

# El despido colectivo: reflexiones sobre sus nuevos contornos a la luz de los primeros pronunciamientos judiciales

**Autor:** *Jose Manuel Sánchez-Cervera Valdés\**

Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Pontificia Comillas

Abogado

## Resumen

La Reforma laboral de 2012 introduce una nueva configuración legal del despido colectivo. Por primera vez en nuestro país, esta especial forma de extinguir contratos de trabajo, basada en la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, depende de la decisión empresarial, sin precisar de autorización administrativa al efecto. En este trabajo se analizan las principales novedades del proceso: desde la nueva definición legal de las causas y su intento de flexibilizarlas, a los sujetos intervinientes en el proceso y sus obligaciones en el mismo, encaminadas a la consecución de un acuerdo que se enmarca en nuestro sistema de negociación colectiva. El papel de los Tribunales de Justicia es esencial en la definición del nuevo

---

\* José Manuel Sánchez-Cervera Valdés: [josecervera@scervera-asociados.es](mailto:josecervera@scervera-asociados.es)

modelo legal y las resoluciones aparecidas son muy significativas al respecto. Recogemos en este trabajo nuestras reflexiones sobre cómo el despido colectivo está siendo configurado a la luz de esas primeras decisiones jurisprudenciales.

*Palabras clave:* Despido colectivo, Reducción de plantilla, Acuerdo colectivo de reducción de empleo, Flexibilidad de salida, Periodo de consultas, Deber de buena fe en el proceso de despido colectivo, Causas del despido colectivo, Facultades de la autoridad laboral en el despido colectivo, Expedientes de crisis.

*Title:* *Collective dismissal: considerations on how it is being configured after the first court resolutions*

### **Abstract**

There is a new legal configuration in the collective redundancies after the Labour Reform of 2012. For the first time in our country, this especial way of extinguishing labour contracts, based on economic, technical, organisational and production reasons, depends on the employer resolution and it is no longer required that the labour authority aproves it. This research paper covers the most relevant innovations in the new procedure: from the legal definition of the causes to implement it, and how the new law intends to make them more flexible, to the subjects involved in the procedure and their duties in orden to reach an agreement that is part of the collective bargaining system. The role of the labour law courts is really relevant in the definition of the new legal model and the first decisions are very significant from this point of view. Here are our considerations of how collective dismissal is being configured according to this first court decisions.

*Key words:* Collective redundancies, Workforce reduction, Collective bargaining agreement to reduce workforce, External flexibility, Consultation period, "Good faith" obligations in collective redundancy process, Reasons for the collective redundancy, Labour authority faculties in the collective dismissal, Crisis procedure.

Recibido: 11-1-2013

Aceptado: 25-2-2013

---

## **I. Introducción**

Muchas han sido las novedades, profundas y de calado, que la reforma laboral ha introducido; incluso nos atreveríamos a decir que muchas, si cabe, tienen más significación que las operadas en el despido colectivo, por lo que implican de propiciar un

cambio de cultura hacia la flexibilidad interna y los mecanismos alternativos a los extintivos como medidas principales de superación de las crisis empresariales.

Sin embargo, las mayores noticias y voces críticas se han dirigido hacia el despido, especialmente por la supresión de la autorización administrativa y por el abaratamiento de sus costes; ello es debido, en buena medida, a que esta figura sigue siendo el episodio más traumático, el que lleva aparejadas más graves consecuencias sociales o personales y, en definitiva, el que más repercusión va a tener en todas las esferas del ordenamiento laboral y en la propia sociedad.

También, qué duda cabe, porque se han producido cambios muy relevantes, a nuestro juicio necesarios y que no significan una merma de derechos o garantías, aunque se altere sustancialmente la configuración de esta medida, pues ya no estamos ante un expediente administrativo propiamente dicho sino ante un episodio laboral, actuado por el empresario y sujeto al control fiscalizador del orden jurisdiccional social. Como decimos, ello no debe interpretarse como un retroceso en el ámbito de los derechos sociales.

En efecto, por primera vez en la historia de nuestro ordenamiento jurídico se ha suprimido la autorización administrativa habilitante para poder proceder a este despido; seguimos estando ante un procedimiento autónomo, con intervención administrativa que no se puede despreciar, que se desarrolla con claras diferencias respecto cualquier otro proceso extintivo, pero ha dejado de ser un expediente de homologación u autorización pues ya no se sustrae al empresario la capacidad decisoria. Y esta modificación es muy relevante si tenemos en cuenta que, hasta el RD 3/2012, éramos el único país europeo en el que se precisaba de una autorización administrativa para poder proceder a los despidos colectivos y, por fin, se ha producido la equiparación, al menos en lo que a la toma de decisiones se refiere, con los países de nuestro entorno.

La reforma es muy incipiente, la norma se presta a muchos interrogantes, admite diversas interpretaciones y el reglamento de procedimiento se ha publicado el 30 de octubre de 2012 por el RD 1483/2012, de 29 de octubre, por lo que apenas hay experiencias significativas sobre su aplicación.

Ello significa que estamos en fase de definición del nuevo proceso, en un momento en el que, culminado el proceso legislativo, tenemos unas primeras referencias jurisprudenciales que aplican la nueva norma y se pronuncian sobre las cuestiones más controvertidas, tanto en la definición de las causas como en los aspectos procedimentales.

Esto nos permite ofrecer una primera visión crítica sobre cómo se está delimitando este nuevo despido colectivo. Al hilo de dichas resoluciones y sin ánimo de exhaustividad, vamos a exponer nuestras impresiones sobre los aspectos que nos parecen nucleares y que van definiendo unos contornos específicos de este nuevo modelo de despido.

Al efecto, hemos estructurado el trabajo en torno a cuatro elementos: las causas, el procedimiento, la documentación necesaria y el control judicial. Con este esque-

ma, ofrecemos nuestra visión sobre la nueva normativa, combinada con las resoluciones jurisprudenciales principales aparecidas y las reflexiones que nos suscitan ambas.

## II. Sobre las causas y su concurrencia

### II.1. Consideraciones preliminares

a) Lo primero a determinar es el alcance que debe darse a la nueva definición legal de las causas empresariales.

Desde la aprobación de la reforma, ya en el mes de febrero, se ha intentado sostener que nos encontramos ante una auténtica redefinición del presupuesto causal; ante una transformación de las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción que habilitan este despido y de los conceptos subyacentes a las mismas.

Una primera lectura, o mejor dicho, interpretación precipitada del tenor literal de la norma, puede inducir a considerar que se ha producido una relajación importante en estos conceptos de forma que su existencia o, mejor dicho, la apreciación de su concurrencia, es mucho más sencilla y se reduce a una constatación automática o directa sobre los datos contables o resultados declarados, sin mayor análisis ni profundización.

Sin embargo, no se puede llegar a esta conclusión: ni la ley la establece ni, mucho menos, la aplicación que en estos primeros momentos se viene produciendo por nuestros tribunales; es cierto que la norma pretende flexibilizar un despido que viene sometido a fuertes restricciones que, en muchas ocasiones, imposibilitaban su eficacia real, pero nada más.

La norma realiza un esfuerzo clarificador importante dirigido a suprimir concepciones excesivamente rígidas y, en este sentido, es indudable que contribuye a hacer más accesible este despido, incorporando, en gran parte, precisiones ya asumidas por nuestros tribunales, en especial, por el Tribunal Supremo en unificación de doctrina, como la admisión de las pérdidas previsibles o futuras como fundamento de la causa económica.

No estamos tanto ante un cambio conceptual o variación sustancial del presupuesto causal, como ante el refrendo legal expreso a situaciones que ya tenían cabida en la anterior definición de las causas, lo que contribuye a suprimir ciertas reticencias cara a la apreciación de su existencia.

Así, si analizamos con detalle la nueva regulación, la conclusión es clara: no se alteran los fundamentos ni los conceptos, como probablemente no podía ser de otro modo; las causas económicas siguen siendo las mismas y hacen referencia a un desajuste en la estructura de ingresos y gastos que determina un resultado financiero negativo de forma mediata o inmediata; y lo mismo con el resto de causas. Como

coloquial y gráficamente indica el profesor MOLERO, no hay tanto una nueva configuración legal como una “vuelta de tornillo” más en orden a suavizar las exigencias para su apreciación.

No hay, por tanto, alteración sustancial en las definiciones y sí un esfuerzo por dotar de mayor certidumbre en su aplicación, lo que no es tan claro que se haya conseguido a la vista de las primeras resoluciones judiciales al respecto.

b) En segundo lugar, ¿se antepone la causa económica al resto?

Llama la atención el diferente trato dado por la reforma a la causa económica, en su regulación y delimitación legal, respecto de las restantes, en las que apenas hay diferencias y poco significativas. Como puede observarse de la mera lectura de los textos legales, la causa económica se define con ejemplos concretos que la delimitan y presuponen ante la aparición de datos contables específicos como pérdidas operativas, descenso persistente de facturación, que en todo caso se produce en tres trimestres consecutivos en comparación con los del año anterior, etc... frente a los inespecíficos cambios en los medios de producción, sistemas de trabajo, organización o demanda o la vaguedad con que se definen las otras tres causas.

Hubiera sido deseable mantener el mismo criterio en todas las causas porque este trato diferente puede provocar, aunque sea de forma involuntaria, una tendencia a dotar de mayor relevancia a la causa económica, con el peligro añadido de relegar a un segundo rango a las otras tres causas, o a potenciales interpretaciones restrictivas que mitiguen su eficacia extintiva si no van acompañadas de la causa económica y de datos contables o financieros negativos. En la misma línea, pudieran considerarse las causas como compartimentos estancos, exigiendo al empresario invocar una concreta causa.

Sin embargo, no es esta la realidad empresarial; tampoco la configuración del despido colectivo ni de los motivos que lo provocan, ya que no es siempre posible esta diferenciación. Al contrario, en la mayoría de las ocasiones no hay una frontera clara entre las distintas causas y en modo alguno es exigible la opción por fundamentar el despido en una sola con exclusión de las restantes.

Tanto antes como después de la reforma, el despido colectivo tiene una finalidad preventiva: conseguir superar las dificultades existentes, actuales o futuras. Su fundamento sigue siendo la existencia de coyunturas o situaciones desfavorables que deben ser corregidas con una necesidad teleológica de superación de las mismas. Y muchas veces no será fácil distinguir entre una u otra causa sino que se presentarán íntimamente vinculadas pues las diferencias tienen marcado carácter convencional, lo económico involucra lo productivo-organizativo y viceversa.

En efecto, ante un descenso de producción que convierte en excedentaria la plantilla, dimensionada para asumir un volumen de trabajo superior, bien pudiera concebirse la existencia de causa productiva; al mismo tiempo, esa menor producción determina una menor facturación y una reducción de los ingresos ordinarios, lo que nos llevaría a la causa económica, en la que expresamente se ha contemplado

como ejemplo esa disminución persistente de ingresos. Y las diferencias de procedimiento pueden ser importantes pues en la causa económicas se ha delimitado con mayor profusión y detalle la documentación a aportar.

Sin embargo, la justificación de la medida y la necesidad del despido no debe basarse en un aspecto formal de definición de una concreta causa. Al contrario, la realidad empresarial última es el elemento clave y si se acreditan las dificultades que obligan a la implementación de la medida, su encuadramiento específico, incluso el error en el mismo, no debe ser relevante sino que lo fundamental y el fondo del enjuiciamiento ha de ser la acreditación de una situación real y grave que obligue a la adopción de la medida.

En este sentido, cabe recordar que el propio Tribunal Supremo, en sentencia de 29 de noviembre de 2010<sup>1</sup>, señaló que no es necesario motivar el despido en una sola causa, sin necesidad de encorsetarse, cuando pueden concurrir todas o varias a la vez; y, conforme a este pronunciamiento, es preferible la invocación de varias, describiendo la situación de hecho que demuestre la dificultad empresarial.

Es cierto que, en último término, todas las causas van a confluir en la económica pues, a corto, medio o largo plazo, las restantes causas, por evidenciar desajustes en el sistema productivo, van a influir en la relación de ingresos y gastos y producirán resultados negativos; pero ello no debe conducir a juzgar la procedencia de la medida sobre la configuración de la causa económica que, por otra parte, puede ser más fácilmente controlable dada la mayor documentación existente para analizar la situación económica real de una sociedad o empresa.

La reforma pretende flexibilizar el despido colectivo y el empresario debe adoptar la decisión en función de unos hechos concretos cuyo encuadramiento en una o varias causas es posible sin que la interrelación entre todas ellas nos deba llevar a reconducirlas a la causa económica, cuya intensidad puede ser menor en el momento inicial, frente a las restantes; y es precisamente en ese momento cuando, aparecido el problema, tiene mejor solución y el despido puede cumplir más con su finalidad, aunque la incidencia económica no sea todavía grave.

Aunque sea más sencilla la documentación que determine la situación económica de la empresa, aunque la comprobación objetiva de datos concretos sea también más fácil y aunque la delimitación sea más clara, no debe servir esta circunstancia para considerar que siempre que subyace una causa económica deba analizarse y juzgar el despido bajo esa conceptualización. Ello nos parece especialmente significativo respecto de la documentación a aportar al período de consultas y a la especial facilidad que estamos viendo en nuestros tribunales para observar defectos o deficiencias de información con los que declarar la nulidad del despido.

No es esta la finalidad de la norma, ni el concepto mismo del despido colectivo, por lo que debe concederse al empresario un adecuado margen de discrecionalidad

---

<sup>1</sup> RA 8837

en la selección de las causas y en su acreditación, sin que formalmente haya de acudirse, siempre y en último término, a la causa económica que de forma mediata habrá de concurrir.

## II.2. La definición legal

La nueva redacción de las causas realmente no implica cambio significativo en el entendimiento de las mismas; esta es la conclusión si analizamos sumariamente cada una de ellas en contornos actuales.

### II.2.1. Causa económica

“Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si 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.”

Como aparentes modificaciones, se incorpora no sólo el resultado económico sino también el nivel de facturación: la disminución persistente de ingresos o ventas, como dato objetivo para apreciar la concurrencia de las causas. Sin embargo, ya venía así contemplado en la versión anterior de la norma. Eso sí, queda claro y se ratifica que no es preciso comparar los ingresos y los gastos, lo que determina las pérdidas, sino que basta con atender sólo a los primeros. Así, aun cuando los ingresos sigan siendo superiores a los gastos y la empresa no incurra en pérdidas, cabe apreciar la causa económica si existe una disminución persistente de ingresos, como también habían reconocido nuestros tribunales (por todas, STSJ Aragón 13 de julio de 2011<sup>2</sup>).

En segundo lugar, se admiten tanto las pérdidas actuales como las previstas o futuras, lo que tampoco es novedoso. De hecho, la STS 24 de abril de 1996<sup>3</sup>, ya unificó doctrina señalando que basta con que la situación económica sea desfavorable en el sentido de haberse cambiado el signo de las grandes magnitudes económico-financieras de la compañía, sin necesidad de que concurra un estado de emergencia económica o patrimonial, ni de pérdidas actuales, doctrina que está absolutamente consolidada (por todas, STS 29 de septiembre de 2008<sup>4</sup>).

Lo único realmente novedoso es que, en cuanto a la “persistencia” de la disminución de ingresos, la ley señala que “en todo caso” se entenderá por tal si se produce en tres trimestres consecutivos, criterio clarificador no excluyente ni suficiente, pues no debe ser necesario esperar a esos tres trimestres para apreciarla si se acredita un

<sup>2</sup> RA 324061

<sup>3</sup> RA 5297

<sup>4</sup> RA 5536

drástico descenso de facturación no coyuntural y con tendencia a hacerse crónico. Por otra parte y en sentido contrario, el dato de la facturación no deja de ser relativo en un período de referencia de tres trimestres pues hay que ser conscientes que el empresario tiene capacidad para ajustar este dato, posponiendo facturación para un cuarto trimestre, por ejemplo. (Y en el juicio se puede acreditar fácilmente la evolución posterior más allá de los tres trimestres invocados en la carta). Por ello, consideramos que no estamos más que ante un mero ejemplo, a lo sumo, ante una presunción *iuris tantum* que admite prueba en contrario y cede ante la evolución posterior de la facturación.

Más relevante es que la disminución se refiere a los ingresos ordinarios, lo que puede ser muy importante cuando las cifras globales de la compañía se soportan por algún ingreso extraordinario mientras que los recurrentes u ordinarios están en descenso. En tales casos, salvo situaciones fraudulentas en la definición de ingresos, cabe acudir a la causa económica y si resulta importante esta precisión normativa.

Y al no haber una diferente conceptualización de la causa económica, han de mantenerse vigentes importantes criterios anteriores, especialmente dos:

- Las causas económicas se residen a nivel de empresa; ha de valorarse el estado económico de la empresa en su conjunto y no es invocable cuando el déficit se produce en un centro de trabajo o unidad productiva autónoma según doctrina judicial muy consolidada (por todas, STSJ Murcia 28 de noviembre de 2005<sup>5</sup>). Consecuentemente, las disfunciones o resultados negativos en centros concretos habrán de reconducirse a otras causas, especialmente productivas u organizativas.
- En caso de grupos de empresa, deben considerarse los resultados globales del grupo cuando se acredite su existencia a efectos laborales (STS 23 de enero de 2007<sup>6</sup>) lo que significa que la mera existencia de grupo mercantil o de conexiones intersocietarias no permite analizar la situación económica global del grupo cuando los afectados han prestado servicios exclusivamente para una empresa y no concurren los criterios para declarar la existencia de un grupo laboral (STSJ Madrid 6 de febrero de 2009<sup>7</sup>). Este criterio es corroborado expresamente, tras la reforma, por la STSJ Galicia 6 de julio de 2012<sup>8</sup>.

### II.2.2. Causa técnica

“Se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción”.

---

<sup>5</sup> RA 186

<sup>6</sup> RA 1910

<sup>7</sup> RA 956

<sup>8</sup> RA 1677

No hay cambios respecto de la redacción anterior. Con esta definición se hace referencia al ámbito interno de la empresa, a los medios materiales de la misma (la maquinaria), a la renovación de los equipos de producción o a una mejora tecnológica que permite el mismo rendimiento con menores aportaciones humanas.

Presuponen una inversión en la renovación de los bienes de capital que utiliza la empresa (STSJ La Rioja 21 de abril de 1995<sup>9</sup>) que debe producirse en fechas inmediatamente anteriores a la decisión extintiva, es decir, no alejadas en el tiempo de la misma (STSJ Cataluña 20 de enero de 1996<sup>10</sup>) y, como consecuencia de esa innovación, se reputa necesario objetivamente amortizar el puesto de trabajo (STSJ Cataluña 2 de septiembre de 1997<sup>11</sup>).

Eso sí, no es exigible una situación económica negativa de la empresa porque no se trata de causa económica (STSJ Aragón 13 de julio de 2011<sup>12</sup>).

### II.2.3. *Causa productiva*

“Cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado”.

Tampoco se modifica el tenor literal anterior y de nuevo estamos ante una definición ejemplificativa que se refiere a un desajuste de producción que evidencia la necesidad de reacomodar la plantilla a la producción que asume el mercado: existen razones productivas cuando la retracción del mercado obliga a la empresa a producir menos y, consecuentemente, a reducir proporcionalmente la plantilla.

Por ello, debe acreditarse, en primer lugar, que efectivamente existe en la empresa una disfunción y, en segundo lugar, que las medidas son efectivas, debiendo el juez valorar tanto la concurrencia de las causas como que efectivamente las mismas determinan inexorablemente la amortización de puestos de trabajo, toda vez que la acreditación de la existencia de la causa no basta para justificar la medida amortizadora (STSJ Madrid 2 de febrero de 1999<sup>13</sup>).

Por último, como se ha declarado, si por concurrir esta causa “lo que sobra es mano de obra, el remedio a esa situación que es la amortización, debe aplicarse allí donde se aprecia el desfase, sin que se imponga al empresario la obligación de pasar este excedente de mano de obra en una concreta unidad a otra unidad que se encuentre en situación de equilibrio, lo cual conllevaría desplazar el problema de un centro de trabajo a otro, sin solucionarlo” (STSJ Asturias 6 de noviembre de 2009<sup>14</sup>).

---

<sup>9</sup> RA 1373

<sup>10</sup> RA 172

<sup>11</sup> RA 3585

<sup>12</sup> RA 324061

<sup>13</sup> RA 5108

<sup>14</sup> RA 3038

#### II.2.4. *Causa organizativa*

“Cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción”.

El texto subrayado es la única modificación, más bien adición ejemplificativa, sin trascendencia excesiva pues ya anteriormente la forma de organizar la producción se subsumía en esta causa que, en definitiva, supone una organización más racional de los recursos productivos para obtener un mayor rendimiento o el mismo rendimiento a un menor coste.

Típico ejemplo es el de la externalización de servicios, supuesto que se admite pacíficamente “pues no serviría para nada la facultad que la norma concede al empresario para mejorar su competitividad, si luego se le obliga al mantenimiento íntegro de los puestos de trabajo” (STSJ Comunidad Valenciana 22 de febrero de 2001<sup>15</sup>).

Y, también en este caso, la causa debe acreditarse por unidades, no en la empresa en su conjunto (STSJ Comunidad Valenciana 30 de enero de 2004<sup>16</sup>).

### II.3. La finalidad teleológica de la medida

Tras la reforma, se elimina la mención a la viabilidad del proyecto empresarial, a la capacidad de mantener el volumen de empleo; también desaparece la exigencia de acreditar los resultados, de justificar la razonabilidad del despido o su contribución a mejorar la situación a través de una más adecuada organización de los recursos que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda.

Con ello, parece que el control judicial no debe entrar en ningún tipo de análisis sobre la justificación de la medida: ni de oportunidad, ni de proporcionalidad, ni tan siquiera de mera razonabilidad.

Así, la propia Exposición de Motivos de la Ley 3/2012 indica 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, (...), 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.”

Con ello, la primera pregunta es si cabe la apreciación automática de las causas ante la acreditación de los datos de pérdidas, por ejemplo, y si la reforma ha supri-

---

<sup>15</sup> RA 3008

<sup>16</sup> RA 1882

mido realmente el control judicial sobre la finalidad de la medida o su repercusión en la empresa. Es indudable que el tenor literal de la norma pudiera conducir a tal conclusión; incluso parece que esa pudiera ser la intención del legislador, pero ya desde el mismo momento de su aprobación se alzaron voces, especialmente en el ámbito judicial, descartando esta interpretación y las primeras resoluciones, tanto de los Juzgados de lo Social como de instancias superiores, la descartan clarísimamente.

Y es que, aunque el sistema sea más flexible, aunque sean más laxas las exigencias y se hayan concretado más, no se han alterado los fundamentos de la norma ni del tipo de despido. El despido colectivo nunca podrá convertirse en un mero instrumento de reducción automática de plantillas por la mera constatación de datos contables o hechos similares y existen mecanismos interpretativos suficientemente sólidos para evitar un hipotético y vedado ejercicio abusivo del derecho a despedir.

De esta forma, la flexibilización de los requisitos legales para la extinción por motivos económicos y el respeto por el poder de dirección del empresario no supone la ausencia de la necesidad de una justificación real de la medida (STSJ Madrid 2 de marzo de 2012<sup>17</sup>) y ello significa, como ya declaró el Tribunal Supremo antes de la reforma, que no basta con que la empresa tenga pérdidas para que el despido sea procedente (STS 27 de abril de 2010<sup>18</sup>).

La nueva norma no puede conducir a conclusiones distintas ni a privar al órgano judicial de sus facultades de control sobre el despido, sus causas y razonabilidad, si bien adaptándose a las nuevas previsiones legales, tratando de integrar la supresión de las referencias o proyecciones de futuro con la prevención y evitación del fraude o ejercicio abusivo del derecho.

El despido se convierte así en una figura esencialmente actual en su referencia causal; el control ha de centrarse en excluir la mera automaticidad en su aplicación, el abuso o fraude de ley; que se constate como una decisión razonable sin que tenga que vincularse con un análisis de la evolución futura de la empresa que, ahora sí, ha quedado suprimida expresamente. Consecuentemente, si la medida es necesaria hoy, su enjuiciamiento no puede entrar en cómo repercute en el futuro empresarial ni en su viabilidad; ni siquiera debe analizarse una posible contribución de la medida en la mejora de la posición empresarial. Y, desde luego, con mayor motivo ahora, el juez no puede entrar a sustituir al empresario en el diseño de su propia gestión y estrategia empresarial.

Como decimos, las primeras resoluciones son contundentes; sirva como ejemplo la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Pamplona, de 27 de septiembre de 2012 que sintetiza los fundamentos aplicados por nuestros tribunales para desterrar cualquier tentación de mecanizar la aplicación de la norma:

---

<sup>17</sup> RA 117597

<sup>18</sup> RA 4986

- Los principios generales del derecho y, especialmente, las exigencias que derivan de la Constitución Española y de los Convenios Internacionales que forman parte de nuestro ordenamiento vinculan con más fuerza al Juez Social que la mera Exposición de Motivos.
- En nuestro sistema jurídico no existen zonas o materias exentas de control judicial (art. 117 de la Constitución Española y art. 4 de la LOPJ), y el derecho a la tutela judicial efectiva y de acceso a la jurisdicción (art. 24.1 de la Constitución Española) impiden limitar el ámbito del conocimiento jurisdiccional.
- La aplicación e interpretación judicial de las normas debe responder a pautas axiológicas que respeten los valores constitucionales pues, en otro caso, difícilmente podría considerarse como respuesta fundada en Derecho que satisfaga el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva.
- Si se pretendiese por el legislador excluir el juicio de razonabilidad del control jurisdiccional de los despidos colectivos se atentaría contra la esencia de la función jurisdiccional y se desconocería el valor superior del ordenamiento jurídico de la Justicia.
- El principio de interdicción de la arbitrariedad del art. 9.3 de la Constitución se vulneraría “si la norma impugnada careciera de toda explicación racional “ (SsTC 142/1993, de 22 de abril y 108/1986 ).
- El Convenio nº 158 de la OIT, en especial dos de sus mandatos: la prohibición de despido sin justa causa y el derecho a defenderse del mismo.

Todo ello nos ofrece una conclusión clara y definitiva: constituye motivo de impugnación el abuso de derecho y el juez deberá examinar todas las circunstancias concurrentes para ponderar si hay o no ejercicio abusivo del derecho a despedir. No hay duda: ni se ha perdido la finalidad teleológica ni es posible una aplicación automática de las causas.

Ahora bien, *¿cómo queda y debe ser ahora el nuevo juicio de adecuación tras las supresiones legales?*

La respuesta nos la facilita la Audiencia Nacional que, asumiendo la doctrina del Tribunal Supremo anterior a la reforma relativa a los tres elementos necesarios para justificar el despido, entiende que se mantiene en esencia ese esquema pero alterando la configuración del tercer elemento, que es la conexión de instrumentalidad de la medida.

En efecto, antes de la reforma era plenamente asumido, tras la STS de 29 de septiembre de 2008<sup>19</sup>, que la justificación de un despido objetivo económico tiene que enjuiciarse a partir de tres elementos: el *supuesto de hecho* que determina el despido (la situación negativa), la *finalidad* que se asigna a la medida extintiva (la necesidad de amortizar un puesto de trabajo con el fin de contribuir a superar una situación

---

<sup>19</sup> RA 5536

económica negativa) y *la conexión de funcionalidad o instrumentalidad* entre la medida extintiva y la finalidad que se asigna.

Aplicando este mismo esquema, tras reconocer que el legislador ha suprimido la referencia a cualquier proyección de futuro, sigue siendo necesario acreditar tanto la situación negativa (los hechos), como su finalidad y la conexión de funcionalidad entre esos hechos y su finalidad. El cambio está en cómo debe ser esa conexión, qué debe exigirse y hasta dónde debe llegar el control judicial sobre la misma.

En esta tarea, de las primeras sentencias de la citada Audiencia Nacional, se obtenemos las siguientes conclusiones:

- Se veda la posibilidad de cuestionar la viabilidad futura de la empresa. No cabe ya juzgar en qué medida el despido contribuye a dicha viabilidad que ahora es tan solo una cuestión de estrategia empresarial.
- El legislador ha determinado exactamente qué aspectos del despido pueden ser controlados y, desde luego, no lo es la mayor o menor habilidad que la entidad empresarial demuestre en la gestión de su negocio.
- Con esa desvinculación del mantenimiento de la empresa y del empleo, ya no se trata de lograr objetivos futuros sino de adecuar la plantilla a la situación presente de la empresa.
- La finalidad de la medida extintiva debe ser, no tanto la necesidad de amortizar puestos, como la de afrontar la situación negativa.

Consecuentemente, no es relevante cómo las extinciones van a afectar en el futuro a la organización de la empresa, pues eso es una cuestión de estrategia empresarial que legislador expresamente quiere erradicar del control judicial (SAN 28 de septiembre de 2012<sup>20</sup>). La conexión de funcionalidad o instrumentalidad debe referirse a que las medidas permitan ajustar la plantilla a la situación actual de la empresa.

Así, “el despido estará justificado por el efecto de la causa sobre los contratos, haciéndolos innecesarios por haber perdido su función económico y social porque el trabajo que pudiera continuar prestándose, carece ya de utilidad patrimonial para la empresa. Por ello, no sólo debe acreditarse la concurrencia de la causa sino argumentar acerca de sus efectos, precisamente los efectos que justifican la extinción de los contratos concretos, para lo cual son especialmente relevantes los criterios de selección de los trabajadores afectados” (SAN 15 de octubre de 2012<sup>21</sup>).

Y en el caso de previsión de pérdidas “deberán acreditarse indicios sólidos de que van a producirse, no concurriendo si la empresa tuvo beneficios en 2011 y la previsión negativa se apoya únicamente en un trimestre” (STSJ La Rioja 27 de febrero de 2012<sup>22</sup>).

---

<sup>20</sup> RA 2515

<sup>21</sup> RA 2013/2

<sup>22</sup> RA 87678

### III. Sobre la regulación del nuevo procedimiento

La modificación procedimental del despido colectivo (ya no puede hablarse propiamente de expediente de regulación de empleo) se centra en la supresión de la autorización administrativa y la consagración del período de consultas como el núcleo procedimental básico: las competencias de la administración quedan en un segundo plano pues ya no son decisivas, sino que el empresario puede, previo desarrollo del procedimiento establecido, adoptar unilateralmente la decisión de despido colectivo y se remite al órgano judicial su fiscalización *ex post*.

El pasado 30 de octubre de 2012 se aprobó el nuevo reglamento de procedimiento mediante el RD 1483/2012 con lo que, a nivel normativo, la reforma queda concluido en sus aspectos estructurales o definitorios. No es preciso ya integrar la nueva ley con el reglamento anterior y nos permite la remisión global a dicho reglamento para centrarnos en los puntos críticos que queremos destacar.

Como refleja la propia exposición de motivos del RD 1483/2012, se presta especial atención al período de consultas, en un procedimiento que es esencialmente distinto y que se articula en torno a una negociación a cuya efectividad se dirige tanto la documentación o información a facilitar como a la intervención administrativa: el papel de la autoridad laboral se orienta ahora a funciones de vigilancia y control para el buen fin del período de consultas, sin olvidar sus facultades mediadoras en su caso.

El esquema procedimental es aparentemente sencillo: comunicar el inicio del procedimiento de despido colectivo mediante escrito dirigido a los representantes legales de los trabajadores, con copia a la autoridad laboral, con la simultánea apertura del período de consultas y traslado de la documentación necesaria para analizar y debatir la medida. Como veremos, a la postre, la corrección documental viene marcada por su capacidad para ofrecer información suficiente sobre los temas a debatir durante las consultas y permitir la efectiva negociación. Y concluido el mismo, el empresario resuelve. Si hay acuerdo, lo aplica y extingue los contratos en los términos convenidos; de no lograrse el mismo, procederá directamente a la extinción de los contratos mediante comunicaciones individuales a los afectados a través de las pertinentes cartas de despido si no desiste de su intención, claro está.

Aunque muchas cuestiones se pueden plantear, nos vamos a centrar en dos aspectos: los sujetos intervinientes y en el período de consultas que éstos han de celebrar.

#### III.1. Sujetos intervinientes

##### III.1.1. El empresario

El art. 51.2 señala que el procedimiento se inicia mediante escrito dirigido por el empresario a los representantes legales de los trabajadores.

La legitimación inicial corresponde, pues, al empresario, entendido como aquél que reúna los requisitos del art. 1.2 ET y sea, por ello, el receptor mediato de los servicios prestados por los trabajadores afectados. Ello no plantea especiales problemas en los supuestos de empresarios individuales pero no es tan claro en el caso de configuración plural del empresario.

Por de pronto, tras la aprobación de la reforma, la Audiencia Nacional ha ratificado, que el grupo de empresas ostenta legitimación en sí mismo para instar un despido colectivo aunque la norma no lo regule expresamente (SAN 28 de septiembre de 2012<sup>23</sup>).

En efecto, en dicha sentencia, previo reproche al legislador por, una vez más, desaprovechar la ocasión y no haber regulado la realidad del grupo de empresas pese a su importancia cualitativa en nuestra sociedad, se ve obligada a resolver un conflicto que el legislador no ha contemplado; y concluye que la falta de previsión legal no puede derivar en una interpretación literal de la norma que excluya o prive de legitimación al grupo pues no tiene ningún sentido excluirlo a la hora de iniciar el trámite cuando, sin embargo, si se va considerar a efectos de valorar las causas económicas concurrentes. Además, el proceso iniciado por el grupo es más garantista y ofrece mayor documentación, información y capacidad de negociación y decisión.

Por ello, más allá de la interpretación literal, el elemento decisivo es la identificación del empresario real y, en este sentido, la noción de grupo de empresas trasciende a la mera imputación de responsabilidades para considerarlo como empresario real y a todos los efectos.

No vemos especiales problemas en casos como el que reproduce la sentencia citada: un grupo inicia directamente la medida extintiva global; ¿pero qué sucede si es al contrario: que la empresa inicie el despido colectivo en su ámbito y se entienda o alegue que existe grupo de empresas?.

La duda es si, ostentando legitimación el grupo y si hay que analizar la concurrencia de las mismas en el seno del grupo, debe exigirse la tramitación y decisión por el grupo, no por la empresa y si tal exigencia pudiera extender la nulidad por defecto de legitimación.

Parece claro que no, salvo que la medida afecte a los trabajadores de más de una empresa en cuyo caso, lógicamente, la medida habrán de actuarla, cuando menos, los empresarios afectados: una cosa es que se deba analizar la documentación global del grupo a la hora de valorar la concurrencia de la causa y otra muy distinta que la decisión deba trascender obligatoriamente del empleador directo o que la negociación se sustraiga del ámbito natural de afectación (lo que a su vez pudiera provocar serios problemas de legitimación por parte de los trabajadores afectados).

---

<sup>23</sup> RA 2515

### III.1.2. *Los representantes de los trabajadores*

Respecto a los representantes de los trabajadores que han de intervenir en el período de consultas, el art. 51.2 ET utiliza un concepto amplio en el que tienen cabida tanto las representaciones unitarias como las sindicales, sin que ofrezcan criterios claros de selección entre ambas; simplemente señala que habrán de intervenir los representantes de los trabajadores sin concretar más, lo que sigue generando problemas serios de interlocución que hubiera sido deseable abordar.

Sin embargo, ante la legitimación de ambas representaciones y en caso de conflicto entre ellas, no se ofrece una solución fiable; tan solo una vaga preferencia legal por las secciones sindicales, por lo que seguimos igual: en la medida de lo posible, es preferible dejar la solución del eventual conflicto en los propios representantes y trabajadores para que designen quiénes han de ser los representantes intervinientes, (respetando, eso sí, los tiempos máximos de las consultas); por la composición de las representaciones unitarias, normalmente con presencia sindical, lo deseable es que no hubiera conflicto irresoluble, lo que no siempre sucede, pudiéndose incluso admitir la presencia de ambas para alcanzar acuerdo con las dos o solo con una de ellas lo que, a nuestro juicio, sería suficiente.

Además, la norma concede primacía a las representaciones sindicales cuando las mismas sean mayoritarias en los órganos de representación unitaria y, así, establece que la intervención como interlocutores ante la dirección de la empresa corresponderá a las secciones sindicales cuando éstas así lo acuerden, siempre que tengan la representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los delegados de personal.

En caso de ausencia de representación legal de los trabajadores, los afectados podrán atribuir su representación a una comisión designada conforme a lo dispuesto en el art. 41.4 ET, compuesta por tres miembros designados bien entre las representaciones mayoritarias del sector, bien entre los propios trabajadores.

Al respecto, se ha declarado que la actuación de la empresa de no comunicar a los trabajadores la posibilidad de constituir la comisión *ad hoc* a través de la representación sindical sino solamente indicarles que es posible la designación de trabajadores específicos sin hacer alusión a los representantes sindicales, es algo reprochable en sí mismo pero, en el caso concreto, dada la implantación sindical en la empresa y su capacidad real de actuación en el procedimiento, tal irregularidad, por su trascendencia y capacidad de comunicación y presencia de los representantes sindicales en esa empresa, no llega a significar una merma de garantías suficiente como para provocar la nulidad del proceso negociador (SAN 28 de septiembre de 2012<sup>24</sup>).

A sensu contrario, cuando la situación sea distinta y no exista esa implantación sindical, pudiera declararse la nulidad del despido por falta de buena fe en el empresario que oculta esa posibilidad de designación, aplicando los mismos razonamientos

---

<sup>24</sup> RA 2515

de esta sentencia: “la realidad demuestra que no todos son solventes conocedores de la legislación laboral, a lo que se une, complementariamente, la presunción de buena fe de su empleadora, en virtud de la cual no tenían por qué dudar de que la información suministrada era completa y no sesgada (...), por lo que la conducta de la empresa afecta inicialmente a su capacidad de elección de sus representantes”.

Por este motivo, es aconsejable omitir este tipo de comunicaciones y recoger las dos posibles designaciones para evitar problemas en una cuestión en la que el empresario debe permanecer neutral por mucho que prefiera la interlocución con uno u otro representante. Máxime cuando no siempre se ha de considerar más favorable o proclive al empresario la interlocución directa con los trabajadores ante un ejercicio serio y responsable de sus atribuciones por parte de las representaciones sindicales.

Por último, esta comisión *ad hoc*, a todos los efectos, ostenta la condición y facultades que la norma atribuye a los representantes de los trabajadores, incluida la legitimación activa para impugnar judicialmente el despido a través del proceso de conflicto colectivo. En este sentido, la STSJ Cataluña 23 de mayo de 2012<sup>25</sup>, consagra tal legitimación con los siguientes argumentos:

- El tenor literal de la norma no excluye la legitimación de esta comisión.
- La norma les atribuye genéricamente el carácter de representantes de los trabajadores.
- Carece de sentido el que tengan capacidad para extinguir los contratos negociando sus condiciones y no para impugnar la decisión en caso de desacuerdo, por lo que excluirlos significa limitar sus atribuciones y vaciarlas de contenido.
- El art. 124 LRJS configura una acción procesal preferente y privilegiada en interés de todos los afectados, empresa y trabajadores, que debe coadyuvar hacia una interpretación extensiva de la legitimación activa.

Y cuando estén afectados centros con representación y sin ella, la STS de 23 de enero de 2012<sup>26</sup>, establece que debieran ser las representaciones sindicales las que negocien o, en caso de bloqueo por estas, por una comisión integrada por los representantes unitarios de los centros con representación y las comisiones *ad hoc* elegidas en los que carezcan de tal representación.

### III.2. El período de consultas

El art. 51.2 ET establece que el despido colectivo deberá ir precedido de un período de consultas que, en la nueva configuración, se constituye en el elemento esencial y decisivo tanto en la evolución del despido como en su posterior revisión judicial.

<sup>25</sup> RA 1049

<sup>26</sup> RA 2146

En efecto, la finalidad de la norma no ha sido, a nuestro juicio, sustituir la autorización judicial en favor de la decisión empresarial última sino, más bien, para primar las consultas, la negociación y el acuerdo y, solo en su defecto, poder actuar la capacidad decisoria última. Así, es significativo como tanto la ley como el reglamento se preocupan de cuidar y detallar los aspectos procedimentales del período de consultas, que se enfatice en el deber de negociar de buena fe, que se especifiquen las materias mínimas a tratar, que se dote a la autoridad laboral de facultades para garantizar su efectividad y que, incluso, se prevea o fomente la sumisión a mecanismos de solución de mediación y arbitraje.

A ello se unen las primeras resoluciones judiciales que, sin ninguna duda, corroboran el papel decisivo que juega el período de consultas hasta el punto que, como veremos, una defectuosa tramitación del mismo o, incluso, una actitud negociadora negativa, motivará la nulidad del proceso.

No estamos, por tanto, ante un mero trámite sino ante la pieza esencial del sistema, con influencia decisiva en la prosperabilidad de la medida: el despido colectivo ha dejado de ser autorizado no para que el empresario pueda actuarlo unilateralmente; al contrario, la nueva configuración nos lleva más hacia un despido pactado en el que, si no hay voluntad verdadera de conseguir dicho pacto, los riesgos de nulidad se incrementan exponencialmente.

En el aspecto puramente formal no vemos problemas significativos; la norma intenta acotar el contenido fijando un período máximo de duración (30 o 15 días) y un calendario de reuniones, que delimita los tiempos y fuerza la negociación efectiva. Nada obsta a que las partes, de mutuo acuerdo amplíen el plazo y tampoco, al ser una duración máxima y no mínima, a que anticipadamente lo den por concluido si se constata la imposibilidad de acuerdo. Sin embargo, no creemos aconsejable esta opción para el empresario, frente a reforzar su voluntad negociadora, forzando la continuación y buscando realmente un acuerdo. El riesgo de nulidad, con la facilidad con que se declarado por actitudes empresariales poco proclives a negociar, aconsejan, cuando menos, agotar las posibilidades y períodos de negociación salvo supuestos extremos y claros.

Sobre el calendario, aunque las partes pueden fijar uno diferente, el art. 7 del Reglamento especifica que a la apertura del período de consultas, es decir, al tiempo de la comunicación de inicio del expediente, se establezca ese calendario que, salvo pacto en contrario, señalará la primera reunión en plazo no inferior a tres días desde la entrega de la documentación. Debe haber un mínimo de dos reuniones separadas en un intervalo de tres a seis días en empresas de menos de 50 trabajadores y de tres reuniones en empresas de más de 50 trabajadores, en un intervalo de cuatro a nueve días. Aunque esta es una norma reglamentaria dispositiva, ante la complejidad y trascendencia del proceso, no parece aconsejable apartarse de la misma salvo acuerdo expreso, sin que deba ser este un punto de conflicto que interfiera en el desarrollo de las consultas.

De cada reunión deberá levantarse acta a firmar por todos los asistentes. Las actas, normalmente expresarán las fechas en que hubiesen tenido lugar las reuniones, con reseñas suficientes de la documentación o de los informes que hubiesen sido examinados, y los extremos que cada representación considere necesario incluir. Y la negativa de algún miembro a la firma no debe conducir a reparos procedimentales pues lo relevante ha de ser el desarrollo efectivo de las consultas que no debe verse empañado por la actitud o negativa formal a la firma. En definitiva, estas actas no serán sino un elemento importante de examen y análisis del desarrollo del período sin entidad, en sí mismas, para calificar el procedimiento, aunque con capacidad probatoria muy importante a la hora de juzgar la actitud negociadora de las partes.

Respecto del contenido de las 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, tales como medidas de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad” (art. 51.2 ET); no es exhaustiva esta mención pues es evidente que la negociación deberá poder tratar todos los temas candentes del expediente, incluidas las cuantías de las indemnizaciones y tampoco hay que descartar que se extienda a materias no expresamente enunciadas en este artículo.

### *III.2.1. El deber de negociar de buena fe*

En el desarrollo de las consultas, tanto la ley como el reglamento se encargan de enfatizar que pesa sobre las partes el deber negociar de buena fe, lo que no es nuevo, pero que tras la supresión de la autorización administrativa ha cobrado especial importancia para evitar que el empresario tenga decidida de antemano la medida y eluda una negociación real y efectiva.

En efecto, ya antes de la reforma la STS de 9 de marzo de 1998<sup>27</sup> precisó que, obviamente, este deber no significa la obligatoriedad de alcanzar un acuerdo, pero sí sentarse, tratar y debatir los temas con seriedad y adoptar posiciones negociadoras reales, “discutiendo de forma efectiva todas las circunstancias que afecten a la medida propuesta”.

Tras la reforma, el cambio sustancial no está en el concepto sino en las consecuencias del incumplimiento de ese deber: si antes, en caso de desacuerdo, la medida debía ser autorizada y la falta de negociación efectiva se mitigaba por el filtro de la autoridad laboral, ahora, directamente, va a afectar a la calificación del despido, hasta el punto que, pese a concurrir la causa económica invocada y ser suficiente la documentación aportada al período de consultas, el despido es nulo si no se constata buena fe en la empresa durante el proceso de negociación (SAN 15 de octubre de 2012<sup>28</sup>).

<sup>27</sup> RA 2372

<sup>28</sup> RA 2013/2

Por ello, se revela esencial cuidar el contenido de las reuniones y el desarrollo efectivo de las mismas, descartando posturas inamovibles sino todo lo contrario, demostrando esfuerzos reales por encontrar puntos de convergencia: “No se puede considerar existente una verdadera negociación si no se aprecia el juego de propuestas y contrapropuestas (...) un proceso de negociación implica necesariamente estar dispuesto a ceder, analizar alternativas propuestas y no cerrarse a una única posibilidad inamovible pues quien se acerca a la mesa de consultas con una única posibilidad sobre la mesa, la suya, no negocia porque no intercambian valor alguno ni efectuó concesiones ni ofrece opciones, sencillamente se limita a tratar de cumplir formalmente un trámite” (SAN 15 de octubre de 2012<sup>29</sup>).

En definitiva, como señala la STSJ Cataluña 13 de junio de 2012<sup>30</sup>, el deber de negociar de buena fe implica un esfuerzo sincero de aproximación de posiciones que no se cumple manteniendo una única oferta definitiva e irrevocable. (En el mismo sentido, SSTSJ Cantabria 26 de septiembre de 2012<sup>31</sup>, o Madrid 30 mayo de 2012<sup>32</sup>).

Y además, no basta con una apariencia formal de buena fe, con aceptación teórica de propuestas sociales, si las actuaciones coetáneas o inmediatas demuestran que no había voluntad real de aceptarlas ni modificar la oferta inicial, o cuando se desarrollan conversaciones paralelas con los trabajadores (SAN 25 de julio de 2012<sup>33</sup>).

En todos estos casos el despido se ha declarado nulo, por lo que el desarrollo de la negociación es absolutamente determinante y un aspecto a cuidar especialmente para que el proceso se articule con todos los medios y elementos necesarios para su plenitud y efectividad.

Ahora bien, el deber de buena fe es recíproco, y esto no puede olvidarse. De hecho, la SAN 15 de octubre de 2012<sup>34</sup>, lo recuerda expresamente y creemos que es especialmente importante a la hora de valorar la información que hay que suministrar y cómo se desarrollan las consultas.

A nuestro juicio, la buena fe obliga a la representación social a que, si considera insuficiente alguna información, si precisa datos complementarios, clarificación de los criterios de selección, etc..., no pueda callarse para solicitar luego la nulidad por deficiente documentación sino provocar la efectiva negociación solicitando datos complementarios para que pueda ser subsanada la deficiencia en el propio periodo consultas y pueda ser viable, efectiva y verdadera la negociación, criterio que parece ratificar la STSJ Madrid 11 de junio de 2012<sup>35</sup>.

---

<sup>29</sup> RA 2013/2

<sup>30</sup> RA 1887

<sup>31</sup> RA 339065

<sup>32</sup> RA 1672

<sup>33</sup> RA 1674

<sup>34</sup> RA 2013/2

<sup>35</sup> RA 227382

### III.2.2. La definición del ámbito de las consultas: a nivel de empresa o parcelada por centros

Cuando el despido afecte a varios centros de trabajo no es claro si las consultas deben centralizarse en una única mesa o si, por el contrario, pueden dividirse y celebrarse de forma independiente en cada centro afectado.

A este respecto, es digno de destacar que el nuevo Reglamento contempla expresamente, en su art. 6, la posibilidad de que el empresario opte por una negociación global o diferenciada por centros de trabajo en caso de que fueran varios los afectados, al igual que hiciera el anterior reglamento de regulación de empleo.

Y sorprende que así se establezca porque, apenas unos meses antes, la SAN de 25 de julio de 2012<sup>36</sup>, declara que no es posible parcelar el proceso de negociación por centros de trabajo con tres argumentos: La literalidad de la norma que no contempla dicha posibilidad; la descoordinación existente entre un despido negociado centro a centro y su posible calificación judicial, pues la nulidad o irregularidad en un centro impregnaría a todo el despido, y la disminución de garantías para los trabajadores pues, presumiendo el sentido común del legislador, el silencio de la norma nos lleva a un proceso único con resultado homogéneo para todos los trabajadores que no quede al albur del específico desarrollo de la negociación y contenido del eventual acuerdo que se consiga según el centro de que se trate.

Pero no sólo es eso, es que, con estos argumentos y respecto del anterior reglamento, la sentencia declara su carácter de *ultra vires* por ir más allá del mero desarrollo encomendado, lo cual puede ser fácilmente extrapolable a la nueva regulación existente ya que, si se considera que el art. 51 no autoriza a la negociación parcelada por centros, el reglamento actual incurre también en *ultra vires*. Y, con un pronunciamiento judicial así, cuando menos es chocante que se desconozca absolutamente y ni se mencione, aunque solo sea para rebatir sus argumentaciones.

Si, además, se considera que el art. 124 LRJS no contempla más que la impugnación del despido en su conjunto, con una concepción unitaria y homogénea del despido colectivo que ha de recibir, por tanto, una solución judicial también unitaria, nos invaden serias dudas acerca de la viabilidad real de la posible parcelación de la negociación por centros.

No es aconsejable, por ello, acudir a la misma y, en todo caso, si se decide, ser conscientes del riesgo de nulidad existente ante un pronunciamiento judiciales tan claro y contundente.

### III.2.3. El papel de la autoridad laboral

Respecto al nuevo papel de la autoridad laboral, se ha de limitar a velar por la efectividad del período de consultas, pudiendo realizar advertencias y recomendacio-

<sup>36</sup> RA 1674

nes. La Ley 3/2012 prevé también que pueda realizar labores de mediación, a petición de ambas partes, o de asistencia de una de ellas, a petición de cualquiera de las mismas o por propia iniciativa, lo que parece más discutible.

Así, el art. 10 del Reglamento recoge estas facultades y, de su lectura conjunta, parece, o por lo menos, se puede deducir la impresión de que se sitúa a dicha autoridad más cercana a la representación de los trabajadores. Así, de una parte, se señala expresamente que éstos podrán dirigir observaciones a la misma y, de otra, obliga sólo a la empresa a que responda por escrito a las advertencias que hubiera efectuado cuando lo lógico sería que, ante la imparcialidad que ha de presidir su actuación, ambas partes pudieran dirigirse a ella o que ambas partes tuvieran que contestar a sus advertencias.

Entendemos que ambas cuestiones son subsanables; desde luego, aunque no se prevea expresamente, entendemos que el empresario está capacitado para hacer observaciones en cualquier momento y en igualdad de condiciones que los trabajadores; que debe hacerlo en todo caso al contestar a las advertencias y que debe evitarse la tentación de convertir a la autoridad laboral y a la Inspección de Trabajo como un mecanismo de defensa y denuncia constante por la parte social.

Por supuesto, influirá decisivamente la actitud de las personas intervinientes pero, a nuestro juicio, debe descartarse una visión de las facultades otorgadas como mandato para desempeñar una labor erróneamente concebida como tuitiva o de mayor proximidad a la que tradicionalmente es la contraparte más débil.

No es esta la concepción de la norma y las advertencias deberían centrarse más en el desarrollo de la negociación, o en los medios adecuados para que fructifique, que en posicionamientos concretos sobre el fondo del despido o de la causa invocada; máxime cuando la Inspección de Trabajo deberá realizar en los quince días siguientes a la finalización de las consultas un informe en el que sí se va a pronunciar sobre la causa y la documentación presentada, como dispone el art. 11 del reglamento.

Y sobre este informe, no se puede desconocer que la SAN de 28 de septiembre de 2012<sup>37</sup>, le reconoce una capacidad probatoria muy destacada, reconociendo una presunción de certeza a sus valoraciones sobre los documentos incorporados al informe y a sus labores de investigación y comprobación, trasladando la carga de la prueba en contrario a quien pretenda rebatir sus afirmaciones.

#### **IV. Sobre la documentación a aportar**

La comunicación de inicio del despido colectivo deberá tener el siguiente contenido mínimo: a) La especificación de las causas del despido colectivo. b) Número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por el despido. c) Número y clasificación profesional de los trabajadores empleados habitualmente en el último

---

<sup>37</sup> RA 2515

año. d) Periodo previsto para la realización de los despidos. e) Criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos.

– La Memoria explicativa sigue siendo el documento básico de todo el procedimiento ya que en ella se justifican las razones del despido y su necesidad. Deberá recoger la causa o causas que se entienden concurrentes, justificando los motivos y la documentación que la acredite. Y aunque no sea exigible en puridad, si sería conveniente justificar que no se ha producido esa situación por causa intencionada, negligencia, etc...

El reglamento, en sus arts. 4 y 5, desglosa la documentación mínima a aportar, lo que contribuye a mitigar dudas sobre cuál debe acompañarse y constituye un referente a la hora de evitar una hipotética nulidad por falta de suficiencia en la documentación.

Así, en el caso de causa económica, aunque como principio general establece que el empresario podrá acompañar toda la documentación que a su derecho convenga, a continuación especifica la que debe ser aportada en todo caso: cuentas anuales de los dos últimos ejercicios, informe de los criterios utilizados para su estimación en caso de previsión de pérdidas así como informe técnico sobre su volumen y coyunturalidad, la documentación fiscal y contable de los tres últimos trimestres y los referentes de comparación y las cuentas anuales e informe de gestión consolidado de la empresa dominante en caso de grupos de empresa con cuentas consolidadas que tengan saldos acreedores o deudores con la empresa que inicia el procedimiento.

Aunque en un principio pudiera parecer que la documentación es rigurosa, no creemos que excesiva, y considerarse que hay cierta intromisión en el derecho del empresario a articular la prueba que considere pertinente, sin embargo, ante un procedimiento de la máxima repercusión social y gravedad laboral, es exigible la mayor diligencia y rigurosidad en la prueba y es evidente que, para acreditar la situación económica, hay que realizar un amplio y extenso esfuerzo documental sobre la situación de la empresa que llevará a aportar, cuando menos, las cuentas anuales de los dos últimos ejercicios, con los informes de gestión, auditorías y cuentas provisionales a la fecha, corroboradas con los documentos fiscales que acrediten su realidad.

Por ello, creemos que, al contrario, en la práctica, puede ser una orientación útil para dotar de consistencia y certeza probatoria al proceso y eliminar actuaciones ligeras, oscuras o similares. En este sentido, nunca será suficiente la presentación de unas declaraciones de IVA, por ejemplo, si no se acompañan de las cuentas de la sociedad debidamente formuladas, como declararon, antes de aprobarse el reglamento, las SSTSJ Madrid 30 de mayo de 2012<sup>38</sup> y 25 de junio de 2012<sup>39</sup>. Téngase también en cuenta que este mismo Tribunal, en sentencia de 22 de junio de 2012<sup>40</sup>, convalida

---

<sup>38</sup> RA 1672

<sup>39</sup> RA 773

<sup>40</sup> RA 1936

la obligatoriedad de presentación de la documentación contable del grupo mercantil aunque no lo sea a efectos laborales.

Por el contrario, esta exhaustividad debe propiciar que no se declare la nulidad del despido por insuficiencia de la documentación aportada en los términos que han aparecido en las primeras sentencias pues, entendemos, la información a suministrar es tan completa y detallada que difícilmente puede exigirse más de cara a la corrección formal del procedimiento. De hecho el art. 124 LRJS al sancionar la nulidad por no realizar el período de consultas o entregar la documentación prevista en el art. 51.2 ET nos remite a dicho precepto y se refiere a la documentación a aportar “en los términos que reglamentariamente se determinen”, lo que permite evitar tal declaración si la misma es conforme con lo previsto en el Reglamento. Otra cosa es que la documentación acredite o no la causa, pero ya no debemos estar ante un riesgo de nulidad.

Por otra parte, llama poderosamente la atención cómo, frente a la profusión y exhaustividad del art. 4 referido a las causas económicas, el art. 5 únicamente exija la aportación de informes técnicos que acrediten la concurrencia de las otras causas. Ello significa que el riesgo de que se considere insuficiente aumenta, especialmente, cuando esas causas influyan en la situación económica de la empresa.

Por ello, aunque no se puedan ofrecer pautas generales pues cada empresa y cada causa serán distintas, si se debe ser también riguroso en la preparación de la prueba para ofrecer toda la que sea posible, sin descartar la aportación de cuentas anuales y documentación contable que pudiera reflejar la necesidad de la medida y, sobre todo, cuidar mucho el informe a elaborar, acompañado de cuanta documentación técnica y pericial pudiera dotar de certidumbre o contundencia a tal informe. Y aquí si, la insuficiencia del mismo, por su propio carácter, puede implicar ocultar información, no facilitar toda la necesaria y ampliar los riesgos de nulidad ante una revisión judicial más rigorista.

– A la luz de la incipiente jurisprudencia, el documento que recoja los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos es decisivo para la propia validez formal del período de consultas, con entidad suficiente para generar la nulidad de los despidos.

Así, la SAN 15 de octubre de 2012 ya citada, señala que los criterios de designación de los trabajadores afectados constituyen una información absolutamente capital, no solo como exigencia formal destinada a garantizar la negociación, sino como presupuesto imprescindible para apreciar la adecuada justificación de los despidos puesto que está directamente relacionado con el fondo de la decisión extintiva.

En el mismo sentido, ratifica esta importancia la STSJ Madrid 25 de junio de 2012<sup>41</sup>, indicando, además, que la omisión en este documento aporta otra grave disfunción: imposibilitar comprobar la edad de los afectados a los efectos del art. 51.9 ET, lo que debe provocar también la nulidad del despido.

---

<sup>41</sup> RA 1773

– Del resto de exigencias documentales, los antiguos planes sociales cobran de nuevo actualidad, con mención expresa en los arts. 8 y 9 del reglamento, orientados hacia las medidas para evitar o reducir los efectos, por un lado, y hacia las recolocaciones, por otro, en empresas de más de 50 trabajadores. No parece fiscalizable un contenido imperativo de dichos planes y así, la Audiencia Nacional ha declinado pronunciarse sobre la obligatoriedad de incluir en el mismo un derecho de recolocación preferente declarando ajustado a derecho el despido sin que se contemple tal derecho (SAN 28 de septiembre de 2012<sup>42</sup>).

En este sentido, recordar que el art. 51.10 ET establece que “el incumplimiento de la obligación establecida en este apartado o de las medidas sociales de acompañamiento asumidas por el empresario, podrá dar lugar a la reclamación de su cumplimiento por parte de los trabajadores”, es decir, que eventuales insuficiencias no afectan a la calificación del despido.

– Por último, no podemos dejar de mencionar la inasumible justificación del canon por afectación a trabajadores de más de 50 años. Este, consistente en la obligatoriedad de efectuar una aportación económica al Tesoro Público en caso de afectación a estos trabajadores, castiga tremendamente la viabilidad de los despidos. No se comprende desde el punto de vista laboral, ni de la justificación de la medida, que es solucionar una grave crisis de empleo y de producción.

En efecto, se penaliza al empresario con una especie de tasa cuyo importe podrá llegar a sufragar el 100 % de la prestación por desempleo de los trabajadores afectados (a pesar de que la misma es contributiva y responde a unas cotizaciones previas efectuadas por empresario y trabajador) que solo se explica en un afán recaudatorio, aunque castigue más la maltrecha situación de nuestras empresas y, por extensión, del empleo juvenil que se va a resentir necesariamente.

La medida se contempla para empresas o grupos de empresa, sin especificar qué se entiende por grupo, que cuenten con más de 100 trabajadores (la empresa o el grupo), con lo que su afectación es importantísima, no solo a las grandes empresas semipúblicas.

Como únicos requisitos, que el despido afecte a trabajadores de 50 o más años y que la empresa o grupo haya tenido beneficios en los dos últimos ejercicios, sin importar el tipo de causa, la situación de la empresa en relación al grupo, su independencia, inevitabilidad de la medida, etc... Parece que no importa la situación ni la viabilidad de la empresa o el grupo; al contrario, casi, en lugar de corregir el desfase antes de las pérdidas, se fomenta esperar a la realidad de las mismas, lo que perjudica gravemente el futuro de la empresa y el empleo.

Y se exigirá también a las empresas que hubieran adoptado previamente medidas temporales de regulación de empleo si dentro del año siguiente extinguiera los contratos de trabajo de los afectados mayores de 50 años por la suspensión temporal de

---

<sup>42</sup> RA 2515

empleo. En este caso, la aportación incluirá el importe de la reposición de la prestación por desempleo consumida.

Como señala MOLERO, es una medida que debiera reconsiderarse por los graves y perniciosos efectos sobre el empleo y la situación de nuestras empresas que, a mayor abundamiento, de tener que reestructurarse, no lo van a poder hacer atendiendo a criterios de eficiencia sino económicos, pues el coste de este canon puede ser desorbitado, lo que llevará a excluir a los trabajadores maduros y a precarizar más aún el empleo juvenil.

## V. Sobre el control judicial

La última característica esencial del nuevo despido colectivo, es que su control o fiscalización ya no es previo a la medida sino posterior a su adopción y que no es ya la autoridad administrativa sino la judicial la que ejerce el mismo. De este control, lo primero a destacar es que, por fin, se unifica en el orden social la jurisdicción competente para conocer de la impugnación de la totalidad de las cuestiones del despido colectivo.

A tal efecto, se abren dos vías de impugnación: la colectiva y la individual.

La primera, regulada en el art. 124 LRJS, ofrece un nuevo procedimiento de naturaleza colectiva, con efectos iguales a los de la sentencia de conflicto colectivo, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia correspondiente cuando los despidos se produzcan solo en el ámbito de la Comunidad Autónoma, o ante la sala de lo Social de la Audiencia Nacional cuando excedan del territorio de una Comunidad Autónoma; procedimiento que suspenderá la tramitación de las impugnaciones individuales que se pudieran producir, produciendo eficacia de cosa juzgada sobre los mismos. Por ello, debe admitirse la personación de los trabajadores afectados que lo soliciten, como reconocen el Auto del TSJ Cantabria de 7 de septiembre de 2012 y la sentencia de 26 de septiembre de 2012<sup>43</sup>, dictada en dicho procedimiento, a fin de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva ante los efectos de cosa juzgada sobre sus reclamaciones individuales.

La segunda es la reclamación individual en el proceso de despido por causas objetivas hasta ahora existente (arts. 120 a 123 LRJS), con algunas matizaciones: en caso de acuerdo deberán ser demandados los firmantes del mismo y si se plantea la inaplicación de preferencias atribuidas a determinados trabajadores, deberá demandarse también a dichos trabajadores.

No pretendemos analizar la problemática procesal que se suscita pues nos excederíamos del propósito y extensión de este trabajo. Sólo nos interesa detenernos en el problema de la calificación del despido y las nuevas causas de nulidad que, parece, están proliferando.

---

<sup>43</sup> RA 339065

El primer problema se plantea con la posible divergencia de calificaciones entre el proceso individual y el colectivo. Por una parte, el art. 122 LRJS establece como calificaciones posibles para el despido individual las tradicionales de nulidad, improcedencia y procedencia; paralelamente, el art. 124 LRJS contempla otras calificaciones para el proceso colectivo: nulo, ajustado a derecho o no ajustado a derecho. ¿Son las mismas calificaciones y con mismos efectos?

Todo apunta a que así debe ser; parece clara la asimilación en la nulidad y que la declaración de ser ajustada a derecho es equivalente a la procedencia. Los problemas surgen en el alcance de la declaración de no ser ajustada a derecho, término que no existía en la anterior calificación del despido y que debería asimilarse a la declaración de improcedencia, en coherencia con la declaración prevista para las impugnaciones individuales.

En este sentido, la exposición de motivos de la ley reconoce expresamente que, con la reforma, se pretende una asimilación de los despidos colectivos con el resto de despidos a efectos de su impugnación y calificación judicial; así, en defecto de otras pautas hermenéuticas distintas, debemos considerar que la particularidad de prever una vía específica de impugnación por el cauce colectivo no altera esa inicial intención y que la eventual calificación y efectos del despido debe ser igual tanto en el proceso individual como colectivo.

Pero tenemos serias dudas de que esta equiparación sea así, no tanto en cuanto a las consecuencias o efectos de tales calificaciones, sino en la determinación de supuestos que provocan una u otra. Sobre todo tras las primeras resoluciones de nuestros órganos judiciales en materia de despido colectivo que, abrumadoramente, se decantan por la nulidad o por la procedencia, sin que exista un espacio muy claro para la otra alternativa, la improcedencia, si es que tal debe ser la declaración de no resultar ajustado a derecho que la norma contempla.

Ello nos lleva reflexionar sobre las nuevas causas de nulidad a la luz de estos pronunciamientos pues, si bien es cierto que pudieran resultar preocupantes tantas sentencias de nulidad, también ello es debido a decisiones poco fundadas o precipitadas en las primeras etapas de la reforma y a la ausencia de norma reglamentaria específica que ofreciera mayor certeza sobre cuestiones formales.

En todo caso, lo que es claro es que debe tomarse buena cuenta de estos criterios jurisprudenciales, por elemental prudencia, para conocer y valorar adecuadamente los riesgos existentes.

Así, junto a las tradicionales causas de nulidad, el art. 214 LRJS añade que el despido será nulo por:

- No haber realizado el período de consultas.
- No haber entregado la documentación prevista en el art. 51.2 ET.
- Cuando la medida se haya efectuado en vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas.

Al amparo de estas menciones, los principales problemas interpretativos se centran en las cuestiones formales relativas al desarrollo del período de consultas o a la suficiencia de la documentación aportada, manteniéndose, por lo demás, los tradicionales criterios imperantes respecto a violaciones de derechos fundamentales, debiendo aportarse indicios sólidos, que no aparecen sólo por constatarse un elevado número de despidos de afiliados a un sindicato si se justifican por la composición de la plantilla (SAN 28 de septiembre de 2012<sup>44</sup>).

– Respecto del período de consultas, aunque la ley sólo prevea la nulidad por no haberlo realizado, no por defectos en su desarrollo, se ha extendido a cualquier vicio surgido en el mismo: por no apreciarse buena fe en la negociación (SAN 15 de octubre de 2012<sup>45</sup>), por desarrollar conversaciones paralelas con los trabajadores (SAN 25 de julio de 2012<sup>46</sup>), por no atender propuestas y negarse a modificar la propuesta empresarial que es única e inamovible (STSJ Madrid 22 de junio de 2012), por notificar el despido antes de terminarlo (SAN 15 de octubre de 2012<sup>47</sup>) o por parcelar por centros el proceso de negociación (SAN 25 de julio de 2012<sup>48</sup>).

En estos casos, se entremezcla el deber de negociar de buena fe con el fraude de ley, que es la principal invocación para declarar la nulidad. A este respecto, conviene efectuar alguna consideración:

Entre las teorías objetiva y subjetiva a la hora de apreciarlo, la Audiencia Nacional claramente se decanta por la subjetiva, exigiendo que se observe una intencionalidad, esto es, un elemento subjetivo que acredite que el empresario persigue o pretende eludir otra norma del propio ordenamiento jurídico. “Con ello no se ha de atender exclusivamente al resultado sino que habrá que acreditar la intención maliciosa de violar la norma, lo que no puede ser objeto de presunción bajo ningún concepto” (SAN 28 de septiembre de 2012<sup>49</sup>).

Sin embargo, pese a este posicionamiento tan claro, la misma Sala, en sentencia de 25 de julio de 2012<sup>50</sup>, considera existente el fraude por escuchar y negociar con los trabajadores individuales de forma paralela a las consultas, pese a que fueron los trabajadores quienes provocaron y pidieron esa negociación, asumiendo así la tesis contraria, la objetiva, atendiendo exclusivamente al resultado final (que dichas negociaciones vacían de contenido el período de consultas) aunque no se albergue ni aprecie intención fraudulenta en el empresario y que los acuerdos individuales sean válidos y aceptados por los propios afectados que los han suscrito.

Por otra parte, se declara nulo el despido por fraude de ley cuando la empresa desiste de un expediente en tramitación como consecuencia de la entrada en vigor

---

<sup>44</sup> RA 2515

<sup>45</sup> RA 2013/2

<sup>46</sup> RA 1674

<sup>47</sup> RA 2013/2

<sup>48</sup> RA 1674

<sup>49</sup> RA 2515

<sup>50</sup> RA 1674

de la reforma para iniciarlo al amparo de la nueva normativa (SAN 25 de junio de 2012<sup>51</sup>); y, sin embargo, se declara que no existe tal fraude cuando la empresa no recurre la desestimación de un expediente solicitado antes de la reforma y procede a iniciar uno nuevo. En este caso, declara que la decisión de no seguir la vía de impugnación de la resolución denegatoria no permite presumir la presencia de un ánimo defraudador ya que su ejercicio es potestativo legalmente.

No terminamos de ver con claridad la diferencia entre ambos supuestos pues el desistimiento es igualmente potestativo; es una forma de terminación prevista por la ley para el expediente y no tiene porque implicar ánimo defraudatorio en el empresario. Atendiendo a este criterio, no sería fraudulento esperar a la resolución negativa, que sin acuerdo es muy probable que se produjera, no recurrirla e iniciar un nuevo procedimiento lo que implica una dilación en el tiempo pero nada más.

Sobre la nulidad referida a la falta de entrega de la documentación prevista en el art. 51.2 ET, por supuesto, procederá en caso de omisión absoluta o por no aportar la documentación contable que se refleja en la memoria (STSJ Madrid 22 de junio de 2012<sup>52</sup>) teniendo en cuenta que reglamentariamente así se exige, pero también por insuficiencia de la memoria explicativa (STSJ Madrid 30 de mayo de 2012<sup>53</sup>), por fraude en la identificación del empresario ocultando la dimensión de grupo de empresas, aportar criterios genéricos de afectación y por no concretar la clasificación profesional de los trabajadores afectados (STSJ Cataluña 23 de mayo de 2012<sup>54</sup>), o por falta de concreción de período previsto para la realización de los despidos (STSJ Madrid 25 de junio de 2012<sup>55</sup>).

En estas situaciones, y aunque de nuevo el art. 214 LRJS prevé la nulidad por no haber entregado la documentación prevista, no porque la misma sea insuficiente, estamos viendo que claramente se sanciona esta nulidad ante cuestiones formales que en procesos individuales no la provocarían.

Así, la insuficiencia de documentación normalmente debe tener por efecto que no se acrediten las causas, es decir, que incumbiendo al empresario la prueba de las mismas, se entenderá que no concurre o que no ha conseguido tal prueba al carecer de soporte documental suficiente. Al mismo tiempo, la SAN de 28 de septiembre de 2012, tantas veces citada, declara que los eventuales incumplimientos formales no determinan en sí mismos la nulidad de la decisión; al contrario, debe analizarse su entidad en relación con la merma de garantías que los mismos implican para los trabajadores pues la forma tiene sentido como salvaguardia de garantías y derechos.

Bajo estas premisas, nos parece muy discutible que todo defecto documental implique la nulidad, ni tampoco creemos que tales insuficiencias impliquen merma de derechos y garantías.

---

<sup>51</sup> RA 1776

<sup>52</sup> RA 1936

<sup>53</sup> RA 1672

<sup>54</sup> RA 1049

<sup>55</sup> RA 1773

Así, por ejemplo, cuando se declara la nulidad por fraude al no aportar las cuentas del grupo, ¿realmente se está produciendo indefensión o merma de garantías?: La empresa considera que no existe grupo a efectos laborales y el debate debe ser, primero y ante todo, ese; los representantes disponen de información y posibilidades de requerir el reconocimiento del grupo; si no hay acuerdo y efectivamente no hay grupo de empresas, ¿debe haber nulidad?. Al contrario, si se prueba el grupo la consecuencia directa es que no concurre la causa económica alegada y ello provocaría la improcedencia es caso de despidos individuales.

Y tampoco parece tan claro que no se haya podido realizar en plenitud la negociación o las consultas, sobre todo porque se han podido analizar y discutir los puntos sobre los que se ha planteado el expediente, se ha podido debatir sobre el grupo, no ha existido acuerdo y en su defecto, es el empresario quien debe probar la causa por lo que, de existir el grupo, la posición y defensa de los trabajadores y sus representantes ha sido plena y efectiva: se opusieron en las consultas, negociaron y el empresario no consigue demostrar la concurrencia de la causa porque, efectivamente, debía residenciarse en el grupo en su conjunto. Consideramos que sería más coherente la declaración de no ser ajustado a derecho.

Sin embargo, bajo la consideración de que la documentación insuficiente impide la efectividad del periodo de consultas, nuestros tribunales en esta primera fase de aplicación de la reforma claramente están optando por declarar nulos estos despidos. Es cierto que las exigencias documentales están ahora más definidas y que difícilmente puede declararse la nulidad si se entrega toda la documentación prevista reglamentariamente. Y si de la misma no se deduce o acredita la causa invocada, el resultado debe ser que dicha causa no concurre, no que la documentación es insuficiente.

Por último, resaltar dos supuestos más de nulidad que conviene advertir y cuidar:

- Es causa de nulidad la no concreción de los criterios de designación de los trabajadores afectados: Como señala la STSJ Cataluña 23 de mayo de 2012<sup>56</sup>, no sólo debe acreditarse la concurrencia de la causa sino argumentar acerca de sus efectos, precisamente los efectos que justifican la extinción de los contratos concretos, para lo cual son especialmente relevantes los criterios de selección de los trabajadores afectados.
- Aunque es la empresa quien decide la implantación de la medida y su fecha o fechas de efectos para los trabajadores afectados, a quienes deberá remitir en su momento la comunicación individual, no tiene libertad para hacerlo como quiera y cuando quiera, desconociendo la plantilla y sus representantes quiénes serán los afectados y cuando se producirán las extinciones.

---

<sup>56</sup> RA 1049

En efecto, según señala la STSJ Madrid de 25 de junio de 2012<sup>57</sup> no existe previsión legal que permita dejar al arbitrio de la representación empresarial la designación sine die de los posibles trabajadores afectados sino que, por exigencia del art. 51.4 ET, debe proceder a la notificación individual a los trabajadores afectados una vez finalizado el periodo de consultas aunque se puedan ejecutar en periodos distintos.

Lo ineludible es la comunicación y el conocimiento de cuándo se va a producir, una vez finalizadas las consultas o tomada la decisión, por lo que no hacerlo y comunicar las extinciones de forma paulatina en el tiempo es también causa de nulidad.

---

<sup>57</sup> RA 1773

