grupo patológico o laboral de empresas; tal y como se ha hecho constar en la pseudocomunicación de intenciones.

Propuestas de *lege ferenda* aparte, lo que sí que hace constar el artículo 51 ET en su apartado octavo, es que las obligaciones de información y documentación previstas en el citado precepto deberán aplicarse con independencia de que la decisión relativa a los despidos colectivos haya sido tomada por el empresario o por la empresa que ejerce el control sobre él. Es más, añade el precepto que 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.

Dicho precepto es una reproducción de lo establecido en el artículo 2.4 de la Directiva 98/59/CEE con una adición, en el párrafo segundo, de la doctrina del TJUE (Sentencia Akavan Erityisalojen Keskusliitto AEK ry), que establece que *«incumbe siempre a la filial, como empresario, llevar a cabo consultas con los representantes de los trabajadores que puedan verse afectados por los despidos colectivos previstos y, en su caso, soportar ella misma las consecuencias del incumplimiento de la obligación de llevar a cabo consultas si no se le ha informado inmediata y correctamente de una decisión de su sociedad matriz que haga necesarios tales despidos»*.

Tal y como se desprende de su contenido, las directrices que allí se establecen son puramente enunciativas¹⁵⁶⁸ y no establecen obligación alguna en relación con la empresa dominante ni a ninguna de las otras sociedades conformantes del grupo. No obstante, algunas resoluciones¹⁵⁶⁹ consideran que dicho precepto debe interpretarse como

¹⁵⁶⁸ FALGUERA BARÓ, M.A.; “El despido objetivo y colectivo en los grupos de empresa. Particularidades, *ob. cit.*, p. 14.

¹⁵⁶⁹ *Vid.*, al respecto, SAN 25-02-2013 (R^o 324/2012).

una recomendación, como una advertencia a los grupos de sociedades en el que se exhorta a que cumplan con las obligaciones legalmente establecidas.

¿En quién está pensando el legislador al establecer tal precisión? Claramente en las empresas de grupo, sobre todo en aquellas en las que tal restructuración no debe imputarse a una decisión unilateral, sino a una orden o instrucción efectuada por la sociedad dominante o empresa matriz.

¿Y la finalidad o propósito? Que se efectúe un correcto cumplimiento de las obligaciones de información y documentación previstas para el procedimiento de despido colectivo.

La imposición de la decisión extintiva por parte de la empresa matriz o sociedad dominante es una posibilidad potencial cuando el dinamismo económico y empresarial se desenvuelve al amparo de un consorcio empresarial en el que existirá una dirección común o una subordinación económica a la empresa matriz por parte del resto de sociedades.

Ahora bien, tal circunstancia no determina que el grupo sea el empresario, ni que las reglas que legal y reglamentariamente se imponen al titular empresarial deban aplicarse al directivo o administrador del consorcio societario.

Las obligaciones contempladas en el artículo 51 ET deben imponerse al empresario titular de una sociedad individualmente considerada, puesto que el grupo mercantil no está legitimado para iniciar un procedimiento de despido colectivo.

Por tanto, la dirección común o la empresa matriz del grupo podrá decidir que se lleve a cabo una extinción de carácter colectivo en el

ámbito grupal, pudiendo afectar a una de ellas, a varias o a todas las empresas conformantes del grupo de sociedades, pero las obligaciones impuestas legal y reglamentariamente corresponderían a cada uno de los titulares de las sociedades que resulten afectadas, lo que producirá la concomitancia de una multiplicidad de procedimientos de extinción colectiva dentro de un mismo consorcio.

No obstante lo anterior, considero necesario remarcar la incoherencia entre lo realmente necesario y lo legalmente establecido, pues me parece del todo inconsistente que se puedan llevar a cabo una pluralidad de procedimientos de despido colectivo dentro de un mismo grupo de sociedades, en el que las condiciones acordadas entre representantes y empresarios puedan diferir sustancialmente mientras que las causas y condiciones que han inspirado la decisión han sido las mismas para todas las sociedades, además de ser tomadas por una sociedad dominante que no participa del periodo de consultas.

Por ello, tal y como establece la doctrina judicial, la negociación global del despido colectivo con la empresa dominante supondrá una buena práctica, cuya utilidad nos parece incuestionable, por cuanto se producirá entre los interlocutores reales, por lo que podrá efectuarse sin problema. No obstante, *«aunque concluya con acuerdo, no podrá eludir los períodos de consulta en cada una de las empresas del grupo mercantil, que contarán, de este modo, con instrumentos útiles para negociar la incidencia y la adecuación de las causas en cada una de las empresas del mismo»*¹⁵⁷⁰.

¹⁵⁷⁰ SAN 25-02-2013 (R° 324/2012).

5. LAS OBLIGACIONES DOCUMENTALES

Tal y como ha quedado acreditado a lo largo del presente trabajo, el período de consultas se refuerza como un verdadero periodo de negociación con la obligación de intentar llegar a un acuerdo, por lo que para la consecución de los fines previstos se ve reforzado por un amplio conjunto de obligaciones documentales y procedimentales.

Entrando ya a realizar un análisis de la documentación exigible en los despidos llevados a cabo por los grupos de empresas, hemos de indicar que, nuevamente, debe realizarse una distinción entre la documentación preceptiva entre las extinciones llevadas a cabo en los grupos fisiológicos y las acaecidas en los grupos patológicos.

5.1. Las obligaciones documentales en los grupos de sociedades fisiológicos

Al igual que el vigente RPDC, sus predecesores ya impusieron directrices documentales concretas en materia de extinciones de carácter colectivo a los grupos de sociedades, siempre que las causas sean estrictamente económicas.

De este modo, el Real Decreto 801/2011, de 10 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos vinieron a introducir, por vez primera, la exigencia de aportar la documentación relativa a las cuentas y el informe de gestión consolidados del grupo, cuando existiese obligación contable, al igual que el informe de gestión

de la sociedad dominante *«siempre que en el grupo existan empresas que realicen la misma actividad o pertenezcan al mismo sector de actividad y que existan saldos deudores o acreedores de la empresa solicitante con cualquier empresa del grupo»*. Si no existía obligación de realizar las cuentas de manera consolidada, debían aportarse las cuentas *«de las demás empresas del grupo debidamente auditadas, en el caso de empresas obligadas a realizar auditorías, siempre que dichas empresas tengan su domicilio social en España, tengan la misma actividad que la solicitante o pertenezcan al mismo sector de actividad y tengan saldos deudores o acreedores con la empresa solicitante»*.

El sucesor de dicho Reglamento, el RD 1483/2012 mantuvo las directrices expuestas en líneas anteriores, introduciendo únicamente algunos pequeños cambios, siendo el RDL 11/2013 el artífice de la modificación del artículo 4.5 RPDC al exigir, para el supuesto en el que se contempla la obligación de realizar cuentas consolidadas, que la empresa dominante tenga su domicilio en España.

Pero ¿qué alcance debe dársele al hecho de que el RPDC constriña a la sociedad dominante, en ciertos supuestos, a la aportación de determinada documentación?

Tal y como ya ha sido expuesto anteriormente, tal aportación nada tiene que ver con una posible determinación de responsabilidad grupal, sino que tal finalidad estriba en la necesidad de informar sobre la *«limpieza de las relaciones entre la empresa matriz y sus filiales, así como de la posible concurrencia de alguno de los elementos adicionales»*, puesto que *«Si la intención del legislador hubiese sido otra, en concreto la de establecer con carácter general la responsabilidad solidaria de las*

*empresas del grupo e incluso tan solo la de ampliar el ámbito a tener en cuenta en las extinciones por causas económicas [extendiéndolo a la totalidad del grupo o a la empresa matriz], esta importante consecuencia se habría establecido -razonablemente- con carácter expreso»*¹⁵⁷¹.

Conclusión que parece reforzarse por la jurisprudencia comunitaria dictada en interpretación del art. 2 de la Directiva 98/59, y que niega la cualidad de empresario a la empresa matriz en los grupos de empresa, aún para el caso de que la decisión extintiva fuese decidida por aquella [STJCE 10/Septiembre/2009, Asunto AEK y otros, apartados 57 y 58]¹⁵⁷².

Antes de proceder a detallar, de manera pormenorizada, la relación de documentos exigibles a los grupos de sociedades debemos señalar que, de la lectura de los artículos 4 y 5 RPDC, se desprende claramente que únicamente surgirán obligaciones específicas para los consorcios empresariales en el supuesto de que la extinción de carácter colectiva fundamente su razón de ser en causas económicas.

La razón de ser de esta diferenciación, a mi entender, estribaría en la necesidad de informar sobre los vínculos intrasocietarios que unen a las mercantiles que conforman el grupo societario, con la finalidad de informar acerca de la limpieza de las relaciones entre la empresa matriz y sus filiales, así como de la posible concurrencia de alguno de los elementos adicionales determinantes de la responsabilidad solidaria¹⁵⁷³.

¹⁵⁷¹ SSTS 27-05-2013 (R° 78/2012) y 19-02-2014 (R° 45/2013).

¹⁵⁷² STC 28-10-2013 (R° 228/2012); SSTS 27/05/2013 (R° 78/2012) y 20-05-2014 (R° 276/2013); SSTSJ Navarra 25-05-2015 (R° 140/2015) y 31-10-2013 (R°199/2013).

¹⁵⁷³ Las exigencias documentales relativas a las causas técnicas, organizativas o de producción no son tan exhaustivas como las previstas para las causas económicas.

Entrando ya a desglosar la relación de documentos exigibles a los grupos de sociedades en las extinciones colectivas por causas económicas debe indicarse, en primer lugar, que de una primera lectura del artículo 4.5 RPDC se desprende claramente la regulación de dicha obligación desde dos prismas distintos, separados en función de si el grupo de empresas está obligado a formular cuentas consolidadas o no.

5.1.1. Obligación de formular cuentas consolidadas en las empresas que formen parte de un grupo de sociedades mercantil

El artículo 4.5 RPDC establece, en su párrafo primero, que «Cuando la empresa que inicia el procedimiento forme parte de un grupo de empresas, con obligación de formular cuentas consolidadas cuya sociedad dominante tenga su domicilio en España, deberán acompañarse las cuentas anuales e informe de gestión consolidados de la sociedad dominante del grupo debidamente auditadas, en el caso de empresas obligadas a realizar auditorías, durante el periodo señalado en

En este sentido, el artículo 5 RPDC exige la aportación de una memoria explicativa de las causas y de la estrategia de informes técnicos que acredite los cambios acaecidos que justifican la extinción contractual.

Como puede observarse, el legislador ha optado por una regulación in extenso de las causas económicas, dejando prácticamente sin novedades significativas a las demás, más allá de copiar literalmente la definición para las mismas previstas en el artículo 51.2 ET.

Esta actuación reduce las garantías formales encaminadas a la realización efectiva de un periodo de consultas constructivo, pues podría dar lugar a que no se conociera el alcance real de cambios de naturaleza productiva, organizativa o técnica.

En consecuencia, se echa de menos que el legislador preste mayor atención a otras causas, lo cual se traduce materialmente en la existencia de un espectro de posibilidades excesivamente amplio y menos garantista, tal y como se ha constatado.

el apartado 2, siempre que existan saldos deudores o acreedores con la empresa que inicia el procedimiento».

La obligación de formular cuentas consolidadas, originaria de la normativa comunitaria¹⁵⁷⁴, encuentra su fundamentación legal¹⁵⁷⁵ en el artículo 42 del CCom y en el Real Decreto 1159/2010 de 17 de septiembre, por el que se aprueban las Normas para la Formulación de Cuentas Anuales Consolidadas y se modifica el Plan General de Contabilidad aprobado por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre y el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas aprobado por Real Decreto 1515/2007, de 16 de noviembre.

¹⁵⁷⁴ Debemos destacar que nuestra tendencia legislativa es coincidente con la del Derecho comunitario, expresada en los arts. 1.2º y 2 de la Directiva 7ª [13/Junio/1983] y en el art. 2 de la Directiva 94/45/CE, de 22/Septiembre/1994 [traspuesta a nuestro Derecho por referida Ley 10/1997, de 24/Abril] y para el que «1. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por: ... b) "grupo de empresas": un grupo que comprenda una empresa que ejerce el control y las empresas controladas»"

¹⁵⁷⁵ Asimismo también debemos hacer constar que, tal y como ha establecido la STS 27-05-2013 (Rº 78/2012), la empresa dominante puede ser concebida en relación con varios aspectos, entre ellos el contable, y así lo hace constar el propio tribunal al establecer que "Este es el concepto amplio que sigue el art. 42.1 CCo, al entender que una sociedad es «dominante» de otra [«dominada» o «filial»] cuando posee la mayoría de capital, la mayoría de votos o la mayoría de miembros del órgano de administración; concepto amplio que se desprendía también del art. 4 LMV [Ley 24/1988, de 24/Julio; en su redacción anterior a la Ley 47/2007, de 19/Diciembre], cuando disponía que «se considerarán pertenecientes a un mismo grupo las entidades que constituyan una unidad de decisión, porque cualquiera de ellas controle o pueda controlar, directa o indirectamente, las decisiones de las demás»; en la misma línea se encuentra el art. 2 RD 1343/1992 [6/Noviembre, de desarrollo de la Ley 13/1992, de 1/Junio, sobre entidades financieras], al preceptuar que para «determinar si existe una relación de control se atenderá a los criterios previstos en el artículo 4 de la Ley del Mercado de Valores»; en similar sentido-, aludiendo a la concreta «unidad de decisión» se refiere el art. 78 LCoop [Ley 27/1999, de 16/Julio]; en parecidos términos se manifestaba el art. 87 LSA [ya derogada por el RD Legislativo 1/2010], al normar que «se considerará sociedad dominante a la sociedad que, directa o indirectamente, disponga de la mayoría de los derechos de voto de otra sociedad o que, por cualesquiera otros medios, pueda ejercer una influencia dominante sobre su actuación»; más sencillamente, el actual art. 4 LMV [redacción proporcionada por la aludida Ley 47/2007], dispone que «[a] los efectos de esta Ley, se estará a la definición de grupo de sociedades establecida en el artículo 42 del Código de Comercio»; y en igual sentido se indica en el art. 19 del TR de la Ley de Sociedades de Capital [indicado RD Legislativo 1/2010, de 22/Diciembre], que «[a] los efectos de esta Ley, se considerará que existe grupo de sociedades cuando concorra alguno de los casos establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, y será sociedad dominante la que ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras».

Las cuentas anuales consolidadas constan de:

1. Balance de situación consolidado
2. Cuenta de pérdidas y ganancias consolidada
3. Estado de cambios en el patrimonio neto consolidado
4. Estado de flujos de efectivo consolidado
5. Memoria consolidada.

Dicha obligación resultará exigible para la empresa dominante de cualquier grupo de sociedades cuando se cumplan las condiciones previstas en el artículo 42.1 CCom.

La obligación de formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados no exime a las sociedades integrantes del grupo de formular sus propias cuentas anuales y el informe de gestión correspondiente.

En estos supuestos en los que exista obligación de consolidar las cuentas, deberá aportarse al procedimiento de despido colectivo, tal y como establece el artículo 4.5 RPDC, las cuentas anuales y el informe de gestión de la sociedad dominante (ambos auditados, si dicho requisito deviene exigible) de los dos últimos años, siempre que se cumplan estos requisitos:

1. Que la sociedad dominante tenga su domicilio en España¹⁵⁷⁶

¹⁵⁷⁶ *Vid.*, la STSJ Cataluña 13-12-2013 (R° 25/2013), que determina cuando debe considerarse que la sociedad matriz tiene su domicilio en España, a los efectos de la aplicación del contenido del artículo 4.5 RPDC, estableciendo que "*Sentado lo anterior, consideramos que en el caso de autos, PRIMEDALE PARTICIPATION S.A., ostenta la titularidad del 100% de las acciones de INSTITUTO GERIÁTRICO FÉNIX S.A., ostentaría la condición de sociedad dominante (según se desprende de las alegaciones de la recurrente) y teniendo nacionalidad luxemburguesa, no constando que tenga domicilio en España, no procede la aplicación del precepto que la recurrente invoca como infringido*".

2. Que existan saldos deudores o acreedores con la empresa que inicia el procedimiento¹⁵⁷⁷.

5.1.2. Innecesariedad de formular cuentas consolidadas

Cuando no exista obligación de presentar cuentas consolidadas, el párrafo segundo del artículo 4.5 RPCD, establece que deberá aportarse, además de la documentación económica de la empresa que inicia el procedimiento de despido colectivo¹⁵⁷⁸, las de las demás empresas del grupo debidamente auditadas, en el caso de empresas obligadas a realizar auditorías, siempre que:

1. Las empresas tengan su domicilio social en España
2. Tengan la misma actividad o que pertenezcan al mismo sector de actividad¹⁵⁷⁹

¹⁵⁷⁷ Vid., al respecto, la STSJ Castilla y León 23-07-2013 (R° 11/2013).

¹⁵⁷⁸ Es decir, la documentación establecida en el apartado 1 y 2 del artículo 4 RPCD y además, dependiendo del motivo económico alegado, la documentación establecida en el apartado 3 y/o 4, tanto respecto de la empresa que inicia el procedimiento como la de las demás sociedades del grupo.

¹⁵⁷⁹ Vid., al respecto, la STSJ Navarra 18-07-2013 (R° 292/2013), que viene a establecer: “A la vista de ello, y aún rechazando la existencia de un grupo de empresas a efectos laborales que permitiese la responsabilidad solidaria de ambas, sin embargo no puede negarse que Aunde Esteban SA pertenece al mismo sector de actividad que Asientos Esteban SL puesto que la primera se dedica a la prestación de servicios de dirección y gestión de la segunda y a la tenencia de valores de todas las empresas del Grupo Esteban. Y, habiéndolo apreciado así la Magistrada de instancia, no se incurrió en ninguna de las infracciones denunciadas en este motivo en cuanto la empresa solicitante del ERE no aportó las cuentas debidamente auditadas de Aunde Esteban SA(...)”.

Me parece a mí un despropósito que Aunde Esteban SA y Asientos Esteban SL se consideren agrupadas exclusivamente a efectos laborales en un ERE cuando mercantilmente se acredita que no tienen la misma actividad. Es decir cuando a mi entender ni si quisieran se cumplen los requisitos taxativos recogidos en el Art 6.4. del RD 801/2011 y Art. 4 RD1483/2012 de 29 de octubre, por muy extensivamente que se interpreten, y me parece que la exigencia de presentar las cuentas auditadas de Aunde Esteban SA no tiene ningún fundamento coherente ¿Para qué sirve? pues no puede haber sociedades agrupadas exclusivamente a efectos de ERES, cuando no están agrupadas de ningún modo a efectos laborales y mercantiles, y esta exigencia que desnaturaliza el ERE en sí mismo, y olvida que en el actual procedimiento el interés prioritario es tratar de salvar una empresa que se acredita que tiene graves problemas de

3. Tengan saldos deudores o acreedores con la empresa que inicia el procedimiento.

A los documentos que acaban de citarse, se anexará un Informe de Gestión consolidado y, en aquellos casos en los que sea oportuno, el Informe de Auditoría.

¿Cuándo no será obligatorio el cumplimiento de la obligación de formular cuentas consolidadas? El artículo 43 CCom., exceptúa del cumplimiento de las obligaciones referenciadas cuando se cumpla alguna de las siguientes situaciones:

1. Cuando se cumplan dos de las tres condiciones exigidas para la formulación de cuenta de pérdidas y ganancias abreviada.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 43.1.1ª CCom no será obligatoria la presentación de cuentas e informe de gestión consolidado *«cuando en la fecha de cierre del ejercicio de la sociedad obligada a consolidar el conjunto de las sociedades no sobrepase, en sus últimas cuentas anuales, dos de los límites señalados en el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, para la formulación de cuenta de pérdidas y ganancias abreviada»*.

Los límites a los que se refiere el citado artículo son los previstos en el artículo 258 TRLSC, y quedan así redactados:

- a) Que el total de las partidas de activo no supere los once millones cuatrocientos mil euros.

viabilidad, y no agrupar artificialmente lo que es jurídicamente distinto a efectos laborales y mercantiles, entorpeciendo los mecanismos de salvación de la empresa en crisis”

- b) Que el importe neto de su cifra anual de negocios no supere los veintidós millones ochocientos mil euros.
- c) Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a doscientos cincuenta.

Ahora bien, tal dispensa no será aplicable cuando *«alguna de las sociedades del grupo tenga la consideración de entidad de interés público según la definición establecida en el artículo 3.5 de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas»*, por lo que, en ese supuesto, aunque no lleguen a concurrir los tres requisitos exigidos para tal formulación, deberá llevarse a cabo la consolidación de las cuentas.

- 2. Cuando exista dependencia de la matriz española a otra empresa extranjera.

A este supuesto hace referencia el apartado segundo del artículo 431.2ª CCom., viniendo a establecer que no será necesario proceder a la consolidación de cuentas *«cuando la sociedad obligada a consolidar sometida a la legislación española sea al mismo tiempo dependiente de otra que se rija por dicha legislación o por la de otro Estado miembro de la Unión Europea, si esta última sociedad posee el 50 por ciento o más de las participaciones sociales de aquellas y, los accionistas o socios que posean, al menos, el 10 por ciento no hayan solicitado la formulación de cuentas consolidadas 6 meses antes del cierre del ejercicio»* y siendo necesario que se cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que la sociedad dispensada de formalizar la consolidación, así como todas las sociedades que debiera incluir en la consolidación, se consoliden en las cuentas de un grupo mayor, cuya sociedad

- dominante esté sometida a la legislación de un Estado miembro de la Unión Europea.
- b) Que la sociedad dispensada de formalizar la consolidación indique en sus cuentas la mención de estar exenta de la obligación de establecer las cuentas consolidadas, el grupo al que pertenece, la razón social y el domicilio de la sociedad dominante.
 - c) Que las cuentas consolidadas de la sociedad dominante, así como el informe de gestión y el informe de los auditores, se depositen en el Registro Mercantil, traducidos a alguna de las lenguas oficiales de la Comunidad Autónoma, donde tenga su domicilio la sociedad dispensada.
 - d) Que la sociedad dispensada de formalizar la consolidación no haya emitido valores admitidos a negociación en un mercado regulado de cualquier Estado miembro de la Unión Europea.
3. *Cuando la sociedad obligada a consolidar participe exclusivamente en sociedades dependientes que no posean un interés significativo, individual y en conjunto, para la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de las sociedades del grupo, tal y como establece el artículo 43.1. 3ª CCom.*
4. *De acuerdo con el artículo 43.1.4ª CCom., cuando todas las sociedades dependientes puedan excluirse de la consolidación por alguna de las causas siguientes:*
- a. En casos extremadamente raros en que la información necesaria para elaborar los estados financieros consolidados no puedan obtenerse por razones debidamente justificadas;
 - b. Que la tenencia de las acciones o participaciones de esta sociedad tenga exclusivamente por objetivo su cesión posterior; y

- c. Que restricciones severas y duraderas obstaculicen el ejercicio del control de la sociedad dominante sobre esta dependiente.
5. *Finalmente, el apartado segundo del artículo 43 CCo., establece que «Una sociedad no será incluida en la consolidación cuando concurra una de las circunstancias señalada en la indicación 4.ª anterior», es decir, a diferencia del apartado 4ª que habla del grupo de sociedades, este apartado segundo excluye la obligación de consolidar a toda sociedad en la que converja una de las tres causas que acaban de exponerse.*

Me gustaría hacer constar que la actual redacción del artículo 43 CCom., fue dada por el apartado cinco de la Disposición Final Primera de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, de aplicación a los estados financieros que se correspondan con los ejercicios que iniciaron a partir de 1 de enero de 2016. Con anterioridad a tal redacción, únicamente se preveía la excepción de formular cuentas consolidadas a los primeros tres supuestos expuestos, ampliándose, con la citada disposición, los supuestos en los que tal obligación resulta dispensable.

5.1.3. Síntesis en relación con la documentación preceptiva de los grupos de sociedades

Tal y como se desprende de la exposición que acaba de realizarse, las obligaciones documentales que deben cumplir los grupos de sociedades cuando el despido colectivo es instado por causas económicas son complejas y enrevesadas, con una redacción confusa e imprecisa que nos deja sin resolver múltiples interrogantes: ¿debe aportarse

documentación de sociedades que no operan en territorio comunitario? Pero, continuando con los múltiples interrogantes, ¿debe aportarse la documentación de aquellas sociedades cuya actividad varíe sustancialmente de la empresa que inicia la extinción colectiva? ¿qué empresa es la responsable de la aportación de dicha documentación?¹⁵⁸⁰ Todas estas cuestiones quedan a expensas pues, de que la jurisprudencia y doctrina judicial se pronuncien al respecto.

Ahora bien, tal y como ha podido comprobarse, no en todos los procedimientos de despido colectivo de sociedades que forman parte de un grupo societario debe aportarse la documentación anteriormente detallada.

De este modo, quedan exentos del cumplimiento de tal obligación los siguientes supuestos:

1. Los grupos de sociedades cuya sociedad dominante no posea domicilio español
2. En el supuesto de formulación de cuentas consolidadas, aquellos casos en los que no existan saldos deudores o acreedores con la empresa que inicia el procedimiento. En este supuesto posee tal condición la sociedad empleadora, aunque la ley no determina si la inexistencia de saldos deudores o acreedores hace referencia a la sociedad dominante española únicamente o a cualquier otra sociedad del grupo. Por parte de algún autor se mantiene que, por el contexto de dicha norma, parece lógico sostener esta segunda opción¹⁵⁸¹.

¹⁵⁸⁰MUÑOZ SÁNCHEZ, T., “La importancia de la doctrina judicial ante la pasividad del legislador: la construcción jurisprudencial del grupo de empresas a efectos laborales”, *ob. cit.*, p. 14.

¹⁵⁸¹FALGUERA BARÓ, M.A., “*El Despido Objetivo y Colectivo en los Grupos de Empresa. Particularidades*”, *ob. cit.*, p. 19.

3. Para el caso en que no sea exigible la obligación de formular cuentas consolidadas, cuando las empresas que conforman el grupo lleven a cabo actividades diferentes o pertenezcan a sectores distintos, o cuando no existan tampoco saldos acreedores y deudores.
4. Los supuestos de grupo de sociedades en el que no exista control por parte de ninguna sociedad; es decir, cuando no exista sociedad dominante¹⁵⁸².
5. Cualquier otra configuración societaria que no se erija como grupo de sociedades en los términos establecidos en el artículo 42 CCom.

Son diversos los supuestos en los que, aun existiendo obligaciones contables entre las sociedades que conforman el grupo, en virtud de lo dispuesto en la norma 13ª -Tercera Parte- de elaboración de las Cuentas Anuales del Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad, la norma 11ª del Real Decreto 1515/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas, así como los criterios contables específicos para microempresas, no se les constriñe por parte del RPDC al cumplimiento de obligaciones de carácter documental intrasocietaria ni a que aporten cuentas conjuntas.

¹⁵⁸² Este grupo de sociedades es denominado «grupo horizontal» y estas son las consideraciones que se desprenden de tal institución por parte del TSJ Navarra en Sentencia 31-10-2013 (Rº 199/2012) *«En el caso que tratamos, aparte de la obligación de aportación documental ya analizada en el tercer fundamento jurídico de esta sentencia, no consideremos acreditado que todas las sociedades conformen un grupo de empresas a efectos laborales que permita una única unidad de imputación en cuanto, resultando acreditada la coincidencia de socios y Consejo de Administración ello solo nos sitúa ante un grupo-horizontal o de coordinación-de base personal e incluso societaria, sin embargo, siendo un elemento definidos de la propia existencia del grupo de sociedades, por sí solo no determina la responsabilidad solidaria, para la que se requiere la concurrencia de otros datos»*.

Por tanto, los grupos societarios que puedan subsumirse en alguno de los supuestos que acaban de explicarse, estarán exentos de aportar la documentación citada, pues dicha aportación es irrelevante a los efectos de calificar el despido.

Ahora bien, esta consideración no resulta óbice para que la empresa pueda aportar, por propia voluntad, la documentación relativa al grupo de sociedades, entendiendo la doctrina judicial, que dicha manifestación es un claro indicio de buena fe negocial¹⁵⁸³.

5.1.4. Los efectos de la aportación (o no aportación) de las cuentas consolidadas del grupo

Las consecuencias que derivan de la no aportación de la documentación reglamentariamente establecida han sido valoradas por la doctrina judicial por la vía del artículo 124 LRJS.

Unánimemente han considerado que dicha reglamentación tiene como finalidad promocionar la transparencia del proceso ya que en ocasiones, la centralización de las decisiones a cargo de la empresa matriz o sociedad dominante sobre el resto de empresas sometidas a su control y dirección complican el examen de su situación económica y sitúan a los trabajadores afectados en una situación especialmente vulnerable¹⁵⁸⁴.

¹⁵⁸³ *Vid.*, al respecto, lo dispuesto en la SAN 11-03-2012 (R° 381/2012).

¹⁵⁸⁴ *Vid.*, al respecto, la SAN 04-06-2013 (R° 1/2013).

Por ello, consideran que si se incumple la obligación establecida en el artículo 4.5 RPDC, la calificación jurídica que merecería la extinción sería la de nulidad¹⁵⁸⁵.

Sin embargo, especialmente puntillosa es la jurisprudencia¹⁵⁸⁶, al insistir en la necesidad de valorar el elemento finalista de la no aportación de la documentación exigida legal y reglamentariamente¹⁵⁸⁷ con carácter general y no solo la exigida específicamente a los grupos de sociedades.

El Alto Tribunal, en relación con la documentación que les es exigible a los grupos de sociedades, ha establecido que la obligación de presentar cuentas consolidadas *«solamente se impone cuando una sociedad mercantil sea socia de otra y «dominante» de ella, en los términos que detallan los arts. 42 a 49 CCo y de los RD 1815/1991 y 1159/2010»*¹⁵⁸⁸.

¹⁵⁸⁵ Vid., al respecto, las SSTSJ Comunidad Valenciana 18-10-2012 (R° 15/2012) y Madrid 30-05-2012 (R° 17/2012).

Especial interés despierta la STSJ Cataluña 21-05-2013 (R° 9/2013), la cual explica la importancia de la aportación de la documentación reglamentariamente prevista y las consecuencias que deben derivar del incumplimiento de tal aportación pues considera que la no aportación de las mismas *«infringe el art 4.5 RD 1483/13, el art 51.1 ET, y lo que es más importante, los derechos de consulta e información y, con ello el derecho a la negociación colectiva de los representantes de los trabajadores, a quienes se priva de una imagen fiel de la situación económica del grupo, impidiéndose así de forma esencial una negociación colectiva encaminada a evitar o reducir los efectos del despido, lo que conlleva la nulidad del despido»*, llegando a la conclusión de que, *«En definitiva la necesidad de aportar las cuentas consolidadas no es una exigencia meramente "formal", sino que afecta de lleno al derecho de información y consulta y, por tanto, a la negociación colectiva, que forma parte de la libertad sindical; puesto que los representantes de los trabajadores han de contar con la información pertinente para formular propuestas constructivas y la situación del grupo es, obviamente, pertinente y distinta a la situación de una de las empresas que lo integran, por cuanto que el ámbito de la causa económico en caso de grupo mercantil, conforme al art 4.5 RD 1483/112, es el ámbito del grupo, de lo contrario carecería de sentido la obligación de aportar las cuentas consolidadas del grupo»*.

¹⁵⁸⁶ Vid., al respecto, SSTJ 28-01-2014 (R° 46/2013) y 19-11-2013 (R° 78/2013).

¹⁵⁸⁷ FALGUERA BARÓ M.A., "El despido objetivo y colectivo en los grupos de empresa. Particularidades", *ob. cit.*, p. 22.

¹⁵⁸⁸ STS 27-05-2013 (R° 78/2012).

Asimismo, en relación con el alcance de dicha obligación, la jurisprudencia ha venido precisando la magnitud de dicho aspecto, estableciendo que para el Alto Tribunal tal dato *«no altera nuestros precedentes criterios sobre la responsabilidad del grupo, y su más que probable finalidad es meramente informativa acerca de la «limpieza» de relaciones entre la empresa matriz y sus filiales, así como de la posible concurrencia de alguno de los elementos adicionales -determinantes de responsabilidad solidaria»* conclusión que, según considera, *«parece reforzarse por la jurisprudencia comunitaria dictada en interpretación del art. 2 de la Directiva 98/59, y que niega la cualidad de empresario a la empresa matriz en los grupos de empresa, aún para el caso de que la decisión extintiva fuese decidida por aquella [STJCE 10/Septiembre/2009, Asunto AEK y otros, apartados 57 y 58]»*.

Tal y como anteriormente se ha indicado, el Alto Tribunal insiste en la necesidad de valorar el elemento finalista de la no aportación de la documentación legal y reglamentariamente exigida por lo que, en relación con las consecuencias derivadas de dicha inobservancia, considera que no todo incumplimiento de las previsiones contenidas en aquel precepto puede alcanzar la consecuencia de nulidad que se pueda desprender del artículo 124 LRJS, *«sino tan solo aquella que sea trascendente a los efectos de una negociación adecuadamente informada»*, considerando que *«la enumeración de documentos que hace la norma reglamentaria no tiene valor «ad solemnitatem», y no toda ausencia documental por fuerza ha de llevar a la referida declaración de nulidad, sino que de tan drástica consecuencia han de excluirse –razonablemente– aquellos documentos que se revelen «intrascendentes» a los efectos que la norma persigue [proporcionar información que*

consienta una adecuada negociación en orden a la consecución de un posible acuerdo sobre los despidos y/o medidas paliativas: art. 51.2 ET)»¹⁵⁸⁹.

Asimismo, se ha indicado por la citada corte, que si las cuentas del año inmediatamente anterior o las propias del año en curso no están auditadas (no habiendo transcurrido el plazo legalmente exigido) y tal obligación deviene exigible, la no aportación de las mismas no afecta a la calificación del despido, al igual que tampoco lo hace el que parte de ellas estén en un idioma extranjero¹⁵⁹⁰.

Con todo, la obligación documental reflejada en el artículo 4.5 RPDC se circunscribe únicamente a los procedimientos de despido colectivo motivados por causas económicas no siendo, por tanto, un requisito de información¹⁵⁹¹ contemplado para las extinciones colectivas promovidas por causas técnicas, organizativas, de producción o por fuerza mayor¹⁵⁹².

¹⁵⁸⁹ STS 20-11-2014 (R° 114/2014).

¹⁵⁹⁰ SAN 18-07-2013 (R° 180/2013).

¹⁵⁹¹ FALGUERA BARÓ M.A., “El despido objetivo y colectivo en los grupos de empresa. Particularidades”, *ob. cit.*, p. 23.

¹⁵⁹² Así lo establece claramente la STSJ Cantabria 16-07-2013 (R° 359/2013) al considerar que “*el referido precepto -al igual que el actual art. 4 del RD 1483/2012, de 29 de octubre -, exigía la aportación de las cuentas anuales de los dos últimos ejercicios económicos completos, integradas por el balance de situación; cuentas de pérdidas y ganancias; estado de cambios en el patrimonio neto; estado de flujos de efectivos y memoria del ejercicio e informe de gestión, que debían estar auditadas, en el supuesto de empresas obligadas a realizar auditorías. Además, era necesario aportar las cuentas provisionales a la fecha de presentación de la solicitud del expediente, firmadas por los administradores o representantes de la empresa solicitante (art. 6.2 RD 801/11, en relación con el art. 2.3 OEES 487/12). Para el caso de que la empresa solicitante, formase parte de un grupo empresarial con obligación de formular cuentas consolidadas, era necesario que se acompañasen las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados de la sociedad dominante del grupo, debidamente auditadas, en el caso de empresas obligadas a realizar auditorías, de los dos últimos ejercicios completos, siempre que en el grupo existan empresas que pertenezcan al mismo sector de actividad y existan saldos deudores o acreedores con la empresa solicitante (art. 6.4 RD 801/11, en relación con el art. 2.3 Orden ESS 487/12).*”

Por tanto, la alegación de una causa económica exige la aportación de los documentos contables que, al tiempo de las extinciones, regulaba el art. 6 del RD 801/2011. No obstante, si la causa era organizativa, la documental que se debía aportar, no eran las cuentas anuales y

Igualmente, y aunque pueda parecer reiterativo, debemos recordar que todas las consideraciones llevadas a cabo en relación con el artículo 4.5 RPDC son obligatoriamente aplicables, únicamente, a los grupos de sociedades fisiológicos o mercantiles, y no a los patológicos o laborales, pues en dichos supuestos nos encontramos en presencia de una empresa única y, por tanto, el deber de información ha de ser global entre todas las sociedades que conforman dicho grupo¹⁵⁹³.

5.1.5. Los requerimientos de información adicional por los representantes de los trabajadores en el periodo de consultas

El deber de información y transmisión de la documentación forma parte del deber de buena fe inspirador de las negociaciones dimanantes del periodo de consultas, tal y como se infiere del artículo 51.2 ET¹⁵⁹⁴; por lo que los representantes de los trabajadores podrán solicitar del

demás documental contable, sino los informes técnicos que exigía el art. 7 del RD 801/2011. Como quiera que en el presente caso, la causa alegada era de naturaleza organizativa, no cabe entender que concurra el defecto formal que se denuncia en el escrito de recurso de los trabajadores, habida cuenta que no era necesario que la empresa aportara la documentación a la que alude el art. 6 del RD 801/2011, sino la prevista en el artículo 7 de la misma norma”.

¹⁵⁹³ Vid., al respecto, la STSJ Madrid 11-06-2012 (R° 22/2012), la cual establece que en «lo relativo a la aportación de documentación no es preciso que en el grupo concurren las circunstancias o elementos que han llevado a la jurisprudencia social a considerar unidad de empresa y aplicar responsabilidad solidaria a todas las empresas integrantes. Todo grupo de empresas a efectos mercantiles deberá cumplir la obligación de aportación documental y para la acreditación de la concurrencia de la causa económica se podrán tener en cuenta los datos económicos aportados en relación con las circunstancias concurrentes sobre la conexión entre las empresas, muy especialmente los datos que la jurisprudencia considera decisivos a efectos de extender la responsabilidad a todos los miembros del grupo».

¹⁵⁹⁴ STSJ Madrid 22-06-2012 (R° 19/2012).

empresario toda aquella documentación que les permita tener un conocimiento cabal de la situación de la empresa.

Si bien es cierto que el artículo 51 ET y los artículos 3, 4 y 5 RPDC detallan la documentación que debe aportarse según la causa esgrimida por la empresa para proceder a la extinción colectiva, entendiendo que esta será conveniente y adecuada para que los trabajadores puedan conocer la situación de la empresa y valorar la concurrencia o no de la causa alegada, habrá supuestos en los que dicha información no sea suficiente.

Imaginémonos los siguientes escenarios:

1. Empresa matriz de un grupo de sociedades fisiológico que inicia un procedimiento de despido colectivo por causas económicas y que aporta la documentación establecida en el artículo 4.5 RPDC, pero que los representantes de los trabajadores consideran insuficiente para valorar las causas alegadas.
2. Empresa que inicia una extinción colectiva y que forma parte de un conglomerado empresarial que está exento de aportar la documentación prevista en el artículo 4.5 RPDC pero en la que los representantes de los trabajadores consideran que la aportación de la mentada documentación resulta imprescindible (pensemos en supuestos de fraude de ley, situaciones de crisis derivadas de una inadecuada actuación del grupo, etc.).

El Alto Tribunal no ha resuelto esta cuestión de manera directa. De sus resoluciones parece desprenderse que dicha aportación resulta pertinente en aquellos casos en los que el grupo de empresas tenga carácter patológico.

A mi parecer, tal postura resulta insostenible puesto que habrá ocasiones en las que los representantes de los trabajadores querrán conocer los datos de la sociedad matriz o de cualquier otra de las empresas que conforman el grupo, con independencia de su carácter patológico o fisiológico, a los efectos de poder entender comportamientos y prácticas derivados de las relaciones intrasocietarias.

Ahora bien, en el supuesto de que la empresa se niegue a aportar esa documentación extra solicitada por parte de los representantes de los trabajadores, ¿podrá sancionarse tal inobservancia? De ser sancionable tal conducta, ¿afectará a la calificación del despido?

Si atendemos a la jurisprudencia que «limita» tal aportación a los supuestos de grupos patológicos de empresa, la inobservancia de tal petición podría determinar la concurrencia de mala fe y viciar el periodo de consultas legalmente establecido¹⁵⁹⁵. Pero para que puedan apreciarse tales circunstancias, deberá determinarse en la resolución que resuelva el litigio que tales documentos tenían una repercusión significativa en las negociaciones llevadas a cabo en el procedimiento extintivo.

Es más, algunas resoluciones han considerado que la pasividad de los representantes de los trabajadores en relación con dicha información complementaria durante el periodo de consultas imposibilita que se

¹⁵⁹⁵ Vid., al respecto, la STS 18-02-2014 (R^o 42/2013), que viene a establecer que «*la falta de entrega a los representantes de los trabajadores en el periodo de consultas de la contabilidad real de las empresas integrantes del indiscutido grupo a los efectos laborales (...) impidió una verdadera negociación durante las referidas consultas y comporta el incumplimiento de la exigencia legal de que "Durante el periodo de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo"*» declarando la nulidad de la extinción colectiva en base al artículo 124.9.3 LRJS.

invoque como vicio de nulidad¹⁵⁹⁶ de la decisión empresarial de despido colectivo.

Ahora bien, en mi opinión y, a diferencia de lo que sostiene el Alto Tribunal, la inobservancia de las peticiones ejercitadas por parte de los representantes de los trabajadores en el supuesto de los grupos patológicos de empresa no determinaría la nulidad de la extinción colectiva por concurrencia de mala fe, sino por falta de aportación de la preceptiva documentación exigida legal y reglamentariamente, necesaria para argumentar y fundamentar el despido colectivo, lo que resulta un incumplimiento flagrante del procedimiento establecido¹⁵⁹⁷, con la consecuente nulidad de la extinción colectiva.

Tal consecuencia, a mi entender, no podría predicarse para el supuesto en que dicha falta de aportación tuviese lugar en otro contexto que no fuese el anterior pues, si bien es obligado entregar todos y cada uno de los documentos precisados legal y reglamentariamente, cumpliendo estrictamente los requisitos formales a tal efecto exigidos (al margen de que la contraparte los reclame o no), no hay que perder de vista que ello se requiere para garantizar el conocimiento cabal y suficiente por parte de los representantes de los trabajadores, que les permita aquilatar la situación de la empresa y ponderar la propuesta empresarial, entendiendo la doctrina judicial que, aún siendo reprochable que la empresa no respete total y absolutamente los requisitos formales, si a pesar de ello se cumple la finalidad con ellos pretendida, el reproche ha

¹⁵⁹⁶ *Vid.*, al respecto las STS 29-12-2014 (R^o 83/2014) y SAN 15-04-2015 (R^o 180/2013).

¹⁵⁹⁷ STSJ Madrid 22-06-2012 (R^o 19/2012).

de tener mucho menor peso a la hora de valorar la posible nulidad del despido por dicha causa¹⁵⁹⁸.

Por ello, si la nulidad «difícilmente» se predica para la inobservancia de los requisitos legal y reglamentariamente establecidos, aún más complicado será que los Tribunales dictaminen la nulidad del despido colectivo por la falta de aportación de una información a la que legalmente la empresa no está obligada.

Ahora bien, si dicha omisión ha impedido a los representantes de los trabajadores tener conocimiento cabal de la situación de la empresa y les ha impedido negociar adecuadamente la razonabilidad de las medidas propuestas; en este caso, tal inobservancia sí que debería acarrear la nulidad de la medida empresarial. Pero para ello, los representantes de los trabajadores han de tener una actitud activa durante el periodo de consultas, manifestando los requerimientos a la empresa pertinentes¹⁵⁹⁹ sobre la falta de aportación de aquella documentación que ellos consideren relevante, pues de lo contrario se considerarán suficientemente informados¹⁶⁰⁰.

5.2. Las obligaciones documentales en los grupos de empresas patológicos

En relación con la documentación que debe aportarse en el caso de los grupos de empresa patológicos, la doctrina judicial¹⁶⁰¹ ha sido clara:

¹⁵⁹⁸ SAN 15-04-2015 (Rº 180/2013).

¹⁵⁹⁹ Aquí las actas de las sesiones serán determinantes para probar si verdaderamente había una conducta activa por parte de los representantes de los trabajadores.

¹⁶⁰⁰ STS 29-12-2014 (Rº 83/2014).

¹⁶⁰¹ *Vid.*, al respecto, la STSJ Madrid 30-05-2012 (Rº 17/2012).

puesto que en tales supuestos nos encontramos ante una única empresa, lógicamente se deberá entregar la documentación de todas las empresas componentes del falso grupo empresarial, siendo la nulidad la consecuencia jurídica de tal incumplimiento¹⁶⁰².

Ahora bien, la jurisprudencia¹⁶⁰³ no es tan contundente en sus conclusiones, sino que considera que no todo incumplimiento de las previsiones contenidas en el artículo 4 RPDC puede alcanzar la consecuencia de nulidad que se pueda desprender del artículo 124 LRJS, sino tan solo aquella que sea trascendente a los efectos de una negociación adecuadamente informada. A este respecto, entiende que *«La enumeración de documentos que hace la norma reglamentaria no tiene valor “ad solemnitatem”, y no toda ausencia documental por fuerza ha de llevar a la referida declaración de nulidad, sino que de tan drástica consecuencia han de excluirse –razonablemente– aquellos documentos que se revelen “intrascendentes” a los efectos que la norma persigue (proporcionar información que consienta una adecuada negociación en orden a la consecución de un posible acuerdo sobre despidos y/o medidas paliativas: artículo 51.2 ET)»*.

En los supuestos de grupo patológico no reconocidos por la empresa durante el periodo de consultas, la falta de aportación de la información relativa a las empresas del grupo, tiene como consecuencia habitual la nulidad de la extinción colectiva¹⁶⁰⁴ siendo incluso suficiente que la

¹⁶⁰² Entre otras, STS 20-03-2013 (R° 81/2012) y SSTSJ Madrid 29-01-2014 (R° 1652/2013) y 01-07-2013 (R°1202/2013); Asturias 07-06-2013 (R° 21/2012);Andalucía 20-03-2013 (R° 310/2013);Comunidad Valenciana 28-12-2012 (R°11/2012); Aragón 18-12-2012 (R° 526/2012).
¹⁶⁰³ STS 27-05-2013 (R° 78/2012).

¹⁶⁰⁴ *Vid.*, al respecto, STSJ Andalucía 29-11-2012 (R° 8/2012) y STSJ Asturias 5-07-2013 (R° 32/2013).

documentación no entregada se refiera a una empresa del grupo¹⁶⁰⁵, siempre y cuando la misma fuera relevante.

Sin embargo, alguna sentencia¹⁶⁰⁶ aislada ha apreciado que la existencia de un grupo patológico de empresas no determina la nulidad de la decisión empresarial, sino que tal proceso extintivo debería declararse no ajustado a derecho, viniendo a considerar el órgano jurisdiccional que *«la calificación adecuada del despido colectivo acordado por dichas empleadoras no puede ser la de ajustada a Derecho porque ello sería permitir un fraude de ley proscrito en el artículo 6.4 del Código Civil. El problema subsiguiente es la calificación del despido colectivo acordado en esas circunstancias -si nulo o si no ajustado a Derecho-, y, siendo la norma tratada de eludir la declaración de no ajustada a Derecho, tal es la calificación correcta»*.

¹⁶⁰⁵ STSJ Cataluña 21-05-2013 (R° 9/2013).

¹⁶⁰⁶ STSJ Galicia 13-12-2012 (R° 34/2012).

CAPÍTULO IV

LAS PECULIARIDADES DEL PROCESO NEGOCIADOR

1. EL PERIODO DE CONSULTAS

Tal y como se hizo constar en apartado correspondiente a los despidos colectivos llevados a cabo en empresas unitarias, el periodo de consultas se configura como la piedra angular en la regulación del despido colectivo, al constituirse como manifestación de la negociación colectiva y al presentar unas finalidades concretas, tales como el examen de la concurrencia de las causas alegadas por la empresa y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para paliar sus consecuencias.

Es el artículo 51 ET el que, a lo largo de sus once apartados, se encarga de esbozar el esqueleto del procedimiento que debe seguirse para acometer una extinción de carácter colectivo, estableciendo en su apartado segundo que *«El despido colectivo deberá ir precedido de un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores»*, con las singularidades que seguidamente se expondrán en relación con los grupos de sociedades.

La Directiva 1998/59/CE, de 20 de julio, inspiradora de nuestra regulación actual del procedimiento de despido colectivo utiliza el término “empresario” sin distinguir, de modo alguno, las empresas tradicionales de las empresas complejas, lo que parece no preocupar al legislador comunitario, por cuanto el art. 1 de la Directiva, referido a definiciones y a su ámbito de aplicación, no precisa el concepto de

empresario, a diferencia del concepto de representantes de los trabajadores¹⁶⁰⁷.

Sin embargo, el art. 2.4 de la Directiva 1999/58/CE dispone que las obligaciones de información y consulta, previstas en el art. 2, se aplicarán con independencia de que la decisión relativa a los despidos colectivos se disponga por el empresario o por una empresa que ejerza control sobre él, de lo que se deduce que la empresa matriz no forma parte del periodo de consultas, pues su papel es el propio de un tercero «ajeno» al procedimiento, cuyas decisiones no exoneran al empresario de cumplir con las obligaciones de información y consulta con los representantes de los trabajadores, sin imponer ninguna obligación a la empresa dominante, la cual, no está obligada, por tanto, a participar en el período de consultas. El artículo 51 ET, en relación con la Directiva 1998/59/CE, únicamente se refiere a los grupos de sociedades en el apartado 8, donde viene a establecer que las obligaciones de información y documentación previstas en el citado 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 control sobre él, subrayando, a continuación, que 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

¹⁶⁰⁷ Por supuesto, en todo grupo jerarquizado, las decisiones de reestructuración de plantilla que se desarrollan en alguna de las unidades que lo componen vendrán condicionadas, en forma más o menos intensa, por las que se adopten en la sociedad dominante. Pero, de acuerdo con los tribunales, esto es una consecuencia normal de la dirección unitaria. En consecuencia, siendo esta aisladamente considerada un elemento natural del grupo de sociedades, se trata de un dato completamente irrelevante. Con base a la jurisprudencia comunitaria, se rechaza «la cualidad de empresario a la empresa matriz en los grupos de empresa, aun para el caso de que la decisión extintiva fuese decidida por aquella» [STS 19-12-2013 (R° 37/2013)].

consideración al efecto. Queda claro, por tanto, que la sociedad dominante, aunque haya tomado la decisión de proceder a una reestructuración colectiva, debido a que controla a las demás empresas del grupo, es un tercero sin obligación de participar en el período de consultas. Es más, la sociedad dominante no está obligada, siquiera, a aportar la documentación legal y reglamentariamente exigida, pues la norma comunitaria y el artículo 51.8 ET trasladan la responsabilidad al empresario, ejecutor de la medida extintiva, quien no puede rehuir las obligaciones informativas y de documentación, aunque no hayan sido facilitadas por la sociedad matriz o empresa dominante.

El RPDC sigue la misma línea, pues delega en la sociedad que acomete los despidos colectivos la obligación de aportar las cuentas anuales e informe de gestión consolidados de la sociedad dominante del grupo debidamente auditadas, en el caso de empresas obligadas a realizar auditorías, durante el periodo legal y reglamentariamente estipulado, siempre que existan saldos deudores o acreedores con la empresa que inicia el procedimiento o, si no existiera obligación de formular cuentas consolidadas, además de la documentación económica de la empresa que inicia el procedimiento de extinción colectiva, deberán acompañarse las de las demás empresas del grupo debidamente auditadas, en el caso de empresas obligadas a realizar auditorías, siempre que dichas empresas tengan su domicilio social en España, tengan la misma actividad o pertenezcan al mismo sector de actividad y tengan saldos deudores o acreedores con la empresa que inicia el procedimiento.

Las citadas obligaciones, referidas siempre a las sociedades ejecutantes de la medida, nos permite colegir que ni la sociedad matriz ni el resto de sociedades que conforman el grupo forman parte del procedimiento de

consultas pues las exigencias legales se requieren a la empresa ejecutante de la medida extintiva al ser el único interlocutor de los representantes legales de los trabajadores.

Ante tal problemática, la doctrina científica y judicial han sido las encargadas de aportar luz a esta nebulosa coyuntura pasando la solución, nuevamente, por la necesidad de establecer una distinción entre los grupos de sociedades fisiológicos y los grupos de empresas patológicos.

1.1. El periodo de consultas en los grupos fisiológicos

Del marco normativo anteriormente expuesto se desprende que en las reestructuraciones empresariales llevadas a cabo en los grupos de sociedades será necesario celebrar periodos de consultas, de carácter individual, en las diferentes sociedades que conforman dicho grupo mercantil o fisiológico, por mucho que el proyecto de reestructuración proceda de la sociedad matriz y el ámbito de afectación subjetivo sea generalizado¹⁶⁰⁸.

Por tanto, desde la óptica procedimental, en tales supuestos el proceso de despido colectivo deberá tramitarse empresa por empresa aunque la decisión extintiva se haya acordado por la sociedad matriz o empresa dominante¹⁶⁰⁹.

¹⁶⁰⁸ BAZ RODRIGUEZ, J., “El despido colectivo en las empresas de grupo. Viejos y nuevos problemas, tras el cambio normativo (2012-2014)”, *ob. cit.*, p. 21.

¹⁶⁰⁹ *Vid.*, al respecto, la SAN 25-02-2013 (R° 324/2012), en la que se mantiene que “*nuestra legislación actual –comunitaria y nacional- no contempla la participación del grupo mercantil en el periodo de consultas del despido colectivo, ni siquiera cuando la medida afecta*

Así se ha venido estableciendo, tanto por la doctrina judicial¹⁶¹⁰ como por la jurisprudencia¹⁶¹¹; si bien es cierto que se ha aconsejado por parte de la propia doctrina judicial la negociación global del despido, por considerarse una «buena práctica» pero, aunque dicha negociación global finalice con acuerdo, deberán llevarse a cabo tantos periodos de consultas como sociedades afectadas por las extinciones colectivas hayan¹⁶¹².

Según la Audiencia Nacional, el criterio es claro pues *«lo que determina el ámbito de negociación y, por ello, el ámbito de representación de los trabajadores, es el ámbito de afectación del despido colectivo propuesto, debiendo formarse la comisión negociadora a partir de los representantes legales o sindicales de los trabajadores de los centros afectados, pero ello no permite superar el ámbito de la empresa, dado que la referencia contenida en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores es siempre la empresa, sin mención alguna a los grupos de empresa»*. En consecuencia, *«el ámbito de negociación del periodo de consultas del despido colectivo no puede superar la empresa y extenderse al grupo de sociedades, lo que significa que solamente cuando exista un grupo de empresas laboral, que tiene la consideración de único empresario a*

globalmente a las empresas que lo componen y la decisión ha sido tomada por la empresa dominante para todas ellas».

¹⁶¹⁰ SSAN 10-03-2014 (Rº 285/2013); 15-07-2013 (Rº200/2013) y 12-06-2013 (Rº 143/2013).

¹⁶¹¹ SSTS 25-06-2014 (Rº 165/2013); 26-03-2014 (Rº 158/2013) y 18-03-2014 (Rº 114/2013).

¹⁶¹² Aconseja sabiamente la doctrina judicial, en suma, recurrir a procedimientos de negociación «articulada» de los procesos de reorganización en los grupos «mercantiles», plenamente consciente de que la canalización de los problemas de tutela de los intereses laborales en los mismos pasa por la optimización de los instrumentos de defensa colectiva de intereses: y es que la actuación colectiva constituye, a nuestro modesto entender, la auténtica pieza basilar para la consecución de adecuados equilibrios entre los intereses de las empresas estructuralmente complejas y los de sus trabajadores asalariados.

efectos laborales, será este grupo el ámbito de la negociación y no cada una de las sociedades o entes que lo componen»¹⁶¹³.

A mi entender, la obligada tramitación plural de despidos colectivos promovidos por la sociedad matriz mediante periodos de consultas paralelos es totalmente insatisfactoria pues, para que el periodo de consultas pueda ver cumplida su finalidad debería ser la sociedad matriz y no las empresas dominadas el verdadero interlocutor del periodo de consultas.

Debe tenerse en cuenta que la empresa dominante no solo ejerce el poder de decisión, quedando el resto de sociedades conformantes del grupo sujetas al cumplimiento de dichas determinaciones, sino que es con dicha sociedad con la que el resto de empresas proceden a la consolidación de cuentas, cuentas que estarán completamente determinadas por la voluntad de la empresa matriz al ser ella la que ostenta el control, dominio y poder de decisión sobre el resto de filiales.

Qué duda cabe que la sociedad matriz debería ser el interlocutor natural del periodo de consultas, pues con ello se evitarían negociaciones alternativas y delusorias y se conseguiría un procedimiento único y equitativo del que se desprendería un resultado ecuánime y homogéneo para todos los trabajadores afectados por el procedimiento extintivo.

En el mismo sentido se pronunció la Audiencia Nacional, que expuso su descontento con la falta de previsión normativa y su consiguiente tramitación plural de las extinciones colectivas llevadas a cabo en los grupos de sociedades fisiológicas, argumentando que dicha tramitación atenta contra la finalidad principal del periodo de consultas y deniega el

¹⁶¹³ SAN 12-06-2014 (R° 79/2014).

acceso a las negociaciones al verdadero promotor de las extinciones acaecidas, lo que ocasiona la repetición de periodos de consultas, totalmente innecesarios en el resto de filiales afectas por el procedimiento extintivo¹⁶¹⁴.

Varias son las ventajas aducidas por la doctrina judicial al reseñar la importancia de tramitar, de manera conjunta, el procedimiento de despido colectivo en los grupos de sociedades cual es, por ejemplo, el fortalecimiento de la postura de los representantes de los trabajadores durante las negociaciones.

Además, una tramitación conjunta y armonizada del procedimiento de consultas resulta mucho más garantista para los trabajadores al producirse un claro incremento de la información de que disponen, pues se examinan las cuentas de cada una de las sociedades y no solo de aquellas empresas que, en virtud del artículo 4.5 RPDC y en el supuesto de no estar obligadas a formular cuentas consolidadas, posean domicilio social en España, pertenezcan al mismo sector de actividad y posean saldos deudores o acreedores con la sociedad que inicia el procedimiento. Asimismo de tal tramitación se desprendería un resultado común y homogéneo, que afectaría de manera uniforme a todos los trabajadores incluidos en la decisión extintiva cuando la causa aducida para instar el procedimiento de despido afectase al grupo en su conjunto, lo que rehuiría la celebración paralela de diversos periodos de consultas y de soluciones heterogéneas y desiguales¹⁶¹⁵.

¹⁶¹⁴ Vid., al respecto, la SAN 25-02-2013 (R° 324/2012).

¹⁶¹⁵ Así lo establece la AN en SAN 28-09-2012 (R°152/2012), confirmada por la STS 18-02-2014 (R° 96/2013), al disponer que cabe interpretar el silencio normativo como *“la apuesta por un proceso único con resultado homogéneo para la totalidad de los trabajadores afectados por la decisión extintiva empresarial y que, por tanto, no quede al albur del específico desarrollo*

Otro de los motivos por los que la doctrina judicial apunta la necesidad de un periodo de consultas común o general a todo el grupo de sociedades radica en el propósito pretendido por la extinción colectiva, de modo que si la intención empresarial era la de extinguir todos los contratos mediante un procedimiento de despido colectivo resulta una mayor garantía de defensa para los intereses de los trabajadores que dicho procedimiento se tramite de forma conjunta a través de un único periodo negociador y ello porque *«si se ha probado que las empresas, partícipes en el grupo de empresa, han extinguido la totalidad de sus contratos de trabajo, procediendo, a continuación, al cierre de sus instalaciones, aunque permanezcan algunos trabajadores hasta que se cierren definitivamente los flecos pendientes, por cuanto dicha circunstancia justifica sobradamente que el período de consultas, en empresas obligadas legalmente a consolidar sus cuentas, se negociara conjuntamente, puesto que se trata de un despido colectivo específico, contemplado en el inciso cuarto del art. 51.1ET, en el que la negociación global constituye, a todas luces, haya o no haya grupo de empresas a efectos laborales, una mayor garantía de defensa de los intereses de los trabajadores, por cuanto no se prevé la pervivencia de alguna de las empresas, en cuyo caso se salvarían algunos puestos de trabajo, sino la extinción ordenada de todos los puestos de trabajo de todas las empresas*

de la negociación y contenido del eventual acuerdo que se consiga según el centro de trabajo de que se trate. Pues bien, en este caso, habiéndose probado que la amplia dimensión de la comisión negociadora no impidió, obstaculizó o mermó la negociación efectiva, el único argumento que queda en pie para negar legitimación al grupo es el silencio de las normas reguladoras,; argumento que entendemos insuficiente por sí solo, teniendo en cuenta otros factores en presencia que necesariamente han de ponderarse al no haberse pronunciado el legislador de modo expreso”.

del grupo, quienes garantizan mayor solvencia que cualquiera de ellas por separado»¹⁶¹⁶.

En mi opinión y, a modo de síntesis, considero que lo más conveniente sería, tal y como han venido exigiendo doctrina y jurisprudencia, proceder a una nueva regulación legal que contemplase la posibilidad de que un grupo de empresas mercantil promueva como tal un procedimiento de despido colectivo.

Ahora bien, mientras dicha regulación no se produzca los grupos de sociedades deberán, a mi entender, realizar tantos periodos de consultas como sociedades afectadas por el procedimiento de despido colectivo hayan, siendo favorable, asimismo, la realización de una negociación global del despido colectivo con la empresa dominante, que permitirá a los representantes de los trabajadores tener un trato directo con el interlocutor real y conocer, de primera mano, los motivos y la justificación del proyecto extintivo así como la incidencia y adecuación de las causas en cada una de las sociedades que lo componen¹⁶¹⁷, sin darse por cumplida, con este trámite, la obligación de negociación con cada una de las empresas del grupo mercantil¹⁶¹⁸.

¹⁶¹⁶ SAN 18-12-2012 (R° 257/2012).

¹⁶¹⁷ *Vid.*, al respecto, la SAN 15-07-2013 (R° 200/2013).

¹⁶¹⁸ Todo ello, sin perjuicio de que las garantías inherentes a ella se puedan acabar reforzando al llevarse a cabo, *a posteriori*, sesiones separadas para tratar las cuestiones específicas de cada centro, pero sin condicionar el resultado global de la negociación al resultado de dichas reuniones separadas

1.2. El periodo de consultas en los grupos patológicos

El periodo negociador en los grupos de empresas de carácter patológico plantea menor problemática, pues doctrina y jurisprudencia se pronuncian al unísono considerando que los grupos laborales sí pueden ser ámbito global del desarrollo del mismo, es más, en algunos supuestos el grupo deberá ser el núcleo central en el que se deben llevar a cabo las negociaciones dimanantes del periodo de consultas cuando la causa sea económica.

Por tanto, en aquellos supuestos en los que el despido se basa en una situación económica negativa de la empresa, afectando dicha causa al grupo en su conjunto, es más garantista para los trabajadores que la negociación se lleve a cabo a nivel global y no parcelado empresa por empresa, siempre y cuando dicha negociación se produzca de un modo real y efectivo, pues ello permite efectuar un análisis pormenorizado de cada una de las sociedades, así como un examen de la situación en su conjunto.

Dicho escenario devendrá potestativo cuando las causas justificativas de la extinción colectiva sean organizativas, técnicas o de producción, en cuyo caso, el ámbito del periodo de consultas único habrá de limitarse a las unidades productivas afectadas dentro del propio grupo.

Debemos recordar que la existencia de un grupo de empresas a efectos laborales determina la subsistencia de una realidad empresarial única, centro de imputación de las obligaciones adquiridas con los trabajadores de las empresas, es decir: el grupo de empresas es, en estos supuestos, el auténtico empresario al que alude el artículo 1.2 ET.

Existiendo, por tanto, un grupo que opera como empresario único sería totalmente reprochable establecer periodos de consultas paralelos empresa por empresa, cuando lo que resulta exigible en estos supuestos es una negociación unitaria mediante la creación de un proceso único de consultas.

2. LAS MEDIDAS SOCIALES DE ACOMPAÑAMIENTO

El artículo 8.1 RPDC enumera, junto con otras medidas que el empresario puede valorar para evitar o reducir las extinciones colectivas «a) *la recolocación interna de los trabajadores dentro de la misma empresa o, en su caso, en otra del grupo*». Por tanto, de lo que acaba de exponerse, se desprende que el grupo de sociedades es el ámbito apropiado para precisar las medidas sociales de acompañamiento.

Asimismo, debe hacerse constar que, tal como ha postulado la doctrina científica, el concepto de grupo que debe tomarse como referencia, a los efectos de hacer efectiva esta obligación de recolocación, debe ser un concepto de grupo amplio¹⁶¹⁹. En este sentido, podría decirse que el grupo se presenta como un «*auténtico mercado interno de trabajo*» pero, a su vez, flexible, puesto que el citado precepto distingue entre la medida de recolocación interna, destinada a reducir el número de extinciones, de la externa, cuya finalidad es paliar las consecuencias derivadas del proceso extintivo¹⁶²⁰.

Ahora bien, tal y como ha venido a señalarse por algún autor¹⁶²¹, a mi entender, de manera totalmente acertada, la recolocación de trabajadores dentro del grupo del que la sociedad que insta el proceso extintivo forme parte, debería calificarse de «*recolocación interna*», puesto que para proceder a tal fin no se recurre a ninguna empresa de recolocación autorizada.

¹⁶¹⁹ MOLINA NAVARRETE, C., «"Grupo de empresas" y despidos colectivos: disfunciones prácticas de la distinción entre "usos patológicos" y "fisiológicos"», *Actualidad Laboral*, N° 7, 2014, p. 12/18.

¹⁶²⁰ *Ídem*

¹⁶²¹ BAZ RODRÍGUEZ, J., "El despido colectivo en las empresas de grupo. Viejos y nuevos problemas, tras el cambio normativo (2012-2014)", *ob. cit.*, p. 6/37.

Finalmente debe precisarse que, junto con las normas que utilizan el ámbito del grupo para fijar el volumen de empleo¹⁶²², el artículo 9.5 RPDC exige que se computen todas las extinciones producidas por iniciativa de las empresas que conforman un mismo grupo a los efectos de determinar si la extinción colectiva afecta a, como mínimo, a cincuenta trabajadores para presentar un plan de recolocación externa, de acuerdo con lo establecido en los apartados 1 a 4 del citado artículo 9 RPDC.

¹⁶²² GOERLICH PESSET, J. M., “Los grupos de sociedades en la jurisprudencia social reciente: puntos críticos”, *ob.*, *cit.*, p. 23.

3. LAS APORTACIONES ECONÓMICAS EN LOS GRUPOS

El artículo 51.11 ET exige la obligación de efectuar una aportación económica al Tesoro Público a aquellas empresas que realicen despidos colectivos y que incluyan a trabajadores de cincuenta o más años de edad.

Tales aportaciones deben realizarse de acuerdo con las previsiones que establece la Disposición Adicional decimosexta de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, así como por lo dispuesto en el Real Decreto 1484/2012, de 29 de octubre, sobre las aportaciones económicas a realizar por las empresas con beneficios que realicen despidos colectivos que afecten a trabajadores de 50 o más años de edad.

La citada DA decimosexta, en su apartado primero, establece que tales aportaciones deben efectuarse siempre que concurren una serie de circunstancias, entre las que enumera, en su apartado a), que los despidos colectivos sean efectuados por empresas de más de 100 trabajadores o por empresas que formen parte de grupos de empresas que empleen a ese número de trabajadores y, en la letra c) que, aun concurriendo las causas justificativas del despido colectivo, se cumpla alguna de las dos condiciones siguientes:

1. Que las empresas o el grupo de empresas del que formen parte hubieran tenido beneficios en los dos ejercicios económicos anteriores a aquél en que el empresario inicia el procedimiento de despido colectivo; o
2. Que las empresas o el grupo de empresas del que formen parte obtengan beneficios en al menos dos ejercicios económicos consecutivos dentro del periodo comprendido entre el ejercicio

económico anterior a la fecha de inicio del procedimiento de despido colectivo y los cuatro ejercicios económicos posteriores a dicha fecha.

La citada norma, en origen, únicamente contemplaba tales previsiones, sin efectuar aclaración alguna acerca del concepto de grupo de empresas que debía atenderse. Fue el RDL 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores el que esclareció tal duda interpretativa, al establecer en su artículo 5 que *«A los efectos previstos en esta disposición, resultará de aplicación el concepto de grupo de empresas establecido en el artículo 42.1 Código de Comercio»*.

En consecuencia, tal obligación se exigirá a las denominados grupos de sociedades mercantiles o fisiológicos. Es más, el mentado artículo 5 introdujo que para la determinación del resultado del ejercicio solo se tendrán en cuenta los resultados obtenidos en España por las empresas que lo integren, por lo que se limita, aun más, el perfil del grupo societario.

4. LA BUENA FE Y EL GRUPO DE SOCIEDADES

La jurisprudencia ha establecido, a propósito de la buena fe negocial, que tal expresión legal ofrece una innegable generalidad, *«al no hacerse referencia alguna a las obligaciones que el deber comporta y -menos aún- a las conductas que pudieran vulnerarlo»*¹⁶²³.

Pero, tal y como se ha expuesto en su momento, en relación con la configuración de tal principio, no debemos olvidar que:

- a) Tal previsión resulta una mera especificación del deber general de buena fe que corresponde al contrato de trabajo (como a todo contrato: artículo 1258 CC) y que en el campo de la negociación colectiva especifica el artículo 89.1 ET (*«ambas partes estarán obligadas a negociar bajo el principio de la buena fe»*),
- b) La obligación de negociar de buena fe durante las negociaciones dimanantes del periodo de consultas se constituye como una exigencia específica derivada del artículo 51.2 ET que viene a establecer que *«durante el periodo de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo»*.
- c) El art. 51 ET conduce la buena fe a *«la consecución de un acuerdo»*, al igual que añade que el periodo de consultas *«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»*, desprendiéndose de tales objetivos que la buena fe requerida para la consecución de los mismos es la buena fe negocial.

¹⁶²³ STS 27-05-2013 (Rº 78/2012).

Configurado de esta manera ese deber, habrá de analizarse en cada caso el alcance de la posición empresarial y la manera en la que han discurrido esas negociaciones¹⁶²⁴.

No debemos olvidar que el periodo de consultas se constituye como un verdadero proceso negociador, dirigido a la consecución de un acuerdo, con un contenido mínimo obligacional, donde empresario y representantes de los trabajadores están obligados a negociar de buena fe para intentar alcanzar el consenso esperado.

Podría decirse que dicha obligación se erige como un requisito formal para proceder a las extinciones de carácter colectivo, por lo que las partes durante el periodo de consultas deben hacerse eco de la concepción del mismo como una manifestación propia de la negociación colectiva.

Por ello, no basta con que el periodo de consultas se desarrolle como un trámite meramente formal al que acuden las partes con propuestas herméticas, sino que es necesario que estén dispuestas a realizarse propuestas y contrapropuestas, pues una negociación se concibe como un proceso caracterizado por una dinámica de concesiones recíprocas y de opiniones consensuadas, debiendo procurar su cumplimiento de manera real y efectiva, adoptando una conducta activa y positiva¹⁶²⁵, inspirada en los valores de lealtad, honradez, respeto y coherencia.

Ahora bien, la trascendencia de la obligación de negociar de buena fe durante el periodo de consultas difiere según sea la tipología que presente el grupo.

¹⁶²⁴ SSTs 21-05-2014 (R^o 249/2013) y 18-02-2014 (R^o 74/2013).

¹⁶²⁵ PRECIADO DOMENECH, C.H., *Los grupos de empresas tras las últimas reformas laborales*, *ob. cit.*, p. 63.

4.1. La buena fe en el grupo de sociedades mercantil

En el caso de grupo de sociedades mercantil, al no ser posible que el mismo articule un despido colectivo, el establecimiento de periodos de consultas paralelos, empresa por empresa, no puede entenderse contrario al principio de buena fe que debe regir en las negociaciones dimanantes de dicho periodo, pues tal y como han apuntado doctrina y jurisprudencia, los grupos de sociedades no pueden promover como tal un procedimiento de despido colectivo, aunque el mismo afecte a todas las sociedades que conforman dicho consorcio porque tal alternativa no está prevista en nuestro ordenamiento jurídico, siendo exigible, por tanto, que tal procedimiento se tramite empresa por empresa, aunque la reestructuración haya sido prevista por la empresa dominante.

Por tanto, aunque la negociación global del despido colectivo con la empresa dominante resulte una buena práctica, no puede exigírsele al emporio societario que practique previamente una negociación que integre a todas las sociedades que lo conforman, puesto que ni el ET ni el RPDC le constriñen a ello.

Asimismo y con relación al aporte de las cuentas consolidadas del grupo societario, al entender que su aportación obedece al propósito de garantizar la «limpieza»¹⁶²⁶ de la actividad grupal, el ocultamiento de documentación durante el periodo de consultas por parte del grupo de sociedades, con la finalidad de impedir que los representantes de los trabajadores conozcan la autentica dimensión del grupo o con la finalidad de evitar proporcionarles elementos trascendentales para la

¹⁶²⁶ Vid., al respecto, la STS 27-05-2013 (Rº 78/2012).

negociación, se considerarán conductas que atentan contra la buena fe negocial y comportará la nulidad del despido colectivo por mor del artículo 124 LRJS.

4.2. La buena fe en el grupo de empresas patológico

Ahora bien, ¿cómo debe valorarse la obligación de actuar de buena fe en los grupos patológicos de empresas?

La buena fe de la empresa en la negociación ha de valorarse esencialmente por tres principios básicos, cuales son:

- a) El principio de transparencia¹⁶²⁷, es decir, no ocultar a los representantes de los trabajadores información y documentación que tengan a su disposición y les sean requeridos durante el periodo de consultas¹⁶²⁸.

Asimismo, el principio de transparencia también incluye la obligación de actuar sin engaño u ocultación durante el procedimiento de despido colectivo pues, en algunos supuestos, existe intención de esconder la auténtica dimensión de la sociedad, lo que conlleva la apreciación de mala fe en el periodo de consultas¹⁶²⁹.

¹⁶²⁷ *Vid.*, al respecto, la SAN 12-06-2014 (R° 79/2014) sobre el caso Coca Cola Iberia Partners S.A.

¹⁶²⁸ En la SAN que acaba de citarse sobre el caso Coca Cola, la Sala reconoce que el grupo negoció de buena fe desde la perspectiva de aportar ofertas y contraofertas, es decir, no se pone en duda la intención de obtener un acuerdo, pero censura a Coca Cola por no haber proporcionado la información reclamada por los interlocutores cuando era el momento oportuno para conocer la justificación del despido y poder refutarlas.

¹⁶²⁹ *Vid.*, al respecto, la SAN 26-04-2013 (R° 29/2013) y STSJ Comunidad Valenciana 16-10-2012 (R° 15/2012).

Es decir, la existencia de un grupo laboral encubierto durante las negociaciones dimanantes del periodo de consultas supondrá un atentado contra el principio de buena fe al eliminar del contenido de las negociaciones elementos determinantes para obtener un conocimiento óptimo de la situación de la empresa e incluso para permitir una recolocación en otras filiales del grupo, pues al fin y al cabo lo que se está produciendo es un ataque contra la obligación legalmente impuesta de realizar un periodo de consultas con los representantes de los trabajadores, vaciando el contenido mínimo legalmente configurado consistente en las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento, tales como medidas de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad.

- b) El principio de razonabilidad, que viene a exigir, como muestra de la voluntad conciliadora, considerar las propuestas efectuadas por la interlocución social para proceder a su análisis y responder a las mismas motivadamente, ya sea en sentido positivo o negativo.

Será en esa motivación donde se podrá juzgar si la empresa ha mantenido una posición previa y gestiona la negociación como un mero trámite o, por el contrario, su disponibilidad a negociar no tiene resultado como consecuencia de la inexistencia de soluciones alternativas mejores.

La negociación de buena fe comporta esencialmente acreditar la disposición a dejarse convencer y a intentar convencer a la

contraparte de las propias razones¹⁶³⁰, lo cual comporta necesariamente escuchar las ofertas de la contraparte, contraofertar sobre las mismas, cuando es posible y/o explicar la imposibilidad de admitirlas de manera razonada y ajustada a la realidad empresarial¹⁶³¹.

- c) Coherencia en la posición mantenida por la parte. Tanto los interlocutores sociales como los empresariales han de ser coherentes en sus posiciones y congruentes en sus pretensiones, por lo que si consideran que tanto el proceso negociador como la constitución de la comisión negociadora adolece de algún defecto formal (por ejemplo, se considera que al ser un grupo patológico de empresas debería negociarse con todas las filiales que constituyen el grupo y no solo con la sociedad promotora del procedimiento extintivo) debe alegarse durante las sesiones que constituyen dicho periodo de negociación y no reservar tal motivo para alegarlo como causa de nulidad de la decisión extintiva¹⁶³², incluso la doctrina judicial considera que en los procedimientos de despido colectivo llevados a cabo en grupos patológicos de empresas se estima válido el periodo de consultas celebrado con la sociedad dominante o empresa matriz, siempre que se aporte toda la documentación correspondiente a la totalidad de las sociedades que conforman el grupo¹⁶³³.

¹⁶³⁰ STS 27-05-2013 (R° 78/2012).

¹⁶³¹ *Vid.*, al respecto, la SAN 09-07-2014 (R° 463/2013).

¹⁶³² SAN 26-04-2013 (R° 76/2013).

¹⁶³³ SAN 15-07-2013 (R° 200/2013).

Es más, tal y como establece la jurisprudencia¹⁶³⁴, debe distinguirse entre lo que se realiza en la mesa de negociación (es decir, la información que se proporciona y las propuestas que se formulan), lo que se hace fuera de dichas reuniones negociadoras y lo que, finalmente, se dictamina, de forma que los actos de presión de una y otra parte, es decir, de trabajadores o sus representantes y del empresario, no tienen relevancia en orden a la calificación de la buena fe en la mesa negociadora, ni tampoco de la decisión extintiva, lo que comporta que dicha voluntad extintiva solo sea nula cuando, en sí misma, constituye una violación de un derecho fundamental.

De igual forma, y en relación con los grupos patológicos de empresa, también ha sido controvertida la calificación que merecen los procedimientos extintivos llevados a cabo en dichas sedes grupales.

Algunas resoluciones judiciales entendían que tales extinciones se producían en fraude de ley, al no efectuar dicha extinción *«quién tenía su condición real de empresario a los efectos laborales y a los previstos en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores»*¹⁶³⁵, tachando de nulidad la decisión extintiva llevada a cabo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 124.9 LRJS¹⁶³⁶.

El problema que acaecía en tales supuestos surgió, especialmente, tras las modificaciones introducidas por el RDL 11/2013, pues con la redacción dada por dicha norma al artículo 124 LRJS parecía limitarse al máximo los supuestos de nulidad de la decisión extintiva,

¹⁶³⁴ Vid., al respecto, la STS 20-04-2015 (R° 354/2014)

¹⁶³⁵ STSJ Cataluña 23-05-2012 (R° 10/2012).

¹⁶³⁶ Debe matizarse que tal resolución judicial es anterior a la reforma normativa de julio de 2012 y al RDL 11/2013. Recordemos que este último introdujo un cambio importante en la redacción del artículo 124 LRJS.

inclinándose por la declaración de «improcedencia» o «no ajustado a derecho».

Aunque en tales supuestos lo que se produce es un fraude de ley, se daría la contradicción de que si el órgano jurisdiccional concluyese que la documentación aportada resulta incompleta o que el marco en el que se han llevado a cabo las negociaciones no es el apropiado, la sanción jurídica correspondiente sería la de nulidad, mientras que si se inclinase por la concurrencia de fraude de ley dicha consecuencia jurídica no podría apreciarse¹⁶³⁷.

En otros casos, la doctrina judicial¹⁶³⁸ consideraba que, al ocultarse la auténtica dimensión empresarial y realidad societaria, lo que existía era un incumplimiento del deber de negociar de buena fe durante el periodo de consultas, sancionando tal comportamiento con la nulidad de las extinciones realizadas.

Esta solución planteaba menos inconvenientes que la anterior, pues aunque la legislación aplicable no prevea las consecuencias que derivan del incumplimiento del deber de negociar de buena fe, puede inferirse que la sanción jurídica que merece tal inobservancia es la nulidad del proceso negociador, pues encajaría dentro de los supuestos a los que el artículo 124.11 LRJS apareja la nulidad.

No obstante, ha sido la jurisprudencia¹⁶³⁹ la que ha solucionado tal problemática, declarando que el fraude de ley en la tramitación de un procedimiento de despido colectivo es motivo de nulidad del mismo, a

¹⁶³⁷ FALGUERA BARÓ M.A., “El despido objetivo y colectivo en los grupos de empresa. Particularidades”, *ob. cit.*, p. 30.

¹⁶³⁸ *Vid.*, al respecto, la SAN de 26-04-2013 (R° 29/2013).

¹⁶³⁹ SSTS 20-02-2014 (R° 116/2013);19-02-2014 (R° 150/2013);18-02-2014 (R° 151/2013) y17-02-2014 (R° 116/2013).

pesar de que dicha causa no aparezca enumerada en los supuestos del artículo 124.2 LRJS¹⁶⁴⁰.

Dicha conclusión también resulta aplicable a las sucesiones de empresas de carácter fraudulento en el ámbito de un procedimiento de extinción colectiva¹⁶⁴¹ y a los despidos colectivos llevados a cabo mientras está vigente otra medida de restructuración en los que no logra acreditarse la concurrencia de nuevas causas que lo motiven¹⁶⁴².

De igual modo, la jurisprudencia determina que también debe sancionarse con la nulidad, los procedimientos extintivos llevados a cabo en los que se ha producido una vulneración flagrante de algún derecho fundamental de los trabajadores o de sus representantes, debiendo imponerse tal consecuencia *«cuando la decisión extintiva vulnera un derecho fundamental de forma directa pero no cuando las supuestas violaciones del derecho fundamental se han producido fuera de la mesa negociadora, donde se obró de buena fe, y son ajenas a la decisión tomada. Pero si no se aceptaran estos argumentos la sanción de nulidad no sería procedente por no venir impuesta en la Ley y por ser desproporcionada»*.

Por ello, continúa afirmando la doctrina casacional, *«habrá que diferenciar las violaciones de derechos fundamentales cometidas por la decisión extintiva de las acaecidas antes, aunque sea en el proceso negociador, máxime cuando en la mesa de negociación se actúa de buena fe, porque en otro caso la solución de la nulidad violaría el principio de igualdad de partes en la negociación, al aceptarse la validez las*

¹⁶⁴⁰ STS 17-02-2014 (R° 142/2013 y 143/2013) .

¹⁶⁴¹ *Vid.*, al respecto, la STS 18-02-2014 (R° 74/2013).

¹⁶⁴² STS 18-03-2014 (R° 15/2013).

presiones e intimidaciones de una de ellas y sancionarse la validez de los actos de la otra frente a esos actos de fuerza, a fin de vaciarlos de contenido, se favorece la postura de una de las partes en la negociación colectiva, lo que es contrario al concepto de negociación y al principio constitucional de igualdad¹⁶⁴³».

¹⁶⁴³ STS 15-04-2015 (R° 354/2014).

CAPÍTULO V

LA IMPUGNACIÓN DEL DESPIDO COLECTIVO. PARTICULARIDADES

A lo largo del presente trabajo hemos ido desgranando todos aquellos aspectos relativos al despido colectivo que revestían ciertas particularidades en el ámbito societario.

Pues bien, en lo relativo a la impugnación del despido colectivo, también debemos realizar una serie de observaciones relativas a tal cuestión en el ámbito societario.

No obstante, puesto que a lo largo del presente capítulo han ido analizándose de manera detallada y pormenorizada las cuestiones relativas a la regulación de los grupos societarios, tanto en su vertiente fisiológica como patológica, así como en lo relativo al proceder de las empresas que decidan iniciar un procedimiento de despido colectivo en sede grupal, examinándose, de manera separada, cuáles son los requisitos legal y reglamentariamente establecidos así como las exigencias requeridas por la jurisprudencia y por la doctrina judicial, y las consecuencias que derivan de su inobservancia, en el presente apartado voy a proceder de un modo menos exhaustivo, analizando, a groso modo, las vicisitudes que derivan de la impugnación del despido colectivo en el grupo de sociedades, remitiéndome, en lo que no difiere de tal la impugnación acaecida en las empresas unitarias, a lo ya expuesto en el capítulo correspondiente.

1. LA IMPUGNACIÓN DEL DESPIDO COLECTIVO POR LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES

1.1. Legitimación activa

Este es uno de los pocos aspectos en los que la aclaración de tal cuestión no depende de la naturaleza del grupo societario.

El artículo 124.1 LRJS establece que *«La decisión empresarial podrá impugnarse por los representantes legales de los trabajadores a través del proceso previsto en los apartados siguientes. Cuando la impugnación sea formulada por los representantes sindicales, éstos deberán tener implantación suficiente en el ámbito del despido colectivo»*.

Por tanto, en lo relativo al **grupo de sociedades de carácter fisiológico**, puesto que no tienen legitimación para instar un procedimiento de despido colectivo, siendo la empresa que va a tal reestructuración la única legitimada a tal fin, me remito a lo expuesto con anterioridad respecto a los sujetos legitimados para impugnar colectivamente en las empresas unitarias.

En cuanto a tal legitimación respecto de los **grupos de empresas de carácter patológico**, puesto que estaremos en presencia de un único empresario y, siendo el grupo en su conjunto el verdadero empresario, la legitimación corresponderá, igualmente, a los sujetos anteriormente expuestos respecto a la legitimación en la impugnación del despido colectivo en las empresas unitarias, al igual que ocurre respecto de los sujetos legitimados para negociar el procedimiento de despido colectivo cuando se lleve a cabo en el mentado grupo societario, debiendo acudir,

para conformar tal legitimación al artículo 41.4 ET. Igualmente pues, estando legitimados para negociar el periodo de consultas, al igual que lo están los interlocutores en las empresas unitarias, lo estarán para impugnar la medida empresarial, de acuerdo con las reglas y precisiones previstas en el artículo 124 LRJS y anteriormente expuestas¹⁶⁴⁴.

1.2. Legitimación pasiva

En este aspecto sí que debemos, nuevamente, proceder a diferenciar la naturaleza del grupo societario en cuestión.

1.2.1. Legitimación pasiva en el grupo de sociedades fisiológico.

En cuanto a la legitimación pasiva en los grupos de sociedades de carácter mercantil o fisiológico, estos no responderían de las obligaciones contraídas por las sociedades que los conforman, aunque tales obligaciones tengan su origen en las decisiones adoptadas por la sociedad matriz e, independientemente, de que el artículo 4.5 RPDC constriña a la sociedad que inicie el procedimiento y que forme parte de un grupo de sociedades, cuya sociedad dominante tenga su domicilio en España , a la aportación de la documentación establecida en el citado

¹⁶⁴⁴ Asimismo, en relación con la exigencia prevista en el artículo 124.1 relativa que, cuando a la impugnación de la decisión empresarial de despido colectivo vaya a realizarse por la representación sindical, estos deberán tener implantación suficiente en el ámbito del despido, la Audiencia Nacional, en SAN 26-04-2013 (Rº 76/2013) vino a establecer que «*También tendrá “implantación suficiente” cuando, aunque dicho sindicato solo tenga representantes unitarios en dos centros de trabajo de TES, donde tiene constituidas sendas secciones LOLS, puesto que la empresa tiene más de 250 trabajadores y acredita representantes unitarios en la misma, como exige el art. 10 LOLS, ya que dichos centros están afectados por la suspensión y TES, como admitió enfáticamente TECNOCOM, forma parte de un grupo de empresas a efectos laborales, por lo que STIC acredita, sin ningún género de dudas, implantación suficiente en el ámbito del conflicto, al tratarse de un sindicato de ámbito estatal con representantes unitarios y sindicales en dos de los centros afectados por la medida*»

precepto, cuando la reestructuración colectiva se fundamente en causas económicas¹⁶⁴⁵, y ello porque, tal y como ha establecido el Alto Tribunal¹⁶⁴⁶, así como la doctrina judicial¹⁶⁴⁷, la aportación de tal documentación *«no altera nuestros precedentes criterios sobre la responsabilidad del grupo, y su más que probable finalidad es meramente informativa acerca de la «limpieza» de relaciones entre la empresa matriz y sus filiales, así como de la posible concurrencia de alguno de los elementos adicionales -determinantes de responsabilidad solidaria que más arriba se ha hecho referencia. Si la intención del legislador hubiese sido otra, en concreto la de establecer con carácter general la responsabilidad solidaria de las empresas del grupo e incluso tan solo la de ampliar el ámbito a tener en cuenta en las extinciones por causas económicas (extendiéndolo a la totalidad del grupo o a la empresa matriz), esta importante consecuencia se habría establecido -razonablemente- con carácter expreso. Conclusión que parece reforzarse por la jurisprudencia comunitaria dictada en interpretación del art. 2 de*

¹⁶⁴⁵ Recordemos que el artículo 4.5 RPDC viene a establecer que *«Cuando la empresa que inicia el procedimiento forme parte de un grupo de empresas, con obligación de formular cuentas consolidadas cuya sociedad dominante tenga su domicilio en España, deberán acompañarse las cuentas anuales e informe de gestión consolidados de la sociedad dominante del grupo debidamente auditadas, en el caso de empresas obligadas a realizar auditorías, durante el periodo señalado en el apartado 2, siempre que existan saldos deudores o acreedores con la empresa que inicia el procedimiento. Si no existiera obligación de formular cuentas consolidadas, además de la documentación económica de la empresa que inicia el procedimiento a que se ha hecho referencia, deberán acompañarse las de las demás empresas del grupo debidamente auditadas, en el caso de empresas obligadas a realizar auditorías, siempre que dichas empresas tengan su domicilio social en España, tengan la misma actividad o pertenezcan al mismo sector de actividad y tengan saldos deudores o acreedores con la empresa que inicia el procedimiento».*

¹⁶⁴⁶ *Vid.*, al respecto, la STS 20-10-2015 (R° 172/2014) en la que se determina la falta de legitimación pasiva de la filial TRAGSATEC, al entender que no concurre en el grupo datos cualificadores para extenderle una hipotética responsabilidad solidaria.

¹⁶⁴⁷ SSAN04-07-2013 (R° 169/2013); 20-03-2013 (R° 19/2013); 11-03-2013 (R° 381/2012) ; 25-02-2013 (R° 324/2012) y SSTSJ Galicia 21-11-2012 (R° 22/2012); Murcia 22-10-2012 (R° 896/2011).

la Directiva 98/59, y que niega la cualidad de empresario a la empresa matriz en los grupos de empresa, aún para el caso de que la decisión extintiva fuese decidida por aquella [STJCE 10/Septiembre/2009, Asunto AEK y otros, apartados 57 y 58]»¹⁶⁴⁸.

1.2.2. Legitimación pasiva del grupo de sociedades patológico

Contrariamente a lo que ocurre respecto de los grupos de sociedades de carácter mercantil, en los grupos de sociedades laborales o de carácter patológico, tal y como ha venido a sostenerse por la jurisprudencia y por la doctrina judicial¹⁶⁴⁹, responden solidariamente del incumplimiento de las obligaciones de cada una de las sociedades que conforman el grupo en cuestión, puesto que el verdadero empresario es el grupo en su conjunto¹⁶⁵⁰.

Por tanto, para pretender que se proceda a la extensión de la responsabilidad solidaria, deberán llamarse al proceso a todas aquellas sociedades que conforman el grupo laboral de empresas o grupo patológico¹⁶⁵¹, conformándose así un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario.

¹⁶⁴⁸ STS 27-05-2013 (R° 78/2012).

¹⁶⁴⁹ SSTs 20-03-2013 (R° 81/2012); 19-12-2012 (R° 4340/2011); SSAN 25-02-2013 (R° 324/2012); 18-12-2012 (R° 257/2012); 28-09-2012, (R° 152/2012) y 26-07-2012 (R° 124/2012).

¹⁶⁵⁰ Me remito a lo expuesto con anterioridad respecto a los elementos que deben convergir en los grupos patológicos respecto a la responsabilidad solidaria.

¹⁶⁵¹ STS 16-03-2014 (R° 114/2013). Igualmente, la SAN 04-07-2013 (R° 169/2013) vino a establecer que «El presupuesto, para ser considerado parte legítima en un procedimiento, es actuar en el juicio como titular de la relación jurídica u objeto litigioso, a tenor con lo dispuesto en el art. 10 LEC. - El art. 12.1 LEC prevé que podrán comparecer en juicio varias personas, como demandantes o demandados, cuando las acciones que se ejerciten provengan de un mismo título o causa de pedir. La Sala comparte las alegaciones de IBEX e IAG, por cuanto SEPLA y SEPLAIB dejaron perfectamente claro que no demandan a IBEX y a IAG, porque constituyan un grupo de empresas a efectos laborales o grupo de empresas patológico. -

De este modo, si se alega y queda probado que las sociedades demandantes constituyen un grupo patológico, *«serían objetivamente empleadoras de los despedidos y deberían ser condenadas a su readmisión, así como al abono de los salarios de tramitación, si se declarara la nulidad del despido, o a las consecuencias que deriven de la eventual declaración de injustificación del despido»*¹⁶⁵².

No obstante, debe hacerse constar que puede declararse la existencia de grupo empresarial a pesar de no estar demandadas todas las empresas integrantes del mismo¹⁶⁵³.

Así, tal y como vino a entender el Alto Tribunal, una cosa es la institución del litisconsorcio pasivo y otra los razonamientos por los que se concluye la nulidad del despido colectivo acometido en un grupo societario.

De este modo, el Alto Tribunal estableció, con relación al supuesto objeto de enjuiciamiento, que *«La decisión extintiva atacada con la demanda fue adoptada exclusivamente por la demandada, ahora recurrente. Lo que la parte actora alegaba -y la sentencia recurrida acoge-es que la demandada no podía llevar a cabo tal decisión extintiva en la forma en que lo hizo porque formaba parte de un grupo empresarial cuyas características exigían que las causas invocadas concurrieran en el grupo, que su valoración se efectuara en atención a la*

Por consiguiente, si las empresas citadas no son un grupo patológico, no hay razón para codemandarlas en un procedimiento por despido colectivo, promovido por IBOP, que es una empresa del grupo mercantil, al que pertenecen las otras dos y ello con independencia de que se hubiera acreditado, lo que no ha sucedido, que IBEX o IAG se hubieran encargado de determinadas rutas, que anteriormente operaba IBOP, puesto que dicha circunstancia no las convierte en empleadores de los despedidos, quienes nunca prestaron servicios para dichas mercantiles, no existiendo, por consiguiente, razones sólidas para tratarlas en un procedimiento, en el que no se pide su condena».

¹⁶⁵² SAN 04-07-2013 (Rº 169/2013).

¹⁶⁵³ Vid., al respecto, el ATS 10-09-2015 (Rº 2838/2014).

situación económica del grupo y que, consecuentemente, la documentación acreditativa de la causa permitiera efectuar dicho análisis.

No postulaba la parte actora la condena solidaria de las demás mercantiles integrantes del grupo de empresa.

Obviamente, de haberse pretendido tal solidaridad, hubiera sido necesaria la llamada al proceso del resto de las mercantiles. Pero su aparición en el relato fáctico y las consideraciones jurídicas extraídas de esas conclusiones de hecho tienen carácter prejudicial para determinar si la empresa demandada actuó adecuadamente al llevar a cabo el proceso de negociación del periodo de consulta y si, en definitiva, podía acogerse a unas causas como las invocadas. La consideración de que la empresa forma parte de un grupo empresarial con características patológicas desde el punto de vista laboral actúa de premisa previa para alcanzar la conclusión de que el citado procedimiento de despido colectivo adolecía de los defectos que la sentencia menciona.

De ello no cabe derivar la necesidad de llamar al proceso a ninguna otra persona porque, precisamente, lo que se concluye es que la demandada no podía llevar a cabo el despido colectivo y, siendo nulo este, habrá de restaurarse la situación y, en su caso, quien sea el verdadero empleador podrá adoptar en su momento las decisiones que estime oportunas en atención a la situación empresarial global».

De lo que acaba de exponerse se desprende que será erigirá como requisito *sine qua non* demandar a todas las empresas que conforman el grupo si se considera que el verdadero empresario es el grupo patológico, con la finalidad de que respondan, de manera solidaria, todas las sociedades que conforman el grupo.

De ahí el importante papel que jugará en este supuesto la demanda que interpongan los representantes de los trabajadores, puesto que en ella deberá exponerse que el grupo laboral de empresas es el verdadero empresario y, por ende, las sociedades que lo conforman deben ser demandadas y especificadas, constituyendo así un litisconsorcio pasivo necesario, a efectos que, una alegada tal cuestión en la demanda que da inicio al proceso impugnatorio y acreditado tal extremo en fase de juicio, pueda extenderse la responsabilidad solidaria a las empresas que integran el consorcio patológico¹⁶⁵⁴.

Es más, para el supuesto en el que se considere que estamos en presencia de un uso fraudulento de la forma societaria y, a los efectos de aplicar la doctrina del levantamiento del velo, a mi entender, deberá demandarse también a los socios o personas físicas que se esconden detrás de las empresas del grupo.

Así, el Alto Tribunal, vino a establecer, respecto al supuesto enjuiciado en su STS 29-01-2014 (Rº 121/2013), que *«en el presente caso la interrelación patrimonial entre las personas físicas y el grupo societario familiar queda plenamente acreditada (...). En el sustrato fáctico que ha quedado constatado en este caso se aprecia una continua y clara confusión entre la titularidad patrimonial de las sociedades y la de sus socios, de modo que la cualidad de verdadero empleador debe de ser atribuida a éstos. La actuación de los recurrentes consistía en apropiarse de lo que deberían haber sido ingresos de la sociedad con los*

¹⁶⁵⁴ Así, la SAN 10-12-2013 (Rº 333/2013) estimó la falta de litisconsorcio pasivo necesario al entender que *«si hay grupo, debía haberse demandando a más empresas, las cuales, por cierto, no fueron especificadas»*.

consiguientes efectos negativos para ésta, abusando de su condición de socios.

Estamos ante un supuesto de uso fraudulento de la forma societaria, al que se ha de aplicar la doctrina conocida del "levantamiento del velo", que nos permite ver la realidad laboral de la empresa más allá de las apariencias, para encontrar que esa realidad ha producido la creación de entidades distintas con la finalidad claramente dirigida a obtener unos beneficios que no pueden redundar en perjuicio de los trabajadores. Tal modo de actuar conduce a la consideración de las personas físicas como verdaderos empresarios ya que las mercantiles por ellos constituidas actúan de mera pantalla o instrumento interpuesto para eludir sus responsabilidades.

De todo ello resulta que lo que se aprecia en el caso presente es la existencia de una única entidad empresarial, constituida por los recurrentes y por el resto de los responsables solidarios fijados por la sentencia recurrida».

1.3. La calificación del despido colectivo en el grupo de sociedades

Si bien, a lo largo del presente capítulo, hemos estudiado las consecuencias que derivan acerca de la iniciación del procedimiento de despido, así como el ámbito en el que este debe desenvolverse así como las posibles consecuencias que pueden derivarse de las inobservancias en las que, a lo largo de la tramitación del procedimiento, puede incurrir el empresario, no obstante, vamos a estudiar la calificación judicial que

derivará en el supuesto en el que los representantes de los trabajadores accionen contra la medida empresarial.

Nuevamente, debemos diferenciar según la naturaleza del grupo societario.

1.3.1. La calificación del despido colectivo en el grupo de sociedades de carácter fisiológico

El artículo 124.11 LRJS, en relación con la sentencia que se dicte en el seno de la impugnación ejercitada por la representación de los trabajadores, dispone que la decisión extintiva podrá declararse ajustada a derecho, no ajustada a derecho o nula.

En lo relativo a estas posibles calificaciones, así como a los eventuales defectos que conllevarán a que el aplicador del derecho determine la procedencia, improcedencia o nulidad de la medida empresarial, nos remitimos a lo ya expuesto con anterioridad en el apartado correspondiente a la sentencia y su calificación judicial para el supuesto en el que los representantes impugnen colectivamente la medida empresarial.

No obstante, debe realizarse varias precisiones:

1. La primera de ellas, relativa una precisión a las obligaciones documentales que resultan exigibles en el procedimiento de despido colectivo llevado a cabo por una empresa perteneciente a un grupo de sociedades.

Y es que el vigente RPDC, al igual que ya hicieron sus predecesores, imponen concretas directrices documentales en materia de despidos

colectivos a los grupos societarios, siempre que las causas sean estrictamente económicas.

Ahora bien, la cuestión a plantear es ¿qué alcance debe dársele al hecho de que el RPDC constriña a la sociedad dominante, en ciertos supuestos, a aportar determinada documentación?

Ya se ha adelantado con anterioridad que tal aportación nada tiene que ver con una posible determinación de responsabilidad grupal, sino que tal finalidad estriba en la necesidad de informar sobre la limpieza de las relaciones entre la sociedad matriz y sus filiales, así como la posible concurrencia de alguno de los elementos determinantes de patología grupal¹⁶⁵⁵.

Por tanto, ¿qué efectos derivarán de la no aportación de la documentación prevista en el artículo 4.5 RPDC?

La doctrina judicial ha venido a considerar que la norma reglamentaria tiene como finalidad promocionar la transparencia del proceso, puesto que la centralización de las decisiones empresariales a cargo de la sociedad matriz y la subordinación del resto de empresas filiales a las directrices marcadas por esta complican el examen de su situación económica y situación a los trabajadores afectados en una situación especialmente vulnerable¹⁶⁵⁶.

Por ello, consideran que, ante un incumplimiento de la obligación establecida en el artículo 4.5 RPDC, la calificación que merecería la extinción sería la de nulidad¹⁶⁵⁷.

¹⁶⁵⁵ SSTS 19-02-2014 (R° 45/2013) y 27-05-2013 (R° 78/2012).

¹⁶⁵⁶ SAN 04-06-2013 (R° 1/2013).

¹⁶⁵⁷ SSAN 04-06-2013 (R°1/2013.); 30-11-2012 (R° 264/2013); SSTSJ Cataluña 30-09-2013 (R° 4/2013); Castilla y León 20-03-2014 (R° 166/2014); 23-05-2013 (R° 6/2013); SSTSJ Comunidad

Ahora bien, tal rotunda conclusión debe matizarse, y es que la declaración de nulidad de la medida extintiva tendrá lugar cuando la falta de aportación de la documentación reglamentariamente prevista se produzca por aquellas empresas que estén obligadas a ello, en los términos previstos en la norma reglamentaria, y siempre y cuando la causa alegada para justificar el despido sea la económica¹⁶⁵⁸.

Por tanto, para aquellos supuestos en los que los grupos de sociedades, en concreto, la empresa que inicia el procedimiento de despido colectivo, que forme parte de un grupo de sociedades, no se subsuma en el ámbito aplicativo del artículo 4.5 RPDC, la no aportación de la documentación en él prevista, en principio, será irrelevante a los efectos de la calificación del despido¹⁶⁵⁹.

Es más, en tales supuestos, algunas resoluciones han venido a considerar que, si no existiendo obligación de aportar la documentación enumerada en el citado precepto reglamentario, la empresa que inicia el procedimiento la ha aportado a lo largo del procedimiento de consultas, tal actuación se erigirá como un claro indicio de buena fe negocial¹⁶⁶⁰.

En este sentido, ha venido a considerarse que si las cuentas del año inmediatamente anterior o las propias del año en curso no están auditadas (no habiendo transcurrido el plazo legalmente exigido) y

Valenciana 18-10-2012 (R° 15/2012) y Madrid 30-05-2012 (R° 17/2012); Navarra 13-12-2013 (R° 226/2013) y País Vasco 04-09-2012 (R° 6/2012).

¹⁶⁵⁸ Me remito a lo anteriormente expuesto en el apartado correspondiente a las obligaciones documentales en relación con los supuestos en los que los grupos estarán obligados a aportar la documentación prevista en el artículo 4.5 RPDC y cuando no.

¹⁶⁵⁹ STS 29-12-2014 (R° 81/2014); SSTSJ Castilla La Mancha 17-10-2013 (R° 20/2012) y Galicia 21-12-2012 (R° 22/2012).

¹⁶⁶⁰ SAN 11-03-2013 (R° 381/2012).

tal obligación resulta exigible, la no aportación de las mismas no afecta a la calificación del despido, al igual que tampoco lo hace el que parte de ellas estén en un idioma extranjero¹⁶⁶¹.

Igualmente, ha venido a mantener que respecto a la falta de firma por los administradores de las cuentas entregadas, *«hay que señalar que en efecto el artículo 4.2 del RD 1483/2012, de 29 de octubre, dispone que, para la acreditación de los resultados alegados, el empresario deberá aportar las cuentas provisionales al inicio del procedimiento firmadas por los administradores o representantes de la empresa. Sin embargo, tal defecto formal no acarrea la nulidad del periodo de consultas ya que, en modo alguno, la falta de firma supone que los representantes de los trabajadores se hayan visto privados de la información necesaria para negociar correspondiente a dicho periodo. Cuestión distinta hubiera sido que los datos facilitados no correspondieran a la realidad y hubiera que determinar quien había sido el autor de tales cuentas, a fin de exigirle la pertinente responsabilidad, sin embargo, nada se ha alegado acerca de este extremo, por lo que carece de la relevancia que el recurrente pretende otorgarles»*¹⁶⁶².

No obstante, lo que acaba de exponerse debe conectarse con la doctrina casacional relativa a la obligación documental, que estableciendo el alcance de la misma, ha venido a disponer que *«Para el Tribunal este dato no altera nuestros precedentes no altera nuestros precedentes criterios sobre la responsabilidad del grupo, y su más que probable finalidad es meramente informativa acerca de*

¹⁶⁶¹ SAN 18-07-2013 (R° 180/2013).

¹⁶⁶² STS 20-10-2015 (R° 181/2014).

la «limpieza» de relaciones entre la empresa matriz y sus filiales, así como de la posible concurrencia de alguno de los elementos adicionales -determinantes de responsabilidad solidaria que más arriba se ha hecho referencia. Si la intención del legislador hubiese sido otra, en concreto la de establecer con carácter general la responsabilidad solidaria de las empresas del grupo e incluso tan solo la de ampliar el ámbito a tener en cuenta en las extinciones por causas económicas (extendiéndolo a la totalidad del grupo o a la empresa matriz), esta importante consecuencia se habría establecido -razonablemente- con carácter expreso. Conclusión que parece reforzarse por la jurisprudencia comunitaria dictada en interpretación del art. 2 de la Directiva 98/59, y que niega la cualidad de empresario a la empresa matriz en los grupos de empresa, aún para el caso de que la decisión extintiva fuese decidida por aquella [STJCE 10/Septiembre/2009, Asunto AEK y otros, apartados 57 y 58]»¹⁶⁶³.

2. Para finalizar, y en relación con el ámbito causal, debe hacerse constar que la existencia de un grupo fisiológico de empresas no afecta a la configuración de las relaciones laborales, por lo que la reestructuración colectiva se desarrollará prescindiendo de tal consideración, tanto en el ámbito causal como en el relativo al procedimiento.

Y se prescindirá de tal consideración con respecto al ámbito causal puesto que, tal y como ya se ha expuesto con anterioridad, nuestro Alto Tribunal¹⁶⁶⁴ ha venido a considerar que las obligaciones

¹⁶⁶³ STS 27-05-2013 (Rº 78/2012).

¹⁶⁶⁴ STS 23-05-2013 (Rº 78/2012).

documentales tienen como finalidad la valoración de la situación económica del grupo, a efectos de la justificación de la causa alegada, pues la finalidad pretendida es informar acerca de la «limpieza» de las relaciones intrasocietarias, así como acreditar la presencia de elementos adicionales determinantes de patología grupal.

Cualquier otra finalidad, como la de «*establecer con carácter general la responsabilidad solidaria*» o «*ampliar el ámbito a tener en cuenta en las extinciones por causas económicas (expendiéndolo a la totalidad del grupo o a la empresa)*» hubiera necesitado que tal consecuencia se hubiera establecido expresamente.

En conclusión, según el Alto Tribunal¹⁶⁶⁵, ante la existencia de «*un grupo de empresas mercantil, sin patología apreciable, basta con la afectación de la causa económica a la empresa empleadora, para declarar que la decisión extintiva se hallaba ajustada a derecho*»¹⁶⁶⁶.

Por tanto, la actividad judicial deberá considerar la valoración de tales circunstancias a la hora de entrar a valorar la concurrencia de la causa alegada y declarar ajustada a derecho o no la extinción colectiva llevada a cabo.

1.3.2. La calificación del despido colectivo en el grupo de sociedades de carácter patológico

Tal y como ha quedado patente a lo largo del presente capítulo, la diversidad de criterios mantenidos tanto por la jurisprudencia como por

¹⁶⁶⁵ STS 19-02-2014 (R^o 45/2013).

¹⁶⁶⁶ No obstante lo que acaba de exponerse, me remito a las consideraciones expuestas relativas al juicio de causalidad en los grupos de sociedades de carácter mercantil en relación con la posibilidad de que tal acreditación deba producirse a nivel de grupo de sociedades.

la doctrina judicial respecto a esta figura, ha conducido a que, en su tratamiento jurídico y, en concreto, en lo que respecta al acometimiento de procedimientos de despidos colectivos en el seno de estos grupos empresariales, se hayan producido un sinnúmero de pronunciamientos relativos a su correcto proceder, si bien, en muchas ocasiones, incluso se podría decir, «en demasiadas», contradictorios entre ellos.

Pues bien, puesto que en apartados anteriores se ha estudiado, con minuciosidad, cada uno de los requisitos formales y las consecuencias que derivan de su incumplimiento, voy a ser bastante escueta en el tratamiento de este aspecto objeto de análisis, destacando aquellas consideraciones más importantes con relación a la calificación que derivará de la medida extintiva cuando ésta haya sido impugnada por la representación de los trabajadores.

1. Tal y como se procedió en el apartado correspondiente a la impugnación de la representación de los trabajadores de la medida empresarial y las posibles calificaciones que podrían realizarse sobre tal medida, vamos a empezar con la de nulidad:

1. Con relación al supuesto en que la medida empresarial se haya efectuado en vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas, nos remitimos a lo ya expuesto con anterioridad en relación con la calificación de esta acción en los supuestos de procedimientos de despido colectivo efectuados en empresas unitarias, al ser las consideraciones efectuadas aplicables al supuesto objeto de estudio.

Por lo que respecta al resto de motivos desencadenantes de la nulidad de la medida empresarial, el artículo 124.11 LRJS

establece la no realización del periodo de consultas o la falta de entrega de la documentación prevista en el artículo 51.2 ET.

2. En primer lugar, en relación con la no realización del periodo de consultas, la doctrina judicial ha venido a sostener que, en ante la existencia de un grupo de empresas de carácter patológico, las negociaciones deben realizarse con el empresario, debiendo entenderse este como el empresario real, de manera que si el verdadero empresario es el grupo de empresas, el periodo de consultas deberá realizarse en el seno grupal, con todas las empresas que lo componen, entendiéndose tanto por la jurisprudencia¹⁶⁶⁷ como por la propia doctrina judicial¹⁶⁶⁸ que si tal negociación no se produce con el grupo como tal, la consecuencia que se producirá de tal actuación será la de la nulidad del despido, al entender que el periodo de consultas no se ajustó a derecho, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 124.11 LRJS.

Asimismo, el Alto Tribunal ha venido a considerar que una vez impugnada la medida empresarial por la representación de los trabajadores, si se acredita en fase de juicio que la empresa que ha venido a promover el despido forma parte de un grupo patológico, tal situación supondrá, tanto un incumplimiento de la obligación de aportar documentación precisa para que los representantes puedan formular contrapropuestas como del deber de negociar de buena fe, lo que estaría privando al periodo de

¹⁶⁶⁷ SSTS 20-03-2013 (R° 81/2012) y 19-12-2012 (R° 4340/2011).

¹⁶⁶⁸ SSAN 25-02-2013 (R° 324/2012); 18-12-2012 (R°257/2012); 28-09-2012 (R° 152/2012) y 26-07-2012 (R° 124/2012).

consultas de la virtualidad que, tanto la norma legal como la reglamentaria, le reconocen, debiendo determinarse la nulidad de la decisión extintiva.

Igualmente, la doctrina judicial¹⁶⁶⁹ ha venido a establecer que en aquellos supuestos en los que existe una voluntad de ocultar la auténtica dimensión de la empresa, debe determinar la apreciación de mala fe en la negociación del periodo de consultas, lo que debe determinar la nulidad de la medida extintiva.

Así, la nulidad del despido acaecido en un grupo patológico resulta patente se demuestra que la existencia del grupo, su verdadera dimensión, se ocultó a los representantes de los trabajadores, incurriendo en una vulneración de la buena fe comercial que deben presidir las negociaciones.

3. En segundo lugar, el artículo 124.11 LRJS establece como causa de nulidad la falta de entrega de la documentación prevista en el artículo 51.2 ET.

En este supuesto, tanto la jurisprudencia¹⁶⁷⁰ como la doctrina judicial¹⁶⁷¹, han sido claros: puesto que en tales casos estamos en presencia de una única empresa, lógicamente deberá entregarse toda la documentación relativa a las empresas que componen el falso grupo empresarial, debiendo determinarse, ante tal incumplimiento la nulidad de la medida empresarial adoptada.

¹⁶⁶⁹ SAN 26-04-2013 (R°29/2013) y STSJ Comunidad Valenciana 18-10-2012 (R° 15/2012).

¹⁶⁷⁰ STS 20-03-2013(R° 81/2013).

¹⁶⁷¹ SSTS Aragón 18-12-2012 (R° 526/2012); Asturias 07-06-2013 (R° 21/2012); Andalucía 20-03-2013 (R° 310/2012); Comunidad Valenciana 28-12-2012 (R° 11/2012); Madrid 29-01-2014 (R° 1652/2013) y 01-07-2013 (R° 1202/2013).

Asimismo, ha venido a determinarse la nulidad de la medida extintiva cuando en el periodo de consultas no se ha hecho entrega a la representación de los trabajadores de la contabilidad real de las empresas que integran el grupo, puesto que tal situación impide que los trabajadores puedan formarse un juicio de valor e impide una verdadera negociación durante las negociaciones dimanantes del proceso¹⁶⁷².

En aquellos supuestos de grupo patológico no reconocidos por la empresa durante el procedimiento de consultas, la no aportación de la documentación relativa a las sociedades que conforman el grupo, deberá tener como consciencia la nulidad de la extinción colectiva¹⁶⁷³.

Es más, en algunos supuestos se ha determinado la nulidad de la medida extintiva por no aportar la documentación relativa a una sociedad del grupo¹⁶⁷⁴.

Sin embargo, alguna resolución ha venido a considerar que la existencia de un grupo patológico de empresas no determina la nulidad de la medida empresarial, sino que tal proceso debería declararse no ajustado a derecho, al considerar que *«una vez acreditada la existencia de un grupo de empresas mayor del que se reconoce por las empleadores que actúa unitariamente efectos laborales y que, por mor de esa actuación, ha supuesto descapitalizar a las empleadoras, la calificación adecuada del despido colectivo acordado por dichas empleadoras no puede ser*

¹⁶⁷² STS 29-01-2014 (R° 212/2013).

¹⁶⁷³ *Vid.*, al respecto, las SSTs Andalucía 05-07-2013 (R°32/2013) y 29-11-2012 (R° 8/2012).

¹⁶⁷⁴ *Vid.*, al respecto, la STSJ Cataluña 21-05-2013 (R° 9/2013).

la de ajustada a derecho, porque ello sería permitir un fraude de ley proscrito en el artículo 6.4 del Código Civil.

El problema subsiguiente es la calificación del despido colectivo acordado en esas circunstancias –si nulo o sino ajustado a Derecho-, y, siendo la norma tratada de eludir la declaración de no ajustada a Derecho, tal es la calificación correcta»¹⁶⁷⁵.

Finalmente, y en relación con la calificación de nulidad, me gustaría hacer constar las fisuras que han venido a producirse en relación con la tramitación del procedimiento de despido colectivo en los grupos de empresa de carácter patológico.

En concreto, me refiero a la tesis sostenida por la Audiencia Nacional en los casos Coca Cola¹⁶⁷⁶ y Freirema¹⁶⁷⁷, en los que viene a concluir que *«con independencia de la adecuada identificación de quien en este despido sea el empresario (...), que un grupo laboral pretenda debutar como tal en el momento del despido colectivo transgrede el deber de buena fe negocial que impone el art. 51.2 del Estatuto de los Trabajadores»*.

Así, la Sala viene a entender que el hecho de que tales empresas debuten como tal en el momento de inicio del procedimiento extintivo atenta contra la buena fe negocial y, por tanto, la medida empresarial debe considerarse nula.

En síntesis, tal y como ya ha quedado expuesto con anterioridad, si el grupo laboral de empresas reconoce su patología y negocia el procedimiento de despido como tal, según la postura sostenida por la

¹⁶⁷⁵ STSJ Galicia 13-12-202 (R° 34/2012).

¹⁶⁷⁶ SAN 12-06-2014 (R° 79/2014).

¹⁶⁷⁷ SAN 15-10-2014 (R° 488/2013).

Audiencia Nacional, tal actuación contravendrá el principio de buena fe que debe regir en las negociaciones del periodo de consultas y conducirá a la nulidad de la medida empresarial.

Contrariamente, si el grupo patológico decide no revelar su naturaleza, con la finalidad de que tal doctrina no le sea aplicada, podrá impugnarse la medida empresarial al entenderse que estamos en presencia de un grupo patológico de empresas y que, por tanto, al no haberse iniciado ni negociado el procedimiento de extinción como tal grupo, debe determinarse la nulidad de la medida extintiva, de acuerdo con postura sostenida por la jurisprudencia.

Por tanto, independientemente del camino que se desee escoger, la consecuencia que derivará de tal decisión será la de la nulidad de la medida extintiva.

A mi entender, tal postura resulta totalmente insostenible: no debe tenerse en cuenta el momento en el que se proceda al reconocimiento de la patología grupal, siempre y cuando esta se produzca antes del inicio del proceso extintivo, por ejemplo, reconociendo tal patología grupal en la pseudocomunicación de inicio.

Esta es la postura adoptada en el Voto Particular producido en la STS 20-04-2015 (R° 354/2014).

Así, se manifestó por los magistrados suscriptores del Voto, en doctrina considero debiera resultar de aplicación que *«la notificación sorpresiva de la existencia del grupo no es causa de la ilicitud del mismo, ni menos aún de la nulidad del despido colectivo, no solo porque no fue sorpresiva, sino porque esta Sala ya tiene declarado (STS26-3-2014 [RJ 2014, 2778] RO 158/2013) caso Telemadrid, que*

la existencia del grupo pueda notificarse por primera vez al iniciarse por la empresa la tramitación del despido colectivo».

2. En último lugar y, con relación al juicio de causalidad, a los efectos de determinar la acreditación suficiente para que el juzgador determine la procedencia o, en caso contrario, la improcedencia de la medida empresarial, ha de hacerse constar que, cuando el procedimiento de despido colectivo vaya a llevarse a cabo en un grupo de empresas de carácter patológico, la causa alegada para fundamentar dichas extinciones deberá concurrir a nivel grupal¹⁶⁷⁸.

Ahora bien, ¿qué efectos derivará de la falta de acreditación de la causa alegada en un grupo de empresas de carácter patológico?

Si atendemos al tenor literal del artículo 124.11 LRJS, «*La sentencia declarará no ajustada a Derecho la decisión extintiva cuando el empresario no haya acreditado la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación extintiva*», para el supuesto en el que no logre probarse la concurrencia de la causa alegada, la consecuencia debería ser, en principio, la declaración de improcedencia de la medida extintiva¹⁶⁷⁹.

No obstante, si, a los efectos de acreditar la concurrencia de la causa pretendida, el empresario no hubiese aportado la documentación pertinente, con la finalidad de ocultar la dimensión real de la

¹⁶⁷⁸ STS 27-01-2007 (R° 641/2005); SAN 13-01-2014 (R° 145/2013); SSTSJ Asturias 05-07-2013 (R° 31/2013) y 07-06-2013 (R° 21/2013).

No obstante la tesis que acaba de manifestarse, me remito a las consideraciones anteriormente expuestas relativas que no necesariamente en el supuesto de un grupo de empresas de carácter patológico, las causas deben acreditarse a nivel de grupo. Ello ocurrirá, a mi entender únicamente en el supuesto de causa económicas. Es decir, se convergerán causas técnicas, productivas y organizativas, el ámbito de acreditación de la causa podría limitarse a aquellas unidades productivas en las que convergerán.

¹⁶⁷⁹ STS 21-01-2007 (R° 641/2005) y SAN 13-01-2014 (R° 145/2013)

empresa, nos encontraríamos, no ante la improcedencia de la decisión extintiva por falta de acreditación de la causa, sino ante la nulidad de la medida extintiva por falta de buena fe negocial o por falta de aportación de la documentación legalmente establecida en el artículo 51.2 ET, dada la relevancia que tal documentación tendría para cumplir con el objetivo pretendido por el periodo de consultas.

Así, el Tribunal Supremo estableció que *«En consecuencia, la falta de entrega a los representantes de los trabajadores en el periodo de consultas de la contabilidad real de las empresas integrantes del indiscutido grupo a los efectos laborales, pues desde hacía años de las operaciones comerciales realizadas con una serie de clientes no quedaba constancia en la contabilidad de las empresa, impidió una verdadera negociación durante las referidas consultas y comporta el incumplimiento de la exigencia legal de que " Durante el periodo de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo " (...) y evidencia lo adecuado de la declaración de nulidad efectuada en la sentencia de instancia»*¹⁶⁸⁰.

Sin embargo, nuestro Alto Tribunal, con anterioridad a la resolución que acaba de citarse, ha venido a entender que *«si todo ello lleva a la conclusión de que el grupo es mayor que el que la parte recurrente sostiene y que, por tanto, su actitud en este punto es fraudulenta, es a ella a quien se desplaza ya la carga de la prueba de que su comportamiento como tal grupo de empresas ha sido correcto en este caso y no laboralmente patológico puesto que en principio y en función de esas circunstancias ya lo es, debiendo tenerse presente, por*

¹⁶⁸⁰ STS 19-01-2014 (R^o 60/2013).

otra parte, que si algún aspecto de las notas jurisprudenciales de dicha patología puede entenderse insuficiente para entenderla presente en este caso, es la suma de todos ellos y la apreciación del fraude referido lo que puede llevar a otra conclusión en la sentencia recurrida, que, en fin, tras manifestar en el primer párrafo de su sexto fundamento de derecho que la calificación de la extinción contractual acordada en este caso (despido colectivo) ha de ser la de "no ajustada a Derecho" porque considera que, de otro modo, se permitiría el precitado fraude de ley concluye (párrafo segundo del sexto fundamento) que "no procede establecer en esta nuestra sentencia las consecuencias derivadas de la calificación de la decisión extintiva como no ajustada a derecho, pues ello no está previsto en el art 124 apartado 11, de la LRJS salvo para el supuesto de declaración de nulidad..." y que (tercer párrafo) "tanto la determinación de esas consecuencias como a quienes alcanza la responsabilidad de las mismas se decidirá por el órgano judicial competente según las pretensiones, las alegaciones y las pruebas en cada caso desarrolladas dentro de los procesos de impugnación individual del despido tramitados al amparo del art 124.13 de la LRJS»¹⁶⁸¹.

¹⁶⁸¹ STS 19-01-2014 (Rº 60/2013).

2. LA ACCIÓN DE JACTANCIA Y EL GRUPO DE SOCIEDADES

En cuanto a la acción de jactancia, a mi entender, si tal acción se ejercita por parte del empleador de una sociedad perteneciente a un **grupo de sociedades de carácter fisiológico**, deberá resultar de aplicación, a tal supuesto, lo anteriormente expuesto en relación con la acción de jactancia instada por el empleador en una empresa unitaria.

Ahora bien, ¿qué ocurre cuando la acción de jactancia pretenda ejercitarse por un **grupo laboral de empresas**?

A mi entender, si tales grupo están legitimados para poder iniciar un procedimiento de despido colectivo, con todas las vicisitudes y observaciones anteriormente expuestas, también debe permitírseles poder instar esta acción pues, al fin y al cabo, el grupo se erige como el empresario real o verdadero empresario y, por tanto, considero que tendría la potestad de ejercer la acción declarativa contemplada en el artículo 124.3 LRJS.

No obstante la postura que acabo de exponer, debo realizar una matización: y es que a mí entender, el grupo laboral de empresas estaría legitimado para poder ejercitar la mentada acción de jactancia siempre y cuando hubiese negociado el procedimiento de despido colectivo como único empresario, es decir, con todas las observaciones anteriormente expuestas en relación -al proceso de extinción colectiva en los grupos patológicos y su correcto proceder para que, en caso de impugnación, el órgano judicial pueda determinar que tal medida empresarial es ajustada a derecho.

Entonces, y solo entonces el grupo laboral de empresas, como empresario único, estaría legitimado para instar la acción prevista en el artículo 124.3 LRJS, *«Cuando la decisión extintiva no se haya impugnado por los sujetos a los que se refiere el apartado 1 o por la Autoridad laboral de acuerdo con el artículo 148.b) de esta ley, una vez transcurrido el plazo de caducidad de veinte días desde la finalización del plazo anterior, podrá interponer demanda con la finalidad de que se declare ajustada a derecho su decisión extintiva. Estarán legitimados pasivamente los representantes legales de los trabajadores, y la sentencia que se dicte tendrá naturaleza declarativa y producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales en los términos del apartado 5 del artículo 160 de esta ley»*.

3. LA IMPUGNACIÓN INDIVIDUAL DE LA MEDIDA EMPRESARIAL

Con relación al ejercicio de la acción individual que el artículo 124.13 LRJS reconoce a los trabajadores afectados por la medida empresarial, me remito a lo anteriormente expuesto en relación con las empresas unitarias, con la salvedad de la recomendación que voy a proceder a realizar.

Cuando los trabajadores individualmente afectados por la decisión empresarial de despido colectivo aleguen la existencia de un grupo de sociedades y pretendan derivar hacia estos grupos determinadas circunstancias jurídicas derivadas de tal coyuntura, como por ejemplo, que se condene solidariamente a las distintas sociedades que conforman un grupo patológico de empresas o que se les reconozca una mayor antigüedad obtenida de la prestación de sus servicios en diversas de las sociedades que constituyen el grupo, deberán incorporar a su demanda de impugnación a aquellas empresas de las que pretendan tal responsabilidad y no únicamente a la sociedad a la que cuya plantilla están adscritos puesto que, de otro modo, no será posible que el órgano judicial entre a valorar sobre tal cuestión sin que las sociedades implicadas hayan intervenido en el procedimiento para defender sus intereses¹⁶⁸².

¹⁶⁸² BALLESTER LAGUNA, F., *La impugnación del despido colectivo*, ob. cit., pp. 183 y 184.

4. LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS POR DESPIDO EN LOS GRUPOS DE SOCIEDADES

Tal y como ya ha quedado expuesto con anterioridad, una de las grandes modificaciones que supuso la Reforma Laboral de 2013 fue la posibilidad de acudir a la ejecución directa, dada la nueva redacción que tal norma reformadora procedió a realizar sobre a los artículos 124.11 LRJS y 247.2 LRJS, estableciendo la posibilidad de ejecución de los pronunciamientos de nulidad en las sentencias de despido colectivo.

Por tanto, las sentencias de despido colectivo en las que se declare la nulidad son ejecutables conforme al artículo 247.2 LRJS, dejando así el RDL 11/2013 aclarada la cuestión de su ejecutabilidad pero, planteando un sinfín de problemas prácticos, tal y como anteriormente ha quedado expuesto.

Puesto que anteriormente ya ha quedado expuesta la problemática que deriva de este vía ejecutiva, lo que nos interesa ahora es determinar qué ocurre en aquellos supuestos en los que la sentencia pretenda ejecutarse frente a un grupo de sociedades, es decir, quien está legitimado pasivamente.

Si bien en el proceso de ejecución de despido colectivo será siempre sujeto pasivo necesario el empresario, puesto que es el obligado a ejecutar la readmisión, al ser esta el objeto del pronunciamiento de condena, de acuerdo con lo establecido en el artículo 247.1a) LRJS y artículo 538LEC, debemos determinar quién ocupará tal situación en los supuestos en los que el empresario forme parte de un grupo societario.

Asimismo, tal y como anteriormente ha quedado expuesto, existen dos vías para la ejecución de sentencia:

- c) Las acciones individuales de impugnación del despido colectivo, de acuerdo con lo establecido en los artículos 124.13 y 120 a 123 LRJS;
o
- d) La ejecución directa prevista en el artículo 247 LRJS, que deberá producirse, a instancia de los propios sujetos colectivos y ante el mismo órgano judicial que dictó la sentencia, siempre que los trabajadores afectados hubiesen prestado su autorización, acreditada de conformidad con el artículo 247.1 b) LRJS.

4.1. La ejecución de las sentencias por despido en los grupos de sociedades fisiológicas

No podrán ser parte pasiva en la ejecución de la sentencia aquellos sujetos que, si bien siendo demandados en la instancia sean sujetos diversos al empresario.

Así, los grupos de sociedades de carácter mercantil o fisiológico no podrán ser parte ni en el proceso declarativo no tampoco en el proceso de la ejecución, ni como grupo ni a través de las diversas sociedades que conforman el grupo, a excepción de la sociedad empleadora, puesto que en tales grupos societarios no existe la responsabilidad solidaria¹⁶⁸³.

Resulta trascendental en este supuesto la postura mantenida por el Alto Tribunal¹⁶⁸⁴, en la que niega la responsabilidad solidaria del grupo, así como la cualidad de empresario a la sociedad matriz en los grupos de sociedades fisiológicas, aunque la medida empresarial hubiese sido

¹⁶⁸³ PRECIADO DOMENECH, C.H., “La ejecución de los procesos de despido colectivo”, *ob. cit.*, p. 14.

¹⁶⁸⁴ STS 27-05-2013 (R° 78/2012).

decidida por tal empresa dominante, tal y como dispuso la STJCE 10-09-2009, Asunto AEK.

4.2. La ejecución de las sentencias por despido en los grupos de sociedades patológicas

En relación con los grupos patológicos de empresas, para que pueda dirigirse la sentencia contra estos, a efectos de que puedan responder de las obligaciones contraídas, en este caso, la readmisión del trabajador, deberán ser declarados en sentencia para poder dirigir tal ejecución contra ellos.

Una vez declarada en tal resolución la patología grupal, podrá dirigirse la ejecución contra el propio grupo, contra todas las sociedades que lo conforman o contra alguna de sus integrantes, pues estamos en presencia de un supuesto de ejecución frente a deudores solidarios, de acuerdo con lo establecido en los artículos 542.2 y 3 LEC y artículo 1144 CC.

CONCLUSIONES FINALES

CONCLUSIONES FINALES

Con el presente trabajo se ha pretendido realizar un exhaustivo análisis sobre la trascendencia y el alcance que las últimas reformas laborales han tenido sobre el procedimiento de despido colectivo, en concreto, la incidencia de tal reestructuración colectiva en el ámbito privado; su configuración, y las vicisitudes que de tal procedimiento derivan tras la supresión de la autorización administrativa.

El minucioso análisis de dicha institución jurídica se resume en las siguientes conclusiones:

1. La celeridad como motor de la reforma y sus efectos contrarios:

Uno de los principales motivos por los que se procedió a la reforma del despido colectivo, en concreto a la supresión de la autorización administrativa, fue porque se mostraba contraria a la celeridad necesaria en el caso de reestructuraciones empresariales.

Por muy acertada que esté la eliminación de la autorización administrativa, que lo está, a mi parecer, con la nueva regulación dudo mucho que se consiga esa celeridad pretendida, y ello, por los siguientes motivos:

- 1) Se acelera el periodo de consultas, con la fijación de plazos breves, suprimiendo, prácticamente, la negociación con los representantes de los trabajadores, desvalorizando así el periodo de consultas y relegándolo a un mero proceso en el que no se condiciona el proyecto empresarial.

- 2) Respecto a la obligación documental que incube a la empresa en aras de justificar la decisión empresarial de despido colectivo, de la enumeración que de la misma realizan los artículos 3, 4, 5 y 6 RPDC, se desprende que es cuantiosa, exhaustiva y enrevesada, por lo que la inmensa mayoría de los procedimientos de despido colectivos son declarados nulos, no por falta de causa, sino por errores en la documentación o por considerar que la misma es insuficiente, con las consecuencias que dicha nulidad comporta: readmisión inmediata de los trabajadores afectados por el proyecto empresarial y abono de los salarios dejados de percibir. Nuevamente, aquí debemos realizarnos la misma pregunta: ¿Qué beneficios ofrece a las empresas la nueva configuración legal del despido colectivo?

A mi entender, si lo que se pretendía era acelerar el procedimiento de extinción colectiva, la solución más práctica hubiese sido que, las advertencias y recomendaciones que la Autoridad laboral pudiese realizar a las partes en aras de advertir de posibles defectos o errores en el transcurso del procedimiento, pudiesen suspender, durante un corto periodo de tiempo, el periodo de consultas para que dichos defectos formales pudiesen subsanarse.

Aunque, si bien es cierto, que la Autoridad laboral puede realizar las advertencias y recomendaciones que considere necesarias, estas no detienen el procedimiento, por lo que, las partes, en numerosas ocasiones deciden obviarlas

Si por el contrario, dichas indicaciones suspendiesen el transcurso del periodo de consultas por un corto espacio de tiempo, obligando a las partes a subsanar los defectos acaecidos, se evitaría así que, en

última ratio, dichos despidos pudiesen declararse nulos por defectos en la realización del periodo de consultas así como por errores o insuficiencia de la documentación aportada por la empresa.

2. Naturaleza del procedimiento de despido colectivo tras la supresión de la autorización administrativa.

Tras la supresión de la intervención administrativa, surge la duda, acerca de la naturaleza que reviste ahora el procedimiento de despido colectivo.

Aunque ha venido a postularse que el procedimiento administrativo sigue existiendo como soporte de apoyo al periodo de consultas, que sin embargo, no termina con un acto administrativo de decisión, a mi entender, tras las reformas llevadas a cabo por las normas anteriormente citadas, la autorización administrativa, que era la que «revestía» de tal naturaleza al procedimiento de despido colectivo, desapareció y, con ella también desapareció el carácter administrativo de dicho procedimiento y ello porque:

1. La terminación del periodo de consultas, con independencia de que se llegue a acuerdo o no, permite la decisión extintiva empresarial.
2. La decisión empresarial de despido colectivo solo va a ser controlable judicialmente.
3. La intervención administrativa durante el procedimiento de despido colectivo es de colaboración o asistencia en el desarrollo del periodo de consultas para resolver así los problemas planteados por el despido colectivo, pero no tendrá ningún tipo de actividad decisoria o autorizadora.

4. Tal intervención de la Autoridad laboral no va a suponer, en ningún caso, la paralización ni la suspensión del procedimiento.

A modo de síntesis, considero que, el procedimiento de despido colectivo se configura ahora como un procedimiento bilateral entre los representantes de los trabajadores y el empresario, cuyo eje central radica en la negociación de un periodo de consultas entre dichos agentes sobre las medidas derivadas de un proyecto empresarial de extinción colectiva, en el que la participación de la Autoridad laboral se limita por un lado, a vigilar y controlar el cumplimiento de las finalidades a las que se dirige el periodo de consultas y por otro, a buscar soluciones a los posibles problemas que puedan plantarse por los despidos.

3. La configuración del periodo de consultas como piedra angular del procedimiento de despido colectivo.

Tras la supresión de la autorización administrativa con las reformas emprendidas por el RDL 3/2012 y por la Ley 3/2012, el periodo de consultas se configura como la piedra angular en la regulación del procedimiento de despido colectivo al constituirse como manifestación de la negociación colectiva y al presentar unas finalidades concretas, tales como el examen de la concurrencia de las causas alegadas por la empresa y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para paliar sus consecuencias.

Si bien es cierto que tal concepción pretende aproximarse a la regulación que la Directiva 98/59/CE del Consejo de 20 de Julio de

1998 realiza sobre los despidos colectivos, entiendo que tal aproximación continúa siendo insuficiente, pues deja en el tintero consideraciones básicas que jugarían en beneficio de los trabajadores, tales como, por ejemplo, disponer, expresamente, que los representantes de los trabajadores puedan recurrir a expertos de conformidad con las legislaciones o prácticas nacionales.

4. Las negociaciones como centro de gravedad para la consecución de un acuerdo entre representantes de los trabajadores y el empresario.

Aunque si bien es cierto que las negociaciones entre el empresario y los representantes de los trabajadores son el centro de gravedad del periodo de consultas, pues a través de ellas los agentes intervinientes deben discutir, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos y de atenuar sus consecuencias mediante las a medidas sociales de acompañamiento; a mi entender, varios son los factores que merman la eficacia de dichas negociaciones:

1. El corto plazo de tiempo del que disponen las partes para negociar. Si bien es cierto que, con la reforma llevada a cabo por el RDL 11/2013, la comisión representativa debe constituirse con anterioridad al inicio del procedimiento de consultas, el establecimiento de un plazo tan breve, en ocasiones, impide que los sujetos puedan culminar con acuerdo las negociaciones, sobre todo en aquellas comisiones que representen a una proporción importante de trabajadores, en las que va a ser, todavía, más difícil alcanzar acuerdo alguno.

El plazo que establece el artículo 51.2 ET es un plazo máximo *«No superior a treinta días naturales, o de quince en el caso de empresas de menos de cincuenta trabajadores»*.

Nuevamente, el legislador, que tan interesado está en aproximarse a la regulación comunitaria del despido colectivo, obvia la precisión que contiene el apartado tercero del artículo 4 de la Directiva 98/59/CE: *«En la medida en que el plazo inicial previsto en el apartado 1 sea inferior a sesenta días, los Estados miembros podrán conceder a la autoridad pública competente la facultad de prorrogar el plazo inicial hasta sesenta días después de la notificación, cuando los problemas planteados por los despidos colectivos considerados corran el riesgo de no encontrar solución en el plazo inicial»*.

Tal y como puede observarse, la norma comunitaria, es mucho más transigente en una fase que resulta transcendental para la correcta culminación del periodo de consultas.

2. La falta de motivación de los agentes negociadores. Con el RDL 3/2012 y su posterior confirmación con la Ley 3/2012, la decisión empresarial de extinción colectiva carece de agente fiscalizador, por lo que es la propia comunicación de la decisión empresarial la que va a permitir la extinción de los contratos de los trabajadores afectados.

Ante tal circunstancia, son numerosas las situaciones en que la representación empresarial se muestra inamovible en las condiciones ofrecidas a los representantes de los trabajadores pues sabe que, aunque no haya acuerdo, su comunicación de la decisión final le permitirá la extinción de los contratos de los

trabajadores afectados por su proyecto empresarial, independientemente de que dicha extinción, en el supuesto de impugnación judicial, pueda declararse nula por no realizar el periodo de consultas, al carecer las negociaciones de buena fe.

Por otro lado, los interlocutores sociales, a menudo, se encuentran indefensos ante tal situación y optan, simplemente, por acatar las propuestas ofrecidas por el empresario o, en otras ocasiones, deciden rechazar cualquier opción planteada por el empleador y, una vez comunicada la decisión extintiva, impugnarla.

No debemos olvidar, tal y como se ha comentado en el apartado correspondiente a la obligación de negociar de buena fe, que dicha obligación compete a las dos partes, por lo que si los representantes de los trabajadores se muestran hostiles a los ofrecimientos empresariales, y deciden mostrarse inertes y no negociar, la impugnación de la decisión extintiva resultará en vano.

Aunque las posturas anteriormente comentadas no benefician a ninguna de las partes ni mucho menos justifica su actuación, pues de sobra se ha repetido a lo largo del presente trabajo que la opción deseada es que las partes, durante las negociaciones, mantengan una actitud favorable, cumplan con la obligación de negociar de buena fe y se acerquen a la mesa de negociación dispuestas a realizarse concesiones recíprocas; y, aunque en ocasiones así se realiza, no es la situación que más ocurra hoy en día.

En mi opinión, la hostilidad negocial que, en ocasiones, presentan los agentes que intervienen en el proceso negociador deriva, sin duda alguna, de la nueva regulación, pues el hecho de que no haya agente fiscalizador de la decisión empresarial de despido colectivo, a no ser que la decisión empresarial se impugne (puesto que únicamente el órgano jurisdiccional tiene la facultad de controlar la decisión empresarial, debiendo ceñirse, única y exclusivamente, a la concurrencia de los hechos y al transcurso de las negociaciones), implica que las partes conciban el periodo de consultas como un «mero trámite» que debe agotarse, en el caso del empresario, para hacer efectivo el proyecto empresarial o, en el caso de los representantes de los trabajadores, para poder impugnar la decisión extintiva y ello porque, tras las nuevas reformas, que no hacen sino fortalecer el poder empresarial, los trabajadores se encuentran totalmente desprotegidos al ver que, una decisión tan importante como es verse privados de sus puestos de trabajo, va a quedar a expensas de un control judicial que, en todo caso, únicamente va a poder comprobar la concurrencia de la causa y el transcurso del periodo de consultas, por lo que, como es lógico, tantas reformas laborales en detrimento del trabajador implica que, no en pocas ocasiones, la concepción del trabajador hacia tales instituciones sea la propia de un «sistema caciquista».

3. Asimismo, resulta sorprendente el hecho de que, si bien el legislador ha destinado la celebración del procedimiento de despido colectivo a la consecución de un único fin, a saber, la obtención de un acuerdo entre los interlocutores sociales y el

empresario parece, cuanto menos, insólito, que ni la norma estatutaria ni tampoco la reglamentaria establezcan directriz alguna sobre el contenido que debe revestir el mentado acuerdo ni tampoco los efectos que este debe producir, ocasionando tal silencio legislativo un detrimento en los derechos y garantías de los trabajadores.

5. Confusión y desconcierto en la configuración de la comisión negociadora y en los sujetos legitimados para asumir la interlocución durante el periodo de consultas.

Aunque si bien es cierto que con el RDL 11/2013 se establece, claramente, que se crea una única comisión negociadora que, para el caso de ser varios los centros de trabajo afectados, quedará circunscrita a los centros afectados por el procedimiento de despido colectivo, desapareciendo así la dudosa posibilidad de que la consulta se realizase separadamente por centros de trabajo, tal y como contemplaba el RPDC, en una regulación *ultra vires*, y que tal comisión estará integrada por un máximo de trece miembros en representación de cada una de las partes intervinientes, establece, a modo anecdótico, en su Exposición de Motivos que, «*se mejora la determinación de quienes van a integrar dicha comisión de un máximo de trece miembros, siempre en proporción al número de trabajadores de los centros afectados que representen*».

El artículo 41.4 ET contempla una serie de reglas, a mi entender, subsidiarias y excluyentes entre sí (con alguna excepción), en relación con la determinación de los sujetos que conformarán la

comisión negociadora y que, por tanto, intervendrán como interlocutores en el periodo de consultas.

Considero que el contenido de dicho precepto es enrevesado y complejo, pues aunque separe de manera clara los supuestos en los que el procedimiento de despido colectivo afecta a un centro de trabajo o a varios, las reglas que deben seguirse para determinar qué sujetos se encargarán de conformar la comisión negociadora carece de toda perspicuidad en el supuesto en que el procedimiento de despido afecte a varios centros de trabajo y ello porque:

1. En primer lugar, y en relación con la legitimación del comité intercentros, la última Reforma viene a eliminar la posibilidad de que fuera otro «*órgano de naturaleza similar creado mediante negociación colectiva*» el que también pudiera intervenir como interlocutor en el procedimiento de despido colectivo cuando se hubiese creado tal órgano y no un comité intercentros, eliminando así la posibilidad de que sea un órgano, creado por negociación colectiva, el que represente los intereses de los trabajadores en estos supuestos de extinción colectiva.
2. Las reglas que deberán seguirse para el caso de que el proyecto extintivo afecte a varios centros de trabajo en los que no sea posible la intervención de las secciones sindicales, ni del comité intercentros ni de los representantes de los trabajadores, en concreto las establecidas en los números dos y tres del artículo 41.4.b) ET no establecen con claridad a qué supuestos debe atenderse en cada uno de ellos.

Tal incertidumbre no resulta baladí, sobre todo para el punto que seguidamente va a comentarse, pues deja en jaque a los trabajadores

y a sus representantes que, ante tal maraña de reglas, se muestran confusos en cuanto a las pautas que deben seguirse a la hora de constituir la comisión representativa.

Con la última reforma, la comisión representativa de los trabajadores deberá quedar constituida con carácter previo a la comunicación empresarial de apertura del periodo de consultas, para lo que, la dirección de la empresa deberá comunicar de manera fehaciente a los trabajadores o sus representantes su intención de iniciar el procedimiento de despido colectivo.

Las normas aplicables que pecan, tanto por exceso como por defecto, en este caso, por defecto, no establece cuales son los extremos que debe contener esta última comunicación, cuestión que resulta imperdonable a efectos de la creación de la comisión negociadora, pues la misma debe estar constituida con carácter previo a la comunicación empresarial y si en esta pseudocomunicación, según la ley, únicamente ha de hacerse constar la intención de la empresa de iniciar un procedimiento de despido colectivo, difícilmente dicha comisión podrá conformarse.

Por ello, considero que, ante este silencio inaudito, tanto por parte de la norma estatutaria como la reglamentaria, a tal pseudocomunicación deberían añadirse, además, los siguientes extremos:

1. Si el despido afectará a un solo centro de trabajo o a varios pues las reglas que deben seguirse para determinar la intervención como interlocutores en el periodo de consultas son distintas según el despido afecte a un único centro de trabajo o a varios.

2. Plazo máximo del que disponen para constituir la comisión representativa: siete días, a contar desde la fecha de la referida comunicación, a excepción de que alguno de los centros de trabajo que vaya a estar afectado por el procedimiento no cuente con representantes legales de los trabajadores, en cuyo caso el plazo será de quince días.
3. Deberá hacerse referencia a las reglas que deben seguir a la hora de designar la comisión representativa, pues de lo contrario, aquellos centros de trabajo que resulten afectados por el procedimiento y no cuenten con representantes legales de los trabajadores, se encontrarán en situación de indefensión.
4. Número máximo de miembros que deben constituir la comisión negociadora.
5. Consecuencias que derivan ante la falta de constitución de la comisión representativa: no impedirá el inicio y el transcurso del periodo de consultas.
6. Consecuencias que derivan de la constitución una vez iniciado el periodo de consultas: no comportará, en ningún caso, la ampliación de su duración del procedimiento de consultas.

Solo así, entiendo, resultaría posible que la comisión representativa quedara constituida con carácter previo a la comunicación empresarial de despido colectivo, aunque con todas las vicisitudes, avatares y complicaciones anteriormente mencionados.

6. Las nuevas funciones de la Autoridad laboral.

Si tras la supresión de la autorización administrativa hay algo que no deja lugar a duda son las importantísimas modificaciones que han sufrido las funciones que venía desarrollando la Autoridad laboral viéndose cercenada de su competencia más importante: la autorización del expediente de regulación del mismo.

Ni la Exposición de Motivos del RDL 3/2012 ni la de la Ley 3/2012 se encargan de definir las funciones que debe desarrollar la Autoridad laboral, aunque si lo hace la del RPDC, al disponer que se pretenden establecer *«las peculiaridades de un proceso esencialmente bipartito, tal como lo dibuja la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, y en el que la Autoridad laboral no juega un papel decisorio, como sucedía hasta la entrada en vigor del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero»* y que *«En este mismo capítulo alude igualmente a las actuaciones de la Autoridad laboral y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el desarrollo del periodo de consultas que incluyen, no solo las de advertencias o recomendación, sino también las de mediación o asistencia que resulten convenientes para resolver los problemas planteados por el despido colectivo»*.

Si bien es cierto que en la normativa comunitaria la Autoridad laboral no juega un papel decisorio, la Directiva le concede mayor importancia y mayor transcendencia en los despidos colectivos que el legislador español. Baste con comparar las funciones atribuidas a tal

entidad en el artículo 4 de la Directiva y las establecidas por el artículo 10 RPDC.

Del cotejo de tales preceptos se desprende, claramente, la diferencia respecto a la importancia que la Directiva Comunitaria concede a la Autoridad Pública en relación con la escasa trascendencia que se le concede a las funciones de la Autoridad laboral:

1. La Directiva comunitaria reconoce a las autoridades públicas importantísimas competencias respecto a la búsqueda activa de soluciones a los problemas planteados por los despidos y, aunque no viene a definir qué soluciones son las que deben adoptarse, deberían incluirse las que se refieren a la conservación de la relación laboral.

En contraposición, el Reglamento reconoce la posibilidad de que, la Autoridad laboral pueda realizar actuaciones de mediación con el fin de buscar soluciones a los problemas planteados por el despido colectivo, siempre y cuando exista una petición conjunta de ambas partes.

El legislador español difumina, claramente, la función que le corresponde a la Autoridad Pública, pues en el lenguaje de la normativa europea, ella es la máxima responsable de encontrar una salida a la extinción colectiva, mientras que en nuestro caso, tal opción se relega a una solicitud conjunta de los agentes intervinientes en las negociaciones.

2. Tal es la importancia que se le reconoce a la función de solución de conflictos que la normativa europea permite a los Estados miembros conceder a la Autoridad laboral prorrogar el plazo inicial hasta sesenta días después de la notificación, cuando los

problemas planteados por los despidos colectivos corran el riesgo de no encontrar solución en dicho plazo inicial.

Nada dice ni la Ley ni el Reglamento acerca de este extremo, pues aunque se convierte en vigilante de la fase de consultas, pudiendo incidir en el mismo, a través de recomendaciones y advertencias, no se explota, como si lo hace la normativa comunitaria, la función de aportación de soluciones propias, sino que debe estar, en este sentido, a la espera de petición de auxilio mediador por parte de los agentes intervinientes en el procedimiento de consultas.

3. Una última muestra de la pérdida de poder que ha sufrido la Autoridad laboral aunque, a mi entender, la más importante, es que las advertencias y recomendaciones que pueden proferir a las partes durante el periodo de consultas no van a suponer, en ningún caso, la paralización ni la suspensión del procedimiento; es más, dichas advertencias pueden ser atendidas o no por las partes, aunque si bien es cierto que el empresario deberá responderle por escrito, antes de la finalización del periodo de consultas sobre las recomendaciones o advertencias que le hubiera formulado.

Esta comparativa entre la normativa comunitaria y nuestro derecho interno deja claro que, tras la eliminación de la autorización administrativa, la Autoridad laboral se ha relegado a ser una mera comparsa de un procedimiento claramente bipartito, en el que se prefiere agotar, cuanto más rápido mejor, el “trámite” de consultas, rebajando así la importancia de llegar a un acuerdo en una fase que resulta esencial en su importancia.

7. La irrelevancia del informe de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social.

Tanto de la norma estatutaria como de la reglamentaria se desprende que el informe de la Inspección no va a ser un elemento decisorio en la conformación de la voluntad ni de las partes del procedimiento (porque no pueden tener acceso a él) ni tampoco de la Autoridad laboral, pues se va a evacuar en el improrrogable plazo de quince días desde la notificación a la Autoridad laboral de la finalización del periodo de consultas y los efectos que pueda tener, en su caso, se desprenderán fuera del expediente administrativo.

Es, por ello, por lo que, en mi opinión, al Informe de la ITSS no tiene trascendencia ni importancia alguna durante el periodo de consultas, mejor dicho, ninguna relevancia tiene durante el procedimiento de despido colectivo y ello porque:

- a. Según el artículo 10.2 del Reglamento el informe se realizará quince días después de la notificación a la Autoridad laboral de la finalización del periodo de consultas, por lo que, en ese momento, poco puede servir de ayuda a los trabajadores.
- b. Se incorporará directamente al expediente, sin posibilidad alguna de que se les dé traslado de una copia a las partes, por lo que las mismas van a desconocer cuales han sido las conclusiones a las que ha llegado la Inspección sobre el transcurso del periodo de consultas y sobre la suficiencia o no de la comunicación de la decisión empresarial de despido colectivo.
- c. Va a ser la Autoridad laboral la que, durante el periodo de consultas, se encargue de comprobar si el periodo de consultas

transcurre de forma correcta y efectiva, aunque pueda requerir ayuda a la ITSS.

Dicho informe, en todo caso, será efectivo, a mi entender, únicamente en los siguientes supuestos:

- a. En fase judicial y en caso de impugnación de la decisión de despido colectivo, al acreditar los hechos como probados.
- b. En virtud de la facultad que establece el artículo 11.4 RD 1484/2013 a la ITSS, al cuando compruebe que concurre fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo adoptado en el periodo de consultas y, en todo caso, sería la Autoridad laboral que la que estaría habilitada para impugnar dichos acuerdos adoptados en el periodo de consultas, en virtud de lo establecido en el artículo 51.6 ET.
- c. En relación con el uso indebido de prestaciones por desempleo y en virtud de lo establecido en el artículo 11.4, la facultad de comprobación que tiene la ITSS de que el acuerdo alcanzado en el periodo de consultas *«No tiene por objeto la obtención indebida de prestaciones por desempleo por parte de los trabajadores»* y, en dicho caso, también será la Autoridad laboral la encargada de impugnar, según lo establecido en el artículo 51.6 ET, segundo párrafo, *«Los acuerdos adoptados en el periodo de consultas (...) así como cuando la entidad gestora de las prestaciones por desempleo hubiese informado de que la decisión extintiva empresarial pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo»* y, es más, de acuerdo con dicho precepto, la

impugnación se basará no en lo establecido en el Informe de la Inspección, sino en las conclusiones alcanzadas por la Entidad Gestora.

8. Desnaturalización de la comunicación individual del despido

A mi entender, de todo lo expuesto a lo largo del presente trabajo, queda patente que, tanto los últimos pronunciamientos jurisprudenciales así como gran parte de las resoluciones emanadas de la doctrina judicial, han «desnaturalizado» la verdadera esencia de la comunicación individual del despido, relativizando su importancia al ir restando o menguando, cada vez más, la trascendencia de los requisitos formales que la revisten, olvidándose en todo momento de que esa misiva es el instrumento más importante, incluso en algunas ocasiones, el único, del que dispone el trabajador para hacer valer sus derechos frente a los tribunales cuando su pretensión sea la de oponerse a la decisión extintiva.

En mi opinión, la comunicación individual de despido, ha de proporcionar al trabajador un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de los hechos concretos que motivan la extinción de su contrato para que pueda impugnar la decisión empresarial sino está conforme y proponer los medios de prueba que considere convenientes para su defensa, exigencia que no se cumple cuando la aludida comunicación únicamente contiene referencias genéricas e indeterminadas a la situación de la empresa que perturban gravemente aquella defensa.

9. El menoscabo del control judicial.

La Exposición de Motivos del RDL 3/2012 estableció que el control judicial de las extinciones colectivas y por causas objetivas deberían ceñirse exclusivamente a la valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas.

Con tan rotunda afirmación nos alarmaba citada Exposición de Motivos al impedir que los tribunales entrasen a conocer otra cosa que no fuera la concurrencia de la causa. Y es que tal afirmación no hace sino coartar y limitar las facultades del juzgador para poder evaluar la razonabilidad de la extinción, reduciendo el margen de tutela judicial ante las extinciones empresariales, degradando así la causalidad en el despido, contraria al derecho consagrado en el artículo 35 de la Constitución Española que incorpora el derecho a no ser despedido sin justa causa, atentando, igualmente, contra los compromisos asumidos por el Estado Español al ratificar el Convenio 158 OIT. Así vino a entenderlo nuestro Tribunal Constitucional en STC 8/2015, de 22 de enero de 2015 (RI 5610/2012) al establecer que *«Es, al juez, a quien corresponde apreciar la concurrencia de una causa real y verosímil, que por ser justa, esto es, por ajustada a la razón, legítima la decisión empresarial extintiva de la relación laboral, dentro de los parámetros normativos que le ha otorgado el legislador, en el ejercicio de las competencias que la Constitución le ha atribuido (art 35.2 CE)»*.

10. Las consecuencias de la judicialización del despido

La judicialización del despido colectivo ha comportado una multitud de criterios judiciales que, en muchos sentidos, se han mostrado

vacilantes y contradictorios, complicando, aun más, si ello es posible, la regulación del procedimiento de despido colectivo, y creando una inseguridad jurídica tanto a los trabajadores como a los propios empresarios.

No obstante, en algunos sentidos, tal intervención ha sido positiva, puesto que ha esclarecido algunas nebulosas cuestiones y ha completado algunas de las múltiples lagunas jurídicas que el legislador olvidó completaren la regulación de tal institución jurídica.

11. La constante dicotomía entre grupo laboral y mercantil y los efectos que esta produce en el acometimiento de despidos colectivos

- a. Por lo que respecta a los consorcios de naturaleza patológica, tal y como ha quedado patente a lo largo del presente trabajo con la exposición de la doctrina existente en materia de grupos laborales, no hay una uniformidad de criterios en cuanto a su correcto proceder en las extinciones de carácter colectivo, lo que crea una total inseguridad jurídica y deja a los grupos empresariales de tal naturaleza en una absoluta indefensión a la hora de promover despidos colectivos.
- b. Respecto a los grupos fisiológicos debe hacerse constar que, desde la vertiente procedimental, será obligatorio, según la jurisprudencia, así como la doctrina judicial, que tal restructuración se tramite empresa por empresa, aunque la voluntad extintiva haya nacido en la sociedad dominante.

Tal «solución» judicial, a mi entender, resulta totalmente insatisfactoria, pues el conducir el proceso extintivo a una obligada tramitación plural empresa por empresa no hace sino desvalorizar la esencia del periodo de consultas, al perder su efecto útil y al denegar el acceso al interlocutor real de la decisión extintiva, produciendo, asimismo, reiteraciones superfluas de las interlocuciones en cada una de las sociedades afectadas.

12. Si es posible llevar a cabo reestructuraciones colectivas en los grupos laborales de empresas, ¿porqué se postula tal inviabilidad con respecto a los grupos de sociedades fisiológicos?

A pesar del empecinamiento de la doctrina comunitaria en limitar, cada vez más, el ámbito de referencia en los procedimientos de despido colectivo, debemos concluir que la normativa europea no impide que cualquier estado miembro pueda establecer, bien por disposición legal o por determinación jurisprudencial, la ejecución de un procedimiento de extinción colectiva a nivel grupal en el que los procesos de información y consulta puedan circunscribirse a dicho ámbito, sin ser necesaria la realización de tantos procesos negociadores como empresas afectadas por la extinción hubiese.

Por tanto, en mi opinión, este debe ser un argumento a tener en cuenta para poder permitir que los grupos de sociedades puedan instar procedimientos de despido colectivo cuyo ámbito de afectación sea el propio grupo.

Nuestra legislación actual no contempla la participación del grupo mercantil en el periodo de consultas del despido colectivo, ni siquiera cuando la media afecta globalmente a las empresas que lo componen y la decisión ha sido tomada por la empresa dominante para todas ellas, lo que, evidentemente, es un reprochable signo de desfase entre el marco normativo y la realidad del tejido empresarial, que esconde a quien debería ser el interlocutor real para que el periodo de consultas alcance sus fines. Lo anteriormente expuesto no resulta óbice para que no pueda llevarse a cabo una negociación global del despido colectivo con la empresa dominante del grupo.

La disposición contemplada en el artículo 51.8 ET relativa a que las obligaciones de información y documentación previstas en el citado precepto deberán aplicarse, con independencia de que la decisión relativa a los despidos colectivos haya sido tomada por el empresario o por la empresa que ejerce el control sobre él tiene efectos puramente enunciativos, sin establecer obligación alguna en relación con la empresa dominante ni respecto a ninguna de las otras sociedades que conforman el grupo, si bien puede interpretarse como una recomendación, como una advertencia a los grupos de sociedades en el que se les exhorta a que cumplan con las obligaciones legalmente establecidas.

¿En quién está pensando el legislador al establecer tal precisión? Claramente en las empresas de grupo, sobre todo en aquellas en las que tal restructuración no debe imputarse a una decisión unilateral, sino a una orden o instrucción efectuada por la sociedad dominante o empresa matriz. ¿Y la finalidad o propósito? Que se efectúe un

correcto cumplimiento de las obligaciones de información y documentación previstas para el procedimiento de despido colectivo. La imposición de la decisión extintiva por parte de la empresa matriz o sociedad dominante es una posibilidad potencial cuando el dinamismo económico y empresarial se desenvuelve al amparo de un grupo societario en el que existirá una dirección común o una subordinación económica a la empresa matriz por parte del resto de sociedades.

Ahora bien, tal circunstancia no determina que el grupo sea el empresario, ni que las reglas que legal y reglamentariamente se imponen al titular empresarial deban aplicarse al directivo o administrador del grupo.

Las obligaciones contempladas en el artículo 51 ET deben imponerse al «empresario» titular de una sociedad individualmente considerada, puesto que el grupo mercantil no está legitimado para iniciar un procedimiento de despido colectivo.

Por tanto, la dirección o la empresa matriz del grupo podrá decidir que se lleve a cabo una extinción de carácter colectivo en el ámbito grupal, pudiendo afectar a una de ellas, a varias o a todas las empresas conformantes del emporio societario, para las obligaciones impuestas legal y reglamentariamente corresponderían a cada uno de los titulares de las sociedades que resulten afectadas, lo que producirá la concomitancia de una multiplicidad de procedimientos de extinción colectiva dentro de un mismo consorcio.

No obstante lo anterior, considero necesario remarcar la incoherencia entre lo realmente necesario y lo legalmente establecido, pues me parece del todo inconsistente que se puedan

llevar a cabo una pluralidad de procedimientos de despido colectivo dentro de un mismo grupo de sociedades, en el que las condiciones acordadas entre representantes y empresarios pueden diferir sustancialmente mientras que las causas y condiciones han inspirado la decisión han sido las mismas para todas las sociedades, además de ser tomadas por una sociedad dominante que no participa del periodo de consultas.

Por ello, lo idóneo, lo correcto es que la negociación global del despido colectivo se produzca con la empresa dominante puesto que, de este modo, el periodo negociador se llevará a cabo entre los interlocutores reales. Y es que, a mi entender, la obligada tramitación plural de despidos colectivos promovidos por la sociedad matriz mediante periodos de consultas paralelos que, exigen tanto la doctrina como la jurisprudencia, es totalmente insatisfactoria, pues para que el periodo de consultas pueda ver cumplida su finalidad debería ser la sociedad matriz y no las empresas dominadas el verdadero interlocutor del periodo de consultas.

En mi opinión y, a modo de síntesis, considero que lo más conveniente sería, tal y como han venido exigiendo doctrina y jurisprudencia, proceder a una nueva regulación legal que contemplase la posibilidad de que un grupo de empresas mercantil promueva como tal un procedimiento de despido colectivo.

Ahora bien, mientras dicha regulación no se produzca los grupos de sociedades deberán, a mi entender, realizar tantos periodos de consultas como sociedades afectadas por el procedimiento de despido colectivo hayan, siendo favorable, asimismo, la realización de una negociación global del despido colectivo con la empresa dominante,

que permitirá a los representantes de los trabajadores tener un primer trato directo con el interlocutor real y conocer, de primera mano, los motivos y la justificación del proyecto extintivo así como la incidencia y adecuación de las causas en cada una de las sociedades que lo componen, sin darse por cumplida, con este trámite, la obligación de negociación con cada una de las empresas del grupo mercantil, todo ello, sin perjuicio de que las garantías inherentes a ella se puedan acabar reforzando al llevarse a cabo *a posteriori*, sesiones separadas para tratar las cuestiones específicas de cada centro, pero sin condicionar el resultado global de la negociación al resultado de dichas reuniones separadas.

13. Numerosas pero deficientes vías de impugnación

El sistema impugnatorio del despido colectivo dispone una serie de pautas de coordinación, estructuración y organización con respecto a la triple vía impugnatoria:

1. La acción colectiva, que se presenta bastante «generosa» con respecto a los sujetos que resultan legitimados para ejercitar la citada acción, puesto que además de la representación legal de los trabajadores, también abarca al comité intercentros y a las comisiones *ad hoc*.
2. Respecto a la segunda vía, debe hacerse constar que el propio empleador tiene la posibilidad de ejercitar la llamada acción de jactancia; y
3. Finalmente, se encuentra la acción individual de despido, supeditada o condicionada por la acción de impugnación de

naturaleza colectiva, por lo que el legislador debería ser más preciso ante una posible superposición de los plazos, sino también delimitando, con mayor concisión, el ámbito operativo que separa la acción colectiva de la individual, otorgando así una mayor seguridad jurídica a los sujetos accionantes.

Asimismo, respecto a la acción de oficio de que dispone la Autoridad laboral, el legislador debería reconsiderar, tanto su trascendencia como su finalidad, pues las funciones que venía desempeñando en tal procedimiento se han visto del todo modificadas, o incluso podría afirmarse «cercenadas».

14. Deficiente regulación de la ejecución definitiva de la sentencia colectiva.

La sentencia colectiva que determine la nulidad de la extinción colectiva puede ser ejecutada directamente, sin tener que acudir a las acciones o impugnaciones individuales de despido.

La reforma que el RDL 11/2013 operó sobre el artículo 247.2 LRJS amplió la aplicación del proceso ejecutivo regulado por el precepto citado a las sentencias firmes pero, únicamente, en aquellos casos en los que la decisión empresarial colectiva se haya declarado nula

Tal y como se desprende del tenor literal del precepto que acaba de citarse, la modalidad ejecutiva en el prevista no se ha estimado adecuada o conveniente para aquellos supuestos en los que se declare la improcedencia del despido colectivo, posiblemente porque el alcance o trascendencia de sus consecuencias revisten mayor complejidad.

La ejecución definitiva de la nulidad del despido colectivo ha sido un tema de conflicto que ha creado una cierta controversia, en la doctrina científica, existiendo diversas posturas en relación con esta «polémica» figura, tal y como ha quedado expuesto a lo largo del presente trabajo.

El problema que radica en la ejecución directa de la sentencia de instancia por parte de los propios sujetos colectivos, estriba en que el proceso colectivo no certifica que, por parte del juzgador, se hayan determinado y concretado los datos necesarios para garantizar la readmisión de los trabajadores o, en caso de que esta devenga imposible, las circunstancias laborales (antigüedad, salario, etc.) que permiten concretar el montante derivado de la extinción indemnizada. Y es que no debe olvidarse que la finalidad del proceso colectivo radica en solventar las cuestiones que ostentan tal naturaleza: causas y posibles defectos en el procedimiento.

Por ello, el legislador debería plantearse reformar esta modalidad ejecutiva, empezando por introducir, como requisitos de la demanda colectiva, los datos que permitan conocer al juzgador las circunstancias de cada trabajador, a los efectos de garantizar la readmisión de todos ellos, en las condiciones adecuadas o, en caso de que tal opción resulte imposible, proceder a determinar el montante económico adecuado para el supuesto en el que lo que corresponda sea la extinción indemnizada.

15. Desvalorización *in crescendo* de los requisitos que, tanto la norma estatutaria como la reglamentaria exigen con respecto a los procedimientos de despido colectivo.

Si atendemos, tanto a la jurisprudencia como a la doctrina judicial expuesta en el presente trabajo, que abarca desde los inicios de la Reforma Laboral de 2012 hasta los últimos pronunciamientos judiciales dictados con relación al tema objeto de estudio, queda patente, a mi entender, que se ha producido no solo una devaluación o depreciación de los requisitos procedimentales (documentación relativa a la fase colectiva, exigencias formales concernientes a la fase individual, entre otras), sino también en lo relativo al elemento causal.

Baste observar los recientes pronunciamientos de nuestro Alto Tribunal que, si bien hasta ahora se mostraba crítico con la reforma producida en nuestro artículo 51 ET, en sus últimos pronunciamientos vendría a reconsiderar su postura e incluso ir más allá de la propia Reforma Laboral de 2012, no tanto en lo que respecta al control judicial de los despidos, puesto que en este punto vendría a cumplir «a pie juntillas» lo dispuesto en la Exposición de Motivos del RDL 3/2012, sino en lo relativo a los criterios formales.

En mi opinión, tal exégesis literal de la Reforma Laboral produce una merma en la tutela de los intereses jurídicos de los trabajadores, así como una disminución en el control judicial de las extinciones, tanto de las colectivas como de las individuales.

En síntesis, podría afirmarse que estamos asistiendo a un retroceso en la protección de los derechos de los trabajadores, contraviniendo

no solo las normas dispuestas por la OIT, sino incluso nuestra propia Carta Magna.

A modo de síntesis, y haciendo balance de la nueva configuración del despido colectivo, me sorprende la degradación que, cada vez más, se produce en la figura del trabajador.

No sé si se debe a la concepción puramente civilista o incluso mercantilista, que cada vez más va penetrando en la mente del legislador a la hora de entender el contrato de trabajo; o que tal motivo sea la disyuntiva que se le presenta al empresario entre tutela del trabajo dependiente y contribución al crecimiento económico y a la productividad empresarial decantándose la misma a favor de la segunda; o, incluso, que tal degradación se deba a la idea de que el trabajador es, simplemente un empleado a las ordenes del empresario, por lo que puede manejarlo a su antojo justificando sus actuaciones bajo sus potestades de dirección y control empresarial.

Sea cual sea el motivo, la única realidad es que el trabajo ha dejado de ser el objeto de regulación del Derecho Laboral para que sea el empleo el que ocupe ese eje central, por lo que, ¿Para qué van a emprenderse medidas que mejoren las condiciones laborales de los trabajadores? La razón es evidente: para mejorar la productividad empresarial las medidas más efectivas son la minusvaloración relativa a los intereses del trabajador y su plena fungibilidad.

Ante una Reforma en la que es más importante lo que se suprime que lo que se añade y que se expresa más por omisión que por regulación explícita, en la que se quiere al empresario como autoridad incontestable en los lugares de producción, en donde se sustituye la procedimentalización y contratación de las decisiones sobre las

condiciones de trabajo y las previsiones de empleo en la que se refuerza su poder unilateral, se dota a sus decisiones de un carácter definitivo, con unas medidas que menguan las garantías de los derechos laborales individuales y limitan la intervención de los tribunales en orden a controlar la existencia de causas justificativas para proceder a la extinción de los contratos; ante una reforma de tal calibre, únicamente puedo inclinar mi balanza hacia la consternación y el desconsuelo, mientras imploro que el raciocinio y el sentido común arraiguen, tanto en la mente de nuestro legislador como de nuestros aplicadores del derecho.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA

AA. VV., *Grupos de empresas y Derecho del Trabajo*, Trotta, 1994.

AA.VV., *La reforma laboral en la Ley 35/2010*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

AA.VV., *La regulación del mercado laboral, Un análisis de la ley 3/2012 y de los aspectos laborales del Real Decreto-Ley 20/2012*, Lex Nova, 2012.

AA.VV., *El Proceso laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

AA.VV., *Lecciones de jurisdicción Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

AA.VV., *Curso de Procedimiento Laboral*, Décima edición, Tecnos, Madrid, 2014.

ABRIL LARRAINZAR M^a. P., *El derecho a la información y consulta en el despido colectivo*, XXIV Jornades Catalanes de Dret Social, Barcelona, 21 y 22 de febrero de 2012.

AGUSTÍ MARAGALL, J., “La prohibición de afectación de las trabajadoras embarazadas y en permiso de maternidad en los despidos (“salvo caso excepcional”)”, *Jurisdicción Social*, N° 127, 2012

AGUSTÍ MARGALL, J., “La exigibilidad de la comunicación individualizada al trabajador afectado por el despido colectivo y su alcance”, *Revista Jurisdicción Social*, número extraordinario monográfico sobre la Ley 3/2012 y el RDL 20/2012, julio, 2012.

AGUSTÍ MARAGALL, J., “La exigencia informativa en la comunicación individual de extinción por despido colectivo ex artículo 51.4 ET. Una reflexión respecto de las recientes –y contradictorias sentencias del TSJ Madrid 9.1.2014 y del TSJ Castilla-León 16.1.2014 relativas al despido colectivo de Bankia”, *IUSLabor 1/2014*.

AGUSTÍ MARGALL, J., “La comunicación individual de extinción por despido colectivo ex art. 51.4 ET: alcance de la exigencia informativa y de su control judicial”, *XXV JORNADES CATALANES DE DRET SOCIAL*, 20 y 21 de febrero de 2014.

ALBIOL ORUÑO, M., ALFONSO MELLADO, C., BLASCO PELLICER, A., GOERLICH PESET, J.M., *Derecho Procesal Laboral*, 11ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

ALFONSO MELLADO, C. y FABREGAT MONFORT, G., *Negociación en la empresa*, Tirant online.

ALTES TÁRREGA, J.A., BLASCO PELLICER, A. y NORES TORRES, L.E., *El despido objetivo*, Tirant lo Blanch, 2010.

AZAGRA SOLANO, M., “Despido colectivo: comunicación de la decisión a los representantes de los trabajadores”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, Nº 4, 2014.

ARIAS DOMINGUEZ, A., en “Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Últimas reformas en materia de mantenimiento, protección y fomento del empleo. Análisis sucinto del Real Decreto-Ley 2/2009, de 6 de marzo”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, Vol. XXVII, 2009.

ARIAS DOMÍNGUEZ, A., *Tres años de reforma del despido colectivo, ¿Ha conseguido su propósito el legislador?*, Editorial Dykinson, Madrid, 2014.

ARCE ORTIZ, E. G., *La circulación de trabajadores en el grupo de empresa*, Mergablum Edición y Comunicación, 2003.

ASENJO PINILLA, J.L., “Criterios de preferencia y selección de trabajadores en los supuestos de extinción del contrato por causas colectivas y/u objetivas”, *Actum Social*, Nº 49, 2011.

BALLESTER LAGUNA, F., *La impugnación del despido colectivo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

BALLESTER PARTOR, M. A., “La desaparición del despido nulo por fraude de ley (Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 1993 y de 19 de enero de 1994, en unificación de doctrina)”, *Revista del Poder Judicial*, Nº 37, 1995.

BAYLOS GRAU, A., “El sentido general de la reforma: la ruptura de los equilibrios organizativos y colectivos y la exaltación del poder privado del empresario”, *Revista de Derecho Social*, Nº 57.

BAZ RODRIGUEZ, J., *Las relaciones de trabajo en la empresa del grupo*, Comares, Granada, 2002.

BAZ RODRÍGUEZ, J., “El despido colectivo en las empresas de grupo. Viejos y nuevos problemas, tras el cambio normativo (2012-2014)”, *Trabajo y Derecho*, Nº 1, Enero, 2015.

BENAVENTE TORRES, M^a.I., “Las comisiones *ad hoc* en los períodos de consulta/negociación”, *Temas Laborales* Nº 124.

BEL ANTAKI, J., “¿Puede un despido colectivo declararse parcialmente ajustado a derecho? A propósito de la STSJ País Vasco de 9 de julio de 2013”, *Revista Aranzadi Social*, Nº 55, 2013.

BLASCO PELLICER, A., *La extinción del contrato de trabajo en la Reforma Laboral de 2012*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

BLASCO PELLICER, A., “Extinción colectiva de trabajo. Despido colectivo y por fuerza mayor”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, Nº 100, 2012.

BODAS MARTIN R., *El procedimiento de despido colectivo y su control judicial*, Ciclos de debates laborales sobre los procesos de reestructuración y su control judicial, Madrid, 22 de mayo de 2013.

BODAS MARTIN, R., “Realidad y futuro de las mejoras voluntarias en la negociación colectiva”, *X Congreso de la Asociación Española de Salud y Seguridad*, Madrid, 24 y 25 de octubre de 2013.

BODAS MARTÍN, R., “Aspectos conflictivos del despido colectivo y otras actuaciones colectivas de la empresa. Requisitos de la Directiva Comunitaria 1998/59/CE,” *Ponencias de la III Jornada sobre Derecho Colectivo*, martes 20 de mayo de 2014, Organizada por la Asociación Nacional de Laboralistas.

CABEZA PEREIRO, J., “La supresión de la autorización administrativa en los despidos colectivos”, *Revista de Derecho Social*, 2012, Nº 57.

CASAS BAAMONDE, M.E., *Procedimientos de solución autónoma de conflictos laborales y reestructuraciones empresariales (Las novedades de la Ley 3/2012 con especial referencia a la mediación y el arbitraje en los procedimientos de consultas en las reestructuraciones empresariales)*, Programa XIV Jornadas 2012 ASAC V Quinto acuerdo sobre solución autónoma de conflictos laborales, Madrid, 25 de octubre de 2012.

CAVAS MARTINEZ, F., “El procedimiento de impugnación del despido colectivo tras la reforma laboral” *Aranzadi Social, Revista Doctrinal* Nº 2, 2012.

DE ARRIBA FERNANDEZ, M.L. *Derecho de grupos de sociedades*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2009.

CAMPS RUIZ, L.M., “Grupos de sociedades: jurisprudencia reciente y ¿Reforma? de la legislación mercantil”, Texto de la conferencia de clausura del *XXV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, AEDT y SS*, León, 27 de mayo de 2015.

DE LA VILLA GIL L.E., “Comisiones laborales y comisiones sindicales. Una sorpresa escondida en la reforma laboral de 2010”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2011, Nº 23.

DEL JUNCO CACHERO, M., “Despido Objetivo: Garantía de prioridad de permanencia del representante de los trabajadores”, *Temas Laborales*, 2009, Nº 99.

DESDENTADO BONETE A., “Los despidos económicos tras la reforma de la Ley 3/2012. Reflexiones sobre algunos problemas sustantivos y procesales”, *Actualidad Laboral*, 2012, Nº 17.

DESDENTADO BONETE, A. y DESDENTADO DAROCA, E., *Grupos de empresas y despidos económicos*, Lex Nova-Thomson Reuters, Valladolid, 2014.

DESDENTADO BONETE, A., “Los despidos económicos en el empleo público. Algunas reflexiones sobre la jurisprudencia”, *Revista de Jurisprudencia*, Nº 2, 2015.

DESDENTADO DAROCA, E., *La personificación del empresario laboral: problemas sustantivos y laborales*, Lex Nova, 2006.

DUEÑAS HERRERO, L.J., “El grupo de empresas y la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1993”, *Relaciones Laborales*, 1995.

DUQUE DOMINGUEZ, J.F., “Líneas generales de los problemas de los grupos de sociedades en el Derecho Laboral”, *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, 2001.

ESCUADERO RODRÍGUEZ, R., “Los márgenes dejados por la Ley a la negociación colectiva en materia de expedientes de regulación de empleo”, en AAVV, *La negociación colectiva en los expedientes de regulación de empleo* MESS, Madrid, 2012.

ESTEVE SEGARRA, M. A., *Grupo de sociedades y contrato de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

ESTEVE SEGARRA, A., “Grupos de empresa: efectos de las transformaciones empresariales sobre el Derecho del Trabajo”, *Quaderns de Ciéncies Socials*, Nº 10, 2003.

ESTEVE SEGARRA, A., en “El marco de referencia en los procedimientos de consultas en los grupos de sociedades: la necesidad de una reinterpretación. Comentario a la SAN en el despido colectivo de

Coca Cola Iberian Partners”, *Revista de Información Laboral*, Nº 6, 2014.

FALGUERA BARÓ, M.A., “La causalidad de los despidos económicos, técnicos, organizativos y productivos después de la ley 3/2012: reflexiones tras un año de doctrina judicial por la vía del artículo 124 LRJS”, *Associació Catalana de Iuslaboralistes*, julio, 2013.

FALGUERA BARÓ, M.A., “El acuerdo en el periodo de consultas”, *Los periodos de consultas, XXVI Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva organizadas por la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos*, Madrid, 2013.

FALGUERA BARÓ, M.A., *El procedimiento del despido colectivo y el desarrollo del periodo de consultas: criterios judiciales*, Bomarzo, Albacete, 2015.

FALGUERA BARÓ, M.A., “Los medios de prueba de la causa económica, técnica, organizativa y productiva”, *I Encuentro de profesionales del asesoramiento laboral y social Crisis empresariales y derechos fundamentales de los trabajadores y trabajadoras*, Bilbao, 28 y 29 de Mayo de 2015.

FERNANDA VÁSQUEZ, M., “Grupo de sociedades y protección de acreedores (una perspectiva societaria)”, *Ius et Praxis versión On-line*, V. 13, Nº 2, Talca, 2007, <http://goo.gl/zXp9MA>.

FERNÁNDEZ CASARIEGO, Z., “La organización interna como ventaja competitiva para la empresa”, *PEE*, N° 56, 1993.

FERNÁNDEZ LOPEZ, M.F., “La reforma del régimen de despido colectivo por la vía de la reducción de sus costes”, *Revista de Derecho Social*, 2012, N° 57.

FUENTES FERNANDEZ, F., “La proyección de reserva de empleo a favor de los trabajadores minusválidos sobre los expedientes de regulación de empleo”, *Temas Laborales*, 2004, N° 77.

GARCIA MURCIA, J., “La reforma del despido colectivo: reajustes legales y primeras experiencias de aplicación jurisdiccional”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, N° 12, 2013.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., “Es imposible que una cosa sea y no sea al mismo tiempo y bajo el mismo aspecto”: el principio de no contradicción en la jurisprudencia constitucional”, *Justicia laboral: Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, N°. 41, 2010.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN. I., *Guía de los procedimientos de despido colectivo, de suspensión de contratos y de reducción de jornada. Conforme a los Reglamentos de 29 de octubre de 2012*, Valladolid, Lex Nova, 2012.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R., “El principio de correspondencia representativa como límite a la negociación de empresa”, *Revista de Información Laboral*, N° 3, 2014.

GARCÍA-PEROTE ESCARTÍN, I., “Grupo de empresas y Derecho del Trabajo: el abandono del criterio de la dirección unitaria como elemento adicional determinante de la responsabilidad solidaria”, *Actualidad Laboral*, 2014, Nº 7.

GARCIA VIÑAS, J., “El despido nulo por abuso de derecho y fraude de ley: análisis jurisprudencial (I)”, *Actualidad Laboral*, Nº 45, 1993.

GARRIDO PÉREZ, E., “Los acuerdos de reestructuración empresarial, con especial atención a los derivados de despidos colectivos, suspensión de contratos y reducción de jornada”, *Temas Laborales Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, Nº 120, 2013.

GOERLICH PESET, J. M., “Los grupos de sociedades en la jurisprudencia social reciente: puntos críticos”, *Revista de Información Laboral* Nº 5, 2014.

GOERLICH PESET, J.M., “Ejecución definitiva de la nulidad del despido colectivo: de nuevo sobre el caso Coca Cola (Auto AN 56/2015, de 30 de septiembre)”, *Trabajo y Derecho*, Nº14, 2016.

GÓMEZ POZUETA C.J., “La buena fe procesal”, *Noticias Jurídicas*, 2009.

GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A., *El despido. Cuestiones prácticas, jurisprudencia y preguntas con respuestas*, Lex Nova, Valladolid, 2010.

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*, N° 9, enero, 2014.

GONZÁLEZ CALVET, J., y SERNA CALVO M.M., “La ejecución de sentencias de despidos colectivos: una tutela necesaria”, *Relaciones Laborales*, N° 11, 2014.

GORELLI HERNÁNDEZ J., “El papel de la Administración Laboral tras la reforma de la negociación colectiva”, *Temas Laborales*, N° 120, 2013.

GUALDA ALCALÁ, F.J. y GUALDA ALCALÁ M., *La aplicación del despido colectivo por la doctrina judicial*, Gabinete de Estudios Jurídicos CCOO, Editorial Bomarzo, Albacete, 2016.

JUÁREZ PÉREZ, P., *Las relaciones laborales en los grupos internacionales de sociedades*, Comares, Granada, 2000.

LLOMPART BENNÀSSAR, M., “Poder legislativo versus poder judicial en los despidos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”, *Trabajo y Derecho*, N° 18, 2016.

LUJAN ALCARAZ, J. y TARRAGA POVEDA, J., “Legitimación activa en la nueva modalidad procesal de despidos colectivos”, *Aranzadi Social, Revista Doctrinal* N° 2, 2012.

MARÍN CORREA, J.M., “Extinción colectiva de contratos de trabajo. Selección de trabajadores afectados: arbitrariedad de criterio que no anula el expediente pero sí lo hace improcedente”, *Actualidad Laboral*, 2013, N° 6.

MARÍN MORAL, I., “La legitimación activa de una comisión de trabajadores en la impugnación de un despido colectivo y causas de nulidad”, *Aranzadi Social, Revista Doctrinal* N° 6, 2012.

MERCADER UGUINA J.R., y DE LA PUEBLA PINILLA A., *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

MERCADER UGUINA, J. R., “El desconcertante mundo de los grupos “laborales” de empresas y sus nuevas formulaciones jurisprudenciales”, *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Universidad Carlos III de Madrid, 2015.

MIÑANO YANINI, M., “La causa del despido colectivo en el Convenio n° 158 de la OIT y en la Directiva 98/59/CE”, *Actualidad Laboral*, N° 8, 2012.

MOLERO MARAÑÓN, M. M. y VALDÉS DAL-RÉ, F., “Los derechos de información y consulta en las reestructuraciones de empresa”, *Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, Madrid, 2013.

MOLINA NAVARRETE, C., *La regulación jurídico-laboral de los grupos de sociedades: problemas y soluciones*, Comares, Granada, 2000.

MOLINA NAVARRETE, C., «"Grupo de empresas" y despidos colectivos: disfunciones prácticas de la distinción entre "usos patológicos" y "fisiológicos"», *Actualidad Laboral*, Nº 7, 2014.

MOLINS GARCÍA-ATANCE, J., "El grupo de empresas con efectos laborales", *Trabajo y Derecho*, Nº 4, 2015.

MONEREO PÉREZ, J. L., "Nuevas formas de organización de la empresa, entre centralización y descentralización (I). La empresa en transformación permanente", *Relaciones Laborales*, Nº 1. 2011.

MONEREO PEREZ, J.L., y MOLINA NAVARRETE, C., *El modelo jurídico-laboral de regulación de los grupos de empresas: una propuesta de reforma*, Comares, Granada, 2002

MUÑOZ SÁNCHEZ, T., "La importancia de la doctrina judicial ante la pasividad del legislador: la construcción jurisprudencial del grupo de empresas a efectos laborales", *FORELAB*, 2013.

MUÑOZ RUIZ, A. B., *Los sujetos negociadores en la empresa*, Aranzadi bibliotecas.

NAVARRO SALVADOR, S., “Los reglamentos que regulan los despidos colectivos y las suspensiones y reducciones de jornada”, *Diario La Ley*, 2012, N° 7955.

PAZ ARÉS, C., *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I, URÍA Y MENÉNDEZ, Madrid, 1999.

PICO I JUNOY, J., “El principio de la buena fe procesal y su fundamento constitucional”, *Cuadernos de derecho judicial*, 2005, N° 18.

PRECIADO DOMÈNECH, C.H., “El nuevo proceso de despido colectivo en la Ley 3/12 de 6 de julio” *Jurisdicción social. Revista on-line de la comisión de lo social de Jueces para la Democracia*, 2012, N° 125.

PRECIADO DOMÈNECH C.H., *Reglamento 1483/2012 de 29 de octubre, regulador de los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contrato y reducción de jornada*, CGTCatalunya.cat. Post: lunes, 5 de noviembre de 2012, <http://goo.gl/IXcOzI>.

RAMÍREZ OTERO, L., “El control y los grupos de sociedades”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, N° 5, A Coruña, 2001.

RAMOS QUINTANTA, M.I., *La responsabilidad laboral de los grupos de empresas*, Albacete, Editorial Bomarzo, 2015.

RODRIGUEZ-PIÑERO, BRAVO-FERRER, M., “Igualdad y no discriminación en el empleo”, *Revista Derecho y conocimiento*, Vol. I, Facultad de Derecho, Universidad de Huelva, 2001.

RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.; “La noción comunitaria de despido y el momento oportuno de la consulta”, *Diario La Ley*, Nº 7319, 2010.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., “La problemática aplicación del nuevo marco laboral del despido”, *Relaciones Laborales*, Nº 12, 2013.

ROJO TORRECILLA E., *Análisis de los contenidos más destacados del nuevo Reglamento de expedientes de regulación de empleo (Real Decreto 1483/2012 de 29 de diciembre) (I)*, El Blog de Eduardo Rojo. Post: viernes, 2 de noviembre de 2012, <http://goo.gl/MxAIQd>.

ROJO TORRECILLA, E., *Sobre las causas alegadas en un Expediente de Regulación de Empleo y su control administrativo y judicial formal y/o de fondo. El parecer del Consejo de Estado, de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y nuevamente de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional*, El Blog de Eduardo Rojo. Post: domingo, 2 de diciembre de 2012, <http://goo.gl/47p3T9>.

ROJO TORRECILLA, E., *Sobre el informe de la Inspección de Trabajo en los expedientes de regulación de empleo en Cataluña y el Criterio técnico 1/2013. Las diferencias con el Criterio operativo estatal 92/2012*, El Blog de Eduardo Rojo. Post: martes, 5 de febrero de 2013, <http://goo.gl/jGVrBg>.

ROJO TORRECILLA, E., (Actualización) *Estudio de 145 sentencias en materia de despidos colectivos instados tras la entrada en vigor de la reforma laboral de 2012 (137 de la Sala Social del TS, 5 del TJUE, 2 de la Sala C-A del TS y 1 del TC)*, El Blog de Eduardo Rojo. Post: martes, 13 de septiembre de 2016, <https://goo.gl/5SPJAp>.

ROJO TORRECILLA, E., *Despidos colectivos ¿Cómputo por empresa o por centro de trabajo? Principio comunitario de interpretación conforme. Es posible en ambos casos, siempre que se garantice el derecho de información y consulta. Notas a la sentencia del TS de 17 de octubre y recordatorio de la STSJ del País Vasco de 21 de mayo de 2015 (I) y (II)*, El Blog de Eduardo Rojo. Post: sábado, 22 de octubre de 2016, <https://goo.gl/Z6fYgg>.

ROQUETA BUJ, R., *La flexibilidad interna tras la reforma laboral. La Ley 3/2012, de 6 de julio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

ROQUETA BUJ, R., “Procesos de oficio” en *El proceso laboral: Lley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, Vol. 2, 2013.

ROQUETA BUJ, R., *La selección de los trabajadores afectados por los despidos colectivos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

SAN MARTÍN MAZZUCCONI C., *El Nuevo reglamento de los Despidos Colectivos: (Estudio del RD 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)*, Navarra, Thomson-Civitas, 2012.

SÁNCHEZ CALERO, E., "De nuevo sobre la regulación de los grupos de sociedades", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 77, año XIX, enero-marzo 2000.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Grupo a los efectos del Derecho del Trabajo: un apunte*, El Blog de Juan Sánchez-Calero Guilarte. Post: viernes, 7 de marzo de 2014, <http://goo.gl/mq1V5a>.

SÁEZ LARA, C., *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

SEMPERE NAVARRO, A.V., "Criterios sobre despidos colectivos: negociación de buena fe, selección de afectados e indemnizaciones", *Revista de Aranzadi Doctrinal*, Nº 10, 2014.

SERRANO OLIVARES, R., "Grupos de empresas a efectos laborales y cash pooling", *Iuslabor*, Nº 1, 2014.

SOLÀ I MONELLS, X., “La conformación de la comisión representativa del período de consultas. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2015 (Recurso 139/2014)”, *IUSLabor* 3/2015.

TASCÓN LOPEZ, R., “La impugnación del despido colectivo tras la reforma laboral (el Derecho del Trabajo en su laberinto)”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos, recursos humanos*, Nº 353-354, 2012.

TODOLÍ SIGNES, A., *El fraude de ley en los despidos colectivos. Nuevas cuestiones surgidas tras la desaparición de los EREs*, Comunicación presentada a la ponencia; “*Los despidos colectivos en la empresa y en los grupos de empresas*”, Associació Catalana de Iuslaboralistes, 2013.

TOLOSA TRIBIÑO C., *Despido*, Pamplona, DAPP Publicaciones Jurídicas, 2012.

TUDELA CAMBRONERO, G., *Las garantías de los representantes de los trabajadores en la empresa*, Madrid, Tecnos, 1988.

TUSET DEL PINO, P., *El necesario control judicial de los despidos basados en causas económicas*, Informativo Jurídico. Post lunes, 25 de febrero de 2012, <http://goo.gl/26UZCe>.

UBILLÚS BRACAMONTE, R.E., “Delimitación conceptual de los grupos de empresas en el Derecho del Trabajo”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLVIII, 2015.

VALLE MUÑOZ, F.A., “La legitimación activa de las comisiones representativas de trabajadores elegidas “ad hoc” en la impugnación judicial del despido colectivo”, *IUSlabor*, N° 2, 2014.