

**ASPECTOS CONFLICTIVOS DEL DESPIDO COLECTIVO
Y
OTRAS ACTUACIONES COLECTIVAS DE LA EMPRESA
REQUISITOS DE LA DIRECTIVA COMUNICATARIA 1998/59/CE**

- Período de consultas con los representantes de los trabajadores, entendiéndose por representantes de los trabajadores los que determine cada ordenamiento jurídico nacional o cada práctica nacional (art. 1.b Directiva 1998/59/CE).
- Tiempo hábil
- Objetivo: alcanzar un acuerdo que evite, reduzca o alivie la medida empresarial (STJCE 16-07-2009, TJCE 2009\237), lo que comporta la concurrencia de objetivos finalistas
- Procedimientos de información y consulta que permitan alcanzar los fines propuestos (STJCE 10-09-2009, TJCE 2009\263). Dichos deberes deben cumplirse aunque la empresa esté en proceso de liquidación (STJCE 3-03-2011, EDJ 2011/8346). – También cuando la decisión ha sido tomada por la empresa dominante (art. 2.4 Directiva y art. 51.8 ET).
- Papel de la autoridad laboral: control del período de consultas (STJCE 27-01-2005, TJCE 2005\31) y búsqueda autónoma de soluciones (art. 5 Directiva)

DESPIDO COLECTIVO DE HECHO

- Concurre despido colectivo cuando se extinguen contratos de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, que superan los umbrales del art. 51 ET, habiéndose entendido que la unidad de cómputo es la empresa y no el centro de trabajo (STSJ C y M 14-02-2013, proced. 204/2013).
- Concurre también, cuando en períodos de 90 días se extinguen contratos por causas no imputables a los trabajadores, que superen los umbrales.
- El dies ad quem, para el cómputo de los 90 días, es la fecha del último despido, que se constituye, a su vez, en dies a quo para el cómputo siguiente (STS 23-01-2013, rec. 1362/2012)
- Si no se superan los umbrales en el plazo citado no hay despido colectivo (SAN 14-02-2013, proced. 345/2012)
- Se ha exigido que, además de superar el cómputo, las causas extintivas sean económicas, técnicas, organizativas o de producción (STSJ Galicia 28-01-2013, rec. 5066/2012).
- Criterio mayoritario: deben computarse todas las extinciones por causas no imputables a los trabajadores, incluyendo extinciones de contratos temporales en fraude de ley (STS 8-07-2012, recud 2341/2012); SAN 27-07-2012, proce. 127/2012, ROJ 3477/2012; (STSJ Valladolid 23-01-2013, rec. 2382/2012 y 19-02-2013, rec. 83/2013, donde se declaró la improcedencia y se mantuvo en suplicación, porque no cabe la reformatio in peius; STSJ Burgos 19-02-2013, rec. 83/2013 y STSJ Madrid 5-11-2012, rec. 4542/2012. – Algún Juzgado de lo Social, concretamente JS 23 en sentencia de 24-04-2013, proced. 1393/2012 ha defendido que corresponde acreditar a la empresa que no extinguió en fraude de ley los contratos temporales extinguidos.
- Si se superan los umbrales en el plazo antes dicho, concurrirá despido colectivo de hecho que, al no haberse tramitado conforme al art. 51 ET, será declarado nulo (STS 25-11-2013, rec. 52/2013, confirma SAN 17-07-2012).

- STSJ de Cataluña de 2-02-2012, rec. 7177/2009 ; 21-06-2011, rec. 1530/2011 y 14-05- 2012, rec. 1573/2012 y STSJ Madrid 8-03-2013, rec. 6621/2012 , han defendido que la causa de extinción, regulada en el art. 52.d ET , es inherente a la persona del trabajador, por lo que no debe computarse de conformidad con lo dispuesto en el art. 51.1 ET . - Dicha tesis ha sido defendida de modo unánime por la doctrina científica (Martín Valverde; García Murcia; Camps; Cruz Villalón y Palomeque, entre otros) apoyándose en una interpretación lógica del precepto, por cuanto la ineptitud del trabajador, su incapacidad para adaptarse a las modificaciones operadas en su puesto de trabajo, cuando dichos cambios sean razonables y sus ausencias en los porcentajes citados se predicen necesariamente de la persona del trabajador.
- La doctrina comunitaria ha interpretado el art. 1 de la Directiva 1998/59/CE de modo diferente, entendiéndolo que el citado precepto debe interpretarse en el sentido de que engloba cualquier extinción del contrato de trabajo no pretendida por el trabajador y, en consecuencia, sin su consentimiento, lo que sucede necesariamente en los tres supuestos debatidos y de modo particular en el absentismo justificado, puesto que la enfermedad sobreviene al trabajador, sin que intervenga para nada su voluntad (STJCE 12-10-2004).
- La doctrina comunitaria ha sido incorporada a nuestra jurisprudencia, en STS STS 3-07-2012, recud. 1657/2011 y 8-07-2012, recud. 2341/2012, con pleno conocimiento de la sentencia del TJCE de 12-10-2004 ha sintetizado los requisitos para el cómputo del número de trabajadores en los procedimientos de despido colectivo: El elemento numérico -número de trabajadores afectados-, el temporal -en un periodo de 90 días- y el causal -causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. - Dicha jurisprudencia descarta, por consiguiente, el cómputo de otras extinciones que, aun basadas en causas objetivas, sean inherentes a la persona del trabajador, como sucede con las extinciones basadas en su capacidad, aunque si serían computables otras que, no basándose en motivos inherentes a la persona del trabajador, como sucede con los despidos improcedentes, puedan asimilarse a las causas relacionadas con la situación de las empresas.
- La STS 26-11-2013, rec. 334/2013, deja perfectamente claro que deben computarse tanto los despidos improcedentes, como las extinciones de contrato declaradas improcedentes por fraude de ley.
- SAN 4-09-2013, proced. 240/2013.

LA PROMOCIÓN DEL DESPIDO COLECTIVO: PROBLEMÁTICA DE LOS GRUPOS DE EMPRESA

- La legitimación para promover el despido colectivo se predica de la empresa, entendiéndose como tal a quien proporciona y retribuye el trabajo, fuere quien fuere la empresa que lo controla.
- Dichas legitimación se extiende a los denominados grupos de empresa a efectos laborales, entendiéndose como tales los grupos en los que concurre confusión de plantillas y confusión patrimonial, o uso abusivo de la personalidad jurídica (STS 19-12-2012, rec. 4340/2011; SAN 26-07-2012, proced. 124/2012; SAN 28-09-2012, proced. 152/2012; 18-12-2012, proced. 257/2012; SAN 25-02-2013, proced. 324/2012 y STS 20-03-2013, rec. 81/2012). – Las sentencias del TS 27-05-2013, rec. 78/2012, 25-09-2013, rec. 3/2013; 19-12-2013, rec. 3/2013, STS 28-01-2014, rec. 46/2013 y STS 29-01-2014, rec. 121/2013 han matizado la jurisprudencia precedente, subrayando que la unidad de empresa y la apariencia externa de unidad son irrelevantes a estos efectos, por cuanto,

concurrer necesariamente en los grupos mercantiles, por lo que los rasgos diferenciadores son únicamente la confusión patrimonial, entendiéndose que concurre cuando el patrimonio de las diversas empresas es indistinguible y confusión de plantillas, asociadas al fraude de ley, o el uso abusivo de la personalidad. – Cuando no concurren las notas citadas, no hay grupo de empresas a efectos laborales (STS 28-01-2014, rec. 46/2013).

- – BUREAU VERITAS INVERSIONES: Impugnándose un despido colectivo, promovido por una de las empresas de un grupo mercantil, dirigido en España por una de las empresas del grupo, quien mantenía una estructura absolutamente centralizada, así como un sistema de cash pooling y una plataforma de precios, denominada facturación espejo, se estima parcialmente la excepción de falta de legitimación pasiva de las empresas del grupo, en las que no concurrían los requisitos exigidos para la extensión de la responsabilidad. - Se desestima, sin embargo, la falta de legitimación pasiva de la empresa dominante y otra de las empresas del grupo, porque se acreditó que la empresa, promotora del despido, no tenía dirección desde 2011, ejerciéndose por trabajadores de la otra empresa, porque la externalización de las tareas de dirección de una empresa, constituyen una práctica artificiosa, fraudulenta y abusiva del uso de la personalidad jurídica de las empresas, por lo que se declara la nulidad del despido y se condena solidariamente a las tres empresas, porque el período de consultas se negoció con la empresa aparente y no con la empresa real (SAN 20-01-2014, proced. 256/2013).
- CORRUGADOS AZPEITIA: Impugnado un despido colectivo en un grupo de empresas a efectos laborales, cuya existencia no se discutió por las empresas demandadas, se desestima la excepción de falta de legitimación pasiva de cuatro de las empresas demandadas, porque se acreditó que las mismas forman parte del grupo de empresas y suscribieron una conciliación, alcanzada ante la Sala, en la que se responsabilizaron solidariamente con las demás mercantiles de lo pactado con una de las empresas del grupo, acreditando, con sus propios actos, que forman parte del mismo. - Se declara que la negociación unitaria del período de consultas se ajustó a derecho, porque la empresa real de los actores son las empresas del grupo. - Se declara que las empresas cumplieron todos los requisitos formales, exigidos legal y reglamentariamente, entregaron la documentación pertinente y negociaron de buena fe, porque ofertaron el máximo que podían ofrecer de su gravísima situación. - Se declara justificado el despido colectivo, porque se probó la concurrencia de causas económicas, productivas y organizativas y se concluye que las medidas tomadas se adecuan a la intensidad de las causas. Formula voto particular la Ilma. Sra. Dña. Emilia Ruiz-Jarabo Quemada (SAN 10-03-2014, proced. 285/2013).
- TRAGSA-TRAGSATEC: Impugnado un despido colectivo de la empresa pública TRAGSA. Existencia de grupo con TRAGSATEC. Requisitos para estimar la existencia de grupo laboral: Concepto económico de la empresa análogo al que rige en Derecho de la Competencia. Naturaleza jurídica de TRAGSA como ente instrumental de la Administración, que no opera en el mercado. Aplicación de la disposición adicional 20ª del Estatuto de los Trabajadores. No es aplicable el criterio de insuficiencia presupuestaria, por no estar sujeta TRAGSA al sistema de créditos presupuestarios limitativos. Ha de aplicarse el despido en el marco de los mecanismos preventivos y correctivos de la Ley Orgánica 2/2012. Cláusula convencional de estabilidad en el empleo: no impide el despido colectivo en los términos en que está redactada. Negociación

con el comité intercentros es válida, porque fue decidida por quienes estaban legitimados para ello y no es imputable a la empresa, que convocó a los legitimados para tomar la decisión. Simultaneidad con la denuncia del convenio colectivo: no produce la nulidad si no se acredita un uso desviado por la empresa. Contabilidad provisional del año en curso: ha de incluir el estado de cambios del patrimonio neto y el estado de flujos de efectivo provisionales, al lado del balance y la cuenta de resultados provisionales, pero no la memoria ni el informe de gestión. Aportación de cuentas de SEPI: no existe obligación de consolidación contable, pero al pertenecer ambas al sector público y constituir un grupo de sociedades del Código de Comercio es necesaria la aportación. No es precisa la presencia de SEPI en la mesa de negociación del periodo de consultas. No es preciso un plan de ordenación de los recursos humanos, que no es aplicable. Los términos del preacuerdo alcanzado no vinculan a ninguna de las partes, al no llegarse a ratificar, por lo que no puede considerarse contrario a la buena fe que la empresa no aplique la reducción del número de despidos y las indemnizaciones que se habían fijado en el preacuerdo. La falta de actualización de las causas del despido colectivo en la comunicación final, cuando se han alterado a lo largo del periodo de consultas, es causa de nulidad. No es causa de nulidad el que no se haya contratado todavía la empresa encargada de llevar a cabo el plan de recolocación, dado que dicho plan se había presentado durante el periodo de consultas, aunque se hubiera elaborado por la empresa, y no se hicieron objeciones al mismo. En el caso de las Administraciones Públicas y entes del sector público el derecho de igualdad en el empleo público exige la predeterminación de criterios de selección basados en los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, por lo que su carácter impreciso o la falta de vinculación a dichos principios es causa de nulidad del despido (SAN 28-03-2014, proced. 499/2013).

- Por el contrario, cuando se trate de un grupo mercantil, entendiéndose como tal cuando una empresa controle a otra u otras (art. 42 C.Co) el grupo como tal no estará legitimado para promover el despido colectivo (TSJ Murcia 22-10-2012, rec. 896/2011; TSJ Galicia 21-11-2012, rec. 22/2012; SAN 11-03-2013, proced. 381/2012; SAN 20-03-2013, proced. 19/2013; SAN 25-02-2013, proced. 19/2013; SAN 20-03-2013, proced. 219/2012). – La STSJ Madrid 9-04-2013, proced. 18, 23 y 24/2013 mantiene una posición más ambigua sobre el tema (Telemadrid).
- La alternativa posible es la negociación conjunta con votaciones diferenciadas empresa por empresa, pero no cabe votar globalmente con los representantes de todas las empresas del grupo mercantil, porque el período de consultas debe realizarse con los representantes de cada empresa (art. 51 ET y art. 26 RD 1483/2012)

EL INICIO DEL PERÍODO DE CONSULTAS

- La negociación del período de consultas es un requisito constitutivo para producir el despido colectivo, no pudiéndose acordar sin él por la administración concursal (STSJ Asturias 21-11-2012, REC. 22/2012). – Del mismo modo, se anula la medida empresarial, porque no hubo propiamente período de consultas, aunque se alcanzó acuerdo con dos de los tres delegados de la empresa (STSJ Asturias 8-02-2013, rec. 2699/2012).
- La falta de realización comporta necesariamente la nulidad del despido (STSJ Cataluña 18-07-2012, rec. 17/2012).

DOCUMENTACIÓN COMÚN

- Especificación de causas. – Es admisible que se promoviera por una causa y se concluyera con otra, siempre que se acredite que dicho cambio no ha producido indefensión a la parte contraria y que el período de consultas trató sobre la misma. – No se cumple el requisito cuando la empresa se limitó a comunicar las causas en las asambleas de trabajadores (STSJ Asturias 30-11-2012, rec. 2563/2012 y 2564/2012). - En cualquier caso, si la empresa podía haber fundamentado el despido en causas productivas y sin embargo la funda únicamente en causas económicas, está en su legítimo derecho, por cuanto dicha decisión limita sus opciones de éxito y no genera indefensión a la contraparte (SAN 25-03-2014, proced. 44/2014)
- Número y clasificación de los trabajadores afectados centro a centro, cuando afecte a varios (STSJ Cataluña 23-05-2012, proced. 107/2012).
- Número y clasificación profesional de los empleados habituales en la empresa en el último año.
- Período previsto para la realización de los despidos (STSJ Madrid 25-06-2012, proced. 21/2012).
- Criterios de selección: decisivo para el control de las causas (STSJ Madrid 25-06-2012 y SAN 26-07-2012), que habrá de relacionarse necesariamente con su adecuación a los contratos de trabajo, que se pretenden extinguir (SAN 15-10-2012, proced. 162/2012; TSJ Navarra 9-10-2012, rec. 353/2012). – Cabe la identificación desde el inicio (SAN 21-11-2012, proced. 167/2012). – Los representantes de los trabajadores tienen preferencia de permanencia, pero no garantías de ello, cuando se acredita la necesidad de amortizar su puesto (STSJ Asturias 16-11-2012, rec. 2065/2012). – Se ha entendido que, si se obliga a los representantes de los trabajadores entre renunciar a sus preferencias o promocionar despidos de centros no afectados, se vulnera el derecho de libertad sindical (SAN 12-06-2013, proced. 143/2013). - Cuando el despido colectivo afecta al sector público, los criterios de selección deben asegurar el respeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad (SAN 28-03-2014, proced. 499/2013)
- Memoria explicativa: constituye el mapa del período de consultas y tiene como finalidad relacionar las causas con las extinciones propuestas (SAN 21-11-2012, proced. 167/2012). - La memoria, además de relacionar causas y medidas, deberá explicar todos los aspectos relacionados en el art. 51.2. – Cuando la empresa esté encuadrada en un grupo mercantil deberá explicar si está obligada o no a consolidar cuentas. – Cuando no esté obligada, deberá precisar que concurren los supuestos de exclusión regulados en el art. 43 C.Co. o, en su caso, que el derecho extranjero aplicable le excusa la consolidación de cuentas (SAN 1-04-2013, proced. 17/2013). – Se trata, en cualquier caso, del requisito constitutivo para la correcta promoción del período de consultas (STS 19-11-2013, rec. 78/2013).
- La referida comunicación deberá ir acompañada, en su caso, del plan de recolocación externa previsto en el art. 9 del Reglamento. – El apartado 4 prevé que podrá modificarse durante el período de consultas, aunque es exigible que al final del período de consultas se presente su redacción definitiva, no pudiendo alegarse que el plan de recolocación es insuficiente en el acto del juicio, cuando no se dijo nada durante el período de consultas (SAN 13-05-2013, proced. 89/2013). – La doctrina comunitaria (STJUE 6-12-2012), declara que vulnera el derecho de igualdad, que la indemnización de los trabajadores mayores y/o discapacitados sea inferior a los de los demás trabajadores). Si se pactó la recolocación de los trabajadores fijos discontinuos en el ERE, se trata de una

cláusula normativa, que debe cumplirse en sus propios términos (STS 21-03-2013, rec. 1287/2012).

- Solicitud de informes arts. 64.5.a y b ET (STSJ Galicia 6.07-2012, AS. 1677)

COMUNICACIÓN A LA AUTORIDAD LABORAL

El empresario hará llegar a la autoridad laboral, preferiblemente en soporte informático, simultáneamente a la comunicación remitida a los representantes legales de los trabajadores, copia del escrito a que se refiere el art. 2, así como la documentación señalada en el art. 3 y en los arts. 4 y 5, según las causas del despido. Además, deberá acompañar copia del escrito de solicitud de informe a los representantes legales de los trabajadores a que se refiere el art. 3.3. - Asimismo deberá remitir la información sobre la composición de las diferentes representaciones de los trabajadores, sobre los centros de trabajo sin representación unitaria y, en su caso, las actas relativas a la atribución de la representación a la comisión mencionada en el art. 27.

LA COMISIÓN NEGOCIADORA: REGULACIÓN LEGAL Y REGLAMENTARIA

Es requisito constitutivo, para inaplicar las condiciones de trabajo, listadas en el art. 82.3 ET, es alcanzar acuerdo con los representantes de los trabajadores que ostenten la legitimación del art. 87.1 ET, salvo en los convenios de grupos de empresas o empresas en red, en los que la legitimación debería corresponder a los sujetos contemplados en el art. 87.2 ET. - La regulación de los procedimientos de flexibilidad interna y externa, regulados en el ET ha sido modificada sustancialmente por el art. 9 del RDL 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico social, puesto que ha unificado la composición de la comisión negociadora, prevista en los arts. 40, 41, 47, 51 y 82.3 ET, en los mismos términos previstos en el art. 41.4 ET, introduciendo una novedad muy positiva, que facilitará la negociación en el período de consultas, según la cual la comisión negociadora deberá estar conformada antes de iniciar el período de consultas, aunque si no sucediera así y no se constituyera en el plazo de 7 días, cuando todos los centros de trabajo afectados por la medida tengan representantes de los trabajadores, o de 15 días, cuando alguno de ellos no los tenga, no impedirá el inicio y transcurso del periodo de consultas, y su constitución con posterioridad al inicio del mismo no comportará, en ningún caso, la ampliación de su duración.

Conviene precisar que la obligación del empleador concluye con la comunicación fehaciente a los trabajadores o a sus representantes de su intención de promover un despido colectivo. – Cumplida dicha obligación, corresponderá a los trabajadores y/o a sus representantes la constitución de la comisión negociadora con arreglo a las reglas que se dirán a continuación, de manera que las irregularidades, que hayan podido producirse en la constitución de la comisión no serán imputables al empresario, salvo que se acredite su injerencia indebida en el proceso, siendo revelador que el art. 41.4 ET disponga que, si no se constituye debidamente la comisión negociadora en los plazos previstos, el proceso no quedará detenido.

Cuestión distinta es, que si la comisión se conforma indebidamente, el empresario, en aras a la buena fe negociadora, advierta a sus interlocutores de la irregularidad para que puedan rectificarla, pero dicha manifestación no validará la admisión unilateral por parte del empresario de una u otra composición de la comisión negociadora. – Si los miembros de la comisión mantienen su composición, pese a las advertencias empresariales y se constata posteriormente que la comisión no respetó las reglas del art. 41.4 ET, la consecuencia será la nulidad del acuerdo, pero no la nulidad

del despido, por cuanto el art. 51 ET no exige que concorra acuerdo para que el empresario despidiera colectivamente (SAN 28-03-2014, proced. 499/2013).

La norma apuesta de modo decidido por la representatividad de la comisión en los centros de trabajo afectados, que ya no dependerá de la representatividad de los representantes de los trabajadores en la empresa, sino en el centro o centros de trabajo afectados por la medida, porque la negociación del período de consultas se va a desplazar de la empresa a los centros de trabajo afectados, aunque la negociación será conjunta, sin que quepa parcializarla centro a centro. – Dicha elección comporta que quienes negociaron el convenio colectivo, cuya inaplicación se pretende, podrían no ser representativos para negociar su inaplicación. – En efecto, si las secciones sindicales mayoritarias en la empresa que negociaron el convenio decidieran negociar el período de consultas, deberán acreditar que ostentan 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. - Por el contrario, cuando no fuere así, ya no estarán legitimadas para negociar el período de consultas, perdiendo la primacía que les proporcionaba la regulación precedente.

En dichos supuestos, la legitimación para negociar el período de consultas dependerá de que la medida afecte a un centro o a más de un centro de trabajo, en cuyo caso se conformará del modo siguiente:

Si el procedimiento afecta a un único centro de trabajo, corresponderá al comité de empresa o a los delegados de personal, salvo que las secciones sindicales mayoritarias del centro afectado decidan negociar como tales. - 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 o a una comisión de igual número de componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma. - En el supuesto de que la negociación se realice con la comisión cuyos miembros sean designados por los sindicatos, el empresario podrá atribuir su representación a las organizaciones empresariales en las que estuviera integrado, pudiendo ser las mismas más representativas a nivel autonómico, y con independencia de la organización en la que esté integrado tenga carácter intersectorial o sectorial.

Si el procedimiento afecta a más de un centro de trabajo, la intervención como interlocutores corresponderá:

En primer lugar, al comité intercentros, siempre que tenga atribuida esa función en el convenio colectivo en que se hubiera acordado su creación, lo cual significa que, si el comité intercentros fue quien negoció el convenio, estará legitimado para negociar el período de consultas, aunque alguno de los centros de trabajo no participara en su elección, porque no tenía representantes de los trabajadores. – La legitimación absoluta del comité intercentros para negociar estos procedimientos, aunque alguno de los centros afectados no tengan representantes, por lo que sus trabajadores, de estar afectados por la inaplicación del convenio, nunca participaron en la elección del comité intercentros, comporta un trato diferenciado con las secciones sindicales mayoritarias y demuestra que la intención del legislador ha sido primar a los comités intercentros en detrimento de los sindicatos mayoritarios, a diferencia de lo que sucedía en la regulación precedente, lo que no acaba de entenderse, porque el porcentaje de acuerdo con los sindicatos mayoritarios se ha movido en torno al 90%. – La jurisprudencia, STS

25-11-2013, rec. 87/2013, ha validado la constitución de una comisión negociadora, compuesta inicialmente por un comité intercentros, a la que se incorporan dos trabajadores de centros no representados, aunque finalmente anula el despido, porque el mismo se ciñó únicamente a los centros no representados por el comité intercentros, pese a lo cual continuó negociándose por éste, porque quiebra el principio de correspondencia. – Por el contrario, cuando la indebida intervención del comité intercentros se imponga por los representantes de los trabajadores, no procederá la nulidad del despido, sin perjuicio de que pueda producirse la nulidad del acuerdo, caso de producirse, lo que no invalidará la decisión empresarial (SAN 28-03-2014, proced. 499/2013).

En otro caso, a una comisión representativa que se constituirá de acuerdo con las siguientes reglas:

1ª Si todos los centros de trabajo afectados por el procedimiento cuentan con representantes legales de los trabajadores, la comisión estará integrada por estos.

2ª Si alguno de los centros de trabajo afectados cuenta con representantes legales de los trabajadores y otros no, la comisión estará integrada únicamente por representantes legales de los trabajadores de los centros que cuenten con dichos representantes. Y ello salvo que los trabajadores de los centros que no cuenten con representantes legales opten por designar la comisión a que se refiere el párrafo a), en cuyo caso la comisión representativa estará integrada conjuntamente por representantes legales de los trabajadores y por miembros de las comisiones previstas en dicho párrafo, en proporción al número de trabajadores que representen, lo que habilita las denominadas comisiones híbridas, ya admitidas por la doctrina judicial en la regulación precedente, siempre que se pactará entre la empresa y los representantes de los trabajadores y se respetara el principio de proporcionalidad¹.

En el supuesto de que uno o varios centros de trabajo afectados por el procedimiento que no cuenten con representantes legales de los trabajadores opten por no designar la comisión del párrafo a), se asignará su representación a los representantes legales de los trabajadores de los centros de trabajo afectados que cuenten con ellos, en proporción al número de trabajadores que representen. - Dicha medida constituye una aportación positiva, puesto que ni no se produce la elección de la comisión ad hoc en el plazo establecido, no se bloquearía la constitución de la comisión con las consecuencias ya descritas, sino que se asignaría la representatividad de los centros de trabajo en los términos descritos.

3ª Si ninguno de los centros de trabajo afectados por el procedimiento cuenta con representantes legales de los trabajadores, la comisión representativa estará integrada por quienes sean elegidos por y entre los miembros de las comisiones designadas en los centros de trabajo afectados conforme a lo dispuesto en el párrafo a), en proporción al número de trabajadores que representen. En todos los supuestos contemplados en este apartado, si como resultado de la aplicación de las reglas indicadas anteriormente el número inicial de representantes fuese superior a trece, estos elegirán por y entre ellos a un máximo de trece, en proporción al número de trabajadores que representen.

Como vemos, el legislador ha desaprovechado la oportunidad de viabilizar la constitución de la comisión negociadora en el grupo de empresas, lo que hubiera despejado múltiples conflictos para los tribunales, quienes han mantenido, con apoyo

¹ SAN 28-09-2012, proced. 151/2012; 16-11-2012, proced. 197/2012; 20-02-2013, proced. 357/2012; 1-04-2013, proced. 17/2013; 22-04-2013, proced. 73/2013; 22-04-2013, proced. 82/2013; 13-06-2013, proced. 105/2012; 24-07-2013, proced. 14472012 y 30-07-2013, proced. 154/2013.

doctrinal en este supuesto², que no cabe inaplicar el convenio en el grupo de empresas como tal, lo que no deja de ser llamativo, puesto que el art. 87.1 ET viabiliza el convenio de grupo de empresas, en cuyo caso la legitimación para negociarlos se ajustará a lo dispuesto en su apartado segundo. - Así pues, cada una de las empresas, integradas en el grupo de empresas mercantil, tendrá que descolgarse por sí misma³, sin que quepa propiamente constituir una comisión representativa del grupo como tal⁴, por cuanto cada empresa del grupo mercantil responde como tal, sin que quepa extender sus responsabilidades a las demás empresas del grupo⁵, aunque nada impediría, en principio, una negociación marco a nivel de grupo de empresas, siempre que la decisión se remita a comisiones negociadoras a nivel de cada una de las empresas, que deberán asegurar una composición ajustada a las reglas precedentes.

Distinta solución habría que dar a los grupos de empresa laborales, en cuyo caso si habría de negociarse con los representantes de todas las empresas del grupo⁶, por cuanto todas ellas ostentan realmente la condición de empleadoras⁷. - La comisión negociadora debería elegirse de conformidad con lo dispuesto en el art. 41.4 ET, sin que el número de componentes, repartido con arreglo a su representatividad, pueda superar el número de trece miembros.

DOCUMENTACIÓN EN EL PERÍODO DE CONSULTAS

- La información es el presupuesto para que el período de consultas alcance sus fines: evitar, reducir o aliviar consecuencias de la medida
- La empresa debe poner a disposición de los representantes de los trabajadores la información pertinente, entendiéndose como tal la que permita alcanzar los objetivos del período de consultas (STS 30-06-2011; 18-01-2012 y 23-04-2012 y SAN 7-12-2012, proced. 243/2012 y 19-12-2012, proced. 251/2012).
- Debe tenerse presente que la ley y el reglamento exigen una determinada documentación, cuya omisión constituye causa de nulidad del despido (art. 124.11 LRJS. – Ahora bien, cabe que dicha documentación sea insuficiente o se cuestione su autenticidad, en cuyo caso será pertinente la exigencia de otra documentación, pero la carga de la prueba de su pertinencia corresponde a la representación de los trabajadores (SAN 4-04-2013, proced. 63/2013, 20-05-2013, proced. 108/2013 y 28-03-2014, proced. 44/2012)
- El deber empresarial es aportar la documentación y aportar significa “dar”, lo que excluye informaciones orales o virtuales, porque impedirían el examen riguroso de la documentación por la RLT (art. 64.1 ET).
- El examen riguroso de la documentación es el presupuesto para controlar eficazmente la medida empresarial, lo que no parece posible, porque los plazos son muy limitados, especialmente cuando se negocie con “comisiones ad hoc”.
- La batalla de la información: es obligación ineludible de los representantes de los trabajadores hacer valer los derechos, reconocidos en los apartados 2.a y b y 4 del art. 64 ET. – Su seguimiento y estudio serán inexcusables para la realización de defensas adecuadas (SAN 21-11-2012, proced. 167/2012).

² MERCADER UGUINA, obra citada.

³ SAN 31-05-2013, proced. 165/2013.

⁴ SAN 18-12-2012, proced. 257/2012.

⁵ TSJ Murcia 22-10-2012, rec. 896/2011; TSJ Galicia 21-11-2012, rec. 22/2012; SAN 11-03-2013, proced. 381/2012; SAN 20-03-2013, proced. 19/2013; SAN 25-02-2013, proced. 19/2013; SAN 20-03-2013, proced. 219/2012); SAN 4-07-2013, proced. 169/2013

⁶ STS 19-12-2012, rec. 4340/2011; SAN 26-07-2012, proced. 124/2012; SAN 28-09-2012, proced. 152/2012; 18-12-2012, proced. 257/2012; SAN 25-02-2013, proced. 324/2012

⁷ STS 20-03-2013, rec. 81/2012.

- Cuando se trate de medidas de flexibilidad interna, no reguladas reglamentariamente, aunque ni el art. 41.4 ET ni el art. 82.3 ET precisan qué documentación deberán aportar las empresas para acreditar la concurrencia de causas en el período de consultas, que constituye propiamente un mecanismo de información y consulta con los representantes de los trabajadores, debemos aplicar las reglas generales, sobre información y consulta, contempladas en el art. 64.1 ET, en las que se entiende por información la transmisión de datos por el empresario al comité de empresa, a fin de que éste tenga conocimiento de una cuestión determinada y pueda proceder a su examen, entendiéndose por consulta el intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre el empresario y el comité de empresa sobre una cuestión determinada, incluyendo, en su caso, la emisión de informe previo por parte del mismo (SAN 30-11-2012, proced. 243/2012 y 19-12-2012, proced. 251/2012). – Serán aplicables analógicamente los arts. 4, 5 y 18 RD 1483/2012, por cuanto concurre identidad de razón (SAN 7-12-2012, proced. 243/2012 y 19-12-2012, proced. 251/2012).
- No aportar la documentación es causa de nulidad de la medida empresarial, de conformidad con lo dispuesto en el art. 124.11 LRJS (STS 19-11-2013, rec. 78/2013).
- Declara que la empresa demandada cumplió con la aportación de documentos, exigidos por el reglamento, puesto que aportó sus cuentas consolidadas, sin que quepa exigir las cuentas consolidadas de otra empresa, matriz de otro grupo empresarial, con quien comparte accionistas, por cuanto ni una ni otra se dominan entre sí. – Subraya, que la documentación es pertinente, cuando contribuye a alcanzar el acuerdo y destaca, además, que las cuentas consolidadas tienen por finalidad hacer más limpio el proceso negociador cuando la empresa pertenece a un grupo de empresas mercantil (STS 27-05-2013 rec. 78/2012).
- OESIA NETWORKS: Impugnándose un despido colectivo se desestima la demanda que pretende se declare nulo, o subsidiariamente no ajustado a Derecho.- La inclusión entre los afectados de una representante de los trabajadores no puede atenderse, porque no se le ha aplicado la medida y, en cualquier caso, debería ventilarse en la impugnación individual.- La obligación de informar sobre el número y clasificación de los trabajadores afectados tiene por finalidad examinar la conexión de funcionalidad de la causa. No se cumple, con carácter general, mediante una designación genérica de toda la plantilla; sin embargo, en este caso, en que la actividad se vincula a proyectos que se sabe que disminuirán pero no cuáles, es razonable que en el inicio del período de consultas se aluda a toda la plantilla como potencialmente afectada pero limitando el número y fijando criterios de selección, y precisando el ámbito de mayor riesgo de afectación.- Es modélico el acuerdo por el que se articulan períodos de interrupción y suspensión de los contratos para dar tiempo a la reasignación de los trabajadores en nuevos proyectos, relegando el despido a la última ratio (SAN 10-06-2013, proced. 112/2013).

Causas económicas

- La memoria explicativa debe identificar la causa y acreditar en los términos del art. 4 Reglamento, sin que sea admisible una memoria genérica (STSJ Madrid 30-05-2012, rec. 17/2012 y STS 19-11-2013, rec. 78/2013). – Acreditar significa “probar su certeza o su realidad”.
- La memoria deberá identificar la adecuación entre las causas y la pérdida de eficacia económica de los contratos, con arreglo a técnicas de ponderación,

entendiéndose como tales la razonabilidad y proporcionalidad de la medida (SAN 21-11-2012, proced. 167/2012)

- Las cuentas anuales, exigidas por el art. 4.2 Reglamento, conectan con la información del art. 64.4 ET, que coincide con los derechos de los socios.
- El art. 32.2 C. Co. permite examinar las cuentas a socios y representantes de los trabajadores cuando tengan derecho a ello. – El art. 272.2 RDL 1/2010, permite examinar cuentas anuales, soporte y antecedentes a los socios desde la convocatoria de la Junta General en la que se aprueben las cuentas. – El art. 64.4.a ET equipara socios y RLT a estos efectos.
- Las cuentas anuales de los dos últimos ejercicios económicos completos, integradas por balance de situación, cuentas de pérdidas y ganancias, estado de cambios en el patrimonio neto, estado de flujos de efectivos, memoria del ejercicio e informe de gestión o, en su caso, cuenta de pérdidas y ganancias abreviada y balance y estado de cambios en el patrimonio neto abreviados (arts. 257⁸ y 258⁹ RDL 1/2010, de 2 de julio, sobre sociedades de capital). – Las

⁸ Artículo 257. Balance y estado de cambios en el patrimonio neto abreviados

1. Podrán formular balance y estado de cambios en el patrimonio neto abreviados las sociedades que durante dos ejercicios consecutivos reúnan, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, al menos dos de las circunstancias siguientes:

a) Que el total de las partidas del activo no supere los dos millones ochocientos cincuenta mil euros.

b) Que el importe neto de su cifra anual de negocios no supere los cinco millones setecientos mil euros.

c) Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a cincuenta.

Las sociedades perderán esta facultad si dejan de reunir, durante dos ejercicios consecutivos, dos de las circunstancias a que se refiere el párrafo anterior.

2. En el primer ejercicio social desde su constitución, transformación o fusión, las sociedades podrán formular balance y estado de cambios en el patrimonio neto abreviados si reúnen, al cierre de dicho ejercicio, al menos dos de las tres circunstancias expresadas en el apartado anterior.

3. Cuando pueda formularse balance y estado de cambios en el patrimonio neto en modelo abreviado, el estado de flujos de efectivo no será obligatorio.

⁹ Artículo 258. Cuenta de pérdidas y ganancias abreviada

1. Podrán formular cuenta de pérdidas y ganancias abreviada las sociedades que durante dos ejercicios consecutivos reúnan, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, al menos dos de las circunstancias siguientes:

a) Que el total de las partidas de activo no supere los once millones cuatrocientos mil euros.

cuentas deberán presentarse debidamente auditadas en el caso de empresas obligadas a realizar auditorías, así como las cuentas provisionales al inicio del procedimiento, firmadas por los administradores o representantes de la empresa que inicia el procedimiento. En el caso de tratarse de una empresa no sujeta a la obligación de auditoría de las cuentas, se deberá aportar declaración de la representación de la empresa sobre la exención de la auditoría (art. 4.1 Reglamento).

- Deberán aportarse, así mismo, las cuentas provisionales al inicio del período de consultas, entendiéndose como tales las reguladas en el art. 254 RDL 1/2010, de 7 de julio (balance, cuenta de pérdidas y ganancias, estado que refleje el patrimonio neto y flujo de efectivos), descartándose la obligación de aportar la memoria, porque la finalidad del documento se suple con la memoria del propio despido colectivo (SAN 28-03-2014, proced. 499/2013). – Dichas cuentas deberán aportarse al momento de iniciarse el período de consultas, salvo que se prueba la imposibilidad de hacerlo, lo cual corresponderá al empleador (SAN 28-03-2014, proced. 42/2014). - La falta de firma de las cuentas provisionales no es causa de nulidad, especialmente si no se exigió la firma durante el período de consultas (SAN 19-03-2013, proced. 20/2013)
- Los auditores son profesionales independientes, cuyo crédito depende de ello, por lo que están sometidos a un régimen de incompatibilidades importante regulada en los arts. 12 a 19 del RDL 1/2011, de 1 de julio, que aprueba el texto refundido de la ley de auditoría de cuentas y deberá ajustarse a los parámetros exigidos por el art. 3 de la norma citada¹⁰. – No obstante, cuando se debatan la

b) Que el importe neto de su cifra anual de negocios no supere los veintidós millones ochocientos mil euros.

c) Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a doscientos cincuenta.

Las sociedades perderán la facultad de formular cuenta de pérdidas y ganancias abreviada si dejan de reunir, durante dos ejercicios consecutivos, dos de las circunstancias a que se refiere el párrafo anterior.

2. En el primer ejercicio social desde su constitución, transformación o fusión, las sociedades podrán formular cuenta de pérdidas y ganancias abreviada si reúnen, al cierre de dicho ejercicio, al menos dos de las tres circunstancias expresadas en el apartado anterior

¹⁰ Artículo 3. Informe de auditoría de cuentas

1. El informe de auditoría de las cuentas anuales es un documento mercantil que contendrá, al menos, los siguientes datos:

a) Identificación de la entidad auditada, de las cuentas anuales que son objeto de la auditoría, del marco normativo de información financiera que se aplicó en su elaboración, de las personas físicas o jurídicas que encargaron el trabajo y, en su caso, de las personas a quienes vaya destinado; así como la referencia a que las cuentas anuales han sido formuladas por el órgano de administración de la entidad auditada.

b) Una descripción general del alcance de la auditoría realizada, con referencia a las normas de auditoría conforme a las cuales ésta se ha llevado a cabo y, en su caso, de los procedimientos previstos en ellas que no haya sido posible aplicar como consecuencia de cualquier limitación puesta de manifiesto en el desarrollo de la auditoría. Asimismo, se informará sobre la responsabilidad del auditor de cuentas o sociedad de auditoría de expresar una opinión sobre las citadas cuentas en su conjunto.

c) Una opinión técnica en la que se manifestará, de forma clara y precisa, si las cuentas anuales ofrecen la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación y, en particular, con los principios y criterios contables contenidos en el mismo.

La opinión podrá ser favorable, con salvedades, desfavorable o denegada.

Cuando no existan reservas la opinión será favorable.

En el caso de que existan tales reservas, se deberán poner de manifiesto todas ellas en el informe y la opinión técnica será con salvedades, desfavorable o denegada.

d) Una opinión sobre la concordancia o no del informe de gestión con las cuentas correspondientes al mismo ejercicio, en el caso de que el citado informe de gestión acompañe a las cuentas anuales.

e) Fecha y firma de quien o quienes lo hubieran realizado. La fecha del informe de auditoría será aquella en que el auditor de cuentas y la sociedad de auditoría han completado los procedimientos de auditoría necesarios para formarse una opinión sobre las cuentas anuales.

2. El informe de auditoría deberá ser emitido por el auditor de cuentas o la sociedad de auditoría de conformidad con la normativa prevista en el art. 6 y con el contrato de auditoría suscrito entre las partes. La falta de emisión del informe de auditoría o la renuncia a continuar con el contrato de auditoría, tan sólo podrá producirse por la existencia de justa causa y en aquellos supuestos en los que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Existencia de amenazas que pudieran comprometer de forma grave la independencia u objetividad del auditor de cuentas o de la sociedad de auditoría, de acuerdo con lo dispuesto en la Sección I del Capítulo III.

b) Imposibilidad absoluta de realizar el trabajo encomendado al auditor de cuentas o sociedad de auditoría por circunstancias no imputables a éstos.

En los anteriores supuestos, cuando se trate de auditorías obligatorias, deberá informarse razonadamente, tanto al Registro Mercantil correspondiente al domicilio social de la sociedad auditada, como al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, de las circunstancias determinantes de la falta de emisión del informe o la renuncia a continuar con el contrato de auditoría, en la forma y plazos que se determine reglamentariamente.

3. El informe de auditoría de cuentas anuales será emitido bajo la responsabilidad de quien o quienes lo hubieran realizado, y deberá estar firmado por éstos.

certeza de las cuentas auditadas, no bastará con la simple utilización de reglas estereotipadas, como la afirmación de que las transferencias se ha realizado con arreglo a criterios de mercado, sino que tendrá que acreditarse que se han utilizado criterios de general aceptación (SAN 28-03-2014, proced. 499/2013).

- En cualquier caso, si las cuentas no son fiables, porque expresan resultados contradictorios (SAN 13-01-2014, proced. 154/2013), o se acredita la concurrencia de contabilidad B, que no sería por si causa de nulidad, si se hubiera informado sobre la misma, la consecuencia inexorable será la nulidad del despido (STS 18-02-2014, rec. 42/2013). – Así, se ha defendido que el juicio de adecuación debe comprobar la existencia de las causas alegadas, su pertenencia al tipo legal descrito en el art. 51 ET, así como la idoneidad del análisis de la medida en términos de gestión empresarial y en este caso determina que las cuentas anuales aportadas por la empresa, pese a reflejar las pérdidas, no expresan la imagen real de la situación económica de la misma, con lo cual no concurren las causas económicas justificativas de la extinción (STSJ Madrid 27-01-2014, rec. 1543/2013)
- Si se pretende acreditar pérdidas previsibles: misma documentación; criterios utilizados e informe técnico (STSJ Rioja 27-02-2012). – El informe técnico puede ser interno o externo y es dudoso que pueda integrarse en la memoria, que debe acreditar la concurrencia de causas mediante los medios de los arts. 4 y 5 del Reglamento
- Si se pretende acreditar reducciones de ingresos o ventas: documentación fiscal y contable, deberá utilizarse la cifra de negocios del art. 35.2 Código Comercio, integrada en la cuenta de pérdidas y ganancias (SAN 21-11-2012, proced. 167/2012). – Esta documentación se relaciona directamente con la información, contenida en el art. 64.2.a y b ET.
- Grupos de empresas: cuentas consolidadas e informe de gestión consolidado de la empresa matriz, debidamente auditadas cuando la empresa esté obligada a ello, siempre que existan saldos deudores y acreedores con la empresa afectada (STSJ Madrid 30-05-2012, rec. 17/2012). – Corresponde a la empresa acreditar que no está obligada a consolidar, bien porque concurren los supuestos del art. 43 del Código de Comercio¹¹, bien porque no lo exija el derecho extranjero

4. En ningún caso el informe de auditoría de cuentas anuales podrá ser publicado parcialmente o en extracto, ni de forma separada a las cuentas anuales auditadas.

Cuando el informe sea público podrá hacerse mención a su existencia, en cuyo caso, deberá hacerse referencia al tipo de opinión emitida.

5. El informe de auditoría de cuentas anuales deberá ir acompañado de la totalidad de documentos que componen las cuentas objeto de auditoría y, en su caso, del informe de gestión.

6. Cuando el informe no se refiera a las cuentas anuales, le será de aplicación, en su caso, lo dispuesto para dichas cuentas.

¹¹ No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, las sociedades en él mencionadas no estarán obligadas a efectuar la consolidación, si se cumple alguna de las situaciones siguientes:

aplicable (SAN 20-03-2013, proced. 19/2013). - Si no fuere obligatoria la consolidación de cuentas, habrá de aportarse todas las cuentas de las empresas del grupo cuando concurren los requisitos siguientes: que residan en España y que haya cuentas deudoras y acreedoras con la empresa afectada inicialmente (SAN 24-10-2012). – Si se aporta toda la documentación exigible, aunque las cuentas de 2011, aportadas inicialmente, fueran provisionales, puesto que se acreditó que coincidían con las definitivas, se da por buena la documentación aportada (STSJ Cantabria 26-09-2012, proced. 2/2012). – La IT comprobará si concurren descubiertos de cotizaciones entre las empresas del grupo a efectos laborales

- Grupo de empresas patológico: deberán aportarse las cuentas de todas las empresas del grupo (STSJ Madrid 25-06-2012, proced. 21/2012 y SAN 26-07-2012, proced. 124/2012).
- Si se trata de grupo mercantil, deberán aportarse las cuentas de las empresas que forman parte del grupo, siempre que estén radicadas en España, se dediquen a la misma actividad y concurren saldos acreedores y deudores entre ellas. – Si no se

1ª Cuando en la fecha de cierre del ejercicio de la sociedad obligada a consolidar el conjunto de las sociedades no sobrepase, en sus últimas cuentas anuales, dos de los límites señalados en la Ley de Sociedades Anónimas para la formulación de cuenta de pérdidas y ganancias abreviada, salvo que alguna de las sociedades del grupo haya emitido valores admitidos a negociación en un mercado regulado de cualquier Estado miembro de la Unión Europea.

2ª Cuando la sociedad obligada a consolidar sometida a la legislación española sea al mismo tiempo dependiente de otra que se rija por dicha legislación o por la de otro Estado miembro de la Unión Europea, si esta última sociedad posee el 50 por ciento o más de las participaciones sociales de aquéllas y, los accionistas o socios que posean, al menos, el 10 por ciento no hayan solicitado la formulación de cuentas consolidadas 6 meses antes del cierre del ejercicio. En todo caso será preciso que se cumplan los requisitos siguientes:

a) Que la sociedad dispensada de formalizar la consolidación, así como todas las sociedades que debiera incluir en la consolidación, se consoliden en las cuentas de un grupo mayor, cuya sociedad dominante esté sometida a la legislación de un Estado miembro de la Unión Europea.

b) Que la sociedad dispensada de formalizar la consolidación indique en sus cuentas la mención de estar exenta de la obligación de establecer las cuentas consolidadas, el grupo al que pertenece, la razón social y el domicilio de la sociedad dominante.

c) Que las cuentas consolidadas de la sociedad dominante, así como el informe de gestión y el informe de los auditores, se depositen en el Registro Mercantil, traducidos a alguna de las lenguas oficiales de la Comunidad Autónoma, donde tenga su domicilio la sociedad dispensada.

d) Que la sociedad dispensada de formalizar la consolidación no haya emitido valores admitidos a negociación en un mercado regulado de cualquier Estado miembro de la Unión Europea

hace así, se producirá la nulidad del despido (STSJ Madrid 29-01-2014, rec. 1652/2013)

- En cualquier caso, si se acredita la concurrencia de graves pérdidas dentro de las empresas del grupo, así como una fuerte y sostenida reducción de la demanda, se declara la justificación de la medida, en tanto en cuanto se acredita su adecuación entre la intensidad de la causa (SAN 10-03-2014, proced. 285/2013)
- La Disposición Final Cuarta del RDL 11/2013 ha introducido una novedad muy relevante en el art. 4.5 RD 1483/2012, según la cual cuando la empresa promotora del procedimiento forme parte de un grupo de empresas, con obligación de formular cuentas consolidadas cuya sociedad dominante tenga su domicilio en España, deberán acompañarse las cuentas anuales e informe de gestión consolidados de la sociedad dominante del grupo debidamente auditadas, en el caso de empresas obligadas a realizar auditorias, durante el periodo señalado en el apartado 2, siempre que existan saldos deudores o acreedores con la empresa que inicia el procedimiento. Si no existiera obligación de formular cuentas consolidadas, además de la documentación económica de la empresa que inicia el procedimiento a que se ha hecho referencia, deberán acompañarse las de las demás empresas del grupo debidamente auditadas, en el caso de empresas obligadas a realizar auditorias, siempre que dichas empresas tengan su domicilio social en España, tengan la misma actividad o pertenezcan al mismo sector de actividad y tengan saldos deudores o acreedores con la empresa que inicia el procedimiento¹². Así pues, desde la entrada en vigor de la norma citada, el requisito constitutivo, para aportar las cuentas anuales e informe de gestión consolidados, es que la sociedad dominante esté radicada en España, lo que no se exigía anteriormente, sin que el legislador se haya molestado en explicar qué razones de urgencia concurren para producir una alteración tan importante en la negociación del período de consultas, que redunde en la pérdida de transparencia sobre la situación de la empresa y que no había producido hasta la fecha ningún tipo de problema, puesto que las empresas dominantes, radicadas en la Unión Europea, cumplían con lo previsto en los arts. 42 y 43 del Código de Comercio. - La ausencia absoluta de explicaciones sobre la concurrencia de razones de extraordinaria y urgente necesidad, requeridas por el art. 86.1 CE, podría poner en cuestión la constitucionalidad del precepto.
- Por lo demás, el precepto examinado podría vulnerar lo dispuesto en el art. 64.4.a ET, que concede al comité de empresa el derecho a conocer el balance, la cuenta de resultados, la memoria y, en el caso de que la empresa, prevista la forma de sociedad por acciones o participaciones, los demás documentos que se den a conocer a los socios, y en las mismas condiciones que a estos. - Dicho derecho debe conectarse con lo dispuesto en el art. 272.2 RDL 1/2010, de 2 de julio, que reconoce a los socios, a partir de la convocatoria de la junta general, el derecho a obtener de la sociedad, de forma inmediata y gratuita, los documentos que han de ser sometidos a la aprobación de la misma, así como en su caso, el informe de gestión y el informe del auditor de cuentas.- Ese derecho es extensible a las cuentas consolidadas de los grupos de empresa, de conformidad con lo dispuesto en el art. 42.5 del C. Comercio, donde se prevé que las cuentas consolidadas y el informe de gestión del grupo habrán de someterse a la aprobación de la junta general de la sociedad obligada a consolidar simultáneamente con las cuentas anuales de esta sociedad. Los socios de las

¹² STSJ Asturias 7-06-2013, proced. 21/2013.

sociedades pertenecientes al grupo podrán obtener de la sociedad obligada a formular las cuentas anuales consolidadas los documentos sometidos a la aprobación de la Junta, así como el informe de gestión del grupo y el informe de los auditores. El depósito de las cuentas consolidadas, del informe de gestión del grupo y del informe de los auditores de cuentas en el Registro Mercantil y la publicación del mismo se efectuarán de conformidad con lo establecido para las cuentas anuales de las sociedades anónimas. - Parece claro, por tanto, que las cuentas y el informe de gestión consolidados de la empresa dominante del grupo de empresas, salvo que concurran las excepciones del art. 43 C.Co., constituyen un documento pertinente, que facilitará la negociación del período de consultas. - Por el contrario, su no aportación, amparada por la norma reglamentaria, podría vulnerar lo dispuesto en los artículos comentados anteriormente, de manera que parece aconsejable su aportación al período de consultas.

Causas técnicas, organizativas o de producción

- Memoria explicativa de las causas, que acredite concurrencia de las causas
- La memoria deberá identificar la relación de funcionalidad entre las causas y la pérdida de eficacia económica de los contratos, con arreglo a técnicas de ponderación, entendiéndose como tales la razonabilidad y proporcionalidad de la medida (SAN 21-11-2012, proced. 167/2012)
- Informe técnico, cuya finalidad es acreditar la concurrencia de la causa y su adecuación con las medidas tomadas (SAN 24-10-2012 y STSJ Madrid 11-06-2012, proced. 22/2012 y SAN 4-02-2013, proced. 326/2012).

PROCESO NEGOCIADOR

- La negociación, prevista legalmente, es de treinta días para los despidos colectivos, salvo en empresas de menos de 50 trabajadores, en cuyo caso será de quince días de duración, al igual que los supuestos de los arts. 40, 41, 47 y 82.3 ET. – No se vicia el período de consultas, porque no acudiera un negociador por enfermedad (SAN 22-03-2013, proced. 62/2013).
- El procedimiento negociador exigirá un calendario. – El art. 7 Reglamento establece el número de reuniones y la cadencia de las mismas, distinguiendo empresas de más y menos de 50 trabajadores, aunque se trata de un procedimiento dispositivo. – Si se cierra formalmente sin acuerdo, no será necesario agotar todas las reuniones pactadas, pero no cabe imponer unilateralmente una negociación de 8 días (SAN 19-12-2012, proced. 251/12). – Aunque se ha admitido que la finalización sin acuerdo del período de consultas puede ser tácita (STSJ Cataluña 26-06-2012, proced. 8/2012), el art. 7.6 del Reglamento exige que sea de común acuerdo y se notifique a la Autoridad Laboral. – Caso de no concurrir consenso en la finalización sin acuerdo, habrá que mantener la negociación hasta el final, so pena de nulidad (STSJ Murcia 9-07-2012, proced. 3/2012). – Se ha descartado la nulidad cuando se supera el plazo del período de consultas (STSJ Galicia 6-07-2012, proce. 12/2012 y SAN 13-03-2013, proced. 4/2013).
- La importancia de las actas, que deberán firmarse por todos los miembros de la comisión negociadora. – Si una de las partes no firma, la IT indagará sobre las razones, aunque la falta de firma no debería producirse, bastando, a estos efectos, la introducción de salvedades
- La negociación deberá ajustarse a las reglas de buena fe. – Habrán de acreditarse propuestas y contrapropuestas (STS 30-06-2011; STSJ Asturias 2-07-2010 y SAN 21-11-2012, proced. 167/2012). - Si la negociación fue inexistente,

limitándose la empresa a exponer su posición, inamovible, de proceder a tramitar el ERE fijando la indemnización mínima legal, se entiende que el despido debe declararse nulo (STSJ Madrid 30-05-2012, rec. 17/2012, confirmada por STS 20-03-2013, rec. 81/2012 y STSJ País Vasco 11-12-2012, proced. 19/2012), aunque dicha posición se ha matizado, cuando se acredita que la empresa no tenía más opciones que su cierre (STS 28-01-2014, rec. 46/2013). – La negociación se produce efectivamente, si se acreditan propuestas y contrapropuestas, especialmente si se aceptan parcialmente algunas de las contrapropuestas (SAN 21-11-2012, proced. 167/2012). – Así, se ha entendido conforme a derecho pactar un acuerdo marco de ejecución progresiva de la medida (SAN 25-02-2013, proced. 324/2012); si concurre causa la empresa no está vinculada a compromisos previos de no extinguir contratos (STSJ Madrid 8-02-2013, rec. 73/2012); quiebra la buena fe, cuando la empresa comunica los despidos antes de concluir el período de consultas (SAN 15-10-2012, proced. 162/2012); no vulnera el deber de negociar de buena fe la no aportación de otra empresa, cuando no forma parte del mismo grupo de empresas (STSJ Cataluña 15-10-2012, proced. 32/2012); si la empresa tiene un déficit de tal magnitud, que está obligada a cerrar, no vulnera la buena fe comercial mantener dicha posición a lo largo de la negociación (SAN 20-03-2013, proced. 219/2012); si la empresa acredita que su capacidad productiva es muy superior a la demanda de bienes y servicios justifica la extinción por causas productivas (SAN 4-04-2013, proced. 66/2013).

- La técnica, ajustada a la buena práctica, exigirá descartar todas las medidas de flexibilidad interna de menor a mayor (art. 8 RD 1483/12)
- Se da valor al acuerdo, concluido en período de consultas, porque no se probó la concurrencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. – Se subraya, que el presupuesto, para que la jurisdicción pueda examinar propuestas alternativas sin realizar juicios de oportunidad, es que dichas propuestas se hayan propuesto en el período de consultas de modo operativo, entendiéndose por operativo, que se sustentaran por las mayorías precisas para llevarlas a la práctica, por lo que no se entra a conocer sobre una propuesta alternativa alegada en demanda por un sindicato minoritario, que no firmó el acuerdo (SAN 14-09-2012, proced. 136/2012).
- Ambas partes podrán solicitar la mediación de la IT, previa comunicación a la Autoridad laboral
- Los negociadores pueden delegar en un arbitro, cuyo laudo tendrá la misma eficacia que el acuerdo en el período de consultas y podrá impugnarse por el procedimiento y causas previstas en el art. 91.2 ET (art. 85.1 ET).
- Impugnándose un despido colectivo, en el que se reclama su nulidad, porque se promovió por el grupo de empresas en su conjunto y no empresa por empresa, se desestima dicha pretensión, porque se acreditó que el grupo de empresa era laboral y no mercantil. - Se descarta también la nulidad por falta de negociación efectiva, porque nada impide a empresa y sindicatos convenir previamente mediante la suscripción de un acuerdo marco el modo de ajustar unas plantillas, que se había revelado desproporcionadas con la capacidad de la empresa de situar sus productos en el mercado. - Se declara finalmente que concurren causas productivas y organizativas adecuadas para extinguir los puestos de trabajo, como se convino con la mayoría sindical, porque se acreditó una reducción sustancial de la cifra de negocio (SAN 25-02-2013, proced. 324/2012).

- Examina los requisitos formales para la válida tramitación y producción de efectos del despido colectivo por causas económicas y confirma su nulidad, porque se incumplió con la obligación de entregar la documentación que exige el *artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores*. Nulidad por incumplimiento referido a la entrega de la memoria económica mínimamente suficiente. Responsabilidad no solo de la empleadora formal, sino del grupo de empresas demandado, en unos casos por confusión de plantilla (Nivotrol, S.L.) y en otros aplicando la doctrina jurisprudencial del "grupo laboral de empresas" o de "levantamiento del velo". Imposibilidad de entrar en el análisis de la cuestión referida al grupo de empresas por haberse formulado el motivo al amparo de la *letra d) del artículo 207 LRJS* y no haberse propuesto ni modificación de hechos probados, ni otro motivo de infracción jurídica sobre ese punto (STS 23-03-2013, rec.81/2012).
- Impugnado un despido colectivo, se declara ajustada a derecho la decisión empresarial, porque acreditó haber aportado al período de consultas toda la documentación exigida por el art. 51.2 del ET y el art. 5 del RD 1483/2012, sin que sea exigible cualquier documentación, salvo que se acredita su necesidad para alcanzar los fines propuestos. El período de consultas se ha cumplido puesto que las partes se cursaron ofertas y contraofertas que concluyeron en acuerdo suscrito por el 70% de la representación legal de los trabajadores. Existe causa productiva y organizativa si se prueba, como en este caso, que la empresa tenía una capacidad productiva muy superior a la demanda de servicios requerida por un mercado a la baja (SAN 4-04-2013, proced. 63/2013).
- Impugnado un despido colectivo, concluido con acuerdo suscrito por los sindicatos mayoritarios en la empresa, se desestima la demanda, porque se han cumplido todos los requisitos que establece el art. 26 del RD 1483/2012, la decisión empresarial es ajustada a derecho pues es lícita la conformación de comisiones híbridas compuestas por los representantes de los trabajadores y por representantes elegidos ad hoc, siempre que dicha alternativa sea negociada y se asegure la ponderación de voto para garantizar que se cumple con la exigencia contenida en el art. 28.1 del Reglamento (SAN 22-04-2013, proced. 73/2013).
- Aunque la empresa dio respuestas formales a las contrapropuestas de la comisión ad hoc, quien intentó sacar del despido a un trabajador, se tiene presente que la medida se promueve tras terminar sin éxito un procedimiento de reducción de jornada, admitiéndose por los trabajadores que conocían la situación de la empresa. – Si bien el plan de recolocación es de ínfima calidad, no se anula la medida, porque los representantes de los trabajadores no hicieron ninguna manifestación al respecto (SAN 13-05-2013, proced. 89/2013)
- Se desestima, del mismo modo, la impugnación de un despido colectivo, que concluye con acuerdo mayoritario, aunque no hubiera concluido aun una medida de flexibilidad interna previa, porque concurren nuevas causas, probándose que la empresa ha perdido 200 MM euros en 2011 y 7800 MM en 2012.- Se entiende que la documentación entregada fue más que suficiente (SAN 20-05-2013, proced. 108/2013.
- Se declara nulo un despido colectivo objetivo, considerando esencialmente que la empresa incumplió su deber de negociar en el periodo de consultas, ya que se mantuvo inamovible en el número de trabajadores que debían ser despedidos, comunicando a los cinco días de su inicio su identificación a todos los afectados y negándose a utilizar un previo sistema de bajas voluntarias que propusieron los representantes de los trabajadores. Entiende el Tribunal que con ello se frustra la

finalidad de tal periodo de consultas y que no se respeta el ámbito mínimo sobre el que ha de versar la negociación según la Directiva europea 1998/59 (STSJ País Vasco 11-12-2012, rec. 19/2012).

- - NGC BANCO: Reclamándose que declaremos la nulidad del despido colectivo o, subsidiariamente, su desajuste a derecho, se desestima la demanda. El despido se acordó con secciones sindicales que ostentan más del 80% de la representación prorrogada en virtud del art. 67.3 ET. Ha quedado acreditada la entrega de la información preceptiva, no probándose que la adicional que no se entregó a pesar de haber sido solicitada, fuera imprescindible para la negociación. Se han cumplido los requisitos de negociación informal previa que contempla el convenio y de implementación pactada de las medidas de flexibilidad. La adopción de medidas de flexibilidad interna forma parte del período de consultas del despido colectivo, sin necesidad de convocar períodos de consulta específicos. Concorre causa económica proporcionada a la medida extintiva (SAN 20-05-2013, proced. 108/2013).
- – CASER: Impugnado un despido colectivo, porque concluyó sin acuerdo, se descarta la falta de acuerdo, porque se acreditó cumplidamente que se suscribió por el 64, 15% de la representación de los trabajadores. - Se declara, por otra parte, que la empresa documentó pertinentemente el despido, negoció de buena fe y alcanzó un acuerdo, asumido masivamente por los trabajadores, quienes se acogieron voluntariamente a la extinción indemnizada en un número tan elevado, que permitió inaplicar ninguna de las medidas pactadas a un número relevante de trabajadores afectados. - Se descarta la concurrencia de fraude, dolo, coacción y abuso de derecho, porque no se acreditaron, refiriéndose, en todo caso, a actuaciones empresariales posteriores al despido. - No concurre vulneración de derechos fundamentales, que la demandante no identificó ni en la demanda, ni en el acto del juicio. - Se declara ajustado a derecho el despido colectivo, porque concurren las causas alegadas, que la demandante no se molestó, siquiera, en negar y se considera adecuado a la intensidad de las causas (SAN 11-07-2013, proced. 181/2013).
- – Precisa en qué consiste negociar de buena fe durante el período de consultas, señalando que dicha exigencia comporta ofertar y contraofertar con la contraparte, sin que sea obligatorio necesariamente alcanzar resultado, aunque si debe tenerse una actitud positiva, que exige respuesta expresa a las propuestas de la otra parte, que considera se cumplieron sobradamente en el supuesto debatido (STS 27-05-2013, rec. 78/2012).

ACUERDO EN EL PERÍODO DE CONSULTAS

- El acuerdo debe tomarse por las comisiones, reguladas en el art. 26 RD 1483/2012 (art. 28.1 RD 1483/2012)
- Deberá asegurar que los miembros de la comisión negociadora, que voten a favor, representen a la mayoría de los trabajadores afectados (art. 28.1 RD 1483/2012). – Dicha mayoría será exigible, en cualquier caso, fuere cual fuere la composición de la comisión
- Si se negocia con secciones sindicales, su voto es indivisible, sin que quepa trocearlo entre sus miembros (SAN 16-11-2012).
- El acuerdo en el período de consultas despliega la presunción de concurrencia de las causas y sólo podrá impugnarse por razones de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho, salvo en los procedimientos de despido colectivo, aunque su

conurrencia comportará razonablemente un fuerte crédito de concurrencia de causas.

- La presunción citada alivia de la prueba, pero no de la concurrencia de las causas (STS 11-05-2004 y SAN 16-01-2012 y SAN 21-09-2012). – Prueba de ello es que la empresa deberá acreditar, cuando interponga la demanda conforme al art. 124.3 LRJS, el cumplimiento de los requisitos formales y la concurrencia de causas
- La IT no considerará fraudulento, en principio, la no concurrencia de causas.

LA SELECCIÓN DE TRABAJADORES

- La decisión extintiva corresponde a la empresa (STSJ Sevilla 31-10-2012, proced. 3055/2012)
- Aprobados los criterios de selección de trabajadores, es la empresa quien debe decidir de qué modo los ejecuta (STSJ Navarra 19-10-2012, rec. 353/2012).
- Para que proceda la inversión de la carga probatoria es preciso que se aporte un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona un derecho fundamental del trabajador, indicio que no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que aquélla se ha producido (FJ 2). La selección de los trabajadores afectados por los despidos objetivos corresponde en principio al empresario y su decisión sólo será revisable por los órganos judiciales cuando resulte apreciable fraude de ley o abuso de derecho o cuando la selección se realice por móviles discriminatorios. No existiendo discriminación, fraude de ley o abuso de derecho, no cabe extender el control judicial más allá del juicio de razonabilidad del acto de despido sometido a su conocimiento (STSJ Burgos 13 y 19-02-2014, rec. 46 y 2/2014).
- No cabe, sin embargo, que el empresario despidiera a los trabajadores antes de culminar el período de consultas (SAN 15-10-2012, proced. 162/2012).
- La empresa no está obligada a aceptar todos los acogimientos voluntarios al despido colectivo, si no se pactó así. – No concurre discriminación, porque no se permitiera acogerse a las bajas voluntarias a los trabajadores, subrogados por otras mercantiles, porque sus contratos no se extinguieron (SAN 16-01-2014, proced. 391/2013)
- Se ha entendido que la precisión de criterios de selección es mínima, cuando la causa es económica y se trata de una empresa privada; media cuando la causa es técnica, organizativa o de producción y máxima, cuando la medida afecta al sector público, al entrar en juego, también en la salida, los principios de igualdad, mérito y capacidad (SAN 28-03-2014, proced. 499/2013).
- En la misma línea, se ha entendido que la tramitación de un despido colectivo por causa económica en una administración pública, especialmente cuando en su ámbito potencial de afectación se encontraban trabajadores fijos que habían superado procedimientos de ingreso basados en los principios de igualdad, mérito y capacidad, incurre en un grave defecto procedimental si no fija una propuesta de criterios de selección de los afectados que haga determinables los mismos y se fundamente en los mencionados principios (STSJ Valladolid 30-12-2013, rec. 1878/2013)

EL INFORME DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO

- Deberá emitir el informe en el plazo de 15 días desde que se notifique a la autoridad laboral la finalización del período de consultas.
- Comprobará el cumplimiento de los arts. 2 y 3 del Reglamento, así como el cumplimiento de las exigencias de los arts. 4 y 5 del Reglamento

- Versará sobre los extremos de la comunicación y sobre el desarrollo del período de consultas y particularmente lo dispuesto en el art. 7.
- Informará sobre la concurrencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho
- Cumplimiento de los requisitos del art. 3 y especialmente de los criterios de selección
- Cabe mediación, a instancias de ambas partes
- Reunión conjunta con ambas partes
- No despliega presunción de veracidad, porque no es un acta de infracción, pero si se trata de una prueba de alto crédito (SAN 25-06-2012, proced. 94/2012 y SAN 28-09-2012, proced. 152/2012)
- La IT no puede entregar su informe a las partes

La nueva regulación de las causas

Las causas, que habilitarán el descuelgue del convenio, son iguales a las del despido colectivo (art. 51.1 ET), salvo la reducción de ingresos y ventas, que solo exigirá dos trimestres consecutivos, comparados con los del año precedente, lo que constituye un fuerte incentivo para la consecución de acuerdos, ya que la negativa sindical a suscribir el acuerdo de inaplicación del convenio, cuando concorra causa, cargará de razones a la empresa para desplegar medidas de flexibilidad externa, habiendo desaparecido los criterios finalistas requeridos por los precedentes arts. 41 y 82.3 ET¹³.

Así pues, se entenderá que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos o ventas, precisándose, en todo caso, que la disminución es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos, comparados con los del año precedente. – Se ha interpretado razonablemente que, si se producen modificaciones por reducción de ingresos o ventas durante dos trimestres consecutivos, no se podrán acumular las del trimestre siguiente para extinguir por la misma causa, salvo que se prueba cualificadamente por el empresario la imposibilidad de mantener el empleo¹⁴, aunque la indemnización no podría calcularse conforme al salario reducido, porque constituiría abuso de derecho¹⁵. – Se ha entendido, en todo caso, que la acreditación de pérdidas previsibles obligará a una prueba exigente¹⁶, debiendo resaltarse, en última instancia, que la ley se refiere a ingresos o ventas ordinarios, lo que descarta su comparación con ingresos o ventas extraordinarios¹⁷.

Concurrirán 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. - La nueva regulación ya no pivota, como antes, sobre la “crisis de la empresa”, sino que apuesta, sobre todo, por la mejora de su

¹³ STSJ Valladolid 7-03-2012, rec. 168/2012, donde se autoriza la extinción del contrato de una trabajadora, a quien se ofertó previamente la reducción de jornada, ante los desajustes presupuestarios de la entidad.

¹⁴ José María Goerlich Peset: La extinción del contrato de trabajo en el RDL 3/2012: la culminación de una larga evolución. Lex Nova.

¹⁵ TSJ Cataluña 27-07-2011, rec.245/2011.

¹⁶ Cuando se alegan pérdidas previsibles, deberán acreditarse indicios sólidos de que van a producirse, no concurriendo si la empresa tuvo beneficios en 2011 y la previsión negativa se apoya únicamente en un trimestre (STSJ Rioja 27-02-2012, rec. 18/2012).

¹⁷ Jesús Mercader Uguina, obra citada.

competitividad y productividad, así como por su mejor adaptabilidad a los requerimientos de la demanda¹⁸.

Aunque la norma no menciona la intensidad de la causa, se ha defendido con razón, que esta no puede tener la misma entidad para los descuelgues que para los despidos¹⁹, puesto que los intereses en juego no son los mismos cuando la decisión empresarial supone la pérdida del empleo («flexibilidad externa» o «adaptación de la plantilla») que cuando significa un mero cambio en el modo o en las circunstancias de ejecución del trabajo («flexibilidad interna» o «adaptación de condiciones de trabajo»). La distinta valoración o ponderación de estos intereses explica que la facultad de gestionar con flexibilidad interna la organización del trabajo, que es manifestación de la «libertad de empresa» y de la «defensa de la productividad» reconocidas en el art. 38 de la Constitución, se atribuya al empresario con márgenes más holgados que la facultad de flexibilidad externa o de «reestructuración de la plantilla», la cual ha de encontrar un punto adecuado de equilibrio entre la «libertad de empresa» y el «derecho al trabajo» de los trabajadores despedidos reconocido en el art. 35 del propio texto constitucional²⁰.

En cualquier caso, el empresario deberá informar y razonar suficientemente la concurrencia de la causa en el funcionamiento de la empresa, porque dicha información es el requisito constitutivo para que el período de consultas pueda alcanzar buen fin²¹, lo que no sería posible si el empleador se limita a demostrar la concurrencia de causas²². Así lo dispone el art. 4 del Convenio 158 de la OIT²³, que exige dos requisitos: concurrencia de causa justificada y que esté relacionada, entre otras, con el funcionamiento de la empresa.

La jurisprudencia, por todas TS 2-03-2009, RJ 2009\1719 y 16-05-2011, ROJ 3647/2011, ha mantenido que no es la crisis empresarial sino la mejora de la situación de la empresa la vara de medir o punto de referencia de la justificación de las razones o causas en que se ha de apoyar la decisión empresarial modificativa, lo cual permite concluir que el nivel de exigencia probatoria de las inaplicaciones del convenio y las modificaciones sustanciales será sustancialmente inferior a las extinciones por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción²⁴.

La exigencia de probar las razones económicas, técnicas, organizativas o de producción y su relación con la competitividad, la productividad u organización técnica del trabajo en la empresa, introducida por la ley 3/2012 en la nueva versión del art. 41 ET, revela que no existe una discrecionalidad absoluta del empresario, quien deberá acreditar la concurrencia de circunstancias en su empresa, basadas en las causas reiteradas, que afecten a su competitividad, su productividad o su organización del trabajo, que justifiquen razonablemente las modificaciones propuestas, puesto que las modificaciones tienen por finalidad promocionar una mejora en la competitividad y en la productividad de la empresa, así como en la mejor organización de sus sistemas de trabajo²⁵. – Con más razón, los presupuestos, para la inaplicación del convenio, son los siguientes: Acreditar la concurrencia de las causas y demostrar la adecuación entre su intensidad y las medidas propuestas, lo que se relacionará normalmente con la

¹⁸ MARTÍN VALVEDE: El control judicial del despido colectivo.

¹⁹ Goerlich Peset, obra citada.

²⁰ TS 17-05-2005, rec. 2363/2004.

²¹ TS 30-06-2011, rec. 173/2010.

²² STJCE 10-09-2009, TJCE 2009\263.

²³ No se pondrá término a la relación de **trabajo** de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada, relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la Empresa, establecimiento o servicio.

²⁴ SAN 28-05-2012, proce. 81/2012.

²⁵ SAN 28-05-2012, proce. 81/2012.

competitividad, productividad y adaptabilidad de la empresa a las exigencias del mercado y los requerimientos de la demanda.

Así se deduce de los arts. 22.3 y 24.3 RD 1362/2012, de 27 de diciembre, por el que se regula la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, que dicen textualmente lo siguiente:

“22.3: Cuando se aprecie la concurrencia de las causas, la Comisión deberá pronunciarse sobre la pretensión de inaplicación de las condiciones de trabajo, para lo cual valorará su adecuación en relación con la causa alegada y sus efectos sobre los trabajadores afectados. La decisión podrá aceptar la pretensión de inaplicación en sus propios términos o proponer la inaplicación de las mismas condiciones de trabajo en distinto grado de intensidad. Asimismo, la Comisión se pronunciará sobre la duración del periodo de inaplicación de las condiciones de trabajo”.

“24.4: Cuando aprecie la concurrencia de las causas, el árbitro deberá pronunciarse sobre la pretensión de inaplicación de las condiciones de trabajo, para lo cual valorará su adecuación en relación con la causa alegada y sus efectos sobre los trabajadores afectados. El laudo podrá aceptar la pretensión de inaplicación en sus propios términos o proponer la inaplicación de las mismas condiciones de trabajo en distinto grado de intensidad. Asimismo, el árbitro se pronunciará sobre la duración del periodo de inaplicación de las condiciones de trabajo”.

Así pues, la resolución habrá de ser motivada y deberá resolver la discrepancia sobre la inaplicación del convenio, pronunciándose, en primer lugar, sobre la concurrencia de las causas, alegadas por la empresa. – Cuando no concurren las causas, deberá manifestarlo así, en cuyo caso denegará la aplicación de la medida. – Por el contrario, de concurrir la causa, la Comisión deberá pronunciarse sobre la pretensión de inaplicación de las condiciones de trabajo, para lo cual valorará su adecuación en relación con la causa alegada y sus efectos sobre los trabajadores afectados. – Podrá también aceptar la pretensión de inaplicación en sus propios términos o proponer la inaplicación de las mismas condiciones de trabajo en distinto grado de intensidad, pronunciándose, en todo caso, sobre la duración del periodo de inaplicación de las condiciones de trabajo. – Parece claro, por tanto, que el precepto examinado no contempla la autorización mecánica de la medida, cuando concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, por parte de la Comisión, quien deberá valorar obligatoriamente la adecuación de la medida y sus efectos sobre los trabajadores afectados en relación con las causas acreditadas²⁶.

El control de la adecuación de la medida a las causas acreditadas, así como los efectos sobre los trabajadores, introducido por el RD 1362/2012, ha sido considerado “ultra vires” por algún sector de la doctrina científica²⁷, aunque no así desde otros sectores²⁸ quienes, refiriéndose a los despidos colectivos, defienden que los despidos se justifican en la medida que hacen frente a una necesidad de amortizar puestos de trabajo, habiéndose seguido dicho criterio por la doctrina judicial²⁹. – Otros sectores de la doctrina judicial³⁰ han defendido la desaparición de la conexión de funcionalidad, porque ya no se contienen las regulaciones previas en el art. 51 ET. – Lo que sucede es

²⁶ SAN 28-01-2013, proced. 316/2012.

²⁷ MERCADER UGUINA: El impacto de la reforma laboral en la negociación colectiva: problemas prácticos en materia de inaplicación del convenio colectivo, convenios de empresa y ultractividad.

²⁸ DESDENTADO BONETE: Los despidos económicos tras la reforma de la ley 3/2012. – Reflexiones sobre algunos problemas sustantivos y procesales.

²⁹ SAN 21-11-2012, proced. 167/2012.

³⁰ STSJ Madrid 11-06-2012, rec. 22/2012 y TSJ Cantabria 26-09-2012, rec. 2/2012, quienes defienden que ha desaparecido la relación de funcionalidad, por cuanto la norma no exige ya que la medida contribuya a mejorar la viabilidad empresarial o la pervivencia del empleo.

que la nueva regulación del art. 51.1 ET no ha liquidado la conexión de funcionalidad entre la causas económica o productiva y las extinciones contractuales, sino que ha modificado su formulación, que ya no exigirá contribuir a la consecución de objetivos futuros, como preservar o favorecer la posición competitiva de la empresa, o prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación de la misma a través de una más adecuada organización de los recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda, pero si acreditar que el contrato ha perdido su eficiencia económica para la empresa, o lo que es igual, que ha perdido su objeto y su causa³¹. - La pérdida de la eficacia económica del contrato, debida a la concurrencia de causas objetivas, es compartida también por otros sectores de la doctrina³². - La adecuación de la medida a las causas, así como a su intensidad, ha sido aplicada por la CCNCC y confirmada por la doctrina judicial³³.

Así pues, de concurrir las causas, deberá probarse que las medidas tomadas se adecuan a la intensidad de las causas, entendiéndose por **adecuación** la acomodación al fin propuesto, consistente en promocionar la adaptabilidad de las empresas, que no se produciría si el mantenimiento de las condiciones convencionales comporta una merma de competitividad y productividad, que provoca una incidencia relevante de la utilidad económica de los contratos afectados, aunque no tanta como para justificar su extinción. - Si no fuera así, si el empresario, solo tuviera que acreditar la concurrencia de causas, sin necesidad de demostrar la adecuación entre la medida y la intensidad de la causa, no habría razón para exigirle, de conformidad con lo dispuesto en el art. 20.k RD 1362/2012 que identifique el número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por la inaplicación de condiciones de trabajo del convenio colectivo en vigor, exigiéndose, a continuación que, si afecta a más de un centro de trabajo esta información deberá estar desglosada por centro de trabajo y, en su caso, por provincia y comunidad autónoma. - Del mismo modo, si las suspensiones del contrato, las reducciones de jornada o las extinciones de contratos colectivas, reguladas en los arts. 47 y 51 ET, no tuvieran que demostrar la relación de adecuación entre la medida y la intensidad de las causas, no habría ninguna razón para que tuvieran que precisar número y clasificación profesional de los trabajadores afectados, así como criterios de selección, puesto que la mera concurrencia de las causas, daría vía libre al empresario para tomar la medida que considere oportuna.

La jurisprudencia, por todas STS 20-01-2014, rec. 56/2013, ha sentado una rica doctrina sobre la justificación de las causas, referida a una modificación sustancial de condiciones de trabajo, donde sostuvo lo siguiente: *"Ahora bien, a la vista de los criterios legales de justificación de las medidas de modificación, la Sala considera que no hay elementos para entender que la modificación aplicada en la forma de prestación de los servicios sanitarios tienda a prevenir "una evolución negativa" de la empresa, pues no existe ningún dato que permita sostener esa previsión en una empresa que, pese*

³¹ SAN 18-12-2012, proced. 257/2012.

³² MARTÍN VALVERDE, obra citada.

³³ Impugnada una decisión de la CCNC, se declara que la decisión de la CCNCC debe pronunciarse no solo sobre las causas económicas alegadas por la empresa, sino que también ha de valorar su adecuación en relación con la causa alegada y sus efectos sobre los trabajadores afectados. La Comisión deberá examinar si concurren las conexiones de funcionalidad, normalidad y proporcionalidad entre la causa acreditada y la medida propuesta por la empresa. En el supuesto examinado se declara que la empresa no puede aplicar la medida que se solicita puesto que menos de dos meses antes se tomaron otras amparadas también en causas económicas y productivas, no habiéndose probado por la empresa que hayan surgido situaciones extraordinarias, que justificaran una nueva modificación en un plazo tan breve (SAN 28-01-2013, proced.316/2012).

a la caída de la actividad en el sector desde 2008, sigue manteniendo beneficios y los ha incrementado en el último ejercicio en los términos a los que se ha hecho referencia.

La medida adoptada sí puede suponer una reducción de costes y, por ello, hay que admitir que también puede favorecer, en principio, la posición competitiva de la empresa en el mercado, pues la empresa que trabaja a menor coste es -en igualdad de condiciones- más competitiva. En este sentido tiene razón el recurso, pues no puede exigirse a la empresa que pruebe el ahorro que va a derivarse del copago, ni el alcance de los efectos disuasorios del mismo, pues se trata de hechos futuros que no admiten prueba plena y que han de operar con estimaciones de acuerdo con el canon de razonabilidad que ha de presidir este tipo de enjuiciamientos. Lo mismo hay que decir de la valoración del destino de las cantidades obtenidas del copago, pues la afectación a otras prestaciones sociales de estas cantidades no elimina el ahorro que podría obtenerse de la simple disuasión.

Pero si se examina con detenimiento la medida adoptada se observan dos elementos decisivos en orden a su calificación. El primero es que se trata de una medida meramente redistributiva en el sentido de que la "mejora" de la empresa se obtiene únicamente de una nueva distribución de los rendimientos de su actividad entre los titulares del establecimiento empresarial y los trabajadores. Éstos "empeoran" en lo que lo que aquéllos -o si se prefiere, la empresa- "mejoran", sin que haya ningún dato objetivo -técnico, organizativo, productivo o económico- que justifique ese cambio en la distribución. Si se interpreta así el precepto legal, toda restricción de los derechos económicos de los trabajadores representará siempre una mejora que justificará la modificación, pues la mejora en sí misma se ha convertido en causa de la modificación en lo que no es más que un razonamiento circular. La justificación opera de manera distinta: hay un hecho objetivo susceptible de alterar el régimen de prestaciones del contrato -una innovación técnica, organizativa o productiva, un cambio de la coyuntura económica- y a partir de ese cambio (la actualización de la causa) la medida se justifica si se corresponde con ese cambio y si sirve al objetivo de mejorar la posición competitiva de la empresa o a prevenir una evolución negativa.

El segundo elemento que se observa es que, respecto a los hechos que forman la causa en la que se quiere justificar la modificación, no se ha acreditado que se trate de hechos sobrevenidos. En efecto, no se muestra una evolución significativa ni del número de servicios, ni del coste de éstos, pues las series que se recogen en el hecho probado correspondiente son, como se ha visto, muy cortas -de 2008 a 2011- y además no registran cambios que revelen un empeoramiento en el periodo considerado. Así, la serie del número de servicios registra una variación de 10,5/7,6 en 2008 a 11,2/8,7 en 2011, con lo que la relación con el término de comparación mejora. En cuanto a la evolución de los precios, hay un empeoramiento de la relación desde 2008 a 2011. Pero dados los otros términos puede deberse a circunstancias coyunturales de ese año, ya que la relación descendió en 2009 y tuvo un alza moderada en 2010. Por otra parte, la evolución del precio puede deberse a causas ajenas a una utilización excesiva de los servicios”.

En la misma línea STS 27-01-2014, rec. 100/2013, donde se sostuvo lo siguiente: “En el caso de que tratamos, la caída de ventas en torno al 30 % tanto para todo el sector minorista textil como para el grupo empresarial demandado, nos parece que innegablemente constituye -en abstracto- «causa» legal que puede justificar la modificación de condiciones consistente en fijar un suelo mínimo para percibir la comisión por ventas fijada extra convenio, en tanto que con tal medida se puede promover -qué duda cabe- el incremento de la productividad y de la competitividad,

persiguiendo añadir a las ventas que son iniciativa del cliente aquellas otras que puedan resultar por sugerencia incentivada del propio vendedor. La cuestión radica entonces -en el presente caso-, en determinar si la medida en concreto acordada por la empresa se justifica también en términos del juicio de razonable idoneidad que a este Tribunal corresponde, y que por lo mismo ha de rechazar -por contraria a Derecho- la modificación que no ofrezca adecuada racionalidad, tanto por inadecuación a los fines -legales- que se pretenden conseguir, cuanto por inalcanzable [reproche que en concreto hace la parte recurrente], o por patente desproporción entre el objetivo que se persigue y los sacrificios que para los trabajadores comporta.

La cuestión no ofrece una clara salida, por cuanto que -como más arriba se ha indicado- no corresponde a los Tribunales fijar la medida «idónea» de la modificación ni censurar su «oportunidad» en términos de gestión empresarial, pero tampoco podemos hacer dejación de nuestro obligado deber de enjuiciar la racional «adecuación» de la SMCT, y aunque no dejemos de apreciar -en el caso de autos- que se trata de una decisión innegablemente drástica e incuestionablemente penosa para los trabajadores [afecta a la más importante condición de trabajo y que constituye razón de ser del mismo], lo cierto es que la recurrente se limita -en su poco extenso recurso- a afirmar que se trata de un objetivo inalcanzable, desproporcionado e irracional, pero sin tan siquiera añadir argumentación o remisión a prueba acreditativa algunas, que propiciasen convencer a esta Sala de que sus categóricas afirmaciones se ajustaban a la realidad. Muy al contrario, en su impugnación, la empresa hace observaciones significativas en orden a la confirmación de la sentencia de instancia y en contra del planteamiento recurrente, como que ya el primer mes posterior a la MSCT el 31,8% de las tiendas habían alcanzado el nuevo suelo de ventas para devengar comisión [en este sentido, los documentos 29 y 30 de su ramo de prueba; descripciones 64 y 65 en el CD de digitalización de los autos]; que ese mínimo para el devengo tiene la contrapartida - alcanzado el suelo de ventas fijado- del incremento de los porcentajes de comisión, como se expresa en la comunicación individual y colectiva de la MSCT [así, la descripción 51 del indicado CD]; y que la prolongación del un nivel de ventas inferior al de 2007 [ahora con 40.000 m2 más de superficie comercial] «haría irreversible la necesidad de cierre de todas las tiendas que no son rentables por sí mismas, con la pérdida de empleos que ello supone»; precisamente en los términos que sostiene el Ministerio Fiscal en su razonado informe”.

COMUNICACIÓN DE LA DECISIÓN

El art. 12.1 RD 1483/2012 dispone que a la finalización del periodo de consultas, el empresario comunicará a la autoridad laboral competente el resultado del mismo. Si se hubiera alcanzado acuerdo, trasladará a la autoridad laboral copia íntegra del mismo. En todo caso, comunicará a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral la decisión sobre el despido colectivo que realiza, actualizando, en su caso, los extremos de la comunicación a que se refiere el art. 3.1. La comunicación que proceda se realizará como máximo en el plazo de quince días a contar desde la fecha de la última reunión celebrada en el periodo de consultas.

La expresión preteritoria en todo caso exigirá al empresario, fuere cual fuere la manera en la que concluyó el período de consultas, a actualizar los extremos de la comunicación, referida en el art. 3.1 RD 1483/2012, de manera que si se han modificado las condiciones de la comunicación, deberán explicarse las razones de dicha modificación, porque ese será el punto de partida para la impugnación colectiva y/o individual (SAN 28-03-2014, proced. 499/2013). – No será viable, por quebrar el

principio de buena fe, concluir sin acuerdo un período de consultas y reducir el 38, 09% de extinciones sin explicar las razones de dicha reducción, porque se ha hurtado injustificadamente durante la negociación del período de consultas (SAN 28-03-2014, proced. 44/2012).

IMPUGNACIÓN DEL DESPIDO COLECTIVO

- Los acuerdos, en procedimientos de despido colectivo, podrán impugnarse por el procedimiento del art. 124 LRJS
- Si se resolvió mediante laudo arbitral, el laudo tendrá el valor del período de consultas y deberá impugnarse por el procedimiento y por las causas previstas en el art. 91.2 ET (art. 85.1 ET).

MEDIACIÓN

1. - IBERIA: un despido colectivo por causas económicas, productivas y organizativas, se estima la falta de legitimación de dos de las empresas del grupo mercantil, en que se encuadra la empresa demandada, porque nunca fueron empleadores de los despedidos, ni se pide su condena por dicha razón. - Se desestima la demanda, porque se acreditó que los negociadores del período de consultas, ordenado inicialmente por franjas, acordaron por unanimidad sustituirlo por una mediación, que concluyó por acuerdo suscrito por la mayoría de los representantes de los trabajadores, en la que el mediador se pronunció sobre el despido y sobre medidas de inaplicación del convenio, que estaban identificadas desde el inicio del período de consultas, entendiéndose irrelevante, que la empresa promoviera paralelamente un procedimiento de descuelgue, por cuanto se trata de una medida redundante, que no generó indefensión a los representantes de los trabajadores. - Se desestima la demanda, porque se acreditó que la empresa realizó lealmente el período de consultas, entregó la documentación pertinente para alcanzar un acuerdo, como demuestra su aceptación por el 81, 8% de los representantes y se acreditó la concurrencia de las causas alegadas, así como su adecuación a la medida propuesta (SAN 4-07-2013, proced. 169/2013).

CADUCIDAD

1. – El plazo, para impugnar la suspensión de contratos colectiva, concluida con acuerdo, caduca desde la fecha en la que la empresa notifica la ejecución de la medida y no desde la fecha del acuerdo, porque el art. 20.6 RD 1483/2012 exige dicha notificación, fuere cual fuere el modo en el que concluyó el período de consultas (SAN 26-04-2013, proced. 73/2013).
2. – Caduca la impugnación de la modificación sustancial a los veinte días desde que se notifica por escrito (SAN 3-04-2013, proced. 26/13).
3. - Solicitada la nulidad del despido colectivo, se estima la excepción de caducidad de la acción, puesto que transcurrieron dos meses desde la fecha de efectividad del acuerdo que puso fin al período de consultas. Se multa a la parte actora por temeridad, al tratarse de una demanda absolutamente infundada, en la que la extemporaneidad de su interposición ni siquiera intentó ser justificada; no tiene implantación en el ámbito del despido; pretende la nulidad por problemas internos del sindicato que, aunque se le diera la razón, tampoco determinaría la nulidad de la medida; y se alegan otros incumplimientos de escaso o nulo sustento fáctico y/o jurídico (SAN 16-04-2013, proced. 368/2012).

DEMANDA INTERPUESTA POR LA EMPRESA. – ACCIÓN DE JACTANCIA

1. –Reclamándose por la empresa demandante se declare justificado el despido colectivo, decidido por la misma y acordado con los representantes de los trabajadores, se estima dicha pretensión, porque se acreditó que la medida no se impugnó por la RLT ni por la Autoridad Laboral y la empresa demostró el

cumplimiento del período de consultas, así como la concurrencia de causas económicas y organizativas, debido a su fuerte deterioro económico y a la existencia de una plantilla muy desequilibrada respecto a una demanda muy recesiva (SAN 6-03-2013, proced. 24/2013).

2. - Ejercitada la acción por la empresa para declarar ajustada a derecho la decisión extintiva, se debate sobre la entrada en el proceso como intervinientes litisconsorciales de determinados trabajadores y se descarta su participación, porque no es posible accionar en el procedimiento colectivo del art. 124 de la LRJSA cuando no hay ningún sujeto colectivo que se oponga al despido colectivo (STS 26-12-2013, rec. 28/2013).

LEGITIMACIÓN ACTIVA

1. - Impugnándose un despido colectivo por un sindicato de ámbito estatal, que constituyó una sección sindical en un solo centro de los cuatro afectados por el despido, que no tiene representantes unitarios, ni acredita un mínimo número de afiliados, se estima la excepción de falta de legitimación activa de dicho sindicato, al no acreditar la implantación suficiente en el ámbito del despido, que es lo que determina la legitimación activa para impugnar estos despidos (SAN 27-03-2013, proced. 74/2013).
2. - Impugnándose un despido colectivo por quince personas físicas a título individual y por dos miembros del comité de empresa que se identifican como responsables de una sección sindical, se estima la excepción de falta de legitimación activa de las personas físicas, así como de los dos miembros del comité en cuanto tales, porque no se acreditó que dicho órgano acordara por mayoría la impugnación del despido. Se estima también su falta de legitimación activa como responsables de la sección sindical, puesto que, no constando en los Estatutos del Sindicato su régimen de funcionamiento y competencias ni existiendo un reglamento interno, no se acreditó su condición de representantes por nombramiento democrático de sus miembros (SAN 11-03-2013, proced. 10/2013).
3. La tiene un sindicato, que negoció la suspensión de contratos de trabajo en uno de los centros afectados, porque quien negocia el período de consultas está legitimado para impugnar la medida. – Se anula la medida, porque se negoció por centros, aun cuando se hizo a petición de los sindicatos, puesto que no se puede trocear artificialmente una medida, que es única por definición (SAN 22-04-2013, proced. 82/2013)
4. –Puede impugnar la suspensión de contratos un comité de empresa, cuando se negoció centro a centro. – Se anula por negociar centro por centro y por no aportar la documentación de las empresas del grupo, aun cuando se tratara de un grupo mercantil no obligado a consolidar (SAN 1-04-2013, proced. 17/2013).
5. – Es decisivo, para acreditar implantación, que el sindicato haya negociado en el ámbito correspondiente (STS 19-12-2012, rec. 289/2011).
6. – Está legitimada la comisión ad hoc para negociar la impugnación de un despido colectivo, en cuya negociación participó, porque los representantes, elegidos ad hoc, son propiamente representantes legales, entendiéndose por tales, conforme a lo dispuesto en el art.1. b Directiva 1998/59/CE, a los que determine la legislación, o la práctica de los Estados miembros, lo cual sucede aquí, puesto que el art. 51.2 ET así lo dispone (STSJ Cataluña de 23 mayo 2012 [AS 2012, 1049], rec. 10/2012, STSJ Madrid de 11 junio 2012 [AS 2012, 2556], rec. 22/2012 y SAN 13-05-2013, proced. 89/2013).

7. NIRCO: Impugnado el despido colectivo por la comisión ad hoc, se declara que podían otorgar poderes a nivel personal sin necesidad de hacerlo como miembros de la comisión. - Se descarta falta de representación, porque alguna de las demandantes abandonara el proceso, porque no se acreditó dicho extremo. - Se declara que los componentes de las comisiones ad hoc son representantes legales de los trabajadores y están legitimados para impugnar el despido colectivo. - Aunque sea cierto que el debate del período de consultas fue muy limitado, porque venía precedido de un procedimiento de suspensión de contratos y los representantes de los trabajadores admitieron conocer en todo momento la situación económica negativa de la empresa. - Se conviene también con los demandantes, que el plan de recolocación era de ínfima calidad, pero no se anula el despido, porque no cuestionaron nada durante el período de consultas. - Se desestima la demanda, porque concurren las causas alegadas y se considera adecuada la medida impuesta (SAN 13-05-2013, proced. 89/2013).
8. - Pretendiéndose que declaremos la nulidad del despido colectivo o, subsidiariamente, su desajuste a derecho, se desestima la demanda. El despido se acordó con secciones sindicales que ostentan más del 80% de la representación prorrogada en virtud del art. 67.3 ET. Ha quedado acreditada la entrega de la información preceptiva, no probándose que la adicional que no se entregó a pesar de haber sido solicitada, fuera imprescindible para la negociación. Se han cumplido los requisitos de negociación informal previa que contempla el convenio y de implementación pactada de las medidas de flexibilidad. La adopción de medidas de flexibilidad interna forma parte del período de consultas del despido colectivo, sin necesidad de convocar períodos de consulta específicos. Concurre causa económica proporcionada a la medida extintiva (SAN 20-05-2013, proced. 108/2013).
9. - Impugnándose un despido colectivo por una persona física, quien afirmó ser secretario sindical de un sindicato, sin aportar poder de representación, ni tampoco los estatutos sindicales, que le atribuyeran la representación en juicio del sindicato y habiéndose probado, por otro lado, que el sindicato carece de implantación en el ámbito del despido colectivo, aunque se le pasaran, durante la vigencia de su mandato, 14 representantes unitarios elegidos en las listas de UGT, se estima la falta de legitimación activa de la parte demandante porque ni acreditó la representación estatutaria del sindicato, ni el sindicato acreditó implantación suficiente en el ámbito del despido colectivo (SAN 10-02-2014, proced. 451/2013).
10. - CATALUNYA BANC: Impugnándose un despido colectivo por una persona física, quien afirmó ser secretario sindical de un sindicato, sin aportar poder de representación, ni tampoco los estatutos sindicales, que le atribuyeran la representación en juicio del sindicato y habiéndose probado, por otro lado, que el sindicato carece de implantación en el ámbito del despido colectivo, aunque se le pasaran, durante la vigencia de su mandato, 14 representantes unitarios elegidos en las listas de UGT, se estima la falta de legitimación activa de la parte demandante porque ni acreditó la representación estatutaria del sindicato, ni el sindicato acreditó implantación suficiente en el ámbito del despido colectivo (SAN 10-02-2014, proced. 451/2013).

LEGITIMACIÓN PASIVA

1. – PILATES: Impugnado un despido colectivo, que afectaba a una empresa, encuadrada en un grupo mercantil no obligado a consolidar cuentas, se anula el despido, porque no se aportaron las cuentas de las empresas del grupo, aunque

todas ellas estaban domiciliadas en España, se dedican a la misma actividad y tenían cuentas acreedoras y deudoras entre si, porque dicha omisión impidió que el período de consultas alcanzase sus fines. - Se anula, además, porque se negoció por centros, dándose, incluso, la circunstancia de que la representante ad hoc, que había participado en la negociación general, se retiró unilateralmente de la misma sin someterse al criterio mayoritario (SAN 4-06-2013, proced. 1/2013)

2. NH HOTELES: Se impugna un despido colectivo, acordado con la mayoría de la representación social, reclamándose su nulidad o en su defecto que se declare no ajustado a derecho, se desestima la demanda. - Se admite la promoción del despido por un grupo de empresas, dada su condición patológica, no siendo necesario que todas las sociedades que lo componen acudan al período de consultas, si están representadas por la matriz que las participa y controla.- Se entregó toda la documentación preceptiva, careciendo de relevancia en este caso que se aportara en soporte informático o que las cuentas no estuvieran selladas.- No existe discriminación por razón de sexo, aunque la mayor parte de los afectados sean mujeres, porque la proporción de mujeres es igualmente mayoritaria entre el colectivo potencialmente afectado.- Es lícito que, en situación económica negativa, la empresa amortice puestos recurriendo a la externalización de servicios.- Concorre causa económica, productiva y organizativa (SAN 15-07-2013, proced. 200/2013).

LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO

Impugnándose una modificación sustancial, promovida por un grupo de empresas mercantil, en una de las empresas del grupo, porque se produjeron irregularidades en el período de consultas, se estima de oficio la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario para escuchar a todas las partes que participaron en el período de consultas (SAN 17-04-2013, proced. 28/13)

CAUSAS

1. -Impugnándose un despido colectivo por un sindicato y cinco representantes unitarios, se estima la falta de legitimación activa de las personas físicas, porque no se acreditó que los órganos unitarios, en los que se integran, decidieran impugnar por mayoría el despido colectivo. Se descarta que las empresas demandadas constituyan un grupo de empresas patológico, por cuanto no se probó propiamente ni una unidad de dirección efectiva, ni confusión patrimonial o de plantillas, no probándose, siquiera, que consoliden cuentas legalmente. Se considera que la empresa cumplió fielmente los deberes de información y consulta que concluyeron con un acuerdo ejemplar. - Se declara finalmente que concurren causas económicas y productivas, porque la empresa acreditó una reducción muy importante de ingresos y ventas en los tres trimestres del año respecto al año precedente, que le ha obligado a reducir su actividad en un porcentaje muy superior a los despidos (SAN 11-03-2013, proced. 381/2012).
2. - La Sala conoce en instancia de la demanda interpuesta por el Presidente del Comité de Empresa del Ayuntamiento de Gáldar y declara ajustada a derecho su decisión extintiva colectiva acordada por la corporación con efectos del 7 de mayo de 2012. En primer término expone que el Ayuntamiento demandado habría acreditado suficientemente su insuficiencia presupuestaria al menos durante los ejercicios 2010 y 2011, insuficiencia sobrevenida porque cuando contrató a los trabajadores su

situación económica era favorable, hasta el punto de que llegó a negociarse no sólo su fijeza sino también su posible funcionarización. En consecuencia y habiendo acreditado suficientemente la demandada su deficitaria situación presupuestaria, con la conformidad contraria, no puede ser acogida dicha primera pretensión de nulidad del despido colectivo acordado, careciendo de trascendencia alguna aquellas circunstancias previas de los trabajadores (STSJ Las Palmas 19-12-2012, rec. 17/2012).

3. SANTA BÁRBARA: Impugnado despido colectivo, pretendiendo que se declare nulo o, subsidiariamente, no ajustado a Derecho. Se estima la excepción de falta de legitimación para ser parte en el proceso de quienes no son demandantes ni demandados, porque el art. 124 LRJS no admite la personación de interesados, como ocurre en el conflicto colectivo. Se niega el incumplimiento significativo de requisitos formales. No debe concluirse unilateralmente el período de consultas antes del transcurso íntegro del plazo, aunque en este caso ello no es lo suficientemente significativo como para anular el despido. La finalidad del período de consultas ya se había cumplido hasta donde las partes estuvieron dispuestas, dado que no era remotamente previsible que acercaran posiciones absolutamente enfrentadas en el último día, cuando ni siquiera habían acordado celebrar reunión. Concurren causa económica, productiva y organizativa, con pérdidas actuales, contracción de la demanda, subactividad y distribución ineficiente de la plantilla (SAN 8-07-2013, proced. 180/2013).

CONCURSO DE ACREEDORES

1. - La Sala aprecia de oficio la falta de legitimación activa de los actores para impugnar el Auto. El Tribunal razona que la legitimación para recurrir el auto que resuelva el expediente se deberá determinar conforme a lo dispuesto por el artículo 448.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues ninguna previsión específica se contiene en los artículos 64 y 197 de la Ley Concursal. Tal precepto atribuye el derecho a formular los recursos legalmente establecidos a quienes tengan la condición de parte en el proceso en el que se haya dictado la resolución judicial que les perjudica. Ello supone que los sujetos legitimados para recurrir el auto del Juzgado de lo Mercantil serán quienes estando legitimados para intervenir en el expediente de extinción acuerdo a lo previsto en la Ley Concursal hayan sufrido un gravamen efectivo como consecuencia de aquél. Por ello, conforme a los arts 64 y 184 de la Ley Concursal, los trabajadores directamente implicados en el expediente carecerán de legitimación para recurrir el auto que le pone fin, salvo que hayan sido admitidos como parte (cosa que no ha ocurrido), y sólo podrán combatirlo en aquellos aspectos estrictamente referidos a su relación jurídica individual a través del cauce específico regulado en el artículo 195, es decir, promoviendo un incidente concursal laboral, en el que podrán defender sus derechos e intereses individuales y que se resolverá mediante sentencia que podrán recurrir en suplicación STSJ C y M 17-01-2013, rec. 178/2012).
2. - Despido colectivo. Empresa en situación de concurso. El TSJ desestima el rec. de suplicación de los trabajadores y convalida la extinción de los contratos. La gravísima situación de iliquidez de la entidad, generada por el impago reiterado de su principal cliente y única proveedora de servicios, los incumplimientos contractuales de ésta y la falta de prórroga de los contratos, determinan que se

vea abocada a instar la declaración del concurso y de forma paralela la extinción de la totalidad de los contratos de trabajo (FJ 4)(STSJ Asturias 16-11-2012, rec. 1839/2012).

NULIDAD DEL DESPIDO

- Se declara nulo el despido colectivo, porque la empresa no acreditó de modo razonable y proporcionado que se despidiera masivamente trabajadores del sindicato demandante, quienes habían participado, a su vez, en la huelga producida en la empresa (STSJ Murcia 1-01-2013, proced. 6/2012).
- No existe discriminación por razón de sexo, aunque la mayor parte de los afectados sean mujeres, porque la proporción de mujeres es igualmente mayoritaria entre el colectivo potencialmente afectado. Es lícito que, en situación económica negativa, la empresa amortice puestos recurriendo a la externalización de servicios. Concorre causa económica, productiva y organizativa (SAN 15-07-2013, proced. 200/2013).
- La parte demandante deberá acreditar indicios racionales de discriminación (SAN 28-09-2012, proced. 152/2012 y 28-06-2013, proced. 155/2012).
- Concurren indicios de discriminación por razón de sexo, porque mantuvieron a una trabajadora con menos antigüedad, porque había demostrado más eficiencia que la actora, al sustituirla durante el período de despido, su baja por maternidad y su reducción de jornada, puesto que dicha alegación demuestra más sólidamente que cabe la relación causa-efecto entre el ejercicio de derechos fundamentales y la extinción impugnada (SAN 17-06-2013, proced. 210/2012).
- La inclusión entre los afectados de una representante de los trabajadores no puede atenderse, porque no se le ha aplicado la medida y, en cualquier caso, debería ventilarse en la impugnación individual.- La obligación de informar sobre el número y clasificación de los trabajadores afectados tiene por finalidad examinar la conexión de funcionalidad de la causa. No se cumple, con carácter general, mediante una designación genérica de toda la plantilla; sin embargo, en este caso, en que la actividad se vincula a proyectos que se sabe que disminuirán pero no cuáles, es razonable que en el inicio del período de consultas se aluda a toda la plantilla como potencialmente afectada pero limitando el número y fijando criterios de selección, y precisando el ámbito de mayor riesgo de afectación.- Es modélico el acuerdo por el que se articulan períodos de interrupción y suspensión de los contratos para dar tiempo a la reasignación de los trabajadores en nuevos proyectos, relegando el despido a la última ratio (SAN 10-06-2013, proced. 112/2013).
- ROCA RADIADORES: Se anula el despido colectivo en la empresa ROCA promovido el 30-1-2013 para la extinción de 484 puestos de trabajo, ya que vulnera el derecho de libertad sindical pues el art. 13 del RD 1483/2012 de 29 de Octubre dispone - a tenor de lo establecido en el art. 51.5 y 68.6 del ET y el art. 10.3 de la LOLS - que los representantes de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa respecto de los demás trabajadores afectados por el procedimiento de despido colectivo. El derecho citado no es un privilegio sino una garantía de los representantes de los trabajadores que les permite, por una parte, negociar el despido colectivo sin la presión añadida de estar afectados y por otra parte, asegura que los trabajadores que permanecen en la empresa después del despido colectivo, mantienen a sus representantes, quienes le garantizan consecuentemente su protección. Ello es así, porque se obligó a los representantes de los trabajadores a optar entre su derecho de preferencia, en

cuyo caso serían sustituidos por extinciones de compañeros de trabajo, que no estaban afectados por el despido, ya que dicha exigencia, les colocaba ante una alternativa imposible para un representante de los trabajadores (SAN 12-06-2013, proced. 143/2013).

- STS 20-09-2013, rec. 11/2013.
- STSJ Comunidad Valenciana 4-11-2013, proced. 17/2012.

Despido colectivo en el sector público

El despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción del personal laboral al servicio de los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público de acuerdo con el art. 3.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, se efectuará conforme a lo dispuesto en los arts. 51 y 52.c) del Estatuto de los Trabajadores y sus normas de desarrollo y en el marco de los mecanismos preventivos y correctivos regulados en la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las Administraciones Públicas.

A efectos de las causas de estos despidos en las Administraciones Públicas, entendiendo como tales, a los entes, organismos y entidades a que se refiere el art. 3.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, se entenderá que concurren causas económicas cuando se produzca en las mismas una situación de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de los servicios públicos correspondientes. En todo caso, se entenderá que la insuficiencia presupuestaria es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos. Se entenderá que concurren causas técnicas, cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de la prestación del servicio público de que se trate y causas organizativas, cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal adscrito al servicio público.

Tendrá prioridad de permanencia el personal laboral fijo que hubiera adquirido esta condición, de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, a través de un procedimiento selectivo de ingreso convocado al efecto, cuando así lo establezcan los entes, organismos y entidades a que se refiere el párrafo anterior (DA 20ª Ley 3/2012).

La Sala conoce en instancia de la demanda interpuesta por el Presidente del Comité de Empresa del Ayuntamiento de Gáldar y declara ajustada a derecho su decisión extintiva colectiva acordada por la corporación con efectos del 7 de mayo de 2012. En primer término expone que el Ayuntamiento demandado habría acreditado suficientemente su insuficiencia presupuestaria al menos durante los ejercicios 2010 y 2011, insuficiencia sobrevenida porque cuando contrató a los trabajadores su situación económica era favorable, hasta el punto de que llegó a negociarse no sólo su fijeza sino también su posible funcionarización. En consecuencia y habiendo acreditado suficientemente la demandada su deficitaria situación presupuestaria, con la conformidad contraria, no puede ser acogida dicha primera pretensión de nulidad del despido colectivo acordado, careciendo de trascendencia alguna aquellas circunstancias previas de los trabajadores (STSJ Las Palmas 19-12-2012, rec. 17/2012).

- STSJ Madrid 9-04-2013, rec. 8/2013

- TRAGSA-TRAGSATEC: Impugnado un despido colectivo de la empresa pública TRAGSA. Existencia de grupo con TRAGSATEC. Requisitos para estimar la existencia de grupo laboral: Concepto económico de la empresa análogo al que rige en Derecho de la Competencia. Naturaleza jurídica de TRAGSA como ente instrumental de la Administración, que no opera en el mercado. Aplicación de la disposición adicional 20ª del Estatuto de los Trabajadores. No es aplicable el criterio de insuficiencia presupuestaria, por no estar sujeta TRAGSA al sistema de créditos presupuestarios limitativos. Ha de aplicarse el despido en el marco de los mecanismos preventivos y correctivos de la Ley Orgánica 2/2012. Cláusula convencional de estabilidad en el empleo: no impide el despido colectivo en los términos en que está redactada. Negociación con el comité intercentros es válida, porque fue decidida por quienes estaban legitimados para ello y no es imputable a la empresa, que convocó a los legitimados para tomar la decisión. Simultaneidad con la denuncia del convenio colectivo: no produce la nulidad si no se acredita un uso desviado por la empresa. Contabilidad provisional del año en curso: ha de incluir el estado de cambios del patrimonio neto y el estado de flujos de efectivo provisionales, al lado del balance y la cuenta de resultados provisionales, pero no la memoria ni el informe de gestión. Aportación de cuentas de SEPI: no existe obligación de consolidación contable, pero al pertenecer ambas al sector público y constituir un grupo de sociedades del Código de Comercio es necesaria la aportación. No es precisa la presencia de SEPI en la mesa de negociación del periodo de consultas. No es preciso un plan de ordenación de los recursos humanos, que no es aplicable. Los términos del preacuerdo alcanzado no vinculan a ninguna de las partes, al no llegarse a ratificar, por lo que no puede considerarse contrario a la buena fe que la empresa no aplique la reducción del número de despidos y las indemnizaciones que se habían fijado en el preacuerdo. La falta de actualización de las causas del despido colectivo en la comunicación final, cuando se han alterado a lo largo del periodo de consultas, es causa de nulidad. No es causa de nulidad el que no se haya contratado todavía la empresa encargada de llevar a cabo el plan de recolocación, dado que dicho plan se había presentado durante el periodo de consultas, aunque se hubiera elaborado por la empresa, y no se hicieron objeciones al mismo. En el caso de las Administraciones Públicas y entes del sector público el derecho de igualdad en el empleo público exige la predeterminación de criterios de selección basados en los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, por lo que su carácter impreciso o la falta de vinculación a dichos principios es causa de nulidad del despido (SAN 28-03-2014, proced. 499/2013).

LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS COLECTIVAS

La mayor ineficiencia del derecho colectivo del trabajo se concentraba en el modo de ejecutar las sentencias colectivas, cuya naturaleza habitual era declarativa, de manera que su ejecución se canalizaba normalmente mediante procedimientos individuales, en los que la sentencia colectiva firme desplegaba efectos de cosa juzgada.

Se trataba, sin duda, de un marco legal insatisfactorio y contradictorio con la ejecutividad de las sentencias de conflicto colectivo, predicada por los arts. 160.4 y 303.1 LRJS. - En efecto, solo se admitía la ejecución colectiva de las sentencias, cuyos fallos no exigieran individualización (STC 143/1988 y 178/1996, negándose cuando la sentencia era divisible (STS 28-05-2002; 11-10-2011 y 26-06-2012).

LA SENTENCIA DE CONFLICTO COLECTIVO EN LA LRJS

La sentencia colectiva continuará pivotando sobre los mismos ejes de la regulación anterior:

- Afectará a un colectivo genérico de trabajadores, estructurado a partir de un elemento de homogeneidad.
- Debe concurrir un interés general, que agrupe al colectivo en su conjunto, sin que quepa su fraccionamiento (STS 11-12-2013).

La LRJS ha habilitado, sin embargo, un título de condena colectivo, susceptible de individualización posterior, que se fundamenta en los arts. 153.1, 157.1.a y 160.3 LRJS, que permitirá la ejecución colectiva por el procedimiento del art. 247 LRJS:

- Permite pretensiones de condena.
- Han de afectar a un colectivo genérico de trabajadores, unidos por un interés general, susceptible de individualización posterior, de manera que el título se pronunciará únicamente sobre los aspectos colectivos reclamados.
- Incluirá, no obstante, los datos, requisitos y características que permitan la individualización posterior.
- La individualización tiene por finalidad integrar a los trabajadores en los pronunciamientos del título, es decir en los pronunciamientos colectivos del mismo (art. 519 LEC).
- No cabe, por tanto, introducir conflictividad personalizada o individualizada, porque esos extremos no se contendrán en el título, que ha de ejecutarse en sus propios términos (art. 241.1 LRJS).
- Cuando el título no integre los datos, requisitos y características precisos para la individualización posterior, solo podrá ejecutarse por el procedimiento individual (art. 247.1.j LRJS).
- En estos supuestos, si la empresa incumple la sentencia colectiva firme, la acción de condena deberá tramitarse por el correspondiente procedimiento individual (STS 11-07-2012).

¿CABEN LOS CONFLICTOS COLECTIVOS PLURALES?

Un sector de la doctrina ha defendido que la sentencia colectiva solo podrá ejecutarse colectivamente, cuando el título contenga todos los requisitos necesarios para su ejecución (Ron Curiel). - Dicha posición ha sido contradicha por otros sectores de la doctrina (Molins y Bodas), porque la individualización, regulada en los arts. 153.1, 157.1.a y 160.3 LRJS, es siempre posterior al título, al que solo cabe exigir datos, características y requisitos susceptibles de individualización.

Por lo demás, la inclusión de aspectos individuales en la pretensión comportaría que el conflicto colectivo se convertiría en plural, lo que ha sido recusado por la jurisprudencia (STS 31-01-2012 y 20-03-2012).

En efecto, el art. 157.1.a exige que la demanda reúna los requisitos siguientes:

- Designación general de los trabajadores afectados, lo cual descarta su individualización.
- Pretensiones de condena, que han de afectar a un colectivo genérico de trabajadores, unidos por un interés común.
- Datos, características y requisitos para la individualización posterior.

El art. 160.3 LRJS, que contempla los pronunciamientos del título de condena, exige:

- Pronunciamiento de condena, que ha de versar sobre el interés general del colectivo afectado.
- Datos, características y requisitos para la individualización posterior.
- Modo en el que afecta a los trabajadores el pronunciamiento de condena.

- Debe establecer que los efectos procesales de la condena no quedan limitados a quienes fueron parte en el proceso declarativo.

Hay un argumento más, que permite excluir la individualización, que es la ausencia de representación de los sujetos colectivos para reclamar pretensiones individualizadas, por cuanto su representación se limita a los litigios contemplados en el art. 153.1 LRJS. - Avala lo expuesto, que en la ejecución colectiva, regulada en el art. 247 LRJS, deben acreditar la representación de los trabajadores afectados, acreditando, de este modo, que no la tenían en el procedimiento colectivo.

Por lo demás, si admitiéramos la inclusión de la conflictividad individual en los procedimientos colectivos, liquidaríamos el proceso de conflicto colectivo, por cuanto lo convertiríamos en ingobernable.

LA EJECUCIÓN COLECTIVA DE OTROS TÍTULOS DE CONDENA (art. 247.2 LRJS)

La regulación original del art. 247.2 LRJS viabilizaba la ejecución colectiva para los títulos ejecutivos firmes de condena, judiciales o extrajudiciales, siempre que cumplieran las exigencias del art. 160.3 LRJS y en concreto:

- Movilidad geográfica
- Modificación sustancial de condiciones de trabajo.
- Suspensión de contratos y reducción de jornada.

El problema es que la ejecución de estos títulos, relacionada necesariamente con su parte dispositiva, no puede ejecutarse mecánicamente como una sentencia pecuniaria, que es la regulada en el art. 247.1 LRJS.

El fallo de la sentencia colectiva en estas materias puede abarcar los supuestos siguientes:

- Declarar justificada la medida, si se acreditan causas y las mismas se adecuan a la intensidad de las causas.
- Injustificada, cuando no sucede del modo antes dicho.
- Nula, cuando no se respetó el período de consultas, regulado en los arts. 40, 41 y 47 ET; cuando se vulneraron derechos fundamentales o cuando se produjeron cualquiera de las causas de nulidad contempladas en el art. 108 LRJS.

Si la sentencia declara injustificada la medida condenará a la reposición y a los daños y perjuicios acreditados.

Si la sentencia declara la nulidad condenará a la reposición en sus propios términos, así como a los daños y perjuicios que se acrediten.

La ejecución de la sentencia que declare injustificada la medida, podrá ejecutarse por el procedimiento de ejecución por equivalente, como se desprende de la copulativa “y”, contemplada en el art. 138.8 LRJS, con arreglo a lo dispuesto en los arts. 279, 280 y 281 LRJS.

Si se declara la nulidad, deberá ejecutarse en los propios términos, conforme a los arts. 282 a 286 LRJS, salvo que el trabajador inste la ejecución contemplada en el art. 138.8 LRJS, precisando el apartado 9 del artículo citado, que se cumplirán los plazos allí establecidos.

Un sector de la doctrina (González Calvet) defiende que en las sentencias colectivas solo cabe la ejecución en sus propios términos, porque el art. 138 LRJS solo regula la ejecución individual. - Dicha tesis es discutible, porque el art. 138 LRJS regula las impugnaciones individuales y colectivas y el apartado 9 distingue claramente qué ejecuciones pueden llevarse a cabo en sus propios términos, que son propiamente los supuestos de nulidad, sin que sirva el paraguas del art. 24.1 CE y el art. 241 LRJS, por cuanto la doctrina constitucional y la jurisprudencia han dejado claro que cabe la ejecución por equivalente (STS 25-06-2013).

Como es sabido, las sentencias de despido no estaban contempladas en el art. 247.2 LRJS, porque eran sentencias declarativas (Auto TS 23-07-2013, rec. 8/2013 y STS 4-02-2012, REC. 2366/2011).

LA EJECUCIÓN COLECTIVA DE SENTENCIAS QUE DECLAREN LA NULIDAD DEL DESPIDO

El RDL 11/2013 introdujo, entre los títulos ejecutivos susceptibles de ejecución colectiva, a las sentencias que declaren la nulidad del despido colectivo, sin que el legislador explique por qué no se incluyen las que declaren su injustificación.

Los requisitos, exigidos por el art. 247.2 LRJS, son los siguientes:

- Títulos firmes.
- Que cumplan las exigencias del art. 160.3 LRJS.

El título ejecutivo deberá ajustarse necesariamente a las pretensiones, contenidas en el art. 124.2 LRJS:

- Que no concurren causas o sean inadecuadas.
- Que no se haya cumplido el período de consultas, o entregado la documentación.
- Que el acuerdo se haya producido en fraude de ley, dolo, coacción o abuso de derecho.
- Que no se haya obtenido la autorización del juez del concurso en las empresas concursadas.
- Que no se haya seguido el procedimiento del art. 51.7 ET
- Que se hayan vulnerado derechos fundamentales.

El juego entre los arts. 124.2 y 160.3 LRJS revela que la sentencia solo podrá pronunciarse sobre pretensiones colectivas, sin que quepa introducir conflictos individuales, que deberán canalizarse mediante los procedimientos regulados en el art. 124.13.4.b LRJS. - Por lo demás, los sujetos colectivos, legitimados para impugnar el despido, no tienen legitimación para reclamar en nombre de los trabajadores afectados ningún extremo que no esté contenido en el art. 124.2 LRJS.

Cuestión distinta será que en el título se introduzcan aspectos colectivos, que afectan por igual a todos los despedidos, como pudiera ser la antigüedad, derivada de una sucesión empresarial, que no se tradujo ilegalmente en subrogación contractual, o cuando todos los despedidos perciban como extrasalarial retribución salarial, pero siempre deberá afectar a todos ellos colectivamente. - Cuando no sea así, porque la conflictividad sea individual, no será susceptible de ejecución colectiva y deberá canalizarse por el procedimiento del art. 124.13 LRJS.

LA INTEGRACIÓN DE LOS ARTS. 282, 283 Y 284 LRJS EN EL ART. 247 LRJS

La ejecución colectiva de las sentencias que declaren la nulidad del despido colectivo, al igual que los demás títulos del art. 247.2 LRJS, tienen el problema de que no se trata de ejecuciones dinerarias, por lo que deberá integrarse la regulación, contenida en el art. 247.1 LRJS, con la regulación de la ejecución en sus propios términos de las sentencias de despido.

Presupuesto habilitante

El presupuesto habilitante, para promover la ejecución colectiva de las sentencias que declaren la nulidad del despido colectivo, es que el título ejecutado, sea judicial o extrajudicial, sea firme y reúna los requisitos del art. 160.3 LRJS.

Órgano competente

El órgano competente será aquel en el que se haya producido el título judicial, o aquel, al que hubiera correspondido conocer, si no se hubiera constituido el título extrajudicial.

Legitimación activa

- Sindicato/s u órganos unitarios que fueron parte en el proceso declarativo. - Se ha descartado (C. Preciado) que los sindicatos u órganos unitarios condenados

tengan legitimación para pedir la ejecución colectiva, lo cual parece dudoso, porque el despido no lo deciden ellos sino el empresario.

- Sindicatos más representativos, cuyo ámbito sea superior al del despido.
- Sindicatos con implantación y/o órganos unitarios, aunque no fueron parte en el procedimiento de impugnación del despido.
- FOGASA.
- Más dudosa, aunque posible, la participación de asociaciones patronales más representativas.

Legitimación pasiva

- Empresario/s condenado/s.
- Sindicatos u órganos unitarios condenados.
- FOGASA

Acreditación de la representación

Deberá seguirse el procedimiento regulado en el art. 247.2 LRJS, de manera que:

- Los sindicatos deberán acreditar la representación de sus afiliados por el procedimiento del art. 20 LRJS.
- Los sindicatos y los órganos unitarios deberán acreditar la representación de los trabajadores no afiliados, mediante la identificación de un representante ad hoc, quien se responsabilizará de acreditar la representación de los trabajadores.

Iniciación del procedimiento

El procedimiento se iniciará por los sujetos legitimados, quienes deberán acreditar su representación y la inclusión en el título de sus representados. - Como en el título no constarán los datos contemplados en el art. 104 LRJS, deberá precisarse las condiciones de prestación de sus representados, solicitándose su readmisión en dichas condiciones o, en su caso, la readmisión irregular.

Orden general de ejecución

Comprobada la representación de los trabajadores, el órgano judicial dictará orden general de ejecución y despachando la misma, acordará requerir al empresario para que reponga a los trabajadores en su puesto de trabajo en las condiciones previas al despido en el plazo de tres días, sin perjuicio de adoptar, a instancia de parte, las medidas que dispone el art. 284 LRJS (art. 282.2 LRJS).

Traslado al condenado

El secretario judicial trasladará al empresario condenado, junto con el Auto citado, la solicitud de ejecución colectiva, concediéndole un plazo de tres días para que proceda a la readmisión en los términos solicitados. - Cuando el empresario no esté de acuerdo en las condiciones de readmisión, readmitirá como estime oportuno, pero deberá informar en el mismo plazo al órgano judicial sobre su versión de las condiciones individuales de trabajo de cada uno de los trabajadores, en cuyo nombre se solicita la ejecución del título. - El plazo citado no es desproporcionado y se coherente con el procedimiento de ejecución de sentencias firmes de despido, por cuanto el empresario no puede desconocer las condiciones de trabajo del personal despedido.

Traslado a los ejecutantes

El órgano judicial dará traslado a los ejecutantes de las condiciones de readmisión, propuestas por el empresario en el mismo día. - Si se aceptan por los ejecutantes dichas condiciones en todo o en parte, el secretario judicial documentará, en su caso, la avenencia en los extremos sobre los que exista conformidad, incluyéndose los intereses si procedieran, pero sin imposición de costas (art. 247.e).

Solicitud de ejecución

Cuando el empresario no hubiere procedido a la readmisión, o lo hubiere hecho irregularmente, los ejecutantes podrán solicitar la ejecución regular del fallo en el plazo

de veinte días hábiles desde el tercero que, como plazo máximo para la reincorporación, se concedió previamente (art. 283.1 LRJS).

Ahora bien, cuando se debata sobre las condiciones de trabajo, que no estén contenidas en el título, no será viable la ejecución colectiva y deberá ejecutarse con arreglo al método tradicional (art. 247.1.j/art. 124.13.4.a LRJS). - Dicha opción coloca objetivamente al empleador como árbitro de la ejecución, puesto que, bastaría con discutir cualquiera de las condiciones de readmisión, para bloquear la ejecución colectiva, por lo que si se acredita que su oposición carecía de fundamento, procederá solicitar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios en el procedimiento individual (art. 75.3 LRJS). - No es posible conocer en el procedimiento de ejecución colectiva sobre las condiciones individuales controvertidas, porque las mismas no se contienen en el título, que es el presupuesto para su tramitación por este procedimiento.

Incidente de no readmisión

El Secretario citará a incidente en el plazo de cinco días, donde oídas las partes, el órgano judicial, si no se hubiere producido readmisión o esta fuera irregular, ordenará reponer a los trabajadores en las condiciones establecidas en el título ejecutivo en el plazo de cinco días. - Dicha orden se instrumentará mediante Auto, en el que previa desestimación de las causas de oposición a la ejecución de la parte ejecutada, determinará las condiciones de readmisión de los trabajadores en el plazo de cinco días (art. 247.2.g LRJS). - En el incidente, podrá utilizarse la prueba pericial, regulada en el art. 247.1.g LRJS.

Consecuencias del incumplimiento del empresario

Cuando el empresario no diese cumplimiento a la orden de reposición, el secretario judicial acordará las medidas contempladas en el art. 284 LRJS:

a) Que el trabajador continúe percibiendo su salario con la misma periodicidad y cuantía que la declarada en la sentencia, con los incrementos que por vía de convenio colectivo o mediante norma estatal se produzcan hasta la fecha de la readmisión en debida forma. A tal fin, cumplimentará la autorización contenida en el auto despachando ejecución en tantas ocasiones como fuese necesario, por una cantidad equivalente a seis meses de salario, haciéndose efectivas al trabajador con cargo a la misma las retribuciones que fueran venciendo, hasta que, una vez efectuada la readmisión en forma regular, acuerde la devolución al empresario del saldo existente en esa fecha.

b) Que el trabajador continúe en alta y con cotización en la Seguridad Social, lo que pondrá en conocimiento de la entidad gestora o servicio común a los efectos procedentes.

c) Que el delegado de personal, miembro del comité de empresa o delegado sindical continúe desarrollando, en el seno de la empresa, las funciones y actividades propias de su cargo, advirtiéndolo al empresario que, de impedir u oponer algún obstáculo a dicho ejercicio, se pondrán los hechos en conocimiento de la autoridad laboral a los efectos de sancionar su conducta de acuerdo con lo que dispone el Texto Refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social, aprobada por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

Imposibilidad de readmisión

Cuando se acredite la imposibilidad de readmisión, se procederá con arreglo a lo dispuesto en el art. 286 LRSJ

Recursos

Contra el Auto citado, procederá recurrir en reposición. - Contra el Auto, que resuelva el recurso de reposición, no procederá recurso alguno.

Ricardo Bodas Martín
Presidente de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional