

Trabajo Fin de Grado

El Control Judicial de los Despidos Colectivos

Autor: IGNACIO MILLÁN GÓMEZ

Director: Prof. Dr. Don MANUEL ÁLVAREZ ALCOLEA

Facultad de Derecho de Zaragoza

2014

ÍNDICE:

Abreviaturas	3
Introducción	4
Evolución histórica del despido colectivo	6
Definición despido colectivo	10
Impugnación despido colectivo por los representantes de los trabajadores	15
Naturaleza del proceso	15
Competencia Funcional/Territorial	15
Legitimación activa	18
Legitimación Pasiva	22
Iniciación del proceso. Plazos y efectos	24
Motivos de impugnación del despido colectivo	27
Exclusión motivos de impugnación del despido colectivo	43
La sentencia	44
Demanda empresarial de confirmación judicial	49
Naturaleza del proceso	49
Legitimación activa/pasiva	49
Procedimiento	51
Demanda de oficio por la autoridad laboral	54
Naturaleza del proceso	54
Legitimación activa/pasiva	55
Procedimiento	55
Motivos de impugnación	57
Impugnación individual de los trabajadores	59
Naturaleza del proceso	59
Competencia	59
Legitimación activa/pasiva	60
Procedimiento	61
Motivos de impugnación	62
Conclusión	71
Bibliografía	74
Anexo: Apéndice de Sentencias	75

ABREVIATURAS:

CC.	_____	Código Civil
Dir.	_____	Directiva
disp. adic.	_____	Disposición Adicional
ET	_____	Estatuto de los Trabajadores
FOGASA	_____	Fondo de Garantía Salarial
ITSS	_____	Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social
LEC	_____	Ley de Enjuiciamiento Civil
LGSS	_____	Ley General de la Seguridad Social
LOLS	_____	Ley Orgánica de Libertad Sindical
LOPJ	_____	Ley Orgánica del Poder Judicial
LPRL	_____	Ley de Prevención de Riesgos Laborales
OIT	_____	Organización Internacional del Trabajo
RD	_____	Real Decreto
RDLeg	_____	Real Decreto Legislativo
RD Ley	_____	Real Decreto-Ley
Reg.	_____	Reglamento
TSJ	_____	Tribunal Superior de Justicia

I. INTRODUCCIÓN:

Desde este trabajo fin de Grado de Derecho, denominado “*El control judicial de los despidos colectivos*”, he pretendido realizar un examen pormenorizado y exhaustivo de las modalidades procesales de impugnación de un despido colectivo, así como los pronunciamientos por parte de los Tribunal Españoles a cada una de las disyuntivas planteadas ante ellos, en esta materia.

Como se podrá apreciar a lo largo de mismo, he realizado un análisis legal y jurisprudencial de todas y cada una de las cuestiones, tanto formales como materiales, que se presentan tanto en la realización como en el trámite de impugnación de un despido colectivo.

La elección de esta temática resultó sencilla, al ser el Derecho Laboral una de las ramas del derecho, que desde mi punto de vista resulta más apasionante, y con la que, sin lugar a dudas, todo el mundo en el algún momento de su vida tiene contacto, ya sea en la formalización de un contrato, como trabajador o como empresa, un despido, o un proceso de incapacidad temporal.

En concreto, el hecho de haber optado por los despido colectivos, se debe a que en un contexto socio económico como el actual, la extinción del contrato de trabajo fundamentada en la situación económica, técnica, organizativa o de producción negativa de una empresa es la modalidad que está siendo usualmente utilizada por las empresas para conseguir la viabilidad de sus negocios, con el objetivo de ajustar la plantilla a las necesidades productivas existentes, y por consiguiente es un tema de actualidad y de especial relevancia social. Y en especial, he de resaltar, que me resulta de especial interés realizar un estudio sobre el tratamiento que se que se está realizando al respecto, en relación con la interpretación constitucional de la causalidad del despido, al ser una de las manifestaciones de la estabilidad en el empleo y del derecho al trabajo del artículo 35 de la Constitución Española.

Antes de proceder al desarrollo del trabajo, quería agradecer a los profesores con los que he tenido contacto a lo largo de estos cuatro años, su dedicación y esmero a la hora de impartir las clases, y especialmente al profesor Don Manuel Álvarez Alcolea,

sin cuya ayuda y guía, no habría sido posible la realización del presente Trabajo Fin de Grado.

Por tanto, y tras esta breve introducción se va analizar de una forma estructurada y guiada por un orden lógico, el control jurisdiccional de los despidos colectivos.

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DESPIDO COLECTIVO:

El legislador comunitario se ocupó de la regulación de los despidos colectivos por primera vez en la Dir. Comunitaria 75/129, de 17 de febrero, modificada por la Dir. 92/56, de 24 de junio, derogadas ambas, posteriormente, por la Dir. 98/59, de 20 de julio, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, la cual vino a refundir a las anteriores Directivas con el fin de contribuir a la transparencia de la legislación comunitaria.

Para el legislador comunitario resulta de especial importancia la procedimentalización de la decisión empresarial de despido colectivo y de su contenido, tal y como se desprende de la reforma operada por la Dir. 92/56, de 24 de junio. En ella se ha modificado la obligación que establecía la Dir. 75/129, de 17 de febrero, de que las consultas *"trataran por lo menos de las posibilidades de evitar o de reducir los despidos colectivos, así como de la posibilidad de atenuar sus consecuencias"*, exigiéndose específicamente en la Dir. 92/56, de 24 de junio, que las consultas versen *"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"*, incluso se han añadido nuevas informaciones que deben ser suministradas por el empresario a los representantes legales de los trabajadores respecto a los criterios tenidos en cuenta para designar a los trabajadores y en torno al método de cálculo de las posibles indemnizaciones por despido. De esta forma, el legislador obliga a las partes sociales a que no reduzcan el debate previo a la decisión extintiva al examen de las causas y de las consecuencias económicas que la decisión empresarial tiene para la organización productiva y a extender la negociación a los aspectos negativos que el despido tiene para los trabajadores. En la vigente Dir. 98/59, únicamente procedimentaliza la decisión empresarial, en el sentido de que la decisión empresarial sobre la política de gestión del personal no se comparte con los trabajadores, simplemente se racionaliza mediante un procedimiento de información y consulta.

De las reformas acometidas en los últimos cinco años, en lo que a despidos colectivos se refiere, he de resaltar la introducida por la Ley 35/2010, de 17 de

septiembre, y la introducida por el RDLeg. 3/2012, de 10 de febrero, ambas referidas a medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. Introdujeron cambios en la configuración de las causas, y en el control judicial de las mismas, y por otro lado, la desaparición de la autorización administrativa que venía constituyendo la “clave de bóveda del sistema español”. En la actualidad la autoridad laboral, únicamente tiene una función revisora del proceso, pero sin ninguna capacidad o facultad resolutoria sobre el mismo.

Para analizar, las modificaciones introducidas en lo que a las causas del despido colectivo se refiere, debemos remitirnos a lo dispuesto en el artículo 51 del RDLeg. 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (de ahora en adelante “ET”), en el que se establece que existe causa suficiente para proceder al despido colectivo cuando concurran alguna de las siguientes causas:

- La conurrencia de 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.
- La conurrencia de causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción.
- La conurrencia de causas organizativas 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 y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado.

Con esta nueva regulación causal, se ha procedido a flexibilizar la justificación que las empresa deben realizar para llevar a cabo un despido colectivo, ya que con anterioridad, en lo que se refiere a las causas económicas únicamente se constituía como causa un situación económica negativa, no tenían en cuenta los ingresos, y era necesario

que para que la medida resultará ajustada a derecho debía contribuir a superar la situación económica de la empresa. Y siempre, las causas debían ser actuales, no constituía como en la actualidad causa de despido la previsión futura de pérdidas.

En la vertiente procesal de los despidos colectivos, el antedicho RDLeg., introdujo grandes novedades respecto a su regulación anterior. La modificación por excelencia fue la atribución de la competencia para conocer de la impugnación de despidos colectivos a la jurisdicción social, y ello como consecuencia de la eliminación de la autorización administrativa que hasta el momento se exigía, ya que con anterioridad la jurisdicción competente para conocer la impugnación era la contencioso administrativa, al ser autorizados los despidos colectivos por un resolución administrativa. Y dentro de la jurisdicción social, se atribuyó la competencia funcional y territorial, a los Tribunales Superiores de Justicia, para aquellos expedientes que afectarán a trabajadores de una misma Comunidad Autónoma, y a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, para aquellos procedimientos que afectarán a trabajadores de diferentes Comunidades Autónomas.

En lo que al procedimiento del despido colectivo se refiere, con anterioridad al inicio de la crisis económica, se encontraba vigente el RD 43/1996, de 19 de enero, por el que se aprueba el Reg. de los Procedimientos de Regulación de Empleo y de Actuación Administrativa en materia de Traslados Colectivos, cuya vigencia se extendió hasta el 15 de junio de 2011. Con posterioridad, y como consecuencia de la situación crisis, fue aprobado el RD 801/2011, de 10 de junio, cuya vigencia no se extendió más haya de año y medio, como consecuencia de los constantes cambios producidos en materia laboral. Posteriormente, y como consecuencia de la aprobación del RD Ley 3/2012, de 10 de febrero, se confeccionó el RD 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reg. de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada. Tal y como se establece en el preámbulo del vigente RD, tiene por objeto adecuar los procedimientos a la nueva regulación legal contenida en los artículos 51 y 47 del ET, y el tránsito de un procedimiento administrativo en sentido estricto dirigido a la obtención de una autorización administrativa, a otro distinto.

Y en último lugar, el RD Ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social. Las modificaciones que esta norma ha introducido en el procedimiento de despido colectivo, las podríamos dividir en tres bloques: 1) los cambios habidos en el periodo de consultas; 2) la clarificación de los supuestos de nulidad del despido, que más adelante analizaré; y 3) el reforzamiento de la acción colectiva sobre la individual, puesto en relación con la posibilidad de ejecutar directamente la sentencia de despido colectivo, y la limitación de elementos de impugnación que puede oponer el trabajador con relación en la primera fase del despido colectivo.

III. DEFINICIÓN DESPIDO COLECTIVO:

El despido colectivo es la extinción del contrato que ante la concurrencia de causa económica, técnica, organizativa o de producción, afecta a un número importante de trabajadores. En consecuencia es necesario que la empresa acredite la concurrencia de alguna de las causas reseñadas, y justificar que de las mismas se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva.

Se deberá tramitar las extinciones de los contratos mediante un despido colectivo cuando:

- En un periodo de 90 días la extinción del contrato de trabajo supera determinados umbrales cuantitativos: 10 trabajadores en empresas que ocupen menos de 100, el 10% de los trabajadores en las empresas que ocupen entre 100 y 300, y 30 o más trabajadores en las empresas que ocupen más de 300 trabajadores. A los efectos de cómputo se tendrán en cuenta todas las extinciones realizadas por el empresario y no por motivos inherentes a la persona del trabajador. Igualmente y con el objeto de eludir el fraude de ley, también se considera despido colectivo los realizados en periodos sucesivos de 90 días sin superar los límites cuantitativos pero que en su conjunto superan los umbrales.¹
- Se produzca la extinción de los contratos de trabajo de toda la plantilla de la empresa, siempre que la plantilla sea superior a cinco trabajadores y se produzca como consecuencia de la cesación total de la actividad.

Dentro de los requisitos formales del despido colectivo encontramos los siguientes:

- Debe ir precedido de un periodo de consultas, con una duración no superior a 30 días naturales, o 15 en el caso de empresas de menos de 50 trabajadores.²

¹ Art. 51.1 del ET y art. 1 del RD 1483/12, de 29 de octubre.

² Art. 51.1 del ET y art. 7 del RD 1483/12, de 29 de octubre.

- El periodo de consulta deberá versar sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento.²
- El periodo de consulta se llevará a cabo en una comisión negociadora, la cual estará integrada por un máximo de 13 miembros por cada una de las partes.²
- La representación de los trabajadores en el periodo de consultas 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 de los centros de trabajo afectados, en cuyo caso representarán a todos los trabajadores de los centros afectados. Para el supuesto de que no exista acuerdo entre las secciones sindicales, se procederá en función de si el expediente afecta a uno o varios centros de trabajo. Para el caso de que afecte a un único centro, corresponderá al comité de empresa o a los delegados de personal. En el supuesto de que en el 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 éstos democráticamente. Si el procedimiento afecta a más de un centro de trabajo, la intervención como interlocutores corresponderá: al comité intercentros, siempre que tenga atribuida esa función en el convenio colectivo. En otro caso, si los centros cuentan con representación legal, se creará una comisión integrada por estos, y para el caso de que no cuenten todos los centros con representación legal, la comisión estará integrada únicamente por representantes legales de los trabajadores de los centros que cuenten con dichos representantes, salvo que los centros sin representación opten por designar de entre sus trabajadores 3 representantes como en el anterior supuesto. En los casos en los que no exista representantes ni legales ni sindicales de los trabajadores en ningún centro deberá crearse una comisión a proporción según el número de trabajadores.³

La falta de constitución de la comisión representativa de los trabajadores no impide el inicio y transcurso del periodo de consultas.

³ Arts. 51.2 y 41.4 del ET y art. 27 del RD 1483/12, de 29 de octubre.

- La empresa deberá comunicar a la representación de los trabajadores el inicio del periodo de consultas, debiendo este contener los siguientes datos: La especificación de las causas del despido colectivo, número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por el despido, número y clasificación profesional de los trabajadores empleados habitualmente en el último año, período previsto para la realización de los despidos, criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos, 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, y los representantes de los trabajadores que integrarán la comisión negociadora o, en su caso, indicación de la falta de constitución de ésta en los plazos legales. La empresa deberá aportar junto con la comunicación de inicio del periodo de consultas una memoria explicativa de las causas del despido colectivo.⁴
- Las partes deberán negociar de buena fe para la consecución de un acuerdo. El acuerdo requiere la conformidad de la mayoría de los representantes de los trabajadores.
- Se debe comunicar el inicio del periodo de consultas a la autoridad laboral, la cual dará traslado de la misma a la entidad gestora, y recabará preceptivo informe de la inspección de trabajo, el cual deberá ser emitido en el improrrogable plazo de 15 días desde la notificación a la autoridad laboral de la finalización del periodo de consultas. La autoridad laboral podrá velar sobre el desarrollo del periodo de consultas.⁵
- Concluido el periodo de consultas, el empresario comunicará el resultado a la autoridad laboral. Una vez finalizado, ya sea con acuerdo o sin él, la empresa procederá a notificar individualmente los despidos a los trabajadores, respetando siempre el plazo de preaviso previsto en el art. 51.3 del ET.⁶

Resulta de interés señalar, diferentes especialidades que se pueden dar en el procedimiento de despido colectivo:

⁴ Art. 51.2 del ET y arts. 3, 4 y 5 del RD 1483/12, de 29 de octubre.

⁵ Art. 51.2 del ET y arts. 6 y 11 del RD 1483/12, de 29 de octubre.

⁶ Art. 51.4 del ET y arts. 12.1 y 14 del RD 1483/12, de 29 de octubre.

- El empresario y la representación de los trabajadores podrán acordar la sustitución del periodo de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje.
- Si el procedimiento afecta a más del 50% de los trabajadores de la empresa, se dará cuenta por el empresario de la venta de bienes de la empresa, salvo aquellos que constituyen el tráfico normal de la misma.⁷
- Los representantes legales de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa. Por acuerdo entre la empresa y la representación de los trabajadores, o por convenio colectivo, se podrá extender esa preferencia a otros colectivos por razón de edad, discapacidad o cargas familiares.⁸
- Cuando la empresa forme parte de un grupo de empresas, con obligación de formular cuentas consolidadas cuya sociedad dominante tenga su domicilio en España, deberán acompañarse en la memoria explicativa las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados de la sociedad dominante.⁹
- Una vez finalizado el periodo de consultas, la empresa deberá comunicar a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral la decisión sobre el despido colectivo que va a realizar en el plazo de 15 días. Transcurrido dicho plazo, sin que la empresa realice ninguna comunicación al respecto se produce la caducidad del procedimiento.¹⁰
- Cuando se vean afectados por el despido colectivo de una empresa no concursa, trabajadores con 55 o más años de edad, y que no tuvieran la condición de mutualistas, existe la obligación de abonar las cuotas destinadas a la financiación de un convenio especial por parte de la empresa. Así como la obligación por parte de la empresa de realizar una aportación económica al Tesoro Público¹¹

⁷ Art. 51.3 del ET.

⁸ Art. 51.5 del ET y art. 13 del RD 1483/12, de 29 de octubre.

⁹ Art. 4.5 del RD 1483/12, de 29 de octubre.

¹⁰ Arts. 12.1 y 12.4 del RD 1483/12, de 29 de octubre.

¹¹ Arts. 51.9 y 51.11 del ET y disp. adic. 31ª de la LGSS.

- Cuando el despido colectivo afecte a más de 50 trabajadores, la empresa vendrá obligada a ofrecer a los trabajadores un plan de recolocación externa a través de empresas de recolocación autorizadas.¹²
- En el supuesto de que la empresa sea declarada en concurso de acreedores con anterioridad a la comunicación a la autoridad laboral de la decisión empresarial del despido colectivo, la autoridad laboral procederá al archivo de la actuación, y dará traslado de las mismas al Juez del concurso.¹³

¹² Art. 51.10 del ET y art. 9 del RD 1483/12, de 29 de octubre.

¹³ Art. 29 del RD 1483/12, de 29 de octubre y art. 64.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

IV. IMPUGNACIÓN DEL DESPIDO COLECTIVO POR LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES:

1. NATURALEZA DEL PROCESO:

Se trata de un proceso colectivo, que tiene por objeto impugnar la decisión adoptada por la empresa de realizar un despido colectivo, que afecte a un gran número de trabajadores de la empresa. Las pretensiones de esta acción son dos, por un lado la solicitud de nulidad del mismo, lo que implicaría retrotraer las actuaciones a la fecha del inicio del periodo de consultas, y por otro lado la declaración de no ajustado a derecho del despido, lo que como más adelante analizaremos abre un abanico de posibilidades.

2. COMPETENCIA Funcional/Territorial:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 7.a) párrafo segundo de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social (de ahora en adelante LRJS), serán competentes las Salas de lo social de los Tribunales Superiores de Justicia las que conocerán en única instancia de los procesos de despido colectivo impugnados por los representantes de los trabajadores de conformidad con lo dispuesto en los apartados 1 a 10 del artículo 124 de la LRJS, cuando extiendan sus efectos a un ámbito no superior al de una Comunidad Autónoma.

Y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8, párrafo segundo de la LRJS, será competente la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en única instancia de los procesos de despido colectivo impugnados por los representantes de los trabajadores de conformidad con lo dispuesto en los apartados 1 a 10 del artículo 124 de la LRJS, cuando extienda sus efectos a un ámbito territorial superior al de la Comunidad Autónoma.

De lo indicado, no se desprende que se hayan podido plantear grandes problemas en la aplicación de las normas competenciales que delimitan el conocimiento del orden social en esta materia, sin embargo se han planteado

ciertas dudas interpretativas sobre como determinar la extensión del despido a más de una Comunidad Autónoma a los efectos de resolver posibles conflictos entre los Tribunales Superiores de Justicia y la Audiencia Nacional.

En concreto, se han planteado dos formas de determinación de la competencia:

- (i) La que atendía al lugar de prestación de servicios, según la cual la competencia sería de la audiencia Nacional si el despido colectivo afectase a trabajadores desplazados por distintas Comunidades Autónomas, de conformidad con lo dispuesto en el art. 10.1 de la LRJS.
- (ii) La que parte del concepto de centro de trabajo. Conforme a este criterio, la competencia será de la Audiencia Nacional si el despido afecta a trabajadores de centros de trabajo situados en distintas Comunidades Autónomas. Este criterio se apoyaba en la doctrina del Tribunal Supremo para determinar la competencia en materia de conflictos colectivos (STS 17-1-2012), el concepto de centro de trabajo proscrito en el artículo 1.5 del ET, como una unidad productiva con organización específica que esté dada de alta, y en último lugar en la terminología empleada en el artículo 3 del RD 1483/2012, cuando se refiere a la documentación común a todos los procedimientos de despido colectivo, señala que cuando afecte a más de un centro de trabajo, la información deberá ir desglosada centro por centro.

La opinión mayoritaria de los tribunales se ha decantado por la del centro de trabajo, si bien la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, mediante Auto de fecha 22 de enero de 2013, matizó que la existencia de centros de trabajo en más de una Comunidad Autónoma no determina por si su competencia, sino que es el ámbito de afectación de la medida en cuanto se haga extensiva a trabajadores de varios centros situados en distintos ámbitos territoriales la que la determina.

Igualmente, ha sido objeto de debate jurisprudencial, la inclusión en listas provisionales a trabajadores de distintos centros de trabajo para terminar

concretando la medida en un solo centro, llegando a existir pronunciamientos dispares entre el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Auto de fecha 27 de noviembre de 2012), y la Audiencia Nacional (Auto de fecha 22 de enero de 2013). Finalmente ha sido el Tribunal Supremo, mediante Auto de fecha 20 de mayo de 2013, el que concluye afirmando que *la incidencia de la decisión empresarial en los concretos trabajadores despedidos y, por tal causa, afectados por aquélla en sus derechos e intereses legítimos, solamente se extiende a trabajadores que prestaban sus servicios en centros de trabajo ubicados en la Comunidad valenciana: la competencia para conocer del proceso en instancia corresponde a la Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Valenciana (art. 7.a) II LRJS)*. En conclusión, afirmaremos que para determinar la competencia de los Tribunales a la hora de conocer la impugnación del mismo, nos remitiremos al momento del acuerdo o cuando la decisión se notifica a los representantes y no al inicio de la negociación, y que son en todo caso los trabajadores los que tienen la carga de probar que se han despedido a trabajadores de distinta Comunidad Autónoma.

En aquellas Comunidades Autónomas donde exista más de una sede del Tribunal Superior de Justicia, como es el caso de Andalucía (con sede en Granada, Sevilla y Málaga), será competente la sede del Tribunal que corresponda con la ubicación geográfica del centro de trabajo de la empresa en cuestión. En caso de que se vean afectados centros de trabajo situados en las circunscripciones de dichos Tribunales Superiores de Justicia, estaremos a lo dispuesto en las normas de reparto que al efecto haya aprobado la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia.¹⁴

Las sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia y la Audiencia Nacional serán recurribles en casación ante el Tribunal Supremo¹⁵. En el caso de que uno de los motivos de impugnación del despido colectivo sea la vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas (art. 124.2 d) de la LRJS), la sentencia dictada por el Tribunal Supremo será recurrible en amparo ante el Tribunal Constitucional.

¹⁴ Art. 11.3 de la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social.

¹⁵ Art. 205.1 de la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social.

3. LEGITIMACIÓN ACTIVA:

La legitimación activa para el ejercicio de la acción colectiva recae sobre los representantes legales o sindicales de los trabajadores, tal y como establece el artículo 124.1 de la LRJS. De la redacción literal de la norma parece claro que no tienen legitimación activa los trabajadores individualmente considerados, sin embargo el autor Tárraga Poveda A.¹⁶ sostiene que una omisión legal que permite alguna interpretación amplia considerando que es posible una acción colectiva instada por parte de los afectados, especialmente en aquellos casos en los que no exista representación de las personas asalariadas o cuando, de existir, los representantes se aquieten al despido o, incluso, hayan firmado un acuerdo.

Sin embargo, es claro que nos hallamos ante una demanda de índole colectiva, donde lo que está en juego es el interés de la misma naturaleza, de ahí que la legitimación la ostenten únicamente los organismos de defensa de éste, es por ello que los representantes de los trabajadores puedan impugnar el despido colectivo incluso aunque la mayoría de sus representados hayan mostrado su asentimiento con la medida extintiva adoptada por la empresa. La cuestión no requiere mayor análisis, máxime cuando ya ha sido el Tribunal Supremo en sentencia de fecha 26 de diciembre de 2013, en la que establece 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 los trabajadores individuales que tendría la posibilidad de cuestionar no solo su despido, sino todos los despido acordados. La desestabilización del acuerdo en el periodo de consultas es grave. Pero la del propio proceso no es menos. [...]”*.

¹⁶ TÁRRAGA POVEDA, A.; “La viabilidad de la demanda de despido colectivo por los trabajadores afectados”, Aranzadi Social núm. 2/2012.

En lo que respecta a la legitimación activa de los representantes unitarios, indicar que los delegados de personal y el comité de empresa (incluido el intercentros) tienen plena legitimación activa para impugnar el despido colectivo:

- A) En cuanto al **comité de empresa** recordar que nos encontramos ante un órgano colegiado¹⁷ que no tiene en principio personalidad jurídica, pero al que la Ley le reconoce capacidad para ser parte, compareciendo por quien legalmente les represente en el acto del juicio¹⁸. La representación procesal puede ser universal o “*ad hoc*”, mediante la acreditación de designación de uno de sus componentes para un pleito concreto. Así se ha negado la concurrencia de capacidad procesal de los miembros individuales del comité de empresa, sin conformar su mayoría¹⁹, y ello aunque estén adscritos a un sindicato que formó parte de la mesa de negociación a lo largo del periodo de consultas²⁰.
- B) En relación a los **delegados de personal** debe hacerse mención que su capacidad procesal es mancomunada, *ex* artículo 62.2 del ET. La doctrina ha venido requiriendo, al igual que en el caso del comité de empresa, el acuerdo mayoritario para su interposición.

¹⁷ Art. 65.1 del ET.

¹⁸ Art. 16.5 de la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social.

¹⁹ Sentencia de la Audiencia Nacional, de fecha 11 de marzo de 2013: “*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 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 unitario no están legitimados para impugnar individual o pluralmente el despido colectivo conforme a lo dispuesto en el art. 124.1 LRJS*”

²⁰ Sentencia TSJ Comunidad Valenciana de fecha 23 de abril de 2013: “*En el presente caso es cierto que desde el inicio y constitución de la correspondiente mesa negociadora se otorgó plana capacidad a la indicada Agrupación la cual participó en las reuniones mantenidas dentro del correspondiente periodo de consultas, conformándose así como integrante de la parte social, siendo aceptada su plena participación por la empresa demandada. Ahora bien en el marco de la impugnación judicial de la medida de despido colectivo los cuatro miembros que suscriben la demanda planteada por dicha Agrupación aunque integran y conformen el propio comité de empresa, tal y como se constata en el resultado de elecciones aportado por dicha parte demandante junto con el escrito de demanda, no llegan a alcanzar la mayoría de los miembros que componen dicho órgano colegiado que aparece compuesto por 23 miembros sin que tampoco conste autorización de la mayoría de sus miembros a favor de los indicados por lo que resulta ineludible acoger la excepción planteada por la parte demandada en el acto de juicio al no ostentar los mismos el carácter de representación legal de los trabajadores en los términos expuestos.*”

C) Y por último, en relación a la legitimación del **comité intercentros**, diré que es un órgano plurilocal con competencia para participar en el periodo de consultas, siempre y cuando se cumplan dos condicionantes: que el ámbito del periodo de consultas afecte a varios centros, y que el convenio colectivo prevea específicamente dicha legitimación de negociación²¹. Circunstancia que se aplica incluso si el convenio colectivo no tiene eficacia en toda la empresa²², aunque si en el discurso de la negociación se disgregan uno o varios centros de trabajo, afectando la medida extintiva a otros respecto de los cuales la norma colectiva no prevé dicha competencia, el periodo de consultas se tendrá por no efectuado²³.

En el mismo artículo 124 de la LRJS, se dota de legitimidad a los representantes sindicales, siempre y cuando los mismos tengan la implantación suficiente en el ámbito del despido colectivo. Dicha legitimidad ha sido objeto de estudio, como consecuencia de la falta de concreción en el precepto sobre lo que debemos entender por implantación en el ámbito del conflicto. Caben distintas interpretaciones:

- (i) Atender al nivel de representatividad ligado al artículo 17.2 de la LRJS, lo que exigiría un nivel de afiliación adecuado en el ámbito de afectación el conflicto.
- (ii) Exigir un vínculo acreditado de conexión entre la organización que acciona y la pretensión ejercitada²⁴.
- (iii) Referirnos a lo dispuesto en el art. 51.2 del ET, que cuando regula la legitimación para negociar de las Secciones Sindicales, les exige que tengan la representación mayoritaria en el comité de empresa o delegados de personal.

Parece evidente que negar a un sindicato con implantación suficiente su acceso a la acción impugnatoria del despido para la defensa de los intereses económicos y sociales que les son propios sería susceptible de afectar

²¹ Sentencia del TSJ de Castilla-León- Valladolid de fecha 23 de mayo de 2013.

²² Sentencia Audiencia Nacional de fecha 26 de abril de 2013.

²³ Sentencia TSJ Castilla La Mancha de fecha 1 de febrero de 2013.

²⁴ Sentencia Tribunal Supremo de fecha 20 de marzo de 2012.

negativamente a los mandatos recogidos en los artículos 7 y 28 de la Constitución Española.

En todo caso, corresponde al sindicato actuante acreditar la existencia de implantación en la empresa. Y esa acreditación de implantación puede hacerse por cuatro vías:

- (i) Que la organización cuente con representantes unitarios en la empresa²⁵. Incluso se ha aceptado como forma de acreditación la mera presentación de candidaturas por el sindicato en los procesos electorales²⁶.
- (ii) Aquellos supuestos en que existen secciones y delegados sindicales. En estos casos la implantación deviene evidente y ni tan si quiera merecerá acreditación²⁷. Sin embargo se ha declarado la falta de legitimación activa, cuando quién interpone la demanda es un delegado sindical de otro centro de trabajo ajeno al proceso extintivo discutido²⁸.
- (iii) Si el sindicato o la sección sindical ha participado en el periodo de consultas, la implantación se presume²⁹. A este respecto, ha sido objeto de debate jurisprudencial, cuando el despido afecta a varios centro de trabajo y el sindicato solo acredita representación en uno de ellos, siendo resuelta la cuestión en el sentido de reconocer a dichos sindicatos la legitimación activa para impugnar el despido colectivo plurilocal³⁰.
- (iv) En último caso, y cuando no concurra ninguno de los anteriores se requerirá prueba suficiente respecto al número de afiliados en el ámbito del despido³¹. Obviamente no existen a este respecto criterios objetivos, debiéndose estar por tanto a la valoración judicial³².

²⁵ Sentencia TSJ País Vasco de fecha 11 de diciembre de 2012.

²⁶ Sentencia TSJ Madrid de fecha 13 de junio de 2013.

²⁷ Sentencia TSJ Madrid, de fecha 16 de septiembre de 2013.

²⁸ Sentencia TSJ Islas Canarias –Sede Las Palmas- de fecha 10 de septiembre de 2013.

²⁹ Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de fecha 1 de abril de 2013: “*resultaría incongruente que quien negoció el despido colectivo, estuviera incapacitado para impugnarlo posteriormente, ya que la propia participación en la negociación acredita por si sola el requisito de implantación*”.

³⁰ Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 22 de abril de 2013.

³¹ Sentencia Audiencia Nacional de fecha 12 de mayo de 2013.

³² Sentencia TSJ Castilla-La Mancha de fecha 19 de diciembre de 2012. “*Considera suficiente implantación la presencia de siete afiliados en el ámbito del despido.*”

Y en último lugar, respecto a la legitimación activa de los representantes “ad hoc”, debemos remitirnos al art. 41.4 del ET –de aplicación por remisión del art. 51.2 del ET- en el cual se prevé que en el caso de falta de representantes en la empresa o en los varios centros de trabajo afectados, la negociación a lo largo del periodo de consultas se efectuará bien por las personas elegidas democráticamente por la plantilla, bien por delegación con los sindicatos representativo o meramente representativos que tengan legitimación para la negociación. Sin embargo el artículo 124 no prevé esta posibilidad, lo que abre obvias dudas en relación a la legitimación de esos representantes “ad hoc”.

Finalmente esta cuestión ha sido objeto de estudio por parte de los Tribunales resolviéndose a favor de reconocer la legitimación activa a dichos representantes³³.

En lo que se refiere al funcionamiento de la representación “ad hoc”, se ha determinado por parte de la doctrina que nos encontramos ante un órgano colegiado, y que por tanto basa su funcionamiento en la regla de la mayoría³⁴.

4. LEGITIMACIÓN PASIVA

De las reglas generales antes expuestas se deriva claramente que la legitimación pasiva la ostenta, en todo caso, el empleador y, en el caso de

³³ Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 13 de mayo de 2013: “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 de la 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 de la 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.

³⁴ Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 13 de mayo de 2013: “...aunque se hubiera producido formalmente el desistimiento de la tercera componente de la comisión ad hoc, que no es el caso, no concurriría falta de representación, puesto que la acción se mantendría por la mayoría de los componentes de la comisión, quienes estaban legitimados para alcanzar acuerdo en el periodo de consultas”.

acuerdo, los representantes de los trabajadores firmantes del mismo³⁵. Sin embargo, cabe hacer mención que en materia de legitimación pasiva existen algunas particularidades que deben ser analizadas en forma singularizada:

(i) Supuestos de litisconsorcio pasivo: Es concurrente el debate sobre la falta de legitimación pasiva que se alega en los pleitos relativos a la existencia o no de grupo de empresas. Es por ello que se ha afirmado por la doctrina judicial que la oposición sobre el fondo por las codemandadas no implica que concurra falta de legitimación pasiva “*ad causam*”, debiendo ser llamadas al pleito³⁶. A conclusiones similares se ha llegado en aquellos casos en que se demanda a terceros a otros efectos legales, como, por ejemplo, la subrogación empresarial³⁷, existencia de unidades empresariales³⁸, etc.

(ii) Representantes de los trabajadores: Los representantes de los trabajadores estarán legitimados pasivamente cuando el empresario ejerza la acción de jactancia, y cuando la demanda se formule por parte de las minorías no firmantes, existiendo específico acuerdo a lo largo del periodo de consultas. Se plantean dudas en relación a la posición procesal de los sindicatos y organismos representativos codemandados en el caso de impugnación de despido con acuerdo. Cuando la impugnación la efectúan organismos de defensa de interés colectivo, se ha remarcado por algún pronunciamiento que dichos demandados pueden, en su caso, allanarse a la demanda, pero no les corresponde formular causas de impugnación del recurso ajenas a las pretensiones procesales de la parte actora³⁹.

(iii) El Fondo de Garantía Salarial (FOGASA): Para determinar la necesidad o no de que el FOGASA sea demanda, debemos estar a la naturaleza de la acción de impugnación de despido colectivo. Se consideraba que no era necesaria la presencia del organismo, ya que la doctrina de forma unánime venía considerando que nos encontrábamos

³⁵ ORELLANA CANO, A.M.; “*El procedimiento de despido colectivo tras la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*”; AL núm. 17/2012.

³⁶ Sentencias de las Audiencia Nacional de fecha 4 de junio y 4 de julio de 2012.

³⁷ Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 22 de octubre de 2013.

³⁸ Sentencia del TSJ de Andalucía –Sevilla– de fecha 7 de marzo de 2013.

³⁹ Sentencia de la Sala de la Audiencia Nacional de fecha 4 de julio de 2013.

ante una acción puramente declarativa. Sin embargo, tras la entrada en vigor del RDLeg. 11/2013, y la remisión a la posible ejecución de sentencias que declaren nulo el despido por la vía del artículo 247 de la LRJS, se abre la duda de si efectivamente el FOGASA debe ser demandado. La conclusión lógica nos lleva a pensar que sí debe estar demandado, ya que pudiesen derivarse responsabilidades subsidiarias hacía él, en el futuro proceso de ejecución de la sentencia. En todo caso, se considera que debe ser llamado a juicio cuando la empresa está en concurso sobrevenido⁴⁰.

5. INICIACIÓN DEL PROCESO. PLAZOS Y EFECTOS.

El proceso de impugnación del despido colectivo se inicia directamente mediante la interposición de la demanda ante los Tribunal competentes, sin necesidad de acudir a ninguna de las formas legalmente previstas de evitación del proceso, tales como conciliación administrativa o reclamación previa, y ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 64.1 de la LRJS.

El plazo para interposición de la demanda que dé inicio al procedimiento es de veinte días, y es de caducidad, tal y como se establece en el art. 124.5 de la LRJS. De dicho precepto son dos las conclusiones que podemos obtener:

- (i) Que al tratarse de un plazo de caducidad puede ser apreciado por el órgano judicial de oficio y su suspensión solo se produce por las causas tasadas legalmente reconocidas.
- (ii) Que se han previsto dos plazos de ejercicio de la acción, los cuales empiezan a computar en dos momentos distintos: la fecha del acuerdo alcanzado en el periodo de consultas o la fecha de notificación a los representantes de los trabajadores de la decisión empresarial de despido colectivo.

⁴⁰ Sentencia de la Audiencia Nacional, de fecha 26 de julio de 2012.

Aunque a simple vista, el ejercicio de la acción de impugnación en sus dos vertientes, parezca una cuestión clara y pacífica, se plantea un problema. La disyuntiva radica en la redacción dada al artículo 12.1 del RD 1483/2012, en el cual se establece 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 y a la autoridad laboral la decisión sobre el despido colectivo que realiza [...]*”. De dicho precepto se desprende que cuando el periodo de consultas haya acabado con acuerdo o sin él, la empresa vendrá obligada a comunicarlo a los representantes de los trabajadores, por lo que podríamos entender que desde ese momento y de conformidad con lo dispuesto en el art. 124.5 de la LRJS, se iniciaría el cómputo del plazo para realizar la impugnación, en cambio es en el mismo precepto donde dice que el plazo de impugnación empezará a contar desde la adopción del acuerdo en el periodo de consultas cuando este exista, por lo que puede existir un problema en el cómputo cuando el acuerdo alcanzado y la comunicación de la empresa no sean coincidentes en el tiempo.

Ante la presente situación surge la cuestión de si nos encontramos ante unos plazos sustitutivos o complementarios. Para dar respuesta a la misma, resulta necesario hacer referencia a los sujetos legitimados para impugnar un despido colectivo con acuerdo, que son aquellos sujetos que no hubiesen intervenido en el periodo de consultas o que, de haberlo hecho, hubiesen abandonado las negociaciones *ante tempus*, razón por la cual es perfectamente posible que desconozcan en el momento en el cual se haya producido el acuerdo, y no tengan conocimiento de este hasta la notificación que reglamentariamente viene impuesta al empresario. Por ello se puede concluir que los representantes de los trabajadores legitimados gozan de un doble plazo para la impugnación del despido, a partir de la notificación del empresario, o la posibilidad de anticipar el ejercicio de la acción a partir de la fecha del acuerdo obtenido en periodo de consultas⁴¹.

⁴¹ BALLESTER LAGUNA, FERNANDO; “*La impugnación del despido colectivo*”. Colección Laboral Núm. 223. Tirant Lo Blanch, ob. cit., pp. 53 a 55.

Respecto al plazo de 20 días de caducidad señalado resulta relevante señalar, que al mismo le resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 135.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que la demanda podrá presentarse hasta las 15 horas del día siguiente a la finalización de tal plazo⁴², lo que coloquialmente se conoce como “*día de gracia*”.

En lo que se refiere al “*dies a quo*” del ejercicio de la acción, el plazo comenzará a computar a partir del día siguiente de la recepción de la comunicación o de la suscripción del acuerdo, y ello de conformidad con lo dispuesto en los arts. 5.1 del CC, 133.1 de la LEC y del 185.1 de la LOPJ. A los efectos del cómputo del plazo no deberemos tener en cuenta los sábados, domingos y festivos nacionales, autonómico y locales (artículo 43.4 del ET).

La interposición de la demanda de impugnación de despido colectivo genera los efectos que a continuación se indican:

- (i) El proceso instado de oficio por la autoridad laboral se suspende en su tramitación hasta que alcance firmeza la sentencia que resuelva el proceso iniciado por lo representante de los trabajadores, la cual tendrá efectos de cosa juzgada (art. 124.7 de la LRJS).
- (ii) La interposición de la demanda por los representantes de los trabajadores implica la imposibilidad del ejercicio de la acción de jactancia por parte del empresario, de tal modo que el empresario deberá defender sus interés en el proceso judicial instado, en calidad de demandado (art. 124.3 LRJS).
- (iii) Respecto a las reclamaciones individuales presentadas por los trabajadores afectados, no existe efecto alguno, ya que de conformidad con la modificación introducida por el RD Ley 11/2013, en el artículo 124.13 de la LRJS, respecto al cómputo de los plazos, no puede existir una demanda de impugnación de despido colectivo y una de despido individual al mismo tiempo. Esta cuestión será desarrollada en el apartado “*Impugnación individual de los trabajadores*”.

⁴² Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 3 de junio de 2013. Y art. 45.1 de la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social.

6. MOTIVOS DE IMPUGNACIÓN DEL DESPIDO COLECTIVO:

La demanda de impugnación del despido colectivo deberá de fundarse en alguno de los motivos recogidos en el artículo 124.2 y 11 de la LRJS, y que a continuación procedo a desarrollar:

A) Que **no concurre la causa legal** indicada en la comunicación efectuada por la empresa. Esta alegación puede nutrirse principalmente de dos argumentos cumulativos: la falta de veracidad de las circunstancias fácticas expuestas en la comunicación extintiva, como las cifras de pérdidas o las de producción, y falta de adecuación o conexión funcional entre los hechos invocados por la empresa y la decisión de despido y/o el número de afectados⁴³. La finalización del periodo de consultas con acuerdo no impide que la demanda pueda fundarse en este motivo.

La adecuación a derecho de la decisión extintiva empresarial va a depender, finalmente, de la acreditación por parte del empresario de la causa o causas esgrimidas para justificar el despido colectivo.

La ordenación de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, se encuentra regulada en el artículo 51.1 párrafo tercero y cuarto del ET⁴⁴. La redacción de dicho precepto viene determinada por la modificación introducida por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, cuya finalidad fue la de objetivar las causas económicas refiriendo la disminución persistente de ingresos y ventas a un periodo

⁴³ Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 21 de noviembre de 2012

⁴⁴ “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.

Se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado.”

determinado, el de tres trimestres consecutivos, en comparación con los mismos tres trimestres del año anterior, de manera que en cada uno de ellos se produzca una disminución respecto del trimestre equivalente anterior. En lo que se refiere a las pérdidas, la norma se limita a indicar que sean actuales o previstas, sin llegar a delimitarlas ni temporal ni cuantitativamente, en cambio de las reformas operadas en los últimos años, se desprende que las pérdidas ya no deban ser sostenidas, significativas, continuadas y cuantiosas, requiriéndose únicamente que exista una conexión de funcionalidad entre la medida adoptada y la situación económica⁴⁵, este plus de exigibilidad en la justificación que tiene que realizar el empresario se ha venido exigiendo siempre, al margen de las valoraciones de tipo finalista que, efectivamente, han desaparecido, como era demostrar la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar su posición competitiva en el mercado –causa económico-, o contribuir a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación de la misma a través de una más adecuada organización de los recursos, que favorezca una posición más competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda –causa técnica, organizativo y/o productiva-. Las resoluciones judiciales que se han vertido hasta el momento se decantan mayoritariamente por la tesis de que las causas deben relacionarse razonablemente con los contratos de trabajo que se pretendan extinguir, puesto que dicha relación es el presupuesto constitutivo, para cumplir el mandato del art. 4 del Convenio 158 de la OIT, el cual exige de modo perentorio que no se pondrá término a la relación laboral, a menos que exista causa justificada, relacionada con su capacidad o su conducta, o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio⁴⁶.

Con la nueva regulación, una vez acreditada la concurrencia de las causas alegadas para llevar a efecto el despido colectivo, habrá que contemplar la situación actual de la empresa y valorar, a la luz de las razones alegadas por el empresario, si las extinciones están justificadas. Realizando un control de razonabilidad, que exige al empresario, que justifique que la decisión es razonable desde la perspectiva del efecto que produce sobre la causa que motiva

⁴⁵ BALLESTER LAGUNA, FERNANDO; *“La impugnación del despido colectivo”*. Colección Laboral Núm. 223. Tirant Lo Blanch, ob. cit., pp. 98 a 106.

⁴⁶ Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 21 de noviembre de 2012, y a partir de ella, varias más como la de 11 de marzo de 2013 y 26 de abril de 2013.

el despido, debiendo controlar el juez que esa decisión empresarial no sea absurda, arbitraria, o incurra en abuso de derecho o fraude de ley (Artículo 7 del Código Civil).

En conclusión, y así lo ha venido determinando la jurisprudencia anteriormente citada, existirá causa suficiente para proceder a efectuar un despido colectivo cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en el art. 51.1 del ET, ya sean de índole económica, técnica, productiva y organizativa, y exista como elemento adicional una razonabilidad cierta entra la causa invocada y el número de extinciones efectuadas por la empresa.

B) Que **no se ha realizado el período de consultas** o entregado la **documentación** prevista en el artículo 51.2 del ET y en el artículo 3 del RD 1483/2013.

En lo que respecta al periodo de consultas, una vez desaparecida la necesidad de autorización administrativa, este se ha erigido como el principal requisito que debe cumplir el despido colectivo durante su tramitación, lo cual está en consonancia con los requerimientos del derecho comunitario establecidos en el Dir. 1998/59/CE, cuya finalidad es la de asegurar la información, consulta y participación de los trabajadores en el proceso de despido colectivo. En consecuencia no lo podemos interpretar como una mera formalidad, ya que realmente la finalidad del periodo de consultas es la consecución de un acuerdo entre la empresa y la representación de los trabajadores, debiendo versar la negociación como mínimo sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos y atenuar sus consecuencias.

Respecto a los incumplimientos del periodo de consultas, nos referiremos en un primer lugar a la omisión total del mismo, lo que es causa suficiente para cuestionar el despido por defectos de forma o procedimiento. Igualmente se puede invocar como defecto de forma, la omisión del periodo de consultas, cuando las extinciones se lleven a cabo a través de otras vías, cuando realmente deberían haber seguido los trámites del artículo 51 del ET (por ejemplo,

despidos disciplinarios masivos sin causa disciplinaria, y con un trasfondo económico, técnico, organizativo o de producción; despidos objetivos por las mismas causas pero por encima de los umbrales; despidos disciplinarios de la totalidad de la plantilla por extinción de la personalidad jurídica empresarial; o finalización masiva de contratos temporales⁴⁷). En los casos indicados, resulta dable invocar la existencia real de un despido colectivo “encubierto”, el cual se ha realizado al margen de las exigencias formales, por lo que bien podría invocarse la existencia de un defecto de forma en la realización del mismo⁴⁸, y ello principalmente como consecuencia de la existencia de un fraude de ley por parte del empleador, e inclusive pudiendo apreciarse la existencia de una vulneración de derecho fundamentales⁴⁹.

A continuación me referiré a los vicios que puede revestir el periodo de consultas y que hacen que el mismo se haga ineficaz. Como tales vicios esenciales hay que señalar los siguientes:

(i) La falta de comunicación por escrito a los representantes de los trabajadores del inicio del periodo de consultas⁵⁰.

(ii) La negociación del periodo de consultas por sujetos distintos de los legitimados en cada caso (por ejemplo, cuando la dirección de la empresa negocie directamente con todos y cada uno de los trabajadores⁵¹; o cuando negocie con la representación unitaria cuando las secciones sindicales ostentaran la mayoría en aquélla y se hubieren postulado para negociar, dada la preferencia legal hacia estas últimas; o cuando se debió negociar con el comité intercentros y no se hizo⁵². De hecho es el propio reglamento, el que en su artículo 28.1, párrafo 2º, el que establece que *"Sólo se considerará acuerdo colectivo en el periodo de consultas aquél*

⁴⁷ Sentencia Tribunal Supremo de fecha 8 de julio de 2012.

⁴⁸ Sentencia TSJ Extremadura de fecha 3 de mayo de 2013.

⁴⁹ Sentencia de la Audiencia Nacional, de fecha 14 de septiembre de 2012, no duda en conectar el periodo de consultas con el derecho a la negociación colectiva “*garantizada por los arts. 28.1 y 37.1 CE*”, razón por la cual la omisión total del periodo de consultas podría cuestionarse también por vulneración de derechos fundamentales, que constituye otro motivo de impugnación del despido colectivo.

⁵⁰ Sentencia TSJ de Madrid, de fecha 8 de noviembre de 2012.

⁵¹ Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 25 de julio de 2012.

⁵² Sentencia TSJ Castilla y León –Valladolid- de fecha 23 de mayo de 2013.

que haya sido adoptado por los sujetos a los que se refiere el artículo 26".

(iii) Concurren vicios esenciales invalidantes del periodo de consultas cuando la negociación se aparta de las exigencias de la buena fe. La buena fe, que debe presidir esta fase, constituye un elemento esencial del periodo de consultas y que condiciona la eficacia de la decisión empresarial. La buena fe, es un concepto abstracto que debe materializarse en un voluntad de dialogo y una discusión efectiva por ambas partes y cuyo control judicial debe responder a parámetros objetivos y uniformes.

El artículo 124.11 de la LRJS declara nula la decisión cuando no se hayan cumplido las formalidades del artículo 51.2 del ET. La falta de buena fe en la negociación ha sido causa determinante de la declaración judicial de nulidad de numerosos despidos colectivos.

Han sido considerados como supuestos en los que no ha existido buena fe en la negociación y por tanto determinantes de la declaración de nulidad, entre otros:

- La falta de voluntad negociadora por parte de la empresa deducida del hecho de no moverse de la postura inicial durante las consultas⁵³.
- La comunicación de los despidos individuales antes de la finalización del periodo de consultas⁵⁴.
- La salida de la lista provisional de afectados de despedidos tras la finalización del periodo de consultas en base a unos encargos nuevos que la empresa pudo conocer antes de la finalización de las consultas y por retirar medidas de acompañamiento en la última reunión⁵⁵.

⁵³ Sentencia TSJ de País Vasco de fecha 11 de diciembre de 2012. Sentencia TSJ Islas Canarias –Las Palmas- de fecha 19 de diciembre de 2012. Y sentencia TSJ de la Comunidad Valenciana de fecha 12 de marzo de 2013.

⁵⁴ Sentencia de la Audiencia Nacional, de fecha 15 de octubre de 2012.

⁵⁵ Sentencia TSJ Comunidad Valenciana, de fecha 23 de abril de 2013.

- Ciertos comportamientos empresariales durante el periodo de consultas que se consideran completamente inadmisibles⁵⁶.

En cambio no han sido considerados como supuestos en los que no ha existido buena fe en la negociación, entre otros:

- Cuando la empresa no se mueve de su postura inicial, pero negoció ampliamente con los representantes, quienes a lo largo de las consultas se negaron a dar su conformidad al despido⁵⁷.
- Cuando la empresa ofreció posturas alternativas⁵⁸.
- El inmovilismo de la empresa, no expresa mala fe cuando la única salida es el cierre⁵⁹.

La reforma de agosto de 2013 parece pretender excluir el control de los tribunales sobre este extremo, al limitar los supuestos de nulidad relacionados con el periodo de consultas⁶⁰, al incluir el término “únicamente”, aunque desde mi punto de vista, ello no excluye la posibilidad de cuestionar cuando puede considerarse que el periodo de consultas se ha realizado de forma efectiva, rechazando una interpretación literal del precepto, e introduciendo el elemento de la buena fe en la negociación como un elemento necesario para tener por realizado el periodo de consultas.

(iv) El periodo de consultas también puede considerarse ineficaz y, por ende, inexistente, cuando el mismo hubiese concluido con acuerdo sin el respaldo de las mayorías exigibles por los artículos 51.2, párrafo 9º del ET y el 28.1, párrafo 1º del RD 1483/2012.

⁵⁶ La sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 26 de julio de 2012, consideró que existieron presiones intolerables (no calificadas como coacciones) que impidieron que el periodo de consultas se negociara con el equilibrio y sosiego necesario, concretamente, mediante la inclusión inicial entre los afectados por el despido colectivo a los representantes de los trabajadores (aunque luego se corrigiera), junto al impago selectivo de salarios con la finalidad de forzar la conformidad.

⁵⁷ Sentencia TSJ Andalucía –Málaga- de fecha 25 de octubre de 2012.

⁵⁸ Sentencias del TSJ de Galicia y de Castilla y León -Burgos-, de fecha 21 y 29 de noviembre de 2012, respectivamente.

⁵⁹ Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 20 de marzo de 2013.

⁶⁰ Artículo 124.11 de la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social: “*Se declarará ajustada a derecho la decisión extintiva cuando el empresario, habiendo cumplido lo previsto en los artículos 51.2 o 51.7 del ET, acredite la concurrencia de la causa legal esgrimida.*”

En lo que se refiere a la duración del periodo de consultas, también ha sido una cuestión controvertida, en cuanto a la obligatoriedad de agotar el plazo legal previsto para el desarrollo del periodo de consultas y la vinculación del empresario a las propuestas efectuadas durante la negociación. Podemos señalar las siguientes casuísticas:

- Las partes no quedan vinculadas por las propuestas formuladas durante el periodo de consultas si finaliza sin acuerdo⁶¹.
- En lo que se refiere al plazo máximo del periodo de consultas: 1.- el acuerdo pone fin al periodo de consultas; 2.- las, partes, de común acuerdo, podrán poner fin al periodo de consultas⁶², de conformidad con lo dispuesto en el art. 7.6 del RD 1483/201; y 3.- el carácter máximo de la duración del periodo de consultas establecido en la ley, implica que no pueda ampliarse de común acuerdo⁶³.

En lo que se refiere a la documentación necesaria en un despido colectivo, comenzaré diciendo que coincidiendo con la apertura del periodo de consultas, el empresario deberá proporcionar una memoria explicativa del despido colectivo, junto con toda la información escrita y documentación necesaria, tanto a los representantes de los trabajadores como a la autoridad laboral. Por lo que se refiere a su contenido, es muy amplio, existiendo una información que es común a todos los despidos colectivos, sea cual sea su causa, junto con otra que varía dependiendo de la concreta causa o causas alegadas. A todo ello se refiere tanto el artículo 51 del ET en relación con los artículos del 3 al 6 del reglamento de los despidos colectivos.

La información común que el empresario debe dar traslado a los representantes de los trabajadores se compone de: a) especificación de la causa o causas del despido colectivo; b) número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por el despido (cuando el procedimiento de despido colectivo afecte a más de un centro de trabajo, esta información deberá aparecer

⁶¹ Sentencia TSJ Comunidad Valenciana, de fecha 14 de diciembre de 2012.

⁶² Sentencias TSJ de Galicia y Cataluña, de fechas 6 y 26 de junio de 2012, respectivamente.

⁶³ Sentencia TSJ Castilla-La Mancha de fecha 1 de febrero de 2013.

desglosada por centro de trabajo y, en su caso, provincia y Comunidad Autónoma; c) número y clasificación profesional de los trabajadores empleados habitualmente en el último año; d) periodo previsto para la realización de los despidos; e) criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos; f) copia de la comunicación dirigida a los trabajadores o a sus representantes por la dirección de la empresa de su intención de iniciar el procedimiento de despido colectivo; y g) identificación de los representantes de los trabajadores que integrarán la comisión negociadora o, en su caso, indicación de la falta de constitución de ésta en los plazos legales⁶⁴.

En el supuesto de que la causa alega por la empresa se carácter económico, además de la información ya reseñada, deberá aportarse según las circunstancias concurrentes al caso: 1) la acreditación de los resultados de la empresa de los que se desprenda una situación económica negativa; 2) previsión de pérdidas; 3) disminución persistente del nivel de ingresos ordinarios o ventas; 4) pertenencia a un grupo de empresas.

Por su parte, en relación con las causas técnicas, organizativas o de producción, se establecen distintas obligaciones documentales, bastante menos regladas que en los supuestos en los que se alegue causas económicas. Así, el empresario deberá aportar los informes técnicos que acrediten, en su caso, la concurrencia de las causas técnicas derivadas, entre otros, de los cambios en los medios o instrumentos de producción; la concurrencia de las causas organizativas derivadas de los cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos del trabajo del personal o en el modo de organizar la producción; o, finalmente, 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.

La obligación legal de entrega de la información reseñada, tiene su fundamento en el “principio de plenitud informativa”. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 124.11 de la LRJS, será nula la decisión extintiva cuando no se haya entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 del ET. El

⁶⁴ Los requisitos f) y g) fueron introducidos por el RDLey 11/2013.

incumplimiento de dicha obligación ha sido objeto de estudio por parte de los tribunales, y se han constituido como causa para determinar la nulidad las que a continuación se indican:

- (i) Memoria insuficiente⁶⁵.
- (ii) No aportación de la memoria ni de las cuentas provisionales del ejercicio en curso⁶⁶.
- (iii) No establecimiento y comunicación de los criterios de selección. No designación por centros de trabajo del número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por el despido⁶⁷.
- (iv) No indicación del periodo previsto para la realización de los despidos⁶⁸.
- (v) No aportación de la documentación acreditativa de la insuficiencia presupuestaria⁶⁹.
- (vi) No aportación de la documentación contable de años anteriores en supuestos de previsión de pérdidas, ni informe técnico sobre estas⁷⁰.
- (vii) No aportación de la documentación contable debidamente auditada⁷¹.
- (viii) Insuficiencia cuentas provisionales⁷².
- (ix) Incumplimiento de todas las obligaciones de información y documentación⁷³.
- (x) No aportación de la documentación contable de un año y no aportación del informe técnico respecto de las causas organizativas⁷⁴.

⁶⁵ Sentencia Tribunal Supremo de fecha 20 de marzo de 2013 [confirma la sentencia del TSJ de Madrid de fecha 30-05-12] y sentencia TSJ de Madrid de fecha 30 de mayo de 2012, determino: *“notable insuficiencia en la memoria explicativa tanto en sus causas como en la exposición de la situación que la justifica, limitándose a una mera alegación y descripción general”*.

⁶⁶ Sentencia Audiencia Nacional de fecha 30 de noviembre de 2012.

⁶⁷ Sentencia TSJ de Cataluña de fecha 23 de mayo de 2012.

⁶⁸ Sentencia TSJ de Madrid de fecha 25 de junio de 2012, determino: *“brilla por su ausencia, pues mal cabe entenderlo cumplido por el simple hecho de hacer constar que tal lapso temporal será –a partir del 30 de marzo de 2012-, puesto que lo anterior solo significa fijar el diez a quo, mas no el término final del espacio de tiempo en que la empresa materializará las medidas extintivas de carácter individual que son consecuencia obligada de su decisión de despido colectivo, lo que, bien mirado, conlleva una incertidumbre para el personal afectado que es totalmente contrario al principio de seguridad jurídica”*.

⁶⁹ Sentencia TSJ de las Islas Canarias –Las Palmas- de fecha 19 de diciembre de 2012.

⁷⁰ Sentencia TSJ de Madrid, de fecha 22 de julio de 2012.

⁷¹ Sentencia TSJ de la Comunidad Valenciana de fecha 27 de noviembre de 2012.

⁷² Sentencia TSJ de Madrid de fecha 11 de julio de 2012.

⁷³ Sentencia TSJ de Madrid de fecha 22 de junio de 2012 y sentencia TSJ del País Vasco de fecha 26 de marzo de 2013.

(xi) No aportación de la documentación de todas las empresas del grupo⁷⁵.

Llegados a este punto, se hace necesario reflexionar sobre la redacción dada por el legislador al artículo 124.11 de la LRJS, en cual, tal y como hemos señalado, se recoge como causa de nulidad la no aportación de la documentación prevista en el artículo 51.2 del ET, en cambio nada se dice al respecto sobre las obligaciones reglamentarias impuestas a la empresa en materia de documentación, por lo que de conformidad con el principio de seguridad jurídica no sería reprochable el incumplimiento de las mismas. En cambio, y para evitar ese vacío, nos remitiremos al mismo artículo 51.2, pero ahora al párrafo 6º, donde se indica *“todo ello en los términos que reglamentariamente se establezcan”*, posibilitando a la parte a impugnar o reprochar todos los incumplimientos de las obligaciones documentales proscritas en el reglamento de desarrollo.

En síntesis podríamos determinar que, el incumplimiento total o parcial, así como el cumplimiento extemporáneo del grueso de las obligaciones de documentación que pesan sobre la empresa, determinan la posibilidad de impugnar el despido colectivo por este motivo. Sin embargo, dicha afirmación está sujeta a matizaciones, dado que no todos los documentos poseen el mismo valor ni todos los retrasos en el cumplimiento de la obligación son de la misma entidad. De hecho, la mayoría de las sentencias anteriormente citadas declaran el despido nulo después de haber constatado la presencia de múltiples incumplimientos de tipo procedimental, lo que hace difícil calibrar el peso de cada uno de ellos aisladamente considerado. Dicho lo cual considero que para que el incumplimiento/s pueda/n viciar el despido colectivo debe/n tener suficiente entidad para ello.

C) Que la decisión extintiva se ha adoptado con **fraude, dolo, coacción o abuso de derecho**.

⁷⁴ Sentencia TSJ del País Vasco de fecha 4 de abril de 2013.

⁷⁵ Sentencia TSJ de la Comunidad Valenciana de fecha 28 de diciembre de 2012.

El dolo y la coacción constituyen vicios del consentimiento. Se encuentran incardinados en los artículos 1265, 1267 y 1269 del Código Civil⁷⁶. Entenderemos que existe dolo, cuando exista una conducta voluntaria e intencionada por parte del empresario, con maquinaciones insidiosas, para forzar la suscripción de un acuerdo de despido colectivo. Y por otro lado, entenderemos que existe coacción, cuando la representación de los trabajadores actúa de una forma determinada, como consecuencia de la existencia de un terror racional y fundado de su sufrir un daño.

Por otra parte, el fraude de ley y el abuso de derecho constituye ilícitos recogidos en los artículos 6.4 y 7.2 del Código Civil⁷⁷. Entenderemos que existe fraude de ley, y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir cuando, los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él. Y por otro lado, entenderemos que existe abuso de derecho, cuando la acción u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realiza sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho.

La presencia de dolo, coacción, fraude o abuso de derecho en la conclusión de los acuerdos alcanzados en periodo de consultas constituye un motivo de impugnación por los representantes de los trabajadores, hayan sido

⁷⁶ Artículo 1265 del C.C.: “Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo.”

Artículo 1267 del C.C.: “Hay violencia cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza irresistible. Hay intimidación cuando se inspira a uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes, o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes. Para calificar la intimidación debe atenderse a la edad y a la condición de la persona. El temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto no anulará el contrato.”

Artículo 1269 del C.C.: “Hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho.”

⁷⁷ Artículo 6.4 del C.C.: “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.”

Artículo 7.2 del C.C.: “La ley no ampara el abuso de 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.”

firmantes o no del acuerdo. Conviene tener presente sin embargo que, a diferencia de lo que sucede con la autoridad laboral, la existencia de un acuerdo obtenido en periodo de consultas no constriñe los motivos de impugnación en manos de los representantes de los trabajadores tan solo a los supuestos de dolo, coacción, fraude de ley o abuso de derecho.

El ordenamiento laboral se refiere explícitamente a dos conductas ilícitas en el marco de los despidos colectivos:

- (i) Que la decisión extintiva empresarial pudiera tener por objeto la obtención indebida de prestaciones por desempleo por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo.
- (ii) Consiste en la realización por el empresario de despidos objetivos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en periodos sucesivos de 90 días, sin concurrir causas nuevas que los justifiquen, los cuales aisladamente considerados en cada periodo no superen los umbrales del despido colectivo pero sí lo hagan computados conjuntamente, lo que constituye un fraude, con el objetivo de eludir las prescripciones legales del despido colectivo⁷⁸. En este supuesto solo se pueden cuestionar las extinciones nuevas que superan los umbrales propios del despido colectivo en el nuevo periodo de 90 días, debiéndose respetar las habidas en el periodo anterior que no lo superan. Despidos disciplinarios masivos sin causa disciplinaria, y con un trasfondo económico, técnico, organizativo o de producción⁷⁹. Y despidos disciplinarios masivos como consecuencia de la extinción de la personalidad jurídica empresarial⁸⁰.

⁷⁸ Sentencia Audiencia Nacional de fecha 27 de julio de 2012; distinguiendo entre el despido colectivo de derecho “cuando el empresario, superado el umbral numérico para el despido colectivo, sigue el procedimiento regulado en el art. 51.2 ET” y el 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”.

⁷⁹ Sentencia Audiencia Nacional de fecha 27 de julio de 2012, se declara incompetente para conocer la cuestión concreta, interpretando que el proceso adecuado para cuestionar los despidos disciplinarios masivos habidos era el procedo de despido colectivo *ex* artículo 124 LRJS, y no el de conflicto colectivo planteado.

⁸⁰ Sentencia TSJ Madrid, de fecha 14 de mayo de 2012.

A efectos de cómputo, el Tribunal Supremo ha unificado doctrina en fechas recientes, en el sentido de considerar que el cómputo de los 90 días naturales opera necesariamente hacia atrás, partiendo de la extinción o extinciones de contratos, rechazando el cómputo hacia delante porque las nuevas extinciones constituyen un futuro que no resulta idóneo para pronunciarse sobre la existencia de fraude de ley en las extinciones producidas en un periodo fijo de 90 días⁸¹.

Los tribunales han determinado como supuesto de fraude de ley los que a continuación se indican:

- El desistimiento empresarial de un expediente de regulación de empleo, necesitado de autorización administrativa por razón del momento en que se inició su tramitación, para instarlo después, sin solución de continuidad y en atención a las mismas causas, de acuerdo con la normativa más flexible⁸².

- Existencia de fraude de ley cuando, siendo el empresario real el grupo de empresas, se ha ocultado la verdadera dimensión empresarial, viciando con ello irremisiblemente todo el proceso de despido colectivo desde el principio, al desenvolverse en un marco mucho más reducido del que le correspondía, con la clara y obvia intención de poder acreditar la concurrencia de la causa alegada⁸³.

- Despido colectivo tramitado para escapar de los efectos de las demandas de resolución del contrato de trabajo por la vía del artículo 50 ET, habiendo procedido la empresa a contratar a 76 trabajadores por obra o servicio determinado a tiempo completo en sustitución de los trabajadores despedidos⁸⁴.

- El negociar directamente el periodo de consultas con los trabajadores afectados por el despido colectivo existiendo representantes de los trabajadores en el centro de trabajo en cuestión, argumentando que dicha medida vacía de contenido el proceso negociador impidiendo que consiga ninguno de sus objetivos⁸⁵.

⁸¹ Sentencias Tribunal Supremo de fecha 23 de enero de 2013 y 23 de abril de 2012.

⁸² Sentencia Audiencia Nacional de fecha 25 de junio de 2012.

⁸³ Sentencia TSJ Cataluña, de fecha 23 de mayo de 2012.

⁸⁴ Sentencia TSJ País Vasco, de fecha 9 de julio de 2012.

⁸⁵ Sentencia Audiencia Nacional de fecha 25 de julio de 2012.

Los tribunales han considerado la existencia de abuso de derecho cuando se ha instado un despido colectivo existiendo un acuerdo previo pactado en el marco de un expediente suspensivo, que se considera válido y eficaz, por el que se asumió el compromiso de no acudir al despido colectivo durante la vigencia de las medidas de suspensión de los contratos de trabajo⁸⁶.

D) Que la decisión extintiva se ha efectuado **vulnerando derechos fundamentales y libertades públicas**.

Este motivo de impugnación puede invocarse cuando se considere que el despido colectivo compromete alguno de los derechos básicos recogidos en la Sección Primera del Capítulo II, del Título I de la Constitución Española, artículos 15 a 29, incluyendo la prohibición de tratamiento discriminatorio a que se refiere el artículo 14 de la Constitución Española.

Los tribunales han venido considerando que existe una vulneración de derechos fundamentales en los siguientes supuestos:

- Cuando la empresa hubiere negociado el periodo de consultas con el comité de empresa existiendo, sin embargo, secciones sindicales que hubieren esgrimido expresamente su derecho preferencial a intervenir como interlocutores. Este proceder del empresario constituiría un atentado claro a la libertad sindical de esas secciones sindicales.
- Cuando la empresa realice la negociación directa con los trabajadores afectados por el despido colectivo, "ninguneando" a los representantes de los trabajadores legitimados para ello.

Sin embargo, otros derechos colectivos, como la prioridad de permanencia establecida a favor de los representantes de los trabajadores, no van a poder ser esgrimidos para impugnar el despido colectivo, tal y como establece expresamente el artículo 124.2, párrafo 2º de la LRJS.

⁸⁶ Sentencia Audiencia Nacional de fecha 11 de junio de 2012.

En ocasiones, por parte de los tribunales, para determinar la vulneración de un derecho fundamental se ha valorado en relación con el número de trabajadores afectados por la supuesta vulneración⁸⁷. Sin embargo, determinadas vulneraciones de derechos fundamentales de los trabajadores no son idóneas para ser planteadas en el proceso instado por los representantes de los trabajadores, como por ejemplo, la vulneración eventual de la garantía de indemnidad⁸⁸.

En lo que se refiere a la alegación de vulneración de derechos fundamentales en el procedimiento de impugnación del despido colectivo, supone que de conformidad con lo dispuesto en el art 181.2 de la LRJS, en el supuesto de que el juzgador llegue al convencimiento de que dicha vulneración se hay producido, se decretaría un desplazamiento de la carga de la prueba, debiendo ser entonces la parte demandada la que demuestre que sus actos tienen una justificación objetiva y razonable, además de proporcional a los fines perseguidos, eliminando toda sospecha de vulneración de derechos fundamentales. Otra garantía propia de la tutela de los derechos fundamentales consiste en la posibilidad de solicitar y obtener una indemnización por los daños y perjuicios causados.

E) Que el despido objetivo se haya materializado sin haber obtenido la **autorización del juez del concurso** en los supuestos que ello constituya una exigencia.

⁸⁷ Sentencia TSJ del País Vasco de fecha 9 octubre 2012; declaró la nulidad del despido colectivo a instancias del sindicato impugnante, por contrario al derecho de huelga y a la libertad sindical de los trabajadores afectados por el despido colectivo considerando, de una parte, que el despido colectivo constituyó *"una directa respuesta a la decisión colectiva de secundar una huelga indefinida"* y, de otra parte, que el despido colectivo vulneró la libertad sindical de los trabajadores afiliados a ELA-STV, *"puesto que más de la mitad de las despedidas son personas afiliadas a este sindicato, exactamente un 54,49%"*.

Sentencia TSJ del País Vasco de fecha 4 septiembre 2012, declaró nulo a instancias del sindicato vasco ELA-STV el despido colectivo acaecido por atentatorio contra la libertad sindical, en atención a la manifiesta desproporción en el número de trabajadores afectados, en perjuicio de los afiliados a un determinado sindicato (ELA-STV), que constituyeron el 92% de las extinciones habidas.

Sentencia del TSJ de Castilla y León –Valladolid- de fecha 4 febrero 2013.

⁸⁸ Sentencia TSJ del País Vasco de fecha 4 septiembre 2012.

Constituye un motivo específico para impugnar el despido colectivo por parte de los representantes de los trabajadores, a sustanciar en vía social, la falta de autorización de aquél por el juez del concurso en los supuestos en los que dicha autorización constituye una exigencia.

En orden a determinar cuándo se produce este supuesto de hecho, hay que distinguir las siguientes situaciones:

(i) Cuando el despido colectivo se inste a partir de la declaración del concurso. No cabe duda que los despidos colectivos iniciados a partir de la fecha de la declaración del concurso deberán tramitarse de conformidad con lo dispuesto en el artículo 64 Ley Concursal, culminándose su tramitación con la necesaria autorización del juez del concurso

(ii) Cuando el despido colectivo se promueva con anterioridad a la declaración del concurso lo cual, a su vez, permite distinguir dos situaciones más, según el despido colectivo se hubiere consumado o no al tiempo de la declaración del concurso. Cuando se hubiere instado con anterioridad a la declaración del concurso (o a la emisión del primero de los informes de la administración concursal a que se viene haciendo referencia), en cuyo caso habrá de estarse en verdad a la fecha de consumación o conclusión del propio despido colectivo para determinar si el juez del concurso es competente o no para su autorización. Así, cuando al tiempo de la declaración del concurso todavía no se hubiere consumado el despido colectivo, sigue siendo competencia del juzgado de lo mercantil su autorización, para lo cual se ha previsto que la autoridad laboral remita todo lo actuado al juez del concurso para que continúe en su seno la tramitación, conservando validez las actuaciones practicadas con anterioridad (artículo 64.1, párrafo 2º de la Ley Concursal). De tal modo que la materialización del despido colectivo sin la pertinente autorización del juez del concurso constituye, aquí también, motivo de impugnación de aquél por los representantes de los trabajadores. Por el contrario, cuando al tiempo de la declaración del concurso la tramitación del despido colectivo ya hubiere concluido,

entonces no se requerirá autorización del juez del concurso correspondiendo, en su caso, a la administración concursal la ejecución del despido colectivo en cuestión.

7. EXCLUSIONES MOTIVOS DE IMPUGNACIÓN DEL DESPIDO COLECTIVO:

No todos los incumplimientos empresariales que se susciten alrededor del procedimiento de despido colectivo constituyen motivos de la impugnación del mismo:

(i) Incumplimiento empresarial de los derechos de prioridad de permanencia establecidos por ley, convenio colectivo o acuerdo adoptado en periodo de consultas, cuya impugnación se reserva a los propios trabajadores⁸⁹.

(ii) Incumplimiento empresarial de los acuerdos y/o los compromisos asumidos como medidas sociales de acompañamiento, los incumplimientos del empresario en materia de financiación de un convenio especial con la Seguridad Social en relación con los trabajadores con 55 o más años de edad, que no sean mutualistas, y siempre y cuando la empresa no esté incurso en un procedimiento concursal, y los incumplimientos empresariales relacionados con el plan de recolocación externa, cuando el despido colectivo afecte a más de 50 trabajadores.

(iii) Incumplimiento del deber de realizar una aportación económica al Tesoro Público, siempre y cuando el número de trabajadores despedidos de 50 o más años de edad supere un determinado porcentaje, cuando tengan beneficios y más de 100 trabajadores. La exigibilidad de este incumplimiento reside en la propia administración.

(iv) Incumplimiento de la falta de comunicación de la decisión final del despido colectivo a los representantes de los trabajadores y/o a la autoridad

⁸⁹ Sentencia TSJ de Galicia de fecha 19 de julio de 2012.

laboral en tiempo y forma, la falta de notificación de los despidos individuales a los trabajadores afectados dentro del plazo previsto al efecto, en relación con las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción no se contemplan genéricamente los defectos de forma o procedimiento como causa de impugnación, recogiendo la ley solamente el incumplimiento de ciertas reglas formales o de procedimiento, tales como la no realización del periodo de consultas o la falta de entrega de la documentación a que se refiere el artículo 51.2 del ET⁹⁰⁹¹.

(v) No determina la nulidad del despido, su tramitación administrativa ante la autoridad laboral que no resulte competente de acuerdo con lo previsto reglamentariamente⁹².

8. LA SENTENCIA:

8.1. Calificación despido colectivo:

La sentencia podrá declarar la decisión extintiva ajustada a derecho, no ajustada a derecho o nula:

(i) Procederá la declaración del despido colectivo como ajustado a derecho cuando el empresario acredite la concurrencia de la causa legal esgrimida y hubiere cumplido con lo dispuesto en los artículos 51.2 y 51.7 del ET. La declaración del despido colectivo como ajustado a

⁹⁰ Sentencia Audiencia Nacional de fecha 14 septiembre 2012; dirá que el incumplimiento empresarial del plazo mínimo de 30 días que debe mediar entre la apertura del periodo de consultas y la comunicación individual del despido a los trabajadores afectados, no es una circunstancia que en principio permita impugnar el despido colectivo como tal por la vía del artículo 124.2 LJS, remitiendo su control a las acciones individuales, en su caso, argumentando para ello que este requisito formal o de procedimiento se recoge en el apartado 4 del artículo 51 ET

⁹¹ Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 15 octubre 2012; supuesto en el que la empresa no respetó ese plazo mínimo, comunicando la decisión extintiva a los trabajadores antes de la finalización del periodo de consultas mismo, el tribunal no dudó en declarar la nulidad de la decisión empresarial de despido colectivo.

⁹² Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 20 de marzo de 2013, consideró en el caso de autos que el despido colectivo fue tramitado ante la autoridad laboral competente, matizando sin embargo que “*aunque la Autoridad laboral competente hubiera sido la Dirección General de Empleo y Seguridad Social [en lugar de la consejería de economía y empleo de la Junta de Castilla y León], una vez perdida su potestad resolutive en los despidos colectivos, no constituiría causa de nulidad*”.

derecho dependerá, también, de que no se hubieren suscitado o, en caso de suscitarse, no hubiere prosperado la pretensión relacionada con alguno de los siguientes vicios: vulneración de derechos fundamentales o libertades públicas, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio; dolo, coacción, fraude o abuso de derecho; omisión de su tramitación a través del juez del concurso en los supuestos en los que la autorización del despido colectivo por aquél constituya una exigencia.

(ii) Se calificará como no ajustado a derecho cuando el empresario no acredite la concurrencia de la causa legal esgrimida y, siempre y cuando, no incurra en ninguna causa de nulidad.

(iii) Se declarará la nulidad del despido colectivo cuando: a) no se hubiere cumplido con lo dispuesto en los apartados 2 y 7 del artículo 51 del ET (no realización del periodo de consultas o existencia de vicios esenciales en el mismo; falta de entrega de la información escrita y documentación necesaria en tiempo y forma a los representantes de los trabajadores y/o a la autoridad laboral; e inobservancia, en su caso, del procedimiento establecido en los supuestos de fuerza mayor); b) falta de obtención de la autorización del despido colectivo por el juez del concurso en los casos en los que la misma constituye una exigencia; c) por vulneración de derechos fundamentales o libertades públicas, incluido el tratamiento discriminatorio; y d) decisión extintiva adoptada con dolo, coacción, fraude de ley o abuso de derecho.

8.2. Los efectos:

En el caso de que la sentencia declare ajustado a derecho el despido colectivo, los efectos que esta generará no están recogidos en el artículo 124 de la LRJS, por lo que debemos remitirnos a lo dispuesto en el artículo 123.1 de la LRJS, donde se establecen los efectos del despido objetivo individual declarado procedente. En concreto se condenará al empresario, en su caso, a satisfacer al trabajador las diferencias que pudieran existir, tanto entre la indemnización que ya hubiese percibido y la que legalmente le corresponda, como las relativas a los

salarios del periodo de preaviso, en los supuestos en los que éste no se hubiera cumplido.

En el caso de que la sentencia declare no ajustado a derecho el despido colectivo, ninguna es la referencia que se hace en el artículo 124 de la LRJS, por lo que al igual que en el supuesto anterior nos referiremos a las consecuencias establecidas en el artículo 123.2 de la LRJS para el caso de despidos objetivos declarados improcedentes. En concreto se condena a la readmisión o indemnización, a elección del empresario salvo en los supuestos en los que se trate de un representante de los trabajadores, en cuyo caso el derecho de opción corresponde a éste, condenándose también al abono de los salarios de tramitación tan solo en los supuestos de readmisión, o de indemnización exclusivamente cuando la opción la hubiere ejercitado el propio trabajador.

Y en último lugar, de declararse nulo el despido colectivo, el artículo 124.11 sí que prevé, que en esta situación se deberá reincorporar a los trabajadores en su antiguo puesto de trabajo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 123.2 y 123.3 de la LRJS, lo que implica el abono de los salarios de tramitación dejados de percibir desde la fecha del cese efectivo en el trabajo hasta la fecha de la reincorporación, debiendo el trabajador proceder a la devolución de la indemnización en su momento abonada⁹³.

Realmente, el problema real de los efectos de la sentencia, es el cumplimiento de la misma, cuando el empresario no cumpla voluntariamente el contenido de la sentencia colectiva de nulidad y, por ende, haya que exigir su cumplimiento forzoso. Es en consecuencia, cuando cobra importancia la impugnación individual tras la sentencia dictada al respecto, o es dable ejecutar una sentencia de despido colectivo. Con la antigua regulación sí que existían dudas al respecto, en cambio con la redacción actual del artículo 247.2 de la LRJS, resulta claro que la sentencia que declare la nulidad del despido colectivo,

⁹³ Sentencia Audiencia Nacional de fecha 16 de noviembre de 2012, sentencia TSJ Andalucía –Sevilla- de fecha 13 de febrero de 2013, sentencia TSJ Castilla y León –Valladolid- de fecha 4 de febrero de 2013, y sentencia TSJ Extremadura de fecha 3 de mayo de 2013.

podrá ser objeto de ejecución, al constituir un título jurídico válido, sin necesidad de recurrir al proceso individual.

En lo que se refiere a la ejecución de la sentencia de despido colectivo que lo hayan declarado no ajustado a derecho, efectivamente hay una condena entre la readmisión o indemnización de los trabajadores afectados por el despido colectivo, a elección del empresario, salvo en los casos en que se tratase de algún representante de los trabajadores, en cuyo caso el derecho de opción correspondía a éste; debiéndose condenar asimismo al abono de los salarios de tramitación en dos supuestos concretos: readmisión, o indemnización en el caso particular de que la opción la hubiere ejercitado el propio trabajador. Sin embargo, la falta de concreción de estos efectos en el propio artículo 124 LJS apunta en la dirección del carácter meramente declarativo de la sentencia que calificaba el despido colectivo como no ajustado a derecho, sin concretos contenidos de condena, que deberían producirse en los pleitos individuales. A efectos prácticos esta respuesta puede resultar del toda absurda al obligar a los trabajadores a acudir a un proceso individual, en cambio la misma tiene toda su lógica, ya que es el propio trabajador individual, el cual en su pleito, puede discutir con la empresa las posibles divergencias resultantes en lo que se refiere al salario diario y a la antigüedad a los efectos del cálculo de una futura indemnización.

8.3. La notificación de la sentencia:

La sentencia resultante del proceso de impugnación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 124.12 de la LRJS deberá ser notificada:

- (i) A las partes.
- (ii) A los trabajadores que pudieran resultar afectados por el despido colectivo y que hubiesen puesto en conocimiento del órgano judicial un domicilio a efectos de notificaciones.
- (iii) A la autoridad laboral, la entidad gestora de las prestaciones por desempleo y la administración de la seguridad social.

Pasados 5 días hábiles, contados desde la notificación a todas las partes, la sentencia adquiere firmeza, y en consecuencia tiene efectos de cosa juzgada.

V. DEMANDA EMPRESARIAL DE CONFIRMACIÓN JUDICIAL:

1. NATURALEZA DEL PROCESO:

Se trata de un proceso colectivo planteado por el empresario, en su condición de titular del interés general de la empresa. Es un proceso de carácter declarativo, tal y como se deduce de la escueta ordenación normativa. Tiene eficacia de cosa juzgada sobre los procesos individuales y de oficio.

Puede afirmarse que su introducción obedece a la finalidad de obtener una respuesta judicial única y válida para todo el despido colectivo⁹⁴, en aquellos casos en los que no se hubiere interpuesto en tiempo y forma demanda por los representantes de los trabajadores. La acción solo adquiere verdadero sentido y permite apreciar la existencia de un interés real digno de tutela si es un medio para hacer frente a las demandas de despido interpuestas por todos o algunos de los trabajadores afectados⁹⁵, lo que la configura como una acción subsidiaria, reactiva o de vindicación, encaminada a evitar que la valoración y calificación de la legalidad de la medida se lleve a cabo en el marco de diferentes procesos individuales, con los inconvenientes y costes que ello supone, incluida la posibilidad de que se dicten resoluciones contradictorias.. Por otro lado, no conviene desconocer que esta demanda se presta también a una utilización torticera por el empresario con fines dilatorios⁹⁶.

No obstante, el Tribunal Supremo ha entendido que la empresa carece de acción de jactancia cuando no pueda traer al proceso a ningún sujeto colectivo pasivamente legitimado que se oponga a su pretensión, como sucede si el procedimiento concluye con acuerdo y no hay ningún sujeto colectivo que se oponga a la decisión extintiva, lo que impide apreciar un conflicto actual sobre el despido colectivo, sin perjuicio del derecho de los trabajadores afectados al

⁹⁴ GARCÍA PIÑEIRO, N.P.: “Aspectos procesales de la reforma: despido colectivo y otras cuestiones, ob. cit., p. 334.

⁹⁵ Sentencia TSJ Cantabria de fecha 26 de septiembre de 2012.

⁹⁶ ALFONSO MELLADO, C.L.: “Reforma laboral y Ley Reguladora de la Jurisdicción Social”, en AA.VV., ob. cit., pp. 433 y 455.

enjuiciamiento de su demanda individual por el Juzgado de lo Social correspondiente⁹⁷.

Su exclusivo objeto es el de dirimir si la decisión extintiva es ajustada a derecho.

2. LEGITIMACIÓN ACTIVA/PASIVA:

En este procedimiento, la legitimación activa del empresario no ofrece en la práctica mayores problemas significativos. En todo caso, deberá hacerse mención que, obviamente, las reglas de capacidad procesal en esta materia se regirán por las generales de los artículos 6 a 8 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el artículo 16.4 de la LRJS. La desaparición de la autorización administrativa determina que la acción de despido colectivo nazca de la propia autonomía de la voluntad del empresario, lo que no es óbice para que exista un evidente interés legítimo, como sí lo es extender la eficacia de cosa juzgada del pronunciamiento judicial colectivo a las posibles posteriores demandadas individuales de los trabajadores afectados.

Ostentará la legitimación activa, para la interposición de la acción de jactancia, la administración concursal, cuando la tramitación del despido colectivo hubiere concluido y, una vez impugnado éste en vía social, la empresa hubiere sido declarada en concurso, en cuyo caso será precisa su intervención (artículo 51 del ET). En los casos de sucesión de empresa, *ex* artículo 44 del ET, y dado que en las transmisiones inter vivos tanto el cedente como el cesionario responden solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieren sido satisfechas, también cabría plantear la posibilidad de una actuación litisconsorcial de ambas empresas. E inclusive en los denominados grupos de empresas, en los que también se pueden dar distintos supuestos de responsabilidad solidaria, sería factible una actuación conjunta en calidad de demandantes de las distintas empresas del grupo.

⁹⁷ Sentencia Tribunal Supremo de fecha 26 de diciembre de 2013.

Respecto a la legitimación pasiva, esta reside en los representantes legales de los trabajadores, debiendo entenderse por tales los mismos sujetos que aparecen legitimados activamente para impugnar ellos mismos el despido colectivo y que, por las razones que fueren, no lo hubieren hecho posibilitando así la demanda del empresario (art. 124.3 de la LRJS).

En cuanto a la personación de otros sujetos distintos al proceso, el artículo 124.7 de la LRJS se refiere a la autoridad laboral, entendiendo que para defender sus posiciones sobre la eventual existencia de dolo, coacción, fraude de ley o abuso de derecho en la conclusión de los acuerdos alcanzados en periodos de consultas, máxime teniendo en cuenta que la sentencia que se dicte en el proceso incoado por el empresario tendrá eficacia de cosa juzgada en el marco del proceso de oficio. De ahí que se puede llegar a la conclusión de que la autoridad laboral deberá ser citada de oficio al procedimiento, en el caso que se hubiere instado el proceso de oficio, el cual se encontrará suspendido como consecuencia de la interposición de la acción de jactancia.

De especial interés resulta la personación de los trabajadores individualmente considerados en el proceso incoado por el empresario, a este respecto se ha pronunciado el Tribunal Supremo en el sentido de negar la entrada de trabajadores individuales como partes legitimadas pasivamente en el proceso, aun en el supuesto de ausencia de la representación colectivo⁹⁸.

También ostenta la consideración de parte en este proceso el FOGASA, pudiendo personarse en cualquier fase o momento de su tramitación, cuando pudiera derivársele posteriormente una responsabilidad indemnizatoria subsidiaria, sin que tal intervención haga retroceder ni detener el curso de las actuaciones (artículo 23.1 de la LRJS). En supuestos especiales, tales como empresas incursas en procedimientos concursales, así como, con carácter general, cuando se pueda derivar la responsabilidad directa del FOGASA en el abono del 40% de la indemnización legal en relación con trabajadores indefinidos en empresas de menos de veinticinco trabajadores, el secretario

⁹⁸ Sentencia Tribunal Supremo de fecha 26 de diciembre de 2013.

judicial deberá citar al FOGASA como parte, dándole traslado de la demanda a fin de que éste pueda defender sus intereses (artículo 23.2 de la LRJS). Tanto en los supuestos de personación voluntaria, como de citación obligatoria, el FOGASA dispondrá de plenas facultades de actuación en el proceso como parte, incluyendo la posibilidad de recurrir (artículo 23.3 de la LRJS).

3. PROCEDIMIENTO:

El proceso se inicia directamente por medio de la demanda, sin necesidad de acudir a ninguna de las formas legalmente previstas de evitación del proceso, señaladamente la conciliación administrativa o la reclamación previa.

La acción empresarial de jactancia tiene un carácter subordinado respecto de la acción de impugnación de los representantes de los trabajadores. De conformidad con lo dispuesto en el art. 124.3 de la LRJS, “[...] *una vez transcurrido el plazo de caducidad de veinte días para el ejercicio de la acción por los representantes de los trabajadores, el empresario, en el plazo de veinte días desde la finalización del plazo anterior, podrá interponer la demanda con la finalidad de que se declare ajustada a derecho la decisión extintiva*”. Tal y como se ha analizado en el presente trabajo, existe una dualidad respecto del plazo de impugnación por parte de los representantes de los trabajadores, por lo que a lo efectos de interponer la acción de jactancia, habrá que estar a la preclusión total de la acción por parte de los representantes, en consecuencia a la finalización del segundo plazo.

La presentación de la demanda por parte del empresario conlleva ciertas consecuencias en relación con las vías de impugnación del despido colectivo subordinadas a aquélla: la acción de los trabajadores individualmente considerados y el proceso de oficio.

Así, de una parte, la presentación de la demanda posee efectos suspensivos sobre el plazo de caducidad de la acción individual de los trabajadores afectados por el despido colectivo (artículo 124.3, párrafo 2º de la LRJS), cuyo cómputo se reanudará después, haciendo posible de este modo el

ejercicio de la acción por parte de los trabajadores afectados por el despido a resultas del pleito suscitado por el empresario, aunque aquéllos no hubieran presentado demanda con anterioridad. Para el caso de que se produzcan solapamientos en el ejercicio de la acción por parte del empresario y de los trabajadores individuales, la presentación de la demanda por el empresario posee efectos suspensivos sobre la tramitación de los procesos individuales en curso, tal y como establece el artículo 160.5 de la LRJS.

De otra parte, y por lo que se refiere al proceso de oficio, el art. 124.7 de la LRJS, legitima a la autoridad laboral para ser parte en el proceso incoado por el empresario, cuya sentencia firme tendrá efectos de cosa juzgada sobre el proceso de oficio pendiente de resolución. Por lo que resulta palmario, que deberá resolverse antes el pleito presentado por el empresario, que el presentado por la autoridad laboral de oficio.

En lo que se refiere al objeto del proceso, tal y como se ha indicado, la acción tiene carácter declarativo, razón por la cual solicitud empresarial irá dirigida al reconocimiento como de ajustado a derecho del despido colectivo operado.

Por último, conviene clarificar en este punto es que el control de legalidad sobre la decisión extintiva del empresario queda circunscrito a la primera fase del despido colectivo, sin que pueda existir pronunciamiento alguno sobre la segunda fase del despido individual.

VI. DEMANDA DE OFICIO POR LA AUTORIDAD LABORAL:

1. NATURALEZA DEL PROCESO:

El procedimiento de oficio se inicia directamente por demanda, sujeta a los requisitos generales que para la misma establece el proceso ordinario, con algunas peculiaridades relacionadas con el objeto de esta modalidad procesal, que es más amplio de lo que a primera vista parece: instar la declaración de nulidad del acuerdo en periodo de consultas y, por extensión del despido colectivo mismo, por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión; o cuando se estime que el acuerdo pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por desempleo (lo que no deja de ser un supuesto específico y cualificado de fraude de ley).

Se trata de una vía de control de legalidad del despido colectivo subordinada a las demandas planteadas por los representantes de los trabajadores o por el empresario, que poseen eficacia de cosa juzgada sobre el proceso de oficio, cuya tramitación queda en suspenso, adquiriendo la autoridad laboral la condición de parte en el proceso incoado por los representantes de los trabajadores o por el empresario. Sin embargo, no parece que la acción individual de los trabajadores esté subordinada al proceso de oficio.

Es importante tener presente que este singular proceso iniciado de oficio por la autoridad laboral se engarza en un contexto en el que ha desaparecido la necesidad de autorización administrativa de los despidos colectivos, los cuales se materializan en la actualidad por decisión unilateral del empresario.

Durante la sustanciación del despido colectivo, la autoridad laboral podrá efectuar advertencias y recomendaciones al empresario, sobre la realización del trámite de despido colectivo o los vicios en los que pudiese estar incurriendo. De hecho, cuando la ITSS compruebe que concurre fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo adoptado en el periodo de consultas, lo hará constar en su informe preceptivo (artículo 11 del RD 1483/2012). Asimismo, tanto los representantes de los trabajadores como los trabajadores

individuales podrán personarse en el expediente administrativo como interesados, incluyendo el derecho a la obtención de copias (artículo 35 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común).

2. LEGITIMACIÓN ACTIVA/PASIVA:

La legitimación activa recae sobre la autoridad laboral, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 148.b), 149 y 150 de la LRJS, y más concretamente aquella ante la cual se hubiere tramitado el despido colectivo de conformidad con las reglas establecidas en el artículo 25 del RD 1483/2012. La acción entablada por la autoridad laboral, podrá ser por motu proprio o a instancia de otros sujetos.

La legitimación pasiva, como no podía ser de otra manera, recae sobre el empresario, al ser quien ha adoptado la medida colectiva de extinción de contratos. En el supuesto de que la empresa se viese inmersa en un procedimiento concursal, deberá ser demanda la administración concursal (artículo 51.2 del ET y 3 de la Ley Concursal). En el caso de que el despido colectivo objeto de impugnación, hubiese finalizado con acuerdo con la representación de los trabajadores, nada dice la ley reguladora al respecto, sin embargo resulta evidente su legitimación pasiva, al ser los mismos firmantes del acuerdo que dio por finalizado el periodo de consultas.

Los trabajadores afectados por el despido colectivo deberán ser llamados, como parte activa del procedimiento, al amparo del art. 150.2.a) de la LRJS, sin embargo, no dispondrán de una capacidad procesal activa, al no poder desistir del procedimiento ni solicitar la suspensión del mismo.

3. PROCEDIMIENTO:

El procedimiento de oficio se inicia directamente por demanda, sin necesidad de acudir a ninguna de las formas legalmente previstas de evitación del proceso, señaladamente la conciliación administrativa o la reclamación previa. Tal y como dispone el artículo 149 de la LRJS la demanda de oficio queda sujeta a los requisitos generales de la demanda en el proceso ordinario *ex* artículo 80 de la LRJS.

En lo que se refiere al plazo de interposición de la acción, la ley reguladora nada dice al respecto, razón por la cual se ha planteado si debemos remitirnos al plazo de caducidad de 20 días, o si por contra no remitiremos al plazo general de prescripción de un año. Pese ello, y debido a la necesidad de dar una pronta respuesta a este tipo de materias, resulta dable decantarnos por el plazo de caducidad de 20 días, que rige para la impugnación del despido colectivo, tanto si la acción es entablada por la representación de los trabajadores como por el empresario.

La demanda de oficio aparece subordinada a las demandas planteadas por los representantes de los trabajadores o por el empresario, que poseen eficacia de cosa juzgada sobre el proceso de oficio, cuya tramitación queda en suspenso mientras se resuelven definitivamente aquéllas (artículo 124.7 de la LRJS). Sin embargo, entre el proceso de oficio y los pleitos individuales no se ha previsto relación de subordinación alguna. Así, la presentación de la demanda por parte de la autoridad laboral no posee efecto suspensivo alguno sobre los pleitos individuales, pudiéndose desarrollar paralelamente ambos, sin perjuicio del emplazamiento de los trabajadores individuales para que puedan personarse como parte en el proceso incoado por la autoridad laboral, así como la acumulación de los procesos individuales en curso al procedimiento de oficio cuando se den las condiciones exigidas para ello (artículo 31 de la LRJS), si bien, la acumulación de acción de oficio y las acciones individuales, resulta cuanto menos compleja, ya que puede resultar sencillo que concurra el tipo subjetivo (coincidencia del demandado), en cambio resulta complejo que concurra identidad en el tipo objetivo, al ser limitados los motivos de impugnación por parte de la autoridad laboral. Y como último requisito, para que la citada acumulación pudiese llevarse a efecto, resultaría necesario que los

procesos concurrieran en la misma circunscripción territorial, y dada la regulación de la competencia territorial en esta materia, se hace aún más si cabe, la posibilidad de acumulación.

Resulta necesario, hacer especial hincapié en el papel que juega la autoridad laboral en los procesos iniciados a instancia de los representantes de los trabajadores o de la empresa, y los efectos que dichos procesos pueden acarrear respecto del proceso de oficio. Pueden darse situaciones en las que la pretensión esgrimida en el proceso incoado por los representantes de los trabajadores no coincida en absoluto con la pretensión de la autoridad laboral, en cuyo caso los efectos suspensivo y de cosa juzgada puede plantear un serio problema de descoordinación entre ambos procesos. Y por otro lado, en el proceso iniciado por la representación de los trabajadores, la autoridad laboral tiene la consideración de parte activa, pudiendo esta personarse o no, a su libre elección, y para el caso de que fuese afirmativa dicha personación, se plantea si esta puede plantear cuestiones *ex novo* no suscitadas por los representantes de los trabajadores, o por el contrario no puede hacerlo al generar una posible indefensión a la parte demanda. Esta cuestión tiene un gran transcendencia respecto de los efectos, ya que puede darse la declaración del despido colectivo como de no ajustado a derecho cuando por parte de la autoridad laboral se pretende la declaración de nulidad del mismo, y que tal y como se ha indicado en este trabajo genera diferentes efectos.

4. MOTIVOS DE IMPUGNACIÓN:

El presupuesto para la impugnación del despido colectivo por parte de la autoridad laboral, es la existencia de dolo, coacción, fraude de ley o abuso de derecho. En lo que se refiere al dolo, coacción o abuso de derecho me remito a lo indicado en el apartado de motivos de impugnación por parte de los representantes de los trabajadores en esta materia. Únicamente procederé al análisis del fraude de ley, como motivo de impugnación, en los casos en los que existiesen indicios de que la medida extintiva tiene 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, motivo el cual tiene su sustento legal en el artículo 51.6 párrafo 2º del ET, y en el artículo 148.b) de la LRJS.

VII. IMPUGNACIÓN INDIVIDUAL DE LOS TRABAJADORES:

1. NATURALEZA DEL PROCESO

La impugnación individual del despido derivado del despido colectivo se sustancia ante los juzgados de lo social, de conformidad con lo dispuesto en los artículos del 120 al 123 de la LRJS, y con atención a las peculiaridades establecidas al efecto en el art. 124 del mismo texto legal.

En el proceso de impugnación individual, se pueden pretender satisfacer distintas pretensiones: exigir el cumplimiento de lo resuelto previamente en los procesos colectivos con eficacia de cosa juzgada; impugnar determinadas irregularidades detectadas en la primera fase del despido colectivo que no se hubieren planteado y/o resuelto anteriormente; o atacar ciertos incumplimientos producidos en la extinción del contrato de trabajo (despido objetivo), bien tendentes a cuestionar la propia extinción o, sin cuestionarla, exigir su cumplimiento (diferencias en la indemnización). En consonancia con el carácter individual de la acción, el proceso posee un carácter limitado en relación con los concretos trabajadores que lo insten, por lo que puede darse una heterogeneidad de pronunciamientos como consecuencias de las diferentes circunstancias que puedan darse en cada trabajador.

2. COMPETENCIA: Territorial y Funcional

La impugnación individual realizada por el trabajador, deberá ajustarse a las reglas de competencia generales establecidas para el ejercicio de cualquier acción dentro de la jurisdicción social (por ejemplo, despido objetivo que no derive de un despido colectivo).

Respecto de la competencia funcional, serán competentes los Juzgados de lo Social, y ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6.1 de la LRJS. Y respecto de la competencia territorial (artículo 10.1 de la LRJS), como regla general, será competente el Juzgado del lugar de prestación de servicios o

domicilio del demandado, a elección del demandante. 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.

En el trámite de recurso de suplicación, contra las sentencias dictadas en la instancia en esta materia, serán competentes las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia (artículo 11 de la LRJS). Frente a las sentencia de suplicación dictadas, se podrá interponer recurso extraordinario de casación ante el Tribunal Supremo (artículos 218 y ss. de la LRJS).

3. LEGITIMACIÓN ACTIVA/PASIVA:

La legitimación activa recae sobre el trabajador individual.

La legitimación pasiva recae con carácter principal sobre el empresario. Según las circunstancias concurrentes al caso, o los motivos de impugnación esgrimidos en demanda, se deberá demandar a más partes. Cuando entre los motivos de la demanda se incluyan las preferencias atribuidas a determinados trabajadores (prioridades de permanencia establecidas por ley, convenio colectivo o acuerdo en periodo de consultas), habrá que incluirlos en la demanda (artículo 124.13 a), regla 2ª de la LRJS). Cuando la empresa demandada este en situación concursal, deberá ser demandado el administrador concursal. Debería demandarse al FOGASA como responsable directo y/o subsidiario de la indemnización debida al trabajador o que pudieran derivarse del proceso, de acuerdo con lo previsto en el artículo 23 de la LRJS. Cuando se pretenda la declaración de grupo de empresas o una antigüedad superior de una empresa anterior, deberán estar demandadas todas empresas que conformen el grupo o en las que haya prestado servicios.

Con anterioridad al RD Ley 11/2013, si el periodo de consultas finalizaba con acuerdo, los firmantes del mismo debían ser demandados, pero en la antedicha reforma se eliminó dicha obligación.

4. PROCEDIMIENTO:

La demanda de impugnación de despido individual, se inicia con la presentación de la preceptiva, demanda de conciliación o reclamación previa (artículos 63 y ss de la LRJS). La interposición de la demanda de conciliación o reclamación previa, tiene efectos suspensivos sobre el plazo de impugnación.

El acto de conciliación podrá resultar intentado sin efecto, en el caso de incomparecencia de los demandados, sin acuerdo, en el caso de que pese a haber comparecido haya sido imposible la consecución del mismo, o con acuerdo.

Lo pactado en conciliación constituye un título ejecutivo, sin necesidad de ratificación ante el órgano judicial, pudiendo llevarse a efecto por el trámite de ejecución de sentencias (artículo 68 de la LRJS).

De conformidad con el artículo 124.13 LJS, el plazo para ejercitar la acción de impugnación de la decisión extintiva será de veinte días hábiles, y de caducidad, habiéndose previsto dos reglas distintas de cómputo atendiendo a la circunstancia de si el despido colectivo fue impugnado o no previamente en vía colectiva:

(i) En el primer caso, 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 (artículo 124.13 b, regla 1ª de la LRJS).

(ii) En el segundo caso, 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 (artículo 124.13 a, regla 1ª de la LRJS).

Así es como queda redefinida actualmente la relación de subordinación del proceso individual a la acción de los representantes de los trabajadores, seguramente con la finalidad de evitar un sinnúmero de demandas individuales presentadas con carácter cautelar generalmente abocadas a su paralización como consecuencia del ejercicio de la acción por parte de los representantes de los trabajadores. En cambio, debe tenerse en cuenta que la presentación de la demanda por parte del empresario, no modifica en modo alguno el plazo de ejercicio de la acción individual, pudiéndose simultanear entonces el ejercicio de ambas acciones, y ello sin perjuicio de que el plazo de la acción individual queda suspendido por la interposición de la acción de jactancia por parte del empresario, el cual se reanudará en el momento que se les notifique la sentencia, siempre y cuando hubiesen comunicado al tribunal un domicilio a efectos de notificaciones, ya que en caso contrario entenderemos que el plazo se reanuda en el momento que se produzca la última notificación a las partes.

Sin embargo, lo habitual es que se produzcan solapamientos entre la acción del empresario y las individuales, en cuyo caso se ha previsto también la suspensión de la tramitación del proceso individual, reanudándose de nuevo a resultas del pleito colectivo, es de suponer que a instancias del propio trabajador tan pronto tenga conocimiento de la firmeza de la sentencia dictada en el marco de la acción del empresario (artículo 124.3, párrafo 1º de la LRJS, en relación con el artículo 160.5).

5. MOTIVOS DE IMPUGNACIÓN:

En el proceso de impugnación individual, los motivos del mismo podrán ir desde el propio periodo de consultas hasta la decisión final de despido del trabajador en concreto. Dependiendo del motivo de impugnación alegado, se solicitará la declaración de improcedencia y/o nulidad del despido.

Como motivos de impugnación de la primera fase del despido colectivo, el artículo 124.13 a), regla 3ª de la LRJS recoge un total de cuatro:

- (i) La no realización del periodo de consultas o la existencia de vicios esenciales en el mismo.
- (ii) La falta de entrega de la documentación prevista en el artículo 51.2 del ET (la memoria explicativa del despido colectivo, documentación contable y fiscal, y de los informes técnicos necesarios.
- (iii) Cuando no se hubiese obtenido la autorización del juez del concurso en los casos en que esté legalmente prevista.
- (iv) Incumplimiento del procedimiento en relación con los despidos colectivos derivados de fuerza mayor.

Si bien estos motivos de impugnación no siempre podrán ser invocados, sino que dependerán, tal y como está redactado el artículo 124.13 de la LRJS, de si el despido colectivo ha sido impugnado o no.

Cuando el despido colectivo no sea impugnado en vía colectiva, los trabajadores tienen la posibilidad de solicitar la nulidad de la decisión extintiva empresarial no solo por determinados motivos relacionados con la segunda fase del despido objetivo, es decir los recogidos en el artículo 122.2 de la LRJS, sino también por algunas irregularidades detectadas en la primera fase del despido colectivo. En consecuencia, la conclusión que se alcanza realizando una interpretación literal del artículo, es que dichas irregularidades no podrán ser esgrimidas cuando la decisión colectiva haya sido impugnada, y ello derivado del efecto de cosa juzgada que reviste la sentencia o acuerdo judicial al respecto.

Sin embargo, existen más posibles irregularidades que las indicadas en el párrafo anterior, sin que exista disposición al respecto, por lo que no existe motivo para no poder alegarla en el proceso individual.

En el supuesto de ausencia de impugnación colectiva el trabajador individual podrá alegar la decisión extintiva empresarial por motivos relacionados con la primera fase del despido colectivo, lo cual tiene pleno sentido para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva del trabajador proscrito en el artículo 24 de la Constitución Española. Por esta misma razón, cuando la demanda de los representantes de los trabajadores se centre en alguna

irregularidad en concreto, no puede impedir que los trabajadores individuales cuestionen otras deficiencias detectadas que no hubieren sido planteadas y resueltas previamente.

Debemos matizar que el trabajador individual podrá impugnar el despido colectivo mismo por cualquiera de las causas recogidas en el artículo 124.13.a), regla 3ª de la LRJS, tanto cuando no se hubiere ejercitado ninguna acción de naturaleza colectiva como cuando, ejercitada ésta, no se hubiere vertido pronunciamiento en relación con alguno de estos motivos. Y que ello no supondrá cuestionar el despido colectivo en su conjunto, sino únicamente la extinción de su contrato.

En cuanto a los motivos de impugnación del despido objetivo, el artículo 122 de la LRJS refiere los siguientes:

(i) Cuando la decisión extintiva resulte discriminatoria o contraria a los derechos fundamentales o libertades públicas del trabajador. Cuando se produzca una vulneración de derecho fundamentales o libertades públicas del trabajador, las cuales no tendrían relevancia en el proceso colectivo si lo son en el individual, como por ejemplo, la garantía de indemnidad⁹⁹, el derecho a la no discriminación por razón de género o el derecho de afiliación sindical. Para la determinación o no de la vulneración habrá que estar al caso concreto, no pudiendo alegar como causa de vulneración un trato que ha sido generalizado como consecuencia del expediente.

Los derechos fundamentales vulnerados, deben ser de titularidad individual, y no de titularidad colectiva, como el derecho a que se negocie de buena fe en el periodo de consultas, el cual no podrá alegarse en la demanda individual.

En otro orden de ideas, debe tenerse en cuenta que la alegación por parte del trabajador de la vulneración de alguno de sus derechos fundamentales

⁹⁹ Sentencia TSJ País Vasco, de fecha 4 de septiembre de 2012. Sentencias TSJ Asturias, de fecha 16 de noviembre y 30 de octubre de 2012.

o libertades públicas, dota al proceso de despido objetivo, tanto en la instancia como en vía de recurso, de una preferencia absoluta en su tramitación, situándolo a la par del proceso de tutela de derechos fundamentales (artículo 184 de la LRJS). A ello habrá que añadir la presencia de otras garantías: 1) la facilitación de la carga de la prueba; 2) la posibilidad de solicitar y obtener una indemnización por los daños y perjuicios causados; y 3) la intervención del Ministerio Fiscal.

(ii) Cuando se produzca en relación con determinados supuestos de conciliación de la vida laboral y familiar, así como de protección de la mujer víctima de la violencia de género. La decisión de despido que tenga como móvil alguna de las circunstancias que a continuación se describen, o aun cuando sin ser por esos motivos, el despido no resulte ajustado a derecho, supondrá la declaración de la nulidad del mismo, y ello como debido al encontrarnos ante una consecuencia “*ex lege*”, la cual puede ser apreciada de oficio por el tribunal. Los colectivos especialmente protegidos son: 1) trabajadoras embarazadas, desde la fecha de embarazo hasta el comienzo de la suspensión del contrato de trabajo por maternidad; 2) durante los periodos de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, adopción o acogimiento, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural o enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, así como el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dicho periodo; 3) después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los periodos de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, adopción, acogimiento o paternidad, siempre que no hubieren transcurrido más de 9 meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento; 4) a partir de la solicitud o durante el disfrute de las excedencias por cuidado de hijos o familiares; 5) desde la solicitud o durante el disfrute de determinados permisos: lactancia de un menor de 9 meses, nacimiento de hijos prematuros y guarda legal de un menor de 8 años; 6) por el ejercicio por parte de las mujeres víctimas de la violencia de género de los derechos de reducción o reordenación del tiempo de

trabajo, movilidad geográfica, cambio de centro de trabajo o suspensión de la relación laboral.

(iii) Cuando se realice en fraude de ley, superando los umbrales cuantitativos del despido colectivo en periodos sucesivos de 90 días, sin concurrir causas nuevas que los justifiquen, los cuales aisladamente considerados en cada periodo no superen los umbrales cuantitativos del despido colectivo pero sí lo hagan computados conjuntamente; en cuyo caso procede la declaración de nulidad de las nuevas extinciones habidas que superen los umbrales propios del despido colectivo en el nuevo periodo de 90 días, debiéndose respetar las realizadas en el arco temporal anterior que no los superen.

Tal y como se encuentran regulados los artículos 124.13 y 122.2 de la LRJS, no existe otro motivo que el trabajador, en el marco de un despido colectivo, pueda alegar para sustentar la existencia de un fraude de ley.

Finalmente, conviene recordar que, como ya se concluyó en el marco de la impugnación del despido colectivo por los representantes de los trabajadores, la existencia de un acuerdo obtenido en periodo de consultas no limita los motivos de impugnación en manos de los trabajadores individuales a la existencia de dolo, coacción, fraude de ley o abuso de derecho.

(iv) No comunicación escrita al trabajador del despido objetivo expresando la causa extintiva o falta de entrega de la copia correspondiente a los representantes de los trabajadores.

Una vez culminada la tramitación sustantiva del despido colectivo, el empresario debe comunicar a los trabajadores individuales su decisión extintiva, siguiendo los trámites propios del despido objetivo entre cuyas exigencias destaca la necesidad de notificación escrita del mismo haciendo constar la causa. Su incumplimiento, que se produce tanto cuando falta la comunicación escrita como cuando existiendo ésta se

omiten los hechos determinantes de la decisión extintiva, lleva aparejada la calificación del despido objetivo como improcedente. Al igual que no dar traslado a los representantes de los trabajadores de la comunicación de despido objetivo. Debe existir un preaviso mínimo de quince días entre la comunicación y la fecha de efectos de la decisión extintiva, sin embargo este motivo, por sí solo, no es óbice para determinar la improcedencia del mismo.

(v) Falta de puesta a disposición del trabajador de la indemnización legal.

El empresario deberá poner a disposición del trabajador la indemnización legal de 20 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de prestación de servicios inferiores a la anualidad, con el tope de 12 mensualidades; obligación cuyo cumplimiento tan solo decaerá en un caso: cuando el despido se fundamente en causas económicas y como consecuencia de las mismas el empresario no pudiera poner a disposición la indemnización, haciéndolo constar en la propia comunicación escrita, y sin perjuicio del derecho del trabajador a exigir su cumplimiento a partir del momento en que tenga efectividad la decisión extintiva

El acuerdo de pago aplazado de la indemnización, entre la representación de los trabajadores y la empresa, no impide al trabajador invocar el incumplimiento del pago íntegro de la indemnización, debiendo la empresa acreditar la falta de liquidez para poner a disposición la totalidad de las indemnizaciones o la consecuencia será la declaración de improcedencia del despido¹⁰⁰.

(vi) No acreditación de la causa legal indicada en la comunicación escrita. La carga de probar que concurre la causa objetiva determinada en la memoria presentada a la representación de los trabajadores corresponde a la empresa.

¹⁰⁰ Sentencia TSJ Castilla y León –Valladolid-, de fecha 23 de enero de 2013.

El incumplimiento de cualquier de las tres primera llevará aparejada la declaración de la nulidad del despido, y el incumplimiento de las tres restantes, la declaración de improcedencia.

Especial mención merece, la inaplicación de las reglas de prioridad de permanencia. Dicho incumplimiento no podemos encuadrarlo en ninguna de las dos fases, razón por la cual resulta indudable que nos encontramos ante un motivo de impugnación solo propio de los trabajadores individualmente. La conculcación de dichas reglas de prioridad lleva aparejada la declaración nulidad del despido, de conformidad con lo dispuesto en el art. 124.13 LRJS.

Las prioridades de permanencia son aquellas que están establecidas por ley, convenio colectivo o acuerdo adoptado por los representantes de los trabajadores. Las preferencias de origen legal vienen referidas a los miembros de las representaciones unitarias --delegados de personal y comités de empresa-- (artículo 68 b) del ET), así como a los delegados sindicales que cumplan los requisitos establecidos en el artículo 10 de la LOLS, y a los delegados de prevención (artículo 37.1 de la LPRL). Es un derecho que forma parte del contenido de la libertad sindical. En cuanto a las preferencias de origen convencional colectivo o recogidas en los acuerdos alcanzados en periodo de consultas, y aunque siempre ha sido posible preverlas, es la primera vez que la ley las contempla expresamente junto a la prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores, refiriendo también algunos de los posibles sujetos beneficiarios de esta garantía: trabajadores de mayor edad, cargas familiares o discapacidad.

Cuando concurran unos y otros se impone atender, en primer lugar, el derecho a la permanencia en la empresa de los representantes de los trabajadores (delegados de personal, comités de empresa, delegados de prevención y ciertos delegados sindicales), seguido de las prioridades de permanencia establecidas por convenio colectivo y, por último, en el acuerdo obtenido en periodo de consultas.

Ahora bien ha de tenerse en cuenta que el derecho a la prioridad de permanencia no es de carácter absoluto, no estando garantizada la permanencia en la empresa de todos y cada uno de los sujetos titulares del derecho. Centrando la atención ahora en la preferencia establecida legalmente a favor de los representantes de los trabajadores, la jurisprudencia viene entendiendo que este derecho se modula en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso¹⁰¹. Así, lógicamente, la permanencia en la empresa resulta irrealizable en los casos de cierre total de las instalaciones, en cuyo caso no hay alternativa de selección; a diferencia de lo que sucede cuando el cierre afecta solamente al centro de trabajo donde presta servicios el representante de los trabajadores en cuestión, pues el derecho a la prioridad de permanencia se proyecta sobre el ámbito de la empresa en su conjunto, pudiendo determinar la extinción de la relación laboral de otro trabajador perteneciente a un centro de trabajo distinto, inclusive aunque no estuviere previsto realizar ninguna extinción por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en ese otro centro de trabajo, con la finalidad de reubicar al representante titular del derecho a permanecer en la empresa. Sea como fuere, el artículo 13.3 RD 1483/2012 dispone que cuando el despido colectivo afecte a algún trabajador con prioridad de permanencia, la empresa deberá justificarlo en el escrito de comunicación a la autoridad laboral y a los representantes de los trabajadores de la decisión final de despido colectivo.

En lo que se refiere a la prioridad de permanencia, que para los despidos objetivos individuales existen, de trabajadoras embarazadas, tiempo de lactancia, reducción de jornada, existen pronunciamientos dispares. Respecto de las trabajadoras embarazadas, suspensión por maternidad o lactancia, la jurisprudencia les viene otorgando la misma prioridad que a los representantes de los trabajadores y ello como consecuencia de que el artículo 10 de la Dir. Comunitaria 92/85, sitúa a ambos colectivos en el mismo nivel de protección¹⁰². Sin embargo, respecto de las trabajadoras en situación de reducción de jornada, la audiencia nacional ha negado taxativamente dicha prioridad¹⁰³.

¹⁰¹ Sentencia Tribunal Supremo de fecha 30 de noviembre de 2005.

¹⁰² Sentencia TSJ de Cataluña de fecha 29 de noviembre de 2013.

¹⁰³ Sentencia Audiencia Nacional de fecha 29 de junio de 2013.

Me referiré también a pretensiones las cuales, aun cuando no son óbices para declarar la improcedencia del despido, pueden ser pretendidas en el proceso individual, como por ejemplo: 1) la reclamación de las diferencias en la cuantía de la indemnización recibida respecto de la cuantía legal, cuando sean debidas a "errores excusables", en los términos anteriormente expuestos; el proceso también puede servir para exigir al empresario el abono de la indemnización legal en aquellos casos en los que no se hubiere puesto a disposición del trabajador por problemas de tesorería en los despidos colectivos motivados por causas económicas; y 2) la monetización del periodo de preaviso del despido objetivo eventualmente incumplido, exigencia de carácter formal respecto de la cual la ley permite al empresario compensar su carencia con el abono de tantos días de salario como días de preaviso incumplidos.

Existen otros incumplimientos, los cuales por una cuestión meramente temporal, no pueden ser exigibles en el plazo de caducidad de 20 días, por lo que para su reclamación se deberá acudir a otro procedimiento, en función de las circunstancias, no siendo invocables en el procedimiento de impugnación individual del despido. A modo de ejemplo, podemos señalar los incumplimientos empresariales relacionados con el plan de recolocación externa, cuando el despido colectivo afecte a más de 50 trabajadores y los incumplimientos del empresario en materia de financiación de un convenio especial con la Seguridad Social en relación con los trabajadores con 55 o más años de edad, que no sean mutualistas, y siempre y cuando la empresa no esté incurso en un procedimiento concursal.

En último lugar, señalar que la percepción por el trabajador de la indemnización ofrecida por el empresario no enerva el ejercicio de la acción ni supone la conformidad con la decisión extintiva (art. 121.2 de la LRJS).

VIII. CONCLUSION

En primer lugar, me gustaría resaltar, que en este momento tengo una mezcla de sentimientos, por un lado satisfacción por la finalización del trabajo fin de grado, pero por otro lado incertidumbre, de no saber si el contenido del mismo tiene fecha de caducidad, o si por el contrario el análisis realizado va a tener un recorrido en el tiempo. Y esto debido a que el despido colectivo, sin lugar a dudas, ha sido y sigue siendo una de las figuras o recursos jurídicos, que más modificaciones ha sufrido en el ámbito laboral, en los últimos cuatro años.

Tal vez, el término modificación no sea el más adecuado para definir, lo que ha acontecido en materia de despido colectivo, ya que realmente se ha producido un cambio radical, tanto desde un punto de vista material como formal. Se comenzaron realizando modificaciones de carácter material, flexibilizando los motivos y/o causas para llevar a efecto un despido colectivo. Posteriormente se eliminó la piedra angular del despido colectivo, que era la autorización administrativa, dejando por tanto al arbitrio de las empresas la adopción de esta medida, que sin lugar a duda es la más gravosa para los intereses de los trabajadores, que podemos encontrar dentro de la normativa laboral. Y en último lugar, en la modificación operada en el año 2013, se ha pretendido estandarizar las causas de nulidad de los despido colectivos, y es por ello que ante esta modificación me haga dos preguntas ¿se pretende dar con esto mayor seguridad jurídica a las empresas?, y ¿dónde queda la función interpretativa de los tribunales, se pretende que actúen como meros operadores jurídicos?

Desde mi punto de vista, el gran número de reformas no se debe a una necesidad económica o social, sino que realmente corresponde a una torpe actividad legislativa, pues realmente, de las sucesivas reformas se desprende que lo que se ha hecho ha sido solucionar los gazapos introducidos en las anteriores.

Respecto a la técnica legislativa, me veo en la obligación de realizar una especial crítica, ya que las modificaciones realizadas son el claro fruto de la improvisación, sin que se haya llegado a valorar realmente las consecuencias de las mismas.

Me resulta sorprendente, que lo único que diferencia (al margen de los umbrales), un despido objetivo individual de un despido colectivo, es la existencia de un periodo de consultas, el cual no deja de ser una cuestión procedimental de escasa repercusión, siempre y cuando se realice dentro de ciertos parámetros, ya que las causas que una empresa debe invocar son idénticas. Y esto me hace llegar a la conclusión de que cualquier reforma que se ha operado, ha tenido como único contenido y objetivo, el económico, sin tener en cuenta cuales eran las repercusiones que esta tendría sobre los trabajadores de las empresas, ya que en el panorama actual, es indiferente que el despido afecte a 300 o a 3 trabajadores, ya que las causas que deben concurrir son idénticas, lo que me resulta de difícil comprensión, tanto desde el punto de vista jurídico como desde el punto de vista social.

En concreto me gustaría resaltar, que pese a la lectura de manuales, monografías y jurisprudencia, no he podido encontrar una justificación lógica de la libre elección por parte de la empresa de los trabajadores afectados por el despido colectivo, y ello al amparo del “*ius variandi*” de la empresa. La lógica jurídica me dice, que una empresa la cual está atravesando problemas económicos, y se ve avocada a realizar un despido colectivo, debería despedir a aquellos trabajadores, cuyo coste económico de la indemnización fuese el menor posible, para con ello no perjudicar su situación económica, aunque en realidad no es así. Una empresa puede elegir a un trabajador con 20 años de antigüedad en la misma, y mantener a otro cuya antigüedad sea de 5 años, pese a que económicamente sea más gravoso el despido. Resulta cuanto menos sorprendente dicha posibilidad, pero de la interpretación conjunta de otras reformas, llego a la conclusión de que realmente, no es que se pueda, es que con la modificación de los topes de las indemnizaciones por despido, no se ha hecho más que favorecer el despido de trabajadores con mayor antigüedad, lo que sin lugar a duda resulta incoherente, ya que son estas personas las cuales por razón de su edad van a tener mayores dificultades para encontrar un nuevo puesto de trabajo.

En síntesis decir, que desde el inicio del presente curso académico tenía la idea de hacer el trabajo sobre los despidos colectivos, y no ha habido ni un solo momento durante su realización, en el que me haya arrepentido de dicha elección. Desde mi punto de vista, al derecho laboral y de la seguridad social, no se le da ni la importancia ni el prestigio que realmente tiene, es un derecho con el que todo ciudadano tiene un contacto

diario, y en la actualidad me atrevería a decir que trascendente, y de ahí su importancia. Espero haber conseguido realizar un análisis minucioso y exhaustivo de las respuestas dadas por los tribunales a los despidos colectivos, desde el inicio del periodo de consultas y hasta la firmeza y ejecución de la sentencia de su impugnación o confirmación.

IX. BIBLIOGRAFÍA:

Libros:

- ALFONSO MELLADO, C.L.: “Reforma laboral y Ley Reguladora de la Jurisdicción Social”, en AA.VV., *Políticas de austeridad y crisis en las relaciones laborales: la reforma 2012*, Bomarzo, 2012.
- BALLESTER LAGUNA, F., *La impugnación del despido colectivo*. Tirant Lo Blanch. Colección Laboral Nº 223. Valencia 2013.
- GARCÍA PIÑEIRO, NURIA.P.: “Aspectos procesales de la reforma: despido colectivo y otras cuestiones, en AA.VV, *comentario a la reforma laboral 2012*, Civitas-Tomson Reuters, 2012.
- ORELLANA CANO, A.M.; “*El procedimiento de despido colectivo tras la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*”; AL núm. 17/2012.
- TÁRRAGA POVEDA, A.; “La viabilidad de la demanda de despido colectivo por los trabajadores afectados”, *Aranzadi Social* núm. 2/2012.

Revistas:

- BALLESTER LAGUNA, F., “*El despido colectivo en el Real Decreto-Ley 11/2013, de 2 de agosto*”. *Actualidad Laboral*, Nº11, Sección Estudios, Noviembre 2013, Editorial LA LEY.

X. APENDICE DE SENTENCIAS:

Sentencias Tribunal Supremo:

- Sentencia Tribunal Supremo de fecha 20 de marzo de 2012. Id Cendoj: 28079140012012100241.
- Sentencia Tribunal Supremo de fecha 3 de junio de 2013. Id Cendoj: 28079140012013100459.
- Sentencia Tribunal Supremo de fecha 8 de julio de 2012. Id Cendoj: 28079140012012100601.
- Sentencia Tribunal Supremo de fecha 20 de marzo de 2013. Id Cendoj: 28079140012013100221.
- Sentencias Tribunal Supremo de fecha 23 de enero de 2013. Id Cendoj: 28079140012013100021.
- Sentencia Tribunal Supremo de fecha 23 de abril de 2012. Id Cendoj: 28079140012012100455.
- Sentencia Tribunal Supremo de fecha 26 de diciembre de 2013. Id Cendoj: 28079140012013100942.
- Sentencia Tribunal Supremo de fecha 30 de noviembre de 2005. Id Cendoj: 28079140012005101219.

Sentencias Audiencia Nacional:

- Sentencia Audiencia Nacional de fecha 11 de marzo de 2013. Id Cendoj: 28079240012013100038.
- Sentencia Audiencia Nacional de fecha 11 de marzo de 2013. Id Cendoj: 28079240012013100039.
- Sentencia Audiencia Nacional de fecha 26 de abril de 2013. Id Cendoj: 28079240012013100084.
- Sentencia Audiencia Nacional de fecha 26 de abril de 2013. Id Cendoj: 28079240012013100100.
- Sentencia Audiencia Nacional de fecha 1 de abril de 2013 Id Cendoj: 28079240012013100058.

- Sentencia Audiencia Nacional de fecha 22 de abril de 2013. Id Cendoj: 28079240012013100078.
- Sentencia Audiencia Nacional de fecha 12 de mayo de 2013.
- Sentencia Audiencia Nacional de fecha 13 de mayo de 2013. Id Cendoj: 28079240012013100093.
- Sentencias Audiencia Nacional de fecha 4 de julio de 2012. Id Cendoj: 28079240012012100103.
- Sentencia Audiencia Nacional de fecha 22 de octubre de 2013. Id Cendoj: 28079240012013100181.
- Sentencia Audiencia Nacional de fecha 4 de julio de 2013. Id Cendoj: 28079240012013100140.
- Sentencia Audiencia Nacional, de fecha 26 de julio de 2012. Id Cendoj: 28079240012012100127.
- Sentencia Audiencia Nacional de fecha 21 de noviembre de 2012. Id Cendoj: 28079240012012100174.
- Sentencia Audiencia Nacional de fecha 14 de septiembre de 2012. Id Cendoj: 28079240012012100148.
- Sentencia Audiencia Nacional de fecha 25 de julio de 2012. Id Cendoj: 28079240012012100119.
- Sentencia Audiencia Nacional de fecha 15 de octubre de 2012. Id Cendoj: 28079240012012100141.
- Sentencia Audiencia Nacional de fecha 20 de marzo de 2013. Id Cendoj: 28079240012013100056.
- Sentencia Audiencia Nacional de fecha 30 de noviembre de 2012. Id Cendoj: 28079240012012100225.
- Sentencia Audiencia Nacional de fecha 27 de julio de 2012; Id Cendoj: 28079240012012100126.
- Sentencia Audiencia Nacional de fecha 27 de julio de 2012. Id Cendoj: 28079240012012100124.
- Sentencia Audiencia Nacional de fecha 25 de junio de 2012. Id Cendoj: 28079240012012100089.
- Sentencia Audiencia Nacional de fecha 11 de junio de 2012.
- Sentencia Audiencia Nacional de fecha 16 de noviembre de 2012. Id Cendoj: 28079240012012100170.

- Sentencia Audiencia Nacional de fecha 29 de junio de 2013.

Sentencias TSJ Comunidad Valenciana

- Sentencia TSJ Comunidad Valenciana de fecha 23 de abril de 2013. Id Cendoj: 46250340012013100500.
- Sentencia TSJ Comunidad Valenciana de fecha 12 de marzo de 2013. Id Cendoj: 46250340012013100039.
- Sentencia TSJ Comunidad Valenciana, de fecha 14 de diciembre de 2012. Id Cendoj: 46250340012012102650.
- Sentencia TSJ Comunidad Valenciana de fecha 27 de noviembre de 2012. Id Cendoj: 46250340012012102525.
- Sentencia TSJ Comunidad Valenciana de fecha 28 de diciembre de 2012. Id Cendoj: 46250340012012102789

Sentencias Castilla y León

- Sentencia TSJ Castilla y León –Valladolid- de fecha 23 de mayo de 2013. Id Cendoj: 47186340012013100691.
- Sentencia TSJ Castilla y León -Burgos-, de fecha 29 de noviembre de 2012. Id Cendoj: 09059340012012100768.
- Sentencia del TSJ de Castilla y León –Valladolid- de fecha 4 febrero 2013. Id Cendoj: 47186340012013100273.
- Sentencia TSJ Castilla y León –Valladolid-, de fecha 23 de enero de 2013. Id Cendoj: 47186340012013100120.

Sentencias Castilla La Mancha

- Sentencia TSJ Castilla La Mancha de fecha 1 de febrero de 2013. Id Cendoj: 02003340022013100049.

- Sentencia TSJ Castilla-La Mancha de fecha 19 de diciembre de 2012. Id Cendoj: 02003340022012100499.

Sentencias TSJ Galicia

- Sentencias del TSJ Galicia de fecha 21 de noviembre de 2012. Id Cendoj: 15030340012012105347.
- Sentencias TSJ Galicia de fecha 6 de junio de 2012. Id Cendoj: 15030340012012103037.
- Sentencia TSJ Galicia de fecha 19 de julio de 2012. Id Cendoj: 15030340012012104127

Sentencias TSJ País Vasco

- Sentencia TSJ País Vasco de fecha 11 de diciembre de 2012. Id Cendoj: 48020340012012101140.
- Sentencia TSJ País Vasco de fecha 4 de abril de 2013.
- Sentencia TSJ País Vasco, de fecha 9 de julio de 2012.
- Sentencia TSJ País Vasco de fecha 9 octubre 2012. Id Cendoj: 48020340012012101135.
- Sentencia TSJ País Vasco de fecha 4 septiembre 2012. Id Cendoj: 48020340012012101138.
- Sentencia TSJ País Vasco de fecha 26 de marzo de 2013. Id Cendoj: 48020340012013100210

Sentencias TSJ Madrid

- Sentencia TSJ Madrid de fecha 13 de junio de 2013. Id Cendoj: 28079340032013100635.
- Sentencia TSJ Madrid de fecha 16 de septiembre de 2013. Id Cendoj: 28079340062013100632.

- Sentencia TSJ Madrid de fecha 8 de noviembre de 2012. Id Cendoj: 28079340052012101053.
- Sentencia TSJ Madrid de fecha 25 de junio de 2012. Id Cendoj: 28079340012012100471.
- Sentencia TSJ Madrid de fecha 22 de julio de 2012.
- Sentencia TSJ Madrid de fecha 11 de julio de 2012. Id Cendoj: 28079340022012100430.
- Sentencia TSJ Madrid de fecha 22 de junio de 2012. Id Cendoj: 28079340012012100538.
- Sentencia TSJ Madrid de fecha 14 de mayo de 2012.
- Sentencia TSJ Madrid de fecha 30 de mayo de 2012. Id Cendoj: 28079340022012100336.

Sentencias TSJ Islas Canarias

- Sentencia TSJ Islas Canarias –Sede Las Palmas- de fecha 10 de septiembre de 2013. Id Cendoj: 35016340012013100420.
- Sentencia TSJ Islas Canarias –Las Palmas- de fecha 19 de diciembre de 2012. Id Cendoj: 35016340012012101707.

Sentencias TSJ Andalucía

- Sentencia TSJ de Andalucía –Sevilla- de fecha 7 de marzo de 2013. Id Cendoj: 41091340012013100825.
- Sentencia TSJ Andalucía –Málaga- de fecha 25 de octubre de 2012. Id Cendoj: 29067340012012100001.
- Sentencia TSJ Andalucía –Sevilla- de fecha 13 de febrero de 2013. Id Cendoj: 41091340012013100568.

Sentencias TSJ Extremadura

- Sentencia TSJ Extremadura de fecha 3 de mayo de 2013. Id Cendoj: 10037340012013100197.

Sentencias TSJ Cataluña

- Sentencias TSJ Cataluña de fecha 26 de junio de 2012. Id Cendoj: 08019340012012104113.
- Sentencia TSJ Cataluña de fecha 23 de mayo de 2012. Id Cendoj: 08019340012012102313.
- Sentencia TSJ Cataluña de fecha 29 de noviembre de 2013. Id Cendoj: 08019340012013108491.

Sentencias TSJ Cantabria

- Sentencia TSJ Cantabria de fecha 26 de septiembre de 2012. Id Cendoj: 39075340012012100001.

Sentencias TJS Asturias

- Sentencia TSJ Asturias de fecha 16 de noviembre de 2012. Id Cendoj: 33044340012012102874.
- Sentencias TSJ Asturias de fecha 30 de octubre de 2012. Id Cendoj: 33044340012012102795.