



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

LA SELECCIÓN DE LOS TRABAJADORES EN EL DESPIDO COLECTIVO

Presentado por:

José Pérez Alonso

Tutelado por:

Elías González-Posada Martínez

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Valladolid, junio de 2019

LA SELECCIÓN DE LOS TRABAJADORES EN EL DESPIDO COLECTIVO

INDICE

ABREVIATURAS	Pag.4
RESUMEN.ABSTRACT	Pag.5
1.- INTRODUCCION	Pag.6
2.-OBLIGACIONES EMPRESARIALES ESPECÍFICAS DURANTE LA TRAMITACION DEL DESPIDO COLECTIVO REFERIDAS A LOS CRITERIOS DE SELECCIÓN DE TRABAJADORES AFECTADOS.	Pag.7
2.1- Unidad de referencia para la selección de los trabajadores afectados.	Pag.9
2.2.- Prohibiciones de discriminación.	Pag.11
2.3.- Límites en los criterios de selección de los afectados.	
<i>2.3.1.- Prioridades de permanencia de los representantes legales y servicios propios de prevención.</i>	Pag.16
<i>2.3.2.- Prioridad de permanencia de los trabajadores fijos de las Administraciones Públicas. Cuestiones críticas en los procesos de selección de trabajadores afectados en el sector público.</i>	Pag.22
<i>2.3.3.- Prioridades de permanencia establecidas en los convenios colectivos o acuerdos de consultas. Tratamiento de los trabajadores discapacitados.</i>	Pag.30
3.- TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL de colectivos significativos:	
3.1- Trabajadoras embarazadas y con reducción de jornada.	Pag.38
<i>3.1.1- Trabajadoras embarazadas.: Sentencia Tribunal de Justicia Unión Europea de 22 de febrero de 2018 (C-103/16), Porras Guisado, Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de</i>	

lo Social, de 20 de julio de 2018, y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 26 de abril 2018 (Rec. 3002/2015).

3.1.2-Trabajadoras con reducción de jornada. Pag. 45

3.2.- Criterio de la edad. Sentencia Tribunal Constitucional 66/2015, 13 de abril 2015, y Sentencia Tribunal Supremo de 17 y 14/11/2017.

. Pag. 47

3.3.- Supuestos de retracción: empresarial o del trabajador. Pag. 56

3.4.- Selección por productividad y absentismo. Pag. 60

3.5.-Selección por falta de adaptación a hipotéticos avances tecnológicos. STSJ de Andalucía de 23 de febrero 2015, núm. 531/2015, .ROJ 356/2015. (Rec. 32/2014). Pag.66

4.-CONTROLES EN LA SELECCIÓN DE LOS TRABAJADORES AFECTADOS.

5.1.- Control de la Autoridad Laboral. Pag. 68

5.2- Control de los Representantes Legales de los Trabajadores. Pag. 73

5.3.- Control Judicial. Pag. 78

5.- CONCLUSIONES. Pag. 90

6.- REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS. Pag. 95

7.- RELACION DE SENTENCIAS UTILIZADAS. Pag. 100

ABREVIATURAS

AS, Aranzadi Social

BOE, Boletín Oficial del Estado.

CC, Código Civil.

CE, Constitución Española

EBEP, Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por ley 7/2007 de 12 de abril

ERE, Expediente de Regulación de Empleo.

ET. Real decreto Legislativo 1/1995

LOLS, Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto de Libertad Sindical

LJS, Ley 3672011, de 10 de octubre Reguladora de la Jurisdicción Social.

LISMI. Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos.

LRJAP, Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común.

Proc, Procedimiento.

RD, Real Decreto

Rec, Recurso

RL, Relaciones Laborales.

RPDC, Reglamento de los procedimientos de despido colectivo, aprobado por RD 1483/2012, de 29 de octubre.

RLT, Representación Legal de los trabajadores.

RPT, Relación de puestos de trabajo.

SAN, Sentencia Audiencia Nacional

STC, Sentencia Tribunal Constitucional

STS, Sentencia Tribunal Supremo.

STSJ, Sentencia Tribunal Superior de Justicia.

RESUMEN

La reforma laboral del año 2012, ha supuesto un cambio importante en el proceso de selección de los trabajadores afectados por un despido colectivo. Al suprimirse la autorización administrativa, la libertad de elección del empresario es casi ilimitada si se ajusta a las causas motivadoras del mismo. Las prioridades de permanencia que establece nuestra legislación son muy reducidas, y limitadas a los representantes de los trabajadores en sus diferentes estatus. Y, si bien es un requisito ineludible la entrega de los criterios de selección por parte del empresario, en realidad todo queda reducido a un posible acuerdo negociador en el periodo de consultas, que, si bien es frecuente, no es obligado, o a que existan disposiciones en convenio colectivo, lo que es muy infrecuente. Esta falta de limitación legal, está siendo cubierta por una doctrina jurisprudencial muy interesante, tanto fruto del TJUE como de nuestro TC y TS, que han concretado límites en colectivos sensibles socialmente y merecedores de una cierta protección, como son, las mujeres embarazadas y los trabajadores de más edad. Y no menos importante, está siendo el tratamiento del despido colectivo en las Administraciones Públicas.

ABSTRACT

The reform of 2012 has meant a major change in the process of selecting workers affected by a collective dismissal. Since the abolition of the administrative authorization, the freedom of choice of the employer is almost unlimited if it fits the motivating cause. The priorities of tenure established by our legislation are very small, limited to the worker's representatives in their different statuses. And while it is an inescapable requirement, the employer's surrender of the selection criteria, in reality everything is reduced to a possible negotiating agreement in the period of consultations, which although is frequent, is not obligatory, or, that there are provisions in collective agreement, which is very uncommon. This lack of legal limitation is being covered by a very interesting jurisprudential doctrine, both fruit of the TJEU, and of our TC and TS that have established limits in socially sensitive groups that deserve a certain protection, such as pregnant women and older workers. And no less important is the treatment of collective dismissal in public administrations.

1. - INTRODUCCION

En la legislación laboral, representada por ley 8/1980 del Estatuto de los trabajadores, se instituyó la libertad discrecional del empresario para elegir a los trabajadores afectados en los expedientes de regulación de empleo, si bien no de manera absoluta, con los límites establecidos en el propio Estatuto en su art., 17.1, y las ineludibles prohibiciones de discriminación recogidas en el art. 14 de la Constitución Española.

Se cerraba un periodo anterior, en que la legislación, si establecía protecciones específicas para ciertos colectivos sociales. Nuestra incorporación en el año 1985 a la CEE, supuso la integración normativa de los Reglamentos y Directivas Comunitarias. En concreto, en la Directiva 1992/56/CEE, de 24 de junio, se introdujo la obligación de aportar “los criterios tenidos en cuenta para designar los trabajadores que vayan a ser despedidos, si las legislaciones y/o prácticas nacionales confieren al empresario competencias en tal sentido”, como se recoge en la actualidad en nuestra legislación.

La crisis económica iniciada en el 2008 y la consiguiente presión europea, obligó al Gobierno, a realizar importantes reformas en la legislación laboral, concretamente recogidas en el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, ratificado como Ley.

Norma que limitó sustancialmente la intervención de la Administración Laboral en los ERE de extinción. Se produjo por este motivo, un altísimo volumen de despidos colectivos en nuestro país, y nos encontramos que la selección de los trabajadores, no ha sido en modo alguno pacífica, ni aun existiendo acuerdo en el periodo de consultas. Este hecho ha dado lugar a una importante doctrina jurisprudencial, que ha pasado por todos los más altos niveles posibles, TJUE, TC, TS, AN, TSJ, con importantes resoluciones, referidas a las mujeres embarazadas, a los trabajadores de mayor edad o a los trabajadores de la Administración Pública, y en las características procesales de las reclamaciones individuales. Situación que después de siete años de vigencia de la ley aún deparará nueva doctrina jurisprudencial.

La avalancha de despidos colectivos de trabajadores de más edad, en grandes empresas con beneficios, ha obligado al Estado a reaccionar, para poner límites, no eran admisibles las prácticas de las grandes empresas a costa del erario público.

La doctrina jurisprudencial, aún cambiante, ha marcado límites importantes a la discrecionalidad empresarial y al contenido de los posibles acuerdos en el periodo de consultas y prevemos que aún habrá nuevos pronunciamientos, sobre todo bajo el influjo de la legislación y jurisprudencia comunitaria.

2.-OBLIGACIONES EMPRESARIALES ESPECÍFICAS DURANTE LA TRAMITACION DEL DESPIDO COLECTIVO REFERIDAS A LOS CRITERIOS DE SELECCIÓN DE TRABAJADORES AFECTADOS.

El ET, en su art. 51.2 establece que en la comunicación de inicio del procedimiento de despido colectivo debe de figurar “el número y la clasificación profesional de los trabajadores afectados por el despido”, que complementa el art. 3.1 del RPDC, que establece que si afecta a varios centros de trabajo, la información ha de estar desglosada “por centro de trabajo y, en su caso, provincia y comunidad autónoma”. Y en la Directiva 1998/59/CE, art.2.2.v) solo exige manifestar “los criterios tenidos en cuenta para designar a los trabajadores que vayan a ser despedidos, si las legislaciones o practicas nacionales confieren competencias en tal sentido”.

Dos son por tanto las obligaciones que se imponen a la empresa, a saber: “la de fijar los criterios de selección de los trabajadores afectados por los despidos y la de explicar cómo se van a aplicar dichos criterios”.¹

Ciertamente, la Empresa no solo debe de acreditar la concurrencia de la causa, también ha de argumentar acerca de sus efectos sobre los contratos que pretende extinguir. “Y es aquí donde cobra especial protagonismo la identificación de los contratos afectados por el despido colectivo, y su ubicación funcional y territorial, puesto que si no se detallan estos extremos, difícilmente se podrá comprobar la pérdida de utilidad de estos contratos a raíz de la causa alegada por la empresa”.² Información que como señala la jurisprudencia, “tiene una finalidad evidente, cual es que los representantes de los trabajadores tengan conocimientos de los

¹ VIVERO SERRANO, J.B. “La designación de los trabajadores objeto de despido colectivo”, *AS*, núm., 7 2013, versión digital. pag.7.

² ROQUETA BUJ, REMEDIOS. (2015), “La selección de los trabajadores afectados por los despidos colectivos”. Ed. Tirant lo Blanch.Pag.29.

*términos de la afectación, en orden a estar en condiciones de discutir su justificación y proporcionalidad, y proponer alternativas”.*³

Una vez aportada la documentación, la misma, es objeto de negociación en el periodo de consultas, así *“el periodo de consultas tendrá por objeto llegar a un acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. La consulta deberá versar, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento, tales como medidas de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad”.*⁴

Y es en esta fase de consultas a los representantes de los trabajadores,” la que permitirá, que estos, puedan exponer sus opiniones favorables o adversas sobre los criterios propuestos por la empresa para la selección de los trabajadores y, en su caso, proponer otros alternativos”.⁵

En cuanto a los límites que ha de tener presente el empresario en la determinación de los criterios de selección de los trabajadores, la jurisprudencia los establece claramente, *“Los límites que se ponen a la empresa, y que determinan el ámbito de extensión de sus facultades directivas son los siguientes: a) límites constitucionales, derivados en general de la prohibición de discriminación, por cualquier causa que sea; b) límites legales, establecidos por el art. 51.7 ET, en el sentido de que los representantes de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa; c) límites en su caso pactados en los Convenios Colectivos correspondientes; d) límites pactados con los representantes colectivos de los trabajadores en el período de consultas, o en su caso fijados por la Resolución de la Autoridad Laboral en la resolución. En sustancia, todas las fuentes de la relación laboral establecidas en el art. 3 ET pueden aportar límites aplicables a la facultad de dirección empresarial, en materia de elección de trabajadores afectados por el ERE”.*⁶

Siendo relevante, que la determinación de los criterios sean lo suficientemente precisos, la jurisprudencia *“ha dado validez a criterios generales si los mismos tenían relación de causalidad con las causas alegadas por la empresa”.*⁷

³ SAN de 8 de julio 2013. Proc.núm.180/2013.

⁴ RD 1483/2012. RPDC, art. 7.

⁵ RODRIGUEZ PIÑERO, M. *“La selección de los trabajadores afectados por un expediente de regulación de empleo y su control (I) Relaciones Laborales 1989, versión digital* pags.32 y 33.

⁶ STSJ de Cataluña de 1 de febrero de 2007, Rec. 7587/2006.

⁷ STSJ de Castilla y León de 17 de julio 2013. Rec.1183/2013, afirma que el caso de despidos fundados en causa económica genérica que afecte a la empresa en general *“la relación de causalidad entre la causa económica y el*

En el supuesto de que los criterios aportados por la Empresa, no fuesen modificados en el periodo de consulta, y finalizase la negociación, dichos criterios son vinculantes para la empresa.

2.1- Unidad de referencia para la selección de los trabajadores afectados.

Es el empresario quien tiene libertad para determinar en el despido colectivo, si el mismo afecta a un centro de trabajo o a la totalidad de la empresa, en todo caso, teniendo en cuenta que la afectación en un sentido u otro, cumple con las causas establecidas legalmente.

Ahora bien, el ET en su art. 51, establece como única referencia la empresa, como marco de referencia para el cómputo de los trabajadores afectados por el despido colectivo, omite toda referencia al centro de trabajo. Lo cual podía permitir que la empresa utilizase, como alternativa, el mecanismo de vía de despidos objetivos individuales, en diferentes centros de trabajo, evitando su cómputo, para evitar la aplicación del despido colectivo. Sin embargo el RPDC, del año 2012, si introduce la afectación del despido colectivo al centro de trabajo.

Y ha sido la jurisprudencia comunitaria, en las SSTJUE de 30 de abril de 2015 (C-80/2014, asunto "Wilson "), y las dos de 13 de mayo de 2015 (C-392/13 , asunto "Rabal Cañas"- y C-182/13 , asunto "Lyttle"), la que en dichos casos, ha venido a considerar más ajustada la referencia a un único centro de trabajo, que a la empresa, pues el primero garantizaba el efecto útil que se establece en la Directiva 98/59/CE.

Nuestro Tribunal Supremo, ha recogido esta tesis, modificando su doctrina anterior, en su **STS de 17 de octubre de 2016**. Rec.36/2016 en la que se pronuncia sobre las siguientes cuestiones:

1º) si las citadas sentencias del TJUE obligan a considerar que la regulación del art. 51.1º ET es contraria a la Directiva 98/59 en situaciones singulares como las del presente supuesto, en las que debiere adoptarse como unidad física de referencia de los despidos colectivos al centro de trabajo y no la totalidad de la empresa; y resuelve: que el art. 51.1º ET ignora el elemento locativo al que se circunscribe la unidad física de referencia del despido colectivo, que la Directiva residencia en el centro de trabajo, para extenderlo al

despido se establece con carácter general respecto del conjunto de la plantilla de la empresa, por lo que no son precisos criterios demasiado específicos para poder controlar tal relación de causalidad, bastando con que se establezcan criterios que permitan controlar la ausencia de discriminación o diferenciaciones por motivos ilícitos”.

marco global de la empresa en su conjunto " Por consiguiente, infringe el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 98/59; una normativa nacional, que introduce como única unidad de referencia la empresa y no el centro de trabajo, cuando la aplicación de dicho criterio conlleva obstaculizar el procedimiento de información y consulta establecido en los artículos 2 a 4 de esta Directiva, siendo así que, si se utilizase como unidad de referencia el centro de trabajo, los despidos de que se trata deberían calificarse de «despido colectivo» a la luz de la definición que figura en el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de dicha Directiva.

2º) en caso afirmativo, establecer entonces las circunstancias y características que conforme a las previsiones del art. 1.1º de la Directiva debe reunir el centro de trabajo a efectos del despido colectivo. Y resuelve: el TJUE a “efectos de la aplicación de la Directiva 98/59, puede constituir concretamente un «centro de trabajo», en el marco de una empresa, una entidad diferenciada, que tenga cierta permanencia y estabilidad, que esté adscrita a la ejecución de una o varias tareas determinadas y que disponga de un conjunto de trabajadores, así como de medios técnicos y un grado de estructura organizativa que le permita llevar a cabo esas tareas ", apartado 49 sentencia Wilson, en remisión al apartado 27 sentencia asunto Athinaiki Chartopoiia.

3º) Decidir finalmente si cabe la posibilidad de aplicar nuestra legislación interna conforme a la regulación de la Directiva, para concluir, que en estas especiales circunstancias debe ser el centro de trabajo la unidad de referencia en el cómputo de los umbrales que distinguen el despido colectivo del objetivo, completando en tal sentido el pronunciamiento de nuestra sentencia de 18 de marzo de 2009 (Rec. 1878/2008); o bien por el contrario, que no hay margen para esa interpretación y debe estarse a la regulación literal del art. 51.1º ET , en tanto el legislador no proceda a su modificación.

Conforme a la Directiva 98/59 y desde la perspectiva puramente cuantitativa, solo puede aplicarse la normativa del despido colectivo en los centros de trabajo que empleen habitualmente más de 20 trabajadores, descartando la posibilidad de extender estas garantías a aquellos en los que presten servicios un número inferior.

En conclusión, siempre que el centro de trabajo lo conformen más de 20 trabajadores, este puede ser unidad de referencia para el despido colectivo.

El empresario debe de determinar, una vez concretado el ámbito de afectación, en el despido colectivo, el número y la clasificación profesional de los trabajadores afectados, desglosados por centros, provincias y Comunidades Autónomas. “Y a falta de un acuerdo con la representación legal de los trabajadores en el periodo de consultas, que autorice

expresamente al empresario a rebasar el perímetro en el que debe efectuarse la selección, la empresa deberá circunscribirse al mismo y, en función de la índole de la causa, al marco específico en el que incide”.⁸ “Por otra parte, concurriendo circunstancias objetivas debidamente justificadas, podrán otorgar al empresario la libertad, por ejemplo, para rebasar los centros de trabajo y alcanzar la provincia, si bien esta posibilidad deberá estar expresamente prevista en el acuerdo de consultas”.⁹ Como indica la STSJ de Galicia de 31 de marzo 2014. Rec. Núm. 4478/2013 que indica que los ERE no están pensados para sustituir a los trabajadores ubicados en los centros de trabajo afectados por otros pertenecientes a centros de trabajo no afectados, sino para solucionar las situaciones de crisis reales y duraderas.

2.2.- Prohibiciones de discriminación

La libertad empresarial para la fijación de los criterios de selección de los trabajadores en el despido colectivo, está sujeta a límites, pues deben de respetarse en todo caso, los derechos fundamentales, lo que incluye las prohibiciones de trato discriminatorio.

En cuanto a la definición de discriminación, tiene un carácter abierto en nuestra legislación, que sigue la fórmula del Derecho Internacional, recogida en las Declaraciones o Convenios (Declaración Universal de Derechos Humanos, Convenio Europeo de Derechos Humanos...), que tras la enumeración de diversas causas de discriminación, incluyen una cláusula abierta que se refiere a “cualquier otra condición” o “cualquier otra condición social”.

Las causas que en nuestra legislación devienen en discriminatorias, vienen reguladas en la Constitución Española, que enumera en el art.14, los factores de exclusión prohibidos y añade una cláusula abierta: *“los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*. Y en la legislación ordinaria, se regulan las prohibiciones de discriminación en el ET en los arts. 4.2.c *“En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho: c) A no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social,*

⁸ ROQUETA BUJ, REMEDIOS. (2015), *“La selección de los trabajadores afectados por los despidos colectivos”*. Ed. Tirant lo Blanch. Pag.61.

⁹ *SJS núm.33 de Barcelona de 10 de septiembre 2014* (Proc. Núm. 32/2014) y ROQUETA BUJ, REMEDIOS. (2015), *“La selección.....Pag.50.*

religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español” y 17.1 “se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad o discapacidad o a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación o condición sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa y lengua dentro del Estado español”.

Sin embargo, al no ser la redacción del art. 14 de la CE cerrada, y englobar como supuestos de discriminación “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, ha sido la doctrina constitucional y jurisprudencial, la que ha definido supuestos concretos en función de las circunstancias que han permitido apreciar la discriminación.¹⁰

Cabría añadir a las anteriores, como causas de discriminación, las expuestas en el art. 55.5 Estatuto de los trabajadores (entre otras: las trabajadoras embarazadas, quienes gozan de una reducción de jornada por cuidado de un hijo hasta que éste cumpla 12 años. Ver muy completa la STS.)¹¹

El TC se ha pronunciado en numerosas sentencias sobre al alcance y contenido del derecho de igualdad, como elemento determinante en la apreciación de la discriminación, siendo muy ilustrativa la STC 104/2004, de 28 de junio, el principio de igualdad “ no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan solo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues como regla general, el principio de igualdad exige que a

¹⁰ Existen numerosos ejemplos de nulidad por discriminación por razón de sexo (TC 92/2008; STS 17-10-08, Rec 1957/07; 17-3-09, Rec 2251/08 y 30-4-09, Rec 2428/08), por afiliación sindical (STC 48/2002, por cierto para un supuesto en el que el Ayuntamiento hace una reestructuración y no adopta criterios objetivos y ni explica cuáles son, pero que termina por afectar a una mayoría de afiliados a un determinado sindicato; STSJ Cataluña 5-5-11, STSJ P. Vasco 4-9-12, a. 6/12 y 9-10-2012, a. 13/12), vulneración del derecho de huelga (STSJ País Vasco 4-9-12, a. 6/12) o por ser en realidad una represalia por el ejercicio de acciones judiciales (STSJ Asturias 30-10-12, Rec. 2315).

¹¹ STS Sala 4ª de 20 julio de 2018. Rec. 2708/2016.

iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda a la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable”. Lo que prohíbe el principio de igualdad “*son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, de valor generalmente aceptado*”. También es necesario para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que “*las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos*”. En definitiva, el principio de igualdad, en sede constitucional “no solo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también, que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida”.¹²

Respecto a la exigencia que incumbe a la empresa,¹³ a quien se le imputa la vulneración de un derecho fundamental, ha de acreditar que concurren causas objetivas que justifican la medida adoptada, y en dicho sentido la STC 111/2003, de 15 de junio, que establece: “*Una vez cubierto este inexcusable presupuesto y como segundo elemento, recae sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación obedeció a causas reales y objetivas absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente para fundar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios (STC 30/2002, de 11 de febrero): sin que ello suponga situar al demandado ante la prueba diabólica de un hecho negativo, como es la inexistencia de un móvil lesivo de derechos fundamentales (SSTC 140/1999, de 22 de julio ; 29/2000, de 31 de enero . Se trata, pues, de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales, que debe llevar al juzgador a la convicción de que las causas alegadas motivaron la decisión de forma razonable y ajena a todo propósito atentatorio al derecho fundamental (SSTC 202/1997, de 25 de noviembre, y 48/2002, de 25 de febrero)*”.

Y en esa línea, el TS considera, que aun cuando el despido colectivo finalizase con acuerdo y un listado de trabajadores incluidos, en la medida extintiva “ es exigible que el empresario concrete los criterios tenidos en cuenta para la determinación de los trabajadores afectados por el despido, no siendo suficiente una mera relación nominal, ya que entre los mismos se encuentra la actora, que tenía reducida la jornada de trabajo por cuidado de un hijo y se encontraba embarazada en el momento del despido, por lo que ha

¹² ROQUETA BUJ, REMEDIOS. (2015), “*La selección de los trabajadores afectados por los despidos colectivos*”. Ed. Tirant lo Blanch. Pag.51 y 52.

¹³ STS de 14 de enero de 2015, Rec. 104/2014.

de atenderse al derecho a la no discriminación por razón de sexo, proclamada en el artículo 14 de la Constitución para resolver la cuestión planteada. Concluye poniendo de relieve que a la parte demandada le incumbe la carga de probar que su actuación obedece a causas reales y objetivas, absolutamente extrañas a la vulneración de derechos fundamentales (STC 111/2003, de 15 de junio), por lo que el demandado debió acreditar que la decisión extintiva era idónea, razonable y proporcionada, debiendo justificar qué criterio había seguido para la extinción del contrato”.¹⁴

Las prohibiciones de discriminación, “obligan a las partes negociadoras a la hora de delimitar los criterios de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo, lo que alcanza tanto al periodo de consultas, como a los convenios colectivos que en su contenido están limitados por los derechos fundamentales y libertades públicas de los trabajadores, singularmente por los principios de no discriminación e igualdad”.¹⁵ Eficacia de los acuerdos de consultas que refrenda la jurisprudencia del TS.¹⁶

Para corroborar si los criterios que se acuerdan en el periodo de consultas cumplen el principio de igualdad,” se ha de realizar el siguiente análisis; en primer lugar si son objetivos y razonables y coherentes con las causas del despido, y en segundo lugar si se pondera la proporcionalidad “aceptándose solamente aquellas desigualdades en las que exista una adecuación entre los fines perseguidos y los resultados gravosos producidos a los afectados”, esto es, que exista proporcionalidad entre el criterio de selección y el resultado que se produce, y de existir subjetividad, esta debe ser razonada y basarse en criterios previamente establecidos, apoyados en la realidad fáctica y no solamente en juicios de valor, ajustándose a estos criterios se elimina la arbitrariedad, sin que exista indefensión para el trabajador afectado”.¹⁷

Como hemos apuntado, la redacción abierta de la CE, permite la construcción de supuestos concretos de discriminación; así encontramos que por STC 26/2011, crea como

¹⁴ STS Sala 4ª de 20 julio de 2018. Rec. 2708/2016.

¹⁵ ROQUETA BUJ, REMEDIOS. (2015), “La selección de los trabajadores afectados por los despidos colectivos”. Ed. Tirant lo Blanch.Pag.51.

¹⁶ STS de 2 de junio 2014. Rec.2534/2013 que afirma” el acuerdo logrado en el marco de un ERE y fruto de la negociación colectiva, tiene análoga eficacia a lo acordado en Convenio Colectivo; los pactos son claros y contienen todos los elementos necesarios para vincular a las partes, según el art. 1261 del CC .Los pactos alcanzan y vinculan a todos los trabajadores y empresas en el amito de aplicación de dichos acuerdos y durante todo el tiempo de su vigencia.

¹⁷ ROQUETA BUJ, REMEDIOS. (2015), “La selección de los trabajadores afectados por los despidos colectivos”. Ed. Tirant lo Blanch.Pag.54, 55 y56.

causa de discriminación “las responsabilidades familiares” en un supuesto de reclamación de un trabajador varón en un cambio de horarios de trabajo para atender a sus hijos pequeños.

Y otro ejemplo, la STS de 27 de enero de 2016. Rec. 1435/2015., plasma la STC de 2 de diciembre de 2013, la Sentencia de la Sala de lo Social de 23 de enero de 2006 que la discusión gira sobre el régimen de indemnización previsto en el controvertido plan de prejubilación acordado en el ERE, mas entiende este Tribunal, que ello no significa que la Sala de instancia hubiere entendido existente una discriminación por razón del régimen de afiliación a la Seguridad Social, sino que la discriminación tiene su amparo en la discriminación sufrida por trabajadores de la misma edad por la sola razón que mientras unos pueden jubilarse anticipadamente a edad más temprana otros, entre ellos el recurrente, reciben un tratamiento distinto.

La realidad jurisprudencial, “puede analizarse desde un triple análisis, según si los factores de discriminación se aprecian en la delimitación del ámbito de la causa de despido; en los criterios de selección, esta puede ser directa (ej., la introducción del criterio de edad, STC 66/2015, que se analizará posteriormente) o indirecta (ej., incluir mayoritariamente mujeres); o en la elección de a quienes se despide, que estaríamos ante una discriminación directa pero oculta en la medida que en los criterios discriminatorios existen, pero no se encuentran especificados como tales en los criterios que ha aportado el empresario”.¹⁸

Como conclusión, y como acertadamente recoge la jurisprudencia, “ con carácter general debe admitirse cierta libertad decisoria por parte de la empresa al seleccionar trabajadores afectados por el despido colectivo, en cuanto que no es sino otra manifestación más del poder dirección y organización que corresponde al empresario; pero, a su vez, el ejercicio de tal poder de dirección se encuentra sujeto a límites, que establece de forma expresa el ordenamiento jurídico laboral, como es la exigencia de que la decisión de la empresa respete en todo caso los derechos fundamentales y libertades públicas de los trabajadores de la plantilla, incluyendo la prohibición de trato discriminatorio. En este sentido, se ha podido mantener que la decisión de la empresa en la selección de los trabajadores debe fundamentarse en criterios de razonabilidad y ser coherentes con los fines buscados, no pudiéndose admitir una designación que sea caprichosa o arbitraria. y en

¹⁸ casesdedret.es/articulo.php?art=724

Discriminación y lesión de derechos fundamentales en despidos objetivos - ERES - José Fco. Villanueva Castillo: 17/06/2016.

todo caso, la propia decisión empresarial de seleccionar a los trabajadores afectados por el despido se encuentra sometida a lo que podemos denominar límites generales aplicables al ejercicio de cualquier derecho, como es la ausencia de fraude de ley y de abuso de derecho”.¹⁹

2.3.- Límites en los criterios de selección de los afectados.

La selección de los trabajadores afectados por un despido colectivo, “constituye una facultad del empresario que, aunque inscrita en sus poderes de organización, debe ejercerse respetando la preferencia legal de los representantes de los trabajadores, las garantías que el ordenamiento jurídico otorga a los trabajadores en general, y los condicionantes establecidos en el convenio colectivo o en el acuerdo alcanzado durante el período de consultas, sin que en ningún caso pueda incurrirse en fraude de ley o abuso de derecho, y sin que la actuación empresarial pueda estar guiada por móviles discriminatorios”.²⁰ Cabría añadir, a estos límites legales o fruto de la negociación, aquellos que ha surgido de la interpretación de los tribunales en sus diferentes instancias alcanzando no solo el TS, y el TC, sino también el TJUE, que está consolidando una jurisprudencia interesante, en la interpretación de nuestra legislación.

2.3.1.- Prioridades de permanencia de los representantes legales y servicios propios de prevención.

Los colectivos que gozan de garantías legales, en relación a la extinción de su relación laboral, son los representantes de los trabajadores, que viene regulado en artículo 51.5 y 68.b. del TRLET. La razón de esta protección, obedece a una finalidad garantista ante posibles represalias empresariales por el desempeño de su labor como representante, por lo que hacen, o por lo que pudieran hacer, en defensa del interés colectivo de los trabajadores. No puede considerarse por ello que la ley les concede un privilegio, sino que es una medida para garantizar su función en la empresa. La expresión representantes de los trabajadores, incluye a los representantes unitarios de

¹⁹ STSJ de Navarra de 24 de junio 2013, Rec.106/2012.

²⁰ STC 66/2015, de 13 de abril.

los trabajadores, a los delegados sindicales y a los delegados de prevención, regulados en:

A) El art. 68.b) del ET que regula las garantías de la RL'T “*que los miembros del comité de empresa y los delegados de personal, como representantes legales de los trabajadores, tendrán, a salvo de lo que se disponga en los convenios colectivos, la garantía de prioridad de permanencia en la empresa o centro de trabajo respecto de los demás trabajadores, en los supuestos de suspensión o extinción por causas tecnológicas o económicas*”. Y en el artículo 51.5, se dispone esta misma garantía se extiende para los supuestos de despidos colectivos.

B) En el artículo 10.3 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, para “*los delegados sindicales, en el supuesto de que no formen parte del comité de empresa*”.

C) Y a los Delegados de prevención en la Empresa “*lo previsto en el artículo 68 del Estatuto de los Trabajadores en materia de garantías será de aplicación a los Delegados de Prevención en su condición de representantes de los trabajadores*”, en el art.37.1 Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales; garantía que se extiende conforme lo preceptuado en el art. 30 de la citada norma a todos los miembros del servicio de prevención, incluidos los trabajadores designados por el empresario para estos fines.

En todo caso, la prioridad legal establecida a favor de los representantes legales de los trabajadores en despidos colectivos, “*es imperativa y no disponible por la autonomía colectiva, y por consiguiente, debe prevalecer sobre las que puedan arbitrar los convenios colectivos y acuerdos de consultas a favor de otros colectivos de trabajadores en la empresa*”.²¹

En conclusión, esta garantía opera “*ex lege*”, exista o no acuerdo, en el periodo de consultas, y no es necesaria su mención en los criterios de selección; si no se mantiene esta garantía los despidos de estos trabajadores serán nulos.

En cuanto al ámbito donde opera esta garantía, la ley menciona la empresa o el centro de trabajo, lógicamente será donde se encuentre el ámbito de representación o funciones de los referidos representantes, si es toda la empresa será esta, y si es el centro de

²¹ ESCUDERO RODRIGUEZ, RICARDO. *La Negociación Colectiva en los expedientes de regulación de empleo. Comisión consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Subdirección General de la Información Administrativa y Publicaciones*.RET. 12-2.319.

trabajo se limitará a este, “salvo que perteneciendo a un centro de trabajo, se negocie a nivel de empresa, criterio recogido por la jurisprudencia”.²²

El ejercicio de esta garantía, ha venido siendo considerada en un amplio sentido por la jurisprudencia, que entiende que *“pueda ejercerse cuando es posible hacerlo efectivo acudiendo a la movilidad de puestos de trabajo, siempre que exista idoneidad del titular del derecho de prioridad de permanencia para obtener una ocupación efectiva mediante el ejercicio de las funciones correspondientes”*.²³

En consecuencia, esta garantía de permanencia se aplica, no solamente cuando hay identidad o equivalencia de puesto de trabajo o grupo profesional, sino también, en aquellos supuestos en los que existiendo una homogeneidad de los puestos de trabajo, sin embargo, si puede ser desempeñado por el representante de los trabajadores, lo que evidencia que en la aplicación de los criterios de selección, antes de que puedan afectar a un representante han de valorarse si en la empresa o centro de trabajo, realmente no existe reubicación posible que se ajuste a sus capacidades o titulaciones necesarias. El TS ha señalado que, *“dado el carácter de derecho fundamental que se le atribuye a la libertad sindical, la prioridad de permanencia (como garantía del ejercicio de esta libertad) pueda hacerse efectiva trasladando al representante legal a otro puesto de trabajo, siempre que esté capacitado para desempeñarlo”*.²⁴

Esta garantía de los representantes, puede ser ampliada por Convenio colectivo, para un periodo posterior a la finalización de su mandato, así lo ha reconocido el TC en recientes sentencias,²⁵ “al remarcar, que se ha restringido de forma injustificada este derecho fundamental, y también del propio derecho a la negociación colectiva y de la

²² STS de 30 de noviembre 2005 Rec.1439/2004. STJ de Castilla y León de 27 de abril 2011 Rec. 501/2011.

²³ SSTs (CA) de 6 de mayo de 2003 (Rec. núm. 7034/1998) y 4 de mayo de 2004 (Rec. núm. 3687/2001); SAN de 12 de junio de 2013, N° 2167/2013, núm. 143/2013; y STSJ de Castilla y León de 15 de febrero de 1994 (Rec. núm. 117/1994).

²⁴ STS Sala de lo Contencioso 4/5/04 Rec. N° 3687/2001.

²⁵ STC de 12 de noviembre 2018, n°123/2018. Rec. Rec 6331/2016 y STC de 17 de septiembre n°95/2018, Rec. 4618/2017. En la primera de ellas el último párrafo del fundamento de derecho tercero, que “no solo se discute la eventual infracción del derecho de libertad sindical (art. 28.1 CE) por la falta de reconocimiento de la garantía de prioridad de permanencia de los representantes legales de los trabajadores en caso de despido colectivo. También, en definitiva, la propia aplicación y eficacia del convenio colectivo que ha mejorado el contenido legal [art. 68 b) LET] de la referida garantía como consecuencia del ejercicio del derecho a la negociación colectiva (art. 37.1 CE), que forma parte del contenido esencial de la libertad sindical, cuando de sindicatos y representantes sindicales se trata”.

fuerza vinculante de los convenios colectivos, derechos que forman parte del contenido esencial de la libertad sindical”.

En consecuencia, para que se pudiese incluir algún trabajador, con las garantías mencionadas, de conformidad con el art. 13.3 del RPDC, la empresa, “*deberá justificar en la decisión final de despido colectivo a que se refiere el artículo 12, la afectación de los trabajadores con prioridad de permanencia en la empresa*”. Y “la empresa está obligada a justificar específicamente la afectación de los representantes de los trabajadores en la decisión final de despido colectivo”.²⁶

De este modo, la empresa está obligada a “justificar la afectación de los representantes de los trabajadores en la decisión final, aduciendo a tales efectos la concurrencia de razones organizativas o productivas de entidad, que justifiquen la exclusión de aquel derecho, por ejemplo, que se trata de justificar, como exigencia razonable que el trabajador que ostenta un determinado puesto de trabajo de un concreto grupo o categoría profesional, los motivos por los cuales no se puede reconocer la indicada prioridad, o la falta de idoneidad para el desempeño de otro puesto de trabajo con funciones análogas a las suyas o para desempeñar funciones similares a las que cubren otros trabajadores de la empresa o centro de trabajo. Esta acreditación no es suficiente cuando se apoya en una argumentación “a priori”, fundada en la imposibilidad en abstracto de respetar el derecho de prioridad, o basada en principios generales de orden jurídico o económico, sino que se requiere una justificación que considere de manera convincente y concreta las circunstancias y la situación particular de la empresa y de su organización para demostrar que no es posible dar efectividad al expresado derecho. Y esta obligación empresarial, por disposición del art.13.3 del Reglamento, rige en todos los casos en que se vaya a despedir a un representante de los trabajadores”.²⁷

Pero esta garantía no es ilimitada ni un derecho absoluto a todos los supuestos que pueden producirse, es una prioridad de permanencia, lo que se garantiza frente al resto de trabajadores afectados, y en esta casuística, la jurisprudencia ha establecido excepciones y concreciones:

²⁶ STSJ de Asturias de 20 de junio de 2014. Rec. núm. 15/2014.

²⁷ ROQUETA BUJ, REMEDIOS. *La Selección de los trabajadores afectados por los despidos colectivos*. Editorial Tirant lo Blanch. Pag.78 y 79.

1.- “La prioridad sólo opera frente a los trabajadores de la misma categoría o grupo laboral al que pertenezca el representante legal de los trabajadores”.²⁸

“El TS ha venido entendiendo, que “no puede mantenerse la permanencia frente aquellos trabajadores de distinta cualificación cuya permanencia resulte conveniente para la subsistencia de la empresa, puesto que ello significaría menoscabar o eliminar la eficacia de las medidas tecnológicas, económicas u organizativas, manteniendo la subsistencia de relaciones laborales con trabajadores inidóneos para desempeñarlas”.²⁹

O ”cuando los puestos que se mantienen en la empresa no son funcionalmente equivalentes a los de los representantes de los trabajadores”.³⁰

Y la muy ilustrativa STSJ de Asturias de 16/11/2012 Rec: 2065/2012, estableciendo que la *“prioridad que dicha representatividad pueda llevar al absurdo de mantener en la empresa a una trabajadora cuyas funciones desaparecen, ya que aquel derecho prioritario a la permanencia como representante de los trabajadores no obliga a la empresa ni a crear un puesto de trabajo acorde con su categoría profesional ni a atribuirle funciones que constituyen una modificación sustancial de sus condiciones de trabajo”*.

Como resumen, la sentencia del TSJ DE Extremadura de 12 de febrero de 2015, *“como es bien sabido, el derecho o prioridad de permanencia de un miembro del Comité de empresa, como representante de los trabajadores, como es el caso, no es factible si no existe otro u otros trabajadores de similares características funcionales respecto del cual se ejerce aquella prioridad, siendo lo normal y salvo supuestos extremos, como sería el caso de desaparición de toda la plantilla de trabajadores, es que ese derecho prioritario de permanencia se ejercite siempre frente a algún otro trabajador, como ocurre en el supuesto de autos. Se trata por tanto con la efectividad de la prioridad en cuestión de una evidente discriminación positiva sustentada y autorizada legalmente. Significa por tanto la prioridad en la permanencia en la empresa que cuando en la misma exista otro puesto de trabajo idóneo a las aptitudes y categoría profesional, debe permanecer este trabajador en el puesto en perjuicio o detrimento de otro trabajador”*.

²⁸ STSJ de La Rioja de 26 de octubre de 2010. Rec. 274/2010. *“al no haber sido posible su recolocación en un puesto de trabajo de funcionamiento equivalente que resultase intercambiable, ni en el centro de trabajo en el que ejercía sus funciones representativas, ni tampoco en el de Pamplona por haberse asignado los dos únicos puestos de trabajo que quedaron vacantes a los que podía ser destinado por movilidad funcional a otros dos representantes de los trabajadores,*

²⁹ STSJ de Aragón de 9/06/2009.

³⁰ STSJ de Cataluña de 28 de junio de 2011. Rec.núm.1114/2011.

2.- La prioridad se aplica en todo el ámbito al que se extienda la capacidad de representación del afectado, si se entiende que es la empresa en su totalidad, este será el ámbito, pero si ha sido elegido para un solo centro de trabajo, la prioridad sólo rige en dicho centro y no en toda la empresa. Es decir, “la conservación del puesto de trabajo que resulta de la aplicación de la preferencia se extiende a la empresa o al centro de trabajo y éste será en principio el ámbito de afectación, aunque esta mención alternativa - empresa, centro de trabajo- juega como una referencia a la conexión entre la garantía y el ámbito de la representación del trabajador, de forma que si éste se extiende a la empresa dentro de ésta deberá operar la garantía, mientras que si se trata del centro de trabajo tendrá que limitarse a éste”.³¹

3.- “Cuando desaparezcan todos los puestos de trabajo de la empresa o centro de trabajo”,³² o “que afecte a toda una línea de producción”.³³

4.- La condición de representante de los trabajadores ha de ostentarse en el momento de la extinción del contrato, por tanto, si no fuese representante durante el proceso de consultas, pero si hubiese sido elegido no en el momento del despido así lo entiende el TS en sentencia de 11 de octubre de 1989.Rj 7465 *“ocurre que los actores han sido elegidos representantes de los trabajadores, no ofrece duda que en ese segundo momento disfrutaban ya de pleno derecho de las garantías inherentes a tales nombramientos o designaciones, como depositarios de una voluntad colectiva que les ha investido de unas facultades representativas y de las prerrogativas que éstas llevan aneja, voluntad que se vería frustrada si estas últimas no fuesen reconocidas; sin que ello suponga en modo alguno aplicación retroactiva de los preceptos que las establecen, dado que éstos se aplican precisamente en el momento en que se lleva a efecto la extinción o suspensión de la relación laboral”*.

5.- La garantía de los representantes, solamente es efectiva durante su mandato, no tiene prórroga, y es posible el ampliar esta garantía en el convenio colectivo según se dispone en el precitado art. 68 del ET.

6.- Aún cuando La ley 35/2010, prevé que en las negociaciones puedan participar una comisión designada por los trabajadores con facultades equivalentes a los representantes legales, estos no gozan de las garantías de dichos representantes, es decir, estos trabajadores escogidos no tienen un reconocimiento legal de garantías, y estarán afectados por tanto por los criterios de selección establecidos.

³¹ STSJ de Castilla y León de 29 de junio 2011, Rec 3581/2011, y STS de 30 de noviembre 2005, Rec.1439/2004.

³² STS de 19 de febrero de 2014, Rec. Núm. 45/2013.

³³ STSJ CyL de 16 de marzo 2016 Rec. 1915/2015, y STSJ CyL de 9 de diciembre 2015 Rec1751/2015.

7.- La jurisprudencia igualmente ha acotado las garantías establecidas para los integrantes de los servicios de prevención de la empresa, y así nos encontramos varios supuestos, “las garantías alcanzan, tanto al técnico de prevención del servicio propio de prevención constituido”,³⁴ “como al trabajador designado por la empresa para ocuparse de la actividad de prevención, pues formaba parte del Comité de Seguridad y Salud en representación de la empresa,³⁵ incluidos los técnicos de prevención de los servicios mancomunados”.³⁶

2.3.2.-Prioridad de permanencia de los trabajadores fijos de las Administraciones Públicas. Cuestiones críticas en los procesos de selección de trabajadores afectados en el sector público.

La Ley 3/2012 de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, incluye la posibilidad de acometer despidos colectivos en el ámbito de las Administraciones públicas, con una regulación específica en la Disposición Adicional Vigésima, indicando que el despido del personal laboral del sector público se efectuará conforme a lo dispuesto en los artículos 51 y 52.c) del ET y sus normas de desarrollo. Hoy situada como DA decimosexta del la Ley 2/2015 del ET.³⁷

³⁴ STSJ de Madrid de 25 de abril de 2014 nº 4430/2014. Rec. 123/2014.

³⁵ STSJ de Galicia Sede Coruña de 23 de julio de 2014 N° de Rec. 1825/2014.

³⁶ STSJ de Madrid de 25 de abril de 2014 nº 1833/2016. Rec. 845/2015.

³⁷ *Disposición adicional decimosexta. Aplicación del despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción 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 artículo 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 artículos 51 y 52.c) de la presente ley 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, entendiéndose como tales, a los entes, organismos y entidades a que se refiere el artículo 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*

Por tanto, “la regulación del despido colectivo para el sector público, se recoge conjuntamente con la regulación para el sector privado, si bien, ajustando el procedimiento con disposiciones específicas a la medida de sus particularidades”.³⁸

Por un lado, una parte importante del sector público, aquel que no es administrativo, se regirá por las mismas normas ordenadoras de los despidos colectivos en el sector privado. “Según el artículo 34.3 RDC, en los casos de despido colectivo del personal laboral al servicio de los entes, organismos y entidades que, formando parte del sector público, no tenga la consideración de Administraciones Públicas el procedimiento aplicable será el contenido en el Título I, el que se aplica al sector privado”.³⁹

La conclusión, es que la DA 16ª del ET termina instaurando, una triple posibilidad en las normas aplicables según el ámbito que tengan los despidos, es decir, 1) para el sector privado; 2) para el sector público que queda fuera del ámbito estrictamente administrativo; 3) para el caso de que se lleve a cabo en el seno de las Administraciones públicas. Y dentro de estas últimas aún cabe hacer una división, pues en los arts. 34 y siguientes del RD 1483/2012, en especial en su art. 36.b., se distinguirán las normas y requisitos aplicables según se trate de Administración mayor o menor, en el sentido de que en las primeras el ámbito de referencia será el del Departamento Ministerial o la Consejería, mientras en la Administración Local será la propia entidad. En este supuesto, habrá que ver si la selección se ha realizado de forma genérica o para un concreto Departamento o Consejería, a los efectos de si el despido debe extenderse a la totalidad de la administración Estatal o Autonómica o centrarse en el Órgano convocante de la selección.

En la Administración Pública se engloba, “tanto la administración General, como la Autonómica y Local, que incluye organismos y entidades públicas que se rigen por el derecho privado y de ella dependientes, formando parte de las mismas, tanto los

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.

³⁸ GARCIA MUÑOZ, MANUEL, 2013, *Despido colectivo por causas económicas en la Administración Local. Revista Doctrinal Aranzadi Social volumen 6 nº5. Versión digital, documento Westlaw, BIB 2013/1687.*

³⁹ RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, MIGUEL, (2015) *La tramitación de los despidos colectivos en el sector Público Administrativo. Revista Jurídica de castilla y León. N.º 37. Septiembre 2015. Pág. 7.*

funcionarios públicos, como los contratados en régimen laboral, incluyendo organismos y entidades públicas que se rigen por el derecho privado”.⁴⁰

Al introducir en el ET, esta primera regulación expresa de la aplicabilidad del despido colectivo en el Sector Público, que incluye no ya a las Sociedades Mercantiles y Fundaciones del sector público, que por regirse por el ordenamiento jurídico privado no suscitaban dudas en cuanto a su capacidad para efectuar despidos objetivos, sino a la denominada Administración «pura», Administración Pública, Organismos Autónomos, Entidades Públicas Empresariales y cuantas entidades cita el art. 3.1 TRLCS.

En el sector público existe dos colectivos con diferente régimen, por un lado los funcionarios de carrera con su estatuto y por otro el personal laboral sujeto a la legislación laboral. Sin embargo, a efectos procedimentales “la norma distingue dos situaciones distintas, por un lado, la situación del personal laboral al servicio de los entes, organismos y entidades que no tengan la consideración de Administración Pública que comparten con las empresas privadas la regulación ordinaria”,⁴¹ y por otro lado,” la de los restantes supuestos que forman parte del sector público y que cuentan con una regulación “ad hoc”.⁴²

Como hemos visto, la legislación laboral no establece criterios de selección para los supuestos de despidos colectivos, solamente se establecen prioridades de permanencia, para los representantes legales y servicios de prevención que han de entenderse que prevalecerá sobre el personal laboral fijo, a las que se añaden las que estén previstas en el convenio colectivo aplicable, o se negocien en el periodo de consultas, que en ningún caso pueden eliminar o reducir la garantía de permanencia del personal laboral fijo.

⁴⁰ En este sentido, el Real Decreto Legislativo 5/2015, de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público en su artículo 8 establece “que son empleados públicos quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales diferenciando cuatro categorías dentro de ellos: los funcionarios de carrera, funcionarios interinos, el personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal y el personal eventual.

⁴¹ Por tanto, se excluyen las entidades públicas empresariales estatales y los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y Entidades locales, así como los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Consejo General del Poder Judicial, del Tribunal, del Tribunal de Cuentas, del Defensor del Pueblo, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo, en lo que respecta a su actividad de contratación. Y cita. N° 30.

⁴² RIVES MORENO, ISABEL. (2017) “Cuestiones críticas en los criterios de selección de trabajadores afectados por los despidos colectivos en el Sector Público”. *Lan barremanak. Revista de Relaciones Laborales*, ISSN 1575-7048, N° 36, de 2017.Pag.195.

La singularidad, en los supuestos de extinción en las Administraciones públicas, viene establecida en la disposición adicional del ET que, “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*” y el art. 38.b) del RPDC el ente, organismo o entidad pública deberá indicar al inicio del periodo de consultas, “los criterios tenidos en cuenta en relación con el establecimiento de la prioridad de permanencia del personal laboral fijo que hubiera adquirido esta condición de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad a través de un proceso selectivo de ingreso convocado al efecto”. Que se complementa con lo regulado en el art.41.1 del RPDC, que señala que además de las referencias al número y clasificación profesional de los afectados, deben de acompañarse los criterios suficientemente específicos, para determinar los afectados, y tenidos en cuenta en relación con el establecimiento de la prioridad de permanencia del personal laboral fijo, que hubiera adquirido esta condición superado el procedimiento de ingreso en la función pública, conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad a través de un procedimiento selectivo de ingreso. No se distingue que el proceso de acceso, lo sea por oposición, concurso-oposición o concurso de méritos. Es decir, se incluye una prioridad específica de aplicación exclusiva para la Administración. “En cualquier caso, los representantes de los trabajadores deben de tener información suficiente que les permita valorar la adecuación de los criterios al trabajador concreto, criterios que pueden ser matizados, o ampliados, durante el periodo de consultas”.⁴³

Recordar, que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional reitera que los principios de igualdad, mérito y capacidad, “rigen no solo en el momento inicial de acceso a la función pública, sino también en los ulteriores de desenvolvimiento de la carrera administrativa o profesional del funcionario”.⁴⁴

Esta disposición adicional del ET, “ha de interpretarse como una habilitación a su favor de la Administración”⁴⁵ y a la decisión concreta tomada.

Sin embargo, “en el supuesto de que no exista dicha previsión, la Secretaría de Estado de AAPP o autoridad equivalente en el ámbito de las CCAA, podrá establecer la

⁴³ STS 14 de julio 2014.

⁴⁴ SSTC 293/1993 de 18 de octubre y 96/1997 de 19 de mayo y 235/2000 de 5 de octubre.

⁴⁵ ROQUETA BUJ, REMEDIOS (2012). *La reestructuración de las plantillas laborales en las Administraciones Públicas. La reforma laboral de 2012*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2013, pág. 154-155.

aplicación de dicha prioridad en los procedimientos que afecten al personal laboral de sus respectivos ámbitos, aún cuando el Departamento, Consejería, organismo o entidad que promueva el procedimiento no lo hubiera previsto anteriormente, si, a la vista del expediente, entendiéndose que es aplicable, por ser adecuada a las circunstancias concurrentes, teniendo en cuenta la ordenación general en materia de recursos humanos y el interés público”.⁴⁶ Lo que evidencia que aún no establecida esta prioridad, existe una garantía de su aplicación potestativamente, con la intervención de la administración en un momento ya posterior. Y en el art. 43 del reglamento se establece “ *El Departamento, Consejería, Entidad Local, organismo o entidad comunicará igualmente el inicio del procedimiento de despido colectivo, en el plazo y con la documentación e información a la que se refiere el artículo anterior, al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas o autoridad equivalente en el ámbito de las Comunidades Autónomas, cuando se trate, respectivamente, de procedimientos que afecten al personal laboral de la Administración General del Estado o a las Comunidades Autónomas. El Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas o autoridad equivalente, podrá: a) Acordar la aplicación de la prioridad a la que se refiere el artículo 41, que tendrá carácter vinculante en los términos que figuren en el acuerdo o resolución que se dicte*”.

La prioridad a favor del personal laboral fijo, rige en el sector público administrativo integrado por: la Administración general del Estado, Administraciones de las Comunidades Autónomas, Entidades locales, Organismos Autónomos, Entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social, las Universidades Públicas, las Entidades de Derecho Público de carácter no empresarial ni comercial y a las mancomunidades de municipios y consorcios con personalidad jurídica de carácter no empresarial ni comercial. “Por el contrario, todo el sector público empresarial, organismos asimilados y sociedades mercantiles con mayoritaria participación pública rige plenamente el ordenamiento jurídico privado y la libre elección de los trabajadores afectados”.⁴⁷

Es importante distinguir igualmente, las figuras existentes en la Administración de trabajadores fijos (únicos con prioridad) y los trabajadores indefinidos no fijos, “el contrato indefinido no fijo de plantilla, es de creación jurisprudencial, esencialmente, ante la evidencia de que por las Administraciones se realizan contratos temporales irregulares, pero

⁴⁶ RIVES MORENO, MARIA ISABEL (2017) “*Cuestiones críticas en los criterios de selección de trabajadores afectados por los despidos colectivos en el Sector Público*”. *Lan harremanak. Revista de Relaciones Laborales*, ISSN 1575-7048, N° 36, de 2017.Pag.201.

⁴⁷ Art. 41.2 RD 1483/2012. *Del Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada*.

la consecuencia de esa irregularidad no puede ser el adquirir la condición de trabajador fijo pues eso supondría vulnerar los principios de igualdad, mérito y capacidad establecidos en la Constitución Española para el acceso a la función pública. Esa figura carece de regulación legal y únicamente a nivel legislativo se recoge su existencia en el artículo 11.1 del Estatuto básico del empleado público al decir: "Es personal laboral el que en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, presta servicios retribuidos por las Administraciones Públicas. En función de la duración del contrato éste podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal".⁴⁸ Y la STS de 23 de mayo 2014 (rec.179/2013) que no aprecia desigualdad "*pues la exigencia de igualdad de situaciones no puede sostenerse que concurra entre los que la jurisprudencia ha venido a considerar trabajadores indefinidos no fijos y los trabajadores fijos*", ya que los primeros no han accedido a la función pública conforme a las exigencias constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.

La prioridad tampoco establece otros criterios adicionales que pudiesen ayudar a interpretar su sentido, puesto que no diferencia si opera frente a cualquier extinción, o tiene que matizarse su ámbito de aplicación, es decir, "si la garantía se mantiene dentro del ámbito de afectación de la causa extintiva o si, por el contrario, puede superar ese ámbito, y extenderse a otros ámbitos que quedan fuera de esa afectación, siempre que en ese ámbito existan puestos de trabajo funcionalmente equivalentes a los afectados y, por tanto, intercambiables".⁴⁹

La "garantía de aplicación de prioridad de permanencia se extiende al ente, organismo o entidad pública afectada por el procedimiento de despido colectivo y estos serán en principio el ámbito de prioridad de permanencia, aunque ello obligue a que, por la lógica de la sustitución, pueda resultar afectado por la causa extintiva quien no lo hubiese estado en principio, pues si el ente u organismo, para respetar la garantía tiene que emplear al trabajador fijo en otro departamento o servicio esto puede conllevar que un temporal o indefinido no fijo de ese departamento o servicio pueda resultar excedente, si no hay vacante y su puesto de trabajo es asignado al trabajador fijo".⁵⁰

⁴⁸ STSJ Castilla y León de 28 de mayo 2013. Rec, 9/2013.

⁴⁹ ROQUETA BUJ, R., *La reestructuración 152.de las plantillas laborales en las Administraciones Públicas. La reforma laboral de 2012*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2013, pág. 151.

⁵⁰ ROQUETA BUJ, REMEDIOS. (2015), "*La selección de los trabajadores afectados por los despidos colectivos*". Ed. Tirant lo Blanch. Pag.92.

Ante la ausencia de criterios generales, la doctrina ha intentado paliar esta ausencia introduciendo “unos criterios ordenadores de carácter orientativo para el momento de extinguir, considerando que se verán afectados en primer lugar, los trabajadores con contrato temporal, en segundo lugar los trabajadores indefinidos de plantilla y demás empleados cuyo contrato esté aquejado de irregularidades, en tercer lugar, los trabajadores que ocupen puestos de trabajo a suprimir, en cuarto lugar, los resultados obtenidos por los trabajadores en la evaluación del desempeño y, en su defecto, la puntuación alcanzada en el concurso de provisión de puestos de trabajo o de acceso y por último la antigüedad”.⁵¹

Existen otras opiniones doctrinales interesantes “que consideran que han de ser dos las variables que hay que calificar a la hora de extinguir el contrato, la primera: la adecuación al puesto el trabajador, es decir, su capacidad concreta, y la segunda, los méritos del trabajador, pero no sólo los iniciales, sino los obtenidos durante su trayectoria, de este modo se valoraría el mérito trabajador y su capacidad con respecto a las circunstancias concretas del puesto que se va a mantener”.⁵² “Parece lógico el tener en cuenta la situación posterior de méritos o rendimiento en el desempeño de su actividad. El sistema de provisión solo por selección no garantiza necesariamente que la Administración pública vaya a quedarse con los trabajadores más capaces y meritorios, la evaluación de desempeño no ha sido desarrollada en el sistema actual de empleo público”.⁵³

Así, algunos expedientes realizados por administraciones públicas, se introducen criterios como, el resultado de procedimientos de evaluación continua en la Administración. En estos casos, “se realizaba una consulta previa al personal técnico responsable para preservar el empleo de aquellos con mayor competencia técnica, formación, experiencia y polivalencia, respetando la prioridad de permanencia para el personal laboral fijo que hubiese adquirido esta condición conforme a los principios de mérito y capacidad. Estos criterios se acomodaban –aparentemente– a los principios exigidos en la actuación de la Administración, ya que constituyen causas objetivas y razonables ajustadas al art. 103 CE que también respetaban los principios de mérito y

⁵¹ ROQUETA BUJ, R., *La reestructuración de las plantillas laborales en las Administraciones Públicas. La reforma laboral de 2012*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2013, pág. 151.

⁵² RIVES MORENO, ISABEL. (2017) “Cuestiones críticas en los criterios de selección de trabajadores afectados por los despidos colectivos en el Sector Público”. *Lan barremanak. Revista de Relaciones Laborales*, ISSN 1575-7048, N° 36, de 2017. Pag. 208.

⁵³ ROQUETA BUJ, REMEDIOS. (2015), “La selección de los trabajadores afectados por los despidos colectivos”. *Ed. Tirant lo Blanch*.

capacidad para el acceso a la función pública. Sin embargo, en la práctica, se vieron afectados por actuaciones arbitrarias. Efectivamente, no se tuvo en cuenta en su aplicación el uso de información de carácter veraz sino que se consideraron otros motivos, dotando de una apariencia a los criterios que no se correspondía con la realidad de la decisión extintiva”.⁵⁴

En otras situaciones, se incorpora el criterio del “momento de selección”, así, “el criterio de prioridad de permanencia será absolutamente objetivo y se basará en el orden de puntuación obtenido en la prueba de selección específica para orientadores laborales, convocada al efecto para la ejecución del programa extraordinario estatal a través del que fueron seleccionados los que forman parte del colectivo sujeto al ERE”.⁵⁵

Otros ejemplos utilizados como criterios para la elección de los trabajadores afectados, y recogidos en la jurisprudencia, tenemos uno tan simple como la falta de inclusión en la RPT, la supresión de servicios no obligatorios y criterios objetivos como titulación, antigüedad y edad; “incluso, extinciones cuyo criterio para decidir los despidos se basa, en primer lugar, en que se trate de personal temporal e interino y, en segundo lugar, sobre el personal indefinido prioriza la permanencia de aquellos considerados “imprescindibles”, lo que se acogió como un criterio razonable y suficientemente justificado, lo que evidencia el carácter subjetivo de las razones esgrimidas”.⁵⁶

Sin embargo, hasta ahora no existen mecanismos que puedan ser utilizados, al igual que sucede en grandes empresas, para evaluar el desempeño del empleado público, pese a la previsión que figura en el artículo 20 del Estatuto Básico del Empleado Público sobre el establecimiento de sistemas de evaluación del desempeño, tanto de los funcionarios como del personal laboral. “El establecimiento de estos sistemas, que deben adecuarse a criterios de transparencia, objetividad, imparcialidad y no discriminación, permitiría valorar la

⁵⁴ STSJ de Andalucía de 20 de marzo de 2013, ratificada por STS de 25 de junio 2014.

⁵⁵ RIVES MORENO, ISABEL. (2017) “Cuestiones críticas en los criterios de selección de trabajadores afectados por los despidos colectivos en el Sector Público”. *LAN barremanak. Revista de Relaciones Laborales*, ISSN 1575-7048, N° 36, de 2017.Pag .212.

⁵⁶ RIVES MORENO, ISABEL. (2017) “Cuestiones críticas en los criterios de selección de trabajadores afectados por los despidos colectivos en el Sector Público”. *Lan barremanak. Revista de Relaciones Laborales*, ISSN 1575-7048, N° 36, de 2017.Pag.212.

conducta profesional y el rendimiento o el logro de resultados del trabajador, y si bien no están previstos para ser utilizados frente a las extinciones, podrían servir de orientación”.⁵⁷

2.3.3.-Prioridades de permanencia establecidas en los convenios colectivos o acuerdos de consultas. Tratamiento de los trabajadores discapacitados.

En la normativa actual, el empresario ha quedado liberado de la carga de mantener en sus puestos de trabajo a ciertos grupos de trabajadores en razón a las consecuencias sociales del despido, “y por ello puede adoptar sus decisiones exclusivamente en defensa de su proyecto empresarial”.⁵⁸

Y en la jurisprudencia, se han concretado escasos límites a la elección. Sin embargo las prioridades sí pueden ser objeto de posible negociación. En la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 1986 (RJ/6323), omite pronunciarse sobre “si el art. 17 del Estatuto de los Trabajadores permite, o no, que en los convenios colectivos, o en otros instrumentos reguladores de las relaciones laborales, se incluyan normas atributivas de preferencias o prioridades en estos casos de expediente de regulación de empleo, si bien la propia sentencia reconoce que lo que el art. 17 del ET prohíbe es la utilización de la “arbitrariedad”, y que no es contrario a la ley el establecimiento de diferenciaciones”.⁵⁹

En nuestro ordenamiento jurídico, en el art.51.5 TRLET, se permite la posibilidad de fijar prioridades de permanencia, “mediante convenio colectivo o acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas se podrán establecer prioridades de permanencia a favor de otros colectivos, tales como trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad”.

Y se reitera en el art. 13.2 del RPDC, que establece que la prioridad de permanencia en la empresa “favorecerá igualmente a los trabajadores pertenecientes a otros colectivos cuando así se hubiera pactado en convenio colectivo o en el acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas, tales como trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad”. Ahora bien, “si no se pacta en convenio

⁵⁷ RIVES MORENO, ISABEL. (2017) “Cuestiones críticas en los criterios de selección de trabajadores afectados por los despidos colectivos en el Sector Público”. *Lan barremanak. Revista de Relaciones Laborales*, ISSN 1575-7048, N° 36, de 2017.Pag.214.

⁵⁸ STSJ de Castilla y León de 6 de febrero de 2014 (Rec. núm. 44/2014).

⁵⁹ ROQUETA BUJ, REMEDIOS. (2015), “La selección de los trabajadores afectados por los despidos colectivos”. *Ed. Tirant lo Blanch*.Pag.100.

colectivo o en el acuerdo de consultas, no existe una prioridad de permanencia a favor de los trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o con discapacidad”.⁶⁰

Los ámbitos convencionales en los que pueden determinarse reglas de preferenciabilidad, pueden ser tanto el convenio sectorial, como el convenio de empresa, o los convenios extraestatutarios, si bien en estos últimos, solo serán de aplicación en el ámbito de aplicación del propio convenio. “Sería idóneo igualmente el acuerdo de empresa en el contexto de los art. 40,41, 47,51 y 52 del ET, si bien, estos acuerdos no constituyen una forma de administración del convenio, ni tampoco cabe su identificación sustancial con el mismo. Serán mecanismos de suplencia del convenio, con eficacia erga omnes en una relación de complementariedad, integrando vacíos normativos y viables por la inexistencia de convenio, ausencia de regulación convencional de la materia, o regulación insuficiente”.

⁶¹ En conclusión serán válidas las prioridades fijadas, tanto en convenios estatutarios como extraestatutarios.

Además del convenio, la norma prevé que pueda existir acuerdo en el periodo de consultas, así, el ET en su art. 47.1, establece que “cuando el periodo de consultas finalice con acuerdo se presumirá que concurren las causas justificativas a que alude el párrafo primero y solo podrá ser impugnado ante la jurisdicción social por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión”. Es decir, se presume la validez del mismo.

Y en esta línea, el TS, añade que, “uno de los pilares sobre los que descansa el régimen jurídico de los despidos colectivos, es el de incentivar y dar especial relevancia a la consecución del acuerdo entre empresa y trabajadores durante el periodo de consultas, no solo para pacificar en la medida de lo posible las relaciones laborales, sino también, para ofrecer una misma solución a la situación jurídica de todos los trabajadores afectados por el despido colectivo”,⁶² y “cuando el procedimiento de despido colectivo finaliza con un acuerdo ampliamente aceptado de manera claramente mayoritaria por las representaciones sindicales, debe de reconocerse a lo pactado un especial valor reforzado a la hora de resolver la impugnación que pudiesen haber formulado legítimamente, los representantes

⁶⁰ STSJ de Castilla y León de 6 de febrero de 2014 (Rec. núm. 44/2014).

⁶¹ GONZALEZ-POSADA, ELIAS (2013), *Las cláusulas convencionales de preferencia en los despidos colectivos. A propósito del convenio colectivo de Air Europe Líneas Aéreas, S.A.U. y sus Técnicos de mantenimiento de Aeronaves*. Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social nº2. Abril 2013 Pag.5 artículo.

⁶² STS de 2 de julio de 2018, Rec.2250/2016.

sindicales minoritarios que no lo suscribieron, en lo que no es sino garantía y protección de la negociación colectiva a favor del reconocimiento de su eficacia vinculante”.⁶³

La redacción del art. 51.5 del ET, no es cerrada, es solamente enunciativa, por lo que el margen de acuerdo en las prioridades de permanencia y su graduación es muy amplio, pudiendo establecerse para otros colectivos. Entendiendo eso sí, que estas prioridades se aplican con posterioridad a las de los representantes legales, únicas con soporte e imperativas legalmente.

En todo caso, lo más relevante se cierne en que estas preferencias, fruto siempre de negociación, están circunscritas a un ámbito temporal y espacial, bien sea la empresa o un sector. Y las mismas, han de estar basadas en una cierta justificación objetiva y razonable que justifique las prioridades de permanencia. Y, teniendo en cuenta que el elemento diferenciador no puede sobrepasar los límites del art. 14 de la CE y del art. 17 del ET citado.

El contenido negociador, se articula en el mencionado art. 51.5 y que se reitera en el art.13.2 del RPDC. “De este modo, los convenios colectivos y los acuerdos de consultas quedan habilitados para establecer una prioridad de permanencia a favor de los trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad”.⁶⁴

Así lo ha ratificando la jurisprudencia. “Ahora bien, si no se pacta en convenio colectivo o en el acuerdo de consultas, no existe una prioridad de permanencia a favor de los trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o con discapacidad”.⁶⁵

Uno de los colectivos en los que nuestra legislación ha puesto el foco, a través de diversas leyes, para potenciar la igualdad de género, es el de las mujeres. Y en cuanto a la posibilidad de establecer una prioridad de permanencia a favor de las mujeres debe traerse a colación lo dispuesto en el art. 17.4 del ET, a cuyo tenor, “la negociación colectiva podrá establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres a todas las profesiones”, pudiendo “establecer reservas y preferencias en las condiciones de contratación de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia para ser contratadas las personas del sexo menos representado en el grupo o categoría

⁶³ STS de 8 de noviembre de 2017. Rec. 40/2017.

⁶⁴ ROQUETA BUJ, REMEDIOS. (2015), “La selección de los trabajadores afectados por los despidos colectivos”. Ed. Tirant lo Blanch. Pag.101 y jurisprudencia citada.

⁶⁵ STSJ de Castilla y León de 6 de febrero de 2014 (Rec. núm. 44/2014).

profesional de que se trate”. De esta manera, cabe entender que la negociación colectiva, también podrá concertar prioridades de permanencia en la empresa, a favor del género menos representado en el grupo o categoría profesional de que se trate. También será posible establecer prioridades “a favor de las embarazadas y/o de los trabajadores/as con reducción de jornada por cuidados de hijos o de familiares”.⁶⁶

En todo caso, “el convenio colectivo cumple una función esencial dentro de la regulación de los criterios de preferencia a aplicar ante un eventual despido colectivo, puesto que en la ordenación convencional de los criterios de selección estarían dotando de previsibilidad y seguridad jurídica a una cuestión que carece de precisión legal. Desde este planteamiento, la decisión unilateral del empresario en la selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo, salvadas las preferencias legales, podría encontrar restricciones a través de la negociación colectiva”.⁶⁷

Y cualquier acuerdo convencional debe justificar la racionalidad y objetividad de la decisión, que no ha de ser contrario al principio de igualdad, para evitar ser rechazado por inconstitucional. “El establecimiento de preferencias para los trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad, con mayor número de hijos a cargo, con contrato a tiempo parcial, se presumen de un fundamento objetivo al sustentarse en dos razones presumibles: una, relacionada con la dificultad de reincorporación al mercado de trabajo para los de mayor edad, y otra el daño añadido que comporta el despido con relación a sus compañeros, caso de tener condición de titular de familia numerosa o mayor número de hijos a cargo. Objetivamente pueden ser considerados grupos en desventaja social”.⁶⁸

En la legislación actual no se ha desarrollado mecanismos de protección para los trabajadores con cargas familiares, que curiosamente sí gozaban de protección en la legislación franquista.⁶⁹

⁶⁶ STSJ de Galicia de 24 de septiembre de 2014. Rec. núm. 2041/2014.

⁶⁷ ESCUDERO PRIETO, AZUCENA, (2018) *Prioridad de permanencia en la Empresa de los trabajadores de edad avanzada. Una propuesta legislativa abierta a la negociación colectiva*. Revista de las Relaciones Laborales nº1 enero 2018, Pág., 36. Lefebvre El Derecho.

⁶⁸ GONZALEZ-POSADA, ELIAS (2013), *Las cláusulas convencionales de preferencia en los despidos colectivos. A propósito del convenio colectivo de Air Europe Líneas Aéreas, S.A.U. y sus Técnicos de mantenimiento de Aeronaves*. Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social nº2. Abril 2013. Pág. 9.

⁶⁹ Ley 2571971, de 19 de junio y Decreto 3140/1971, de 23 de diciembre.

Tratamiento de los trabajadores discapacitados

Ninguna consideración especial, contiene nuestra legislación de prioridad de permanencia de personas con discapacidad; sin embargo, “si es posible apreciar una discriminación indirecta cuando el despido colectivo tenga un efecto adverso sobre los trabajadores con discapacidad, esto es, cuando se aprecie una desproporción estadística, si el despido colectivo provoca de hecho un impacto más negativo, en el colectivo de los trabajadores con discapacidad, que en el resto”,⁷⁰ si bien “la empresa se liberará de la responsabilidad si consigue probar que la afectación de aquellos, ha sido consecuencia de la aplicación estricta de los criterios de designación objetivos y razonables”.⁷¹

Es interesante concretar que el contenido de discapacidad, puede tener una lectura más amplia, como lo ha hecho el TJUE en su sentencia de 11 de abril 2013 (C-335/11 y 337/11), en las que se considera que “si la enfermedad, aunque sea curable, produce una imposibilidad de integración en la vida laboral a largo plazo, ha de considerarse como una situación de discapacidad y la diferencia de trato por causa de la misma es discriminatoria.”

⁷² Situación generalmente aplicable a trabajadores con determinados procesos de cáncer, a los que nuestra legislación viene a reconocer un grado de minusvalía.

Sin embargo, hay una “falta de protección” directa y específica para el colectivo, que no casa con la perspectiva constitucional de integración y mantenimiento del empleo de las personas con discapacidad, reflejados en los artículos 40 y 49 de la C.E. Cuando debiesen ser los poderes públicos, como está previsto en el art. 9.2 de la C.E, quienes promoviesen las condiciones idóneas para su integración real y efectiva en la sociedad.

Es una lástima, que el legislador no haya optado por establecer la prioridad de permanencia de las personas con discapacidad en los despidos colectivos, a través del cauce previsto en los artículos 67 y 68 del RDL 1/2013 de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

Es cierto que el legislador confiere la posibilidad de que mediante convenio colectivo o acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas, se establezcan prioridades

⁷⁰ ROQUETA BUJ, REMEDIOS. (2015), “*La selección de los trabajadores afectados por los despidos colectivos*”. Ed. Tirant lo Blanch.Pag.148.

⁷¹ STSJ de Andalucía de 14 de octubre de 2013, Rec. 14/2013.

⁷² ROQUETA BUJ, REMEDIOS. (2015), “*La selección de los trabajadores afectados por los despidos colectivos*”. Ed. Tirant lo Blanch.Pag.151.

de permanencia para trabajadores con discapacidad, garantía que es temporal, y escenarios ambos en los que las “prioridades de las partes” en la negociación, suelen ser ajenas a esta realidad, lo que conlleva un escaso reflejo en los mismos. En este sentido, “es inadmisibles que se someta a un negociador *inter pares* el establecimiento de la facultad de permanencia, toda vez que la integración de las personas con discapacidad es un mandato constitucional cuyos destinatarios son los poderes públicos, y en consecuencia, no debería ser objeto de negociación por el empresario y los representantes de los trabajadores”.⁷³

Es posible entender otra cierta protección indirecta en el supuesto de que el porcentaje de trabajadores minusválidos seleccionados, no permita mantener en la empresa los porcentajes establecidos en el apdo. 1 del Art. 42,⁷⁴ *Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre*.

Si bien, lo cierto es que ha de entenderse como una obligatoriedad limitada, como se desprende de la STS sala contencioso-administrativa de 4 de febrero del 2002. Rec.2620/1996, entendió que “la decisión del expediente de regulación de empleo no puede encontrarse supeditada a la obligación de reserva de empleo establecida en el artículo 38.1 de la Ley de Integración Social de los Minusválidos, y que la necesidad de mantener a lo largo de la vida de la empresa la reserva del 2 por 100 de la plantilla de trabajadores minusválidos, no supone individualmente para cada uno de los que hayan sido contratados, una garantía frente al despido individual o colectivo distinta de la que corresponde a los demás trabajadores, cuando concurren las causas o motivos que la legislación establece...*en síntesis, que los artículos 38.1 de la Ley 13/1982 y 4 de el Real Decreto 1451/1983, al imponer la obligación de emplear un número de trabajadores de tal naturaleza no inferior al 2% de la plantilla, no atribuyen a los trabajadores minusválidos una preferencia en el empleo que pueda operar como límite de las propuestas empresariales y de las decisiones de la autoridad laboral en los expedientes de despido colectivo.*”

⁷³ GUTIERREZ COLOMINAS, DAVID. (2014) “*La facultad empresarial de selección de trabajadores afectados por un despido colectivo. Especial consideración a la prioridad de permanencia de las personas con discapacidad. XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Comunicación presentada a la ponencia “Los derechos fundamentales inespecíficos en las relaciones colectivas de trabajo”, realizada por D. Ángel Blasco Pellicer. Pag.13. https://ddd.uab.cat/.../2014/154774/2.8_Gutierrez_Colominas_David.pdf*”

⁷⁴ Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre establece lo siguiente: “*Las empresas públicas y privadas que empleen a un número de 50 o más trabajadores vendrán obligadas a que entre ellos, al menos, el 2 por 100 sean trabajadores con discapacidad. El computo mencionado anteriormente se realizará sobre la plantilla total de la empresa.*”

Es decir, la “Administración está obligada a valorar si a la empresa, tras la regulación de empleo, respeta en la nueva plantilla el mínimo del 2%. Lo que no implica una preferencia absoluta para mantener su puesto a minusválidos concretos aunque se reduzca el mínimo del 2% garantizada por Ley. Pues dicha garantía de reserva podría hacerse efectiva mediante la sustitución de unos trabajadores minusválidos por otros en iguales circunstancias de minusvalía pero con distintas aptitudes, cuando así lo justifique el plan de viabilidad de la empresa”.⁷⁵

Por lo demás, como subraya la STSJ de Aragón de 18 de junio de 2014. Rec. núm. 301/2014, a propósito de un convenio colectivo que establece que “se garantiza el cumplimiento de la Ley de Integración Social del Minusválido cuando a cupos de contratación de personas discapacitadas”, dicha norma colectiva no establece ninguna preferencia a favor de los trabajadores con discapacidad, limitándose a garantizar el cumplimiento de los cupos mínimos de la LISMI.

Sin embargo, es posible regular en el acuerdo o en el convenio colectivo varios aspectos, como el de que se determine un porcentaje de incapacidad superior al legal a los efectos de estas prioridades así “que el hecho de fijar que dicho porcentaje sea superior al 33% y no igual, no puede considerarse contrario a derecho. Y así es cierto que en el art. 1 de la Ley 51/2003 considera como personas con discapacidad a las personas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33%, pero es a los efectos de esta misma Ley, lo que revela que no puede considerarse, en este punto, una norma de carácter imperativo por lo que entra dentro de la autonomía negociadora de las partes en el periodo de consultas, la posibilidad de que se fijen medidas para discapaces con un porcentaje de discapacidad superior al 33% y no necesariamente igual al 33% porque dicho pacto no puede considerarse contrario a la ley art.1255 del Código Civil”.⁷⁶

En el contenido negociador que se articula en el mencionado art. 51.5 el ET, permite establecer en convenio la prioridad de permanencia en la empresa “*para personas con discapacidad*”, lo que igualmente, se puede trasladar a los acuerdos del periodo de consultas.

⁷⁵ GONZALEZ-POSADA, ELIAS (2013), *Las cláusulas convencionales de preferencia en los despidos colectivos. A propósito del convenio colectivo de Air Europe Líneas Aéreas, S.A.U. y sus Técnicos de mantenimiento de Aeronaves. Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social nº2. Abril 2013.Pag 6.*

⁷⁶ STSJ de Galicia de 19 de septiembre de 2014 (Rec. núm. 2180/2014).

Así lo ha ratificando la jurisprudencia, “ahora bien, si no se pacta en convenio colectivo o en el acuerdo de consultas, no existe una prioridad de permanencia a favor de los trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o con discapacidad”.⁷⁷

Específicamente y en relación con las minusvalías, la sentencia del Tribunal Constitucional 269/1994 ha declarado que, puede tratarse de un factor de discriminación con sensibles repercusiones para el empleo de los colectivos afectados, y por ello, tanto el legislador nacional, como la normativa internacional (Convenio 159 de la OIT), han legitimado la adopción de medidas promocionales de la igualdad de oportunidades de las personas afectadas por diversas formas de discapacidad, que en síntesis, tienden a procurar la igualdad sustancial de sujetos que se encuentran en condiciones desfavorables de partida para muchas facetas de la vida social, en las que está comprometido su propio desarrollo como personas. De ahí, la estrecha conexión de estas medidas genéricamente, con el mandato contenido en el artículo 9.2 de la Constitución, y específicamente, con su plasmación en el artículo 49 de la Constitución.

Siendo evidente que, “para las personas con discapacidad el enfoque constitucional, prevé un marco de integración y mantenimiento en el mercado laboral, la realidad social y normativa no tiene reflejo en el actual escenario de prioridades de permanencia. La traslación a las partes de la negociación de esta cuestión es inadmisibles, dado que el mantenimiento del empleo de las personas con discapacidad es un objetivo cuyos destinatarios son los poderes públicos”.⁷⁸

⁷⁷ STSJ de Castilla y León de 6 de febrero de 2014 (Rec. núm. 44/2014).

⁷⁸ GUTIERREZ COLOMINAS, DAVID. (2014) “La facultad empresarial de selección de trabajadores afectados por un despido colectivo. Especial consideración a la prioridad de permanencia de las personas con discapacidad. XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Comunicación presentada a la ponencia “Los derechos fundamentales inespecíficos en las relaciones colectivas de trabajo”, realizada por D. Ángel Blasco Pellicer. Pag.1.. https://ddd.uab.cat/.../2014/154774/2.8_Gutierrez_Colominas_David.pdf.

3.- TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL de colectivos significativos:

Como hemos visto, nuestra normativa legal es excesivamente restrictiva en cuanto a la prioridad de los trabajadores en los criterios de selección de los despidos colectivos; sin embargo, ha sido a través de la doctrina jurisprudencial donde se ha abierto un camino importante, que sino de prioridades, si de limitaciones en ciertos colectivos, con una fuerte exigencia de justificar de manera objetiva la inclusión de los mismos. Y ello se ha producido fundamentalmente, como consecuencia de los pronunciamientos del TJUE, en la aplicación de Directivas, no traspuestas en todos sus aspectos a nuestra legislación, y por el TC que ha sido igualmente más abierto a considerar aspectos de protección en base a los principios constitucionales.

3.1.- Trabajadoras embarazadas y con reducción de jornada.

3.1.1- Trabajadoras embarazadas. Sentencia Tribunal de Justicia Unión Europea de 22 de febrero de 2018 (C-103/16), Porrás Guisado, Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 20 de julio de 2018, y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 26 de abril 2018, Rec. 3002/2015.

La legislación española regula en el art.14 de la CE, la prohibición de las discriminaciones, y entre ellas, se encuadra la tutela de la mujer embarazada. El desarrollo constitucional en la legislación ordinaria, se encuentra en primer lugar en la Ley del Estatuto de los Trabajadores, arts. 53.4 b) y 55.5 párrafo 2,b) que regula la nulidad automática del despido de una trabajadora embarazada, si el empleador no prueba la existencia de una causa objetiva y razonable para el despido. Por tanto, no se prohíbe el despido de mujeres embarazadas, ni en los despidos colectivos, ni en el caso de los individuales, si bien solamente podrán ser procedentes o resultar nulos, nunca improcedentes.

En dicha norma, no se contempla una prioridad de permanencia en la empresa en los supuestos de despido colectivo, para las trabajadoras embarazadas, las que han dado a luz o están en período de lactancia. Solamente en el art. 51 del ET, regulador de los despidos colectivos, se establece la posibilidad de ampliar las preferencias, vía convencional, para otros colectivos, entre los que se hace expresa mención a “trabajadores con cargas familiares”. Las mismas reglas de prioridad de permanencia se recogen en el art.

13 del Real Decreto 1483/2012 de 29 de octubre. En consecuencia esta prioridad ha de concretarse para ser efectiva, bien fruto de la negociación colectiva, como acuerdo en el proceso de consultas, o bien como iniciativa de la empresa recogiendo entre los criterios de selección propuestos.

Es importante, el tener en cuenta que la discriminación por razón de sexo viene proscrita por los arts. 3 y 8 de la LO 3/07 de 22 de marzo, que incorpora al ordenamiento español dos directivas en materia de igualdad de trato, la Directiva 2004/113/CE, y la Directiva 2006\54. En concreto en el art.8 LO 3/07 se afirma que "*constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad*".

A la legislación mencionada, hemos de añadir las dos Directivas comunitarias de aplicación, la 92/85/ CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada que haya dado a luz o en periodo de lactancia;⁷⁹ y la Directiva 98/59/CEE del Consejo de 20 de julio de 1998 relativa a la aproximación de las legislaciones de los estados miembros que se refieren a los despidos colectivos.

La inclusión de este colectivo en los despidos colectivos ha generado una importante e interesante jurisprudencia, que ha venido a clarificar hasta donde existe o no prioridad para la protección de las trabajadoras embarazadas. Y ha sido determinante en esta clarificación y relevancia del tratamiento a futuro, la **STJUE 22 de febrero de 2018 (C-103/16)**,⁸⁰ **Porras Guisado**, que resuelve la cuestión prejudicial formulada por el TSJ de Cataluña a propósito de la selección de una trabajadora embarazada, de Bankia.

La Empresa alcanza un acuerdo en el periodo de consultas en el que figuran los criterios de selección pactados para los afectados en el despido colectivo, procediendo la empresa a la extinción de los contratos, siendo la Sra. Porras una de las afectadas, una vez que no hubo suficiente número de trabajadores que se acogieran voluntariamente al acuerdo de despido para evitar las extinciones forzosas, como la de la Sra. Porras.

⁷⁹ El art.10 de la Directiva 92/85 contiene un mandato a los Estados para que tomen "las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras a que se refiere el art. 2, durante el periodo comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad... salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales y, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo".

⁸⁰ STJUE 22 de febrero de 2018 (C-103/16).

Se plantea entre otras cuestiones prejudiciales al tribunal, si conforme a las dos Directivas comunitarias mencionadas, ha existido una desprotección de la trabajadora despedida, al ser incluida en el despido colectivo, y no ser considerada la especial protección vinculada a la de su seguridad y salud en el trabajo recogida en la Directiva, y sobre la existencia de una tutela preventiva adecuada en el ordenamiento jurídico español, que sea acorde a la normativa comunitaria, para prevenir (y no sólo reparar las consecuencias) que se produzca el despido de una trabajadora embarazada.

No se analizaba directamente si se trataba de una inclusión de la trabajadora, que pudiese ser considerada como discriminatoria por parte del empleador.

El TJUE, entiende que la normativa protectora de la trabajadora embarazada ante un despido (art. 10.1 Directiva 92/85) debe interpretarse *“en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que permite el despido de una trabajadora embarazada con motivo de un despido colectivo, en el sentido del artículo 1, apartado 1, letra a), de la Directiva 98/59 CE de despidos colectivos”*. *Tampoco no se opone a una normativa nacional que, en el marco de un despido colectivo a efectos de la Directiva 98/59, no establece ni una prioridad de permanencia en la empresa ni una prioridad de recolocación en otro puesto de trabajo, aplicables con anterioridad a ese despido, para las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia, sin que se excluya, no obstante, la facultad de los Estados miembros de garantizar una mayor protección a las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia.”*

En conclusión, si la decisión no guarda relación con el embarazo, sí será posible la extinción si se cumplen los requisitos requeridos en la normativa nacional para llevarlo a cabo y siempre que sea por motivos debidamente justificados y que deberá comunicar siempre por escrito el empleador a la trabajadora.

Por consiguiente, “la obligación del empleador es la de explicar cuáles son esas causas que justifican el despido de la trabajadora, por lo que el art. 10.2 de la Directiva 92/85 no se opone a la normativa que sólo prevea tal obligación, como es el caso de la normativa española, motivos que justifican el despido y los criterios de selección que llevan a que sea una de las personas afectadas, que para los despidos colectivo solo exige justificar las causas y deja libertad al empresario para establecer los criterios de selección”.⁸¹

Sin embargo, si el embarazo hubiese sido la razón de su despido, evidentemente nos encontraríamos ante una decisión empresarial “incompatible” con la prohibición

⁸¹ Blog del profesor: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2018/02/sobre-la-proteccion-de-la-trabajadora.html>

regulada en ese precepto, de lo que derivaría si aplicamos la normativa nacional, la nulidad de la decisión empresarial.

Igualmente declara el TJUE, que la Directiva no obliga a los Estados miembros a establecer una prioridad de permanencia en la empresa, ni una prioridad de recolocación en otro puesto de trabajo de las trabajadoras embarazadas, aplicable con anterioridad al despido colectivo.

Resaltando como recoge la Directiva 92/85/CEE, que el despido de una trabajadora embarazada, “es el propio de un riesgo para la salud física y psíquica y debe ser distinguido con nitidez de la tutela antidiscriminatoria”. Por tanto, lo que ha de valorarse no es una actuación discriminatoria, sino si la normativa española acoge de forma efectiva la prohibición expresamente recogida en el art. 10 de la Directiva 92/85 que solo tiene la excepción de aquellos “supuestos excepcionales no inherentes a su estado”, enfatizando la Sala, lo que da una clara pista de su planteamiento de fondo, que dicho precepto prohíbe “el despido de las personas embarazadas y no el despido de las mujeres a causa de su embarazo”.

La Sala considera que la normativa española no regula adecuadamente la previsión del art. 10 de la Directiva 92/85 respecto a la tutela preventiva, o lo que es lo mismo, evitar el despido de una trabajadora embarazada, salvo casos excepcionales y no inherentes a su estado, y además con una motivación debidamente justificada y plasmando por escrito la decisión. Y que nuestra legislación solo contempla la tutela reparadora, es decir, la declaración de nulidad del despido una vez que este ya se ha producido.

Una vez resuelta la cuestión prejudicial, se resuelve por el tribunal en **STSJ Cataluña 26 de abril 2018. Rec. 3002/2015.**

En la misma se indica, “que la resolución recurrida resuelve la procedencia del despido de la trabajadora, (por el Juzgado de lo Social) porque la misma no tiene prioridad de permanencia y porque la carta de despido contiene información suficiente sobre el despido, las causas y el criterio de selección, basado en una puntuación derivada de una valoración válida y utilizada para todos los trabajadores afectados por el despido colectivo”.

Con esta premisa la Sala resuelve las diferentes alegaciones y su concreción:

La prioridad de permanencia de trabajadoras embarazadas en caso de despido colectivo, “aun partiendo de que el TJUE declara en respuesta a la cuestión prejudicial, que “El artículo 10, punto 1 , de la Directiva 92/85 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que no prohíbe, en principio, con carácter preventivo el despido de una trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, y

que establece únicamente, en concepto de reparación, la nulidad de ese despido cuando sea ilegal.” ; “lo cierto es que el propio TJUE niega la necesidad de una interpretación conforme de la normativa nacional que permita considerar existente una prioridad de permanencia las mujeres embarazadas en caso de despido colectivo, a salvo de lo que puedan acordar en período de consulta la empresa y los representantes de los trabajadores”⁸².

Suficiencia de la carta de despido, indica que “el TJUE resulta claro al responder a la cuestión plantada por esta Sala que “ el artículo 10, punto 2 , de la Directiva 92/85 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que permite al empresario despedir a una trabajadora embarazada en el marco de un despido colectivo, sin comunicarle más motivos que los que justifican ese despido colectivo, siempre y cuando, se indiquen los criterios objetivos que se han seguido para la designación de los trabajadores afectados por el despido.”.

Sin embargo, lo establecido por el TJUE, supone un cambio en la jurisprudencia del TS, que hasta esa fecha, y en relación al contenido de la carta de despido, solamente exigía la causa motivadora del despido; y no siendo contenido obligatorio de la carta de despido los criterios de selección, al no estar recogido dicho requisito en el art. 53.1 ET. Y en el art. 122.1 LRJS, se dispone que se declarara procedente la decisión extintiva cuando el empresario acredite la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación escrita, lo que supone que “cualquier reclamación del trabajador referida a los criterios, la ha de plantear necesariamente en actos preparatorios o diligencias preparatorias”⁸³.

En conclusión, la sentencia entiende que “*la carta cumple con la exigencia dimanada de la doctrina del TJUE de señalar la causa (extremo que no se discute), y además, contener los criterios objetivos que se han seguido para la designación de las trabajadoras afectadas*”.

Y el TSJ Cataluña desestima el recurso de la trabajadora por los motivos siguientes:

Primero: concurren causas objetivas de tipo económico que justifican el despido colectivo.

Segundo: los motivos no inherentes a la persona de los trabajadores por los cuales se efectúan los despidos colectivos (ex art. 1.1 Directiva 98/59, entre ellos, las causas económicas) constituyen casos excepcionales no inherentes al estado de las trabajadoras, a

⁸² Blog del profesor: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2018/02/sobre-la-proteccion-de-la-trabajadora.html>.

⁸³ STS 08 febrero 2018. Rec 3220/2015.

efectos del artículo 10.1 de la Directiva 92/85 y, por tanto, justifican la excepción a la regla general de prohibición del despido de mujeres embarazadas.

Tercero: no le es exigible a la empresa una prioridad de permanencia ni una recolocación de la trabajadora, salvo que las mismas resulten de un acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

Y cuarto: todo ello, sin perjuicio de la acción por responsabilidad que, en su caso, le puede corresponder a la recurrente frente al Estado, por no transponer a nuestro Derecho interno la prohibición de despido de mujeres embarazadas, en el sentido que ha resuelto el TJUE.

Asimismo, es conveniente el destacar el camino abierto en esta sentencia al recoger que, “el TJUE, en su respuesta a la cuestión prejudicial planteada por esta Sala constata la falta de transposición de la prohibición de despido por embarazo en nuestro ordenamiento; pero la falta de efecto directo horizontal de la Directiva, 92/85, (ya que en el ámbito preventivo de riesgos laborales, en nuestro ordenamiento interno, no existe una transposición de la directiva en tal contexto) no hace sino atribuir a la recurrente, si se dan los requisitos para ello, la ya mencionada “acción Francovich“, por responsabilidad del Estado derivada del incumplimiento del Derecho de la UE.

Especial lectura merece la **STSJ Castilla y León de 28 de mayo 2018; Rec. 713/2018**, que ha resuelto un caso aplicando esta doctrina del TJUE “(aunque acaba declarando la nulidad del despido). Se trata de un caso particularmente complejo, no sólo por la concurrencia de diversas disposiciones comunitarias (Directivas 98/59; 92/85; y CDFUE), sino también porque la fecha de efectos del despido es posterior a la finalización del embarazo (que no llegó a término por la pérdida del feto). Se da la circunstancia que con posterioridad a haberse celebrado la vista del juicio de instancia y a haberse dictado la sentencia del Juzgado (el 9 de febrero de 2018), el TJUE dictó la sentencia de 22 de febrero de 2018, asunto Porrás Guisado. En la sentencia, se recoge que art. 2 de la Directiva 98/59 establece, que cuando en la legislación nacional compete al empresario seleccionar a los trabajadores despedidos, debe hacer expresa manifestación de los criterios que va a aplicar para llevar a cabo tal selección. Norma que está incorporada en el art. 51.2 ET. Y que la Directiva no establece ningún criterio que el empresario deba aplicar obligatoriamente, pero que no impide que los Estados puedan establecer una prioridad de permanencia, cosa que el ET no hace para las mujeres embarazadas y sí, en cambio, para los representantes de los trabajadores. Y concluye, que en el caso de las trabajadoras en situaciones protegidas es exigible, que al comunicar por escrito a la trabajadora las causas motivadoras del despido,

se indique también qué criterios han llevado a seleccionar dentro del conjunto de los despedidos a la trabajadora interesada. Y al no constar en la comunicación del despido los criterios aplicados para su selección, con ello vulneró el artículo 10.2 de la Directiva 92/85/CEE”. Y, por lo tanto, al vulnerarse las garantías obligatorias para el caso de despido de trabajadoras embarazadas, siendo tales garantías de aplicación directa, el despido deviene ilícito”.⁸⁴

Por último, analizaremos a través de la **STS de 20 de julio de 2018, Rec. 2708/2016**, el grado de concreción exigible al empresario en los criterios de selección de los afectados por despido colectivo que incluyan entre los afectados a una mujer trabajadora, cuyo estado de embarazo es conocido por el empresario.

El TS, concluye que es nulo el despido al entender que en los criterios de selección la empresa no ha justificado con suficiente detalle, cuál es el motivo que le lleva a prescindir del puesto de trabajo desempeñado por la trabajadora embarazada, pese a que el despido colectivo finalizase con acuerdo, y que se hubiese aprobado un listado nominal con los trabajadores incluidos.

La sentencia reprocha que la empresa, debió acreditar conforme se recoge en la doctrina del TC sobre derechos fundamentales, que “concluye poniendo de relieve que a la parte demandada incumbe la carga de probar que su actuación obedece a causas reales y objetivas, absolutamente extrañas a la vulneración de derechos fundamentales”,⁸⁵ “por lo que el demandado debió acreditar que la decisión extintiva era idónea, razonable y proporcionada, debiendo justificar qué criterio había seguido para la extinción del contrato de la actora, cuál era el motivo de que se prescindiera de su puesto de trabajo, teniendo en cuenta la incidencia de las causas económicas en la supresión del mismo”.⁸⁶

Y se indica en la misma, que los criterios son genéricos, y que no permiten en modo alguno concluir la amortización del puesto de la trabajadora y, por tanto, no se cumple el requisito legal.

Y en base a ello “*en el supuesto ahora examinado es exigible que el empresario concrete los criterios tenidos en cuenta para la determinación de los trabajadores afectados por el despido, no siendo*

⁸⁴ Ver comentarios de IGNASI BELTRAN DE HEREDIA, en *Trabajadoras embarazadas, despido colectivo y criterios de selección*.

<https://ignasibeltran.com/2018/.../trabajadoras-embarazadas-despido-colectivo-y->

⁸⁵ STC 111/2003, de 15 de junio.

⁸⁶ STC 92/2008, de 21 de julio.

suficiente una mera relación nominal, ya que entre los mismos se encuentra la actora, que tenía reducida la jornada de trabajo por cuidado de un hijo y se encontraba embarazada en el momento del despido, por lo que ha de atenderse al derecho a la no discriminación por razón de sexo, proclamada en el artículo 14 de la Constitución para resolver la cuestión planteada”. A este respecto la sentencia de esta Sala de 16 de octubre de 2012, recurso 247/2011 ha establecido: "La Sala ha de aplicar la misma doctrina que fijó el Tribunal Constitucional en su sentencia 92/2008 de 21 de Julio, sobre el carácter automático de la declaración de nulidad en el supuesto de que el despido no justificado- de la trabajadora gestante.» (STS 06/05/09, Rec. 2063/08)."

En la sentencia cabe destacar, que la misma no afecta a la doctrina de la Sala sobre el contenido de la carta individual de los despidos colectivos , ".no es necesario que en la carta se incorporen los criterios de selección, ni la baremación que al trabajador corresponde en función de ellos, porque no lo exige la ley y porque la negociación previa del periodo de consultas y el mandato de representación de los negociadores hacen presumir su conocimiento, y que en su caso han de acreditarse los criterios de selección y baremación individual en el proceso de impugnación individual del despido, sin que el trabajador sufra en su derecho de defensa, al poder solicitarlos previamente al proceso mediante diligencias preliminares, como actos preparatorios".⁸⁷

En conclusión, en las situaciones protegidas como el embarazo, recae sobre la empresa la carga de probar que su actuación obedeció a causas reales y objetivas absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente para fundar la decisión de la empresa.

3.1.2-- Trabajadoras con reducción de jornada.

Las trabajadoras/es que hayan solicitado la reducción de jornada regulada en el art. 37.6 RDL 2/2015, de 23 de octubre, del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, tienen la misma protección legal que hemos visto para las trabajadoras embarazadas, y en su art. 55 de manera general establece la nulidad de los despidos cuando se está ejerciendo este derecho, salvo que el despido no tenga que ver con el ejercicio de este derecho.

Si es posible, como se recoge en la jurisprudencia del TS, la inclusión de trabajadores que estén ejerciendo este derecho, "si se acredita una realidad objetiva, en los

⁸⁷ STS de 15 de marzo de 2016, recurso 2507/2014.

despidos producidos y que la medida adoptada se corresponde con las necesidades acreditadas”.⁸⁸

Dentro de las justificaciones objetivas, encontramos ejemplos como integración de funciones de varios departamentos por reestructuración empresarial, como “es la reducción de la estructura empresarial que ha llevado a que las funciones suyas fueran desempeñadas por otros departamentos como consecuencia de un proceso de reagrupación de funciones, redefinición de puestos, y si ya no existe la dirección que desempeñaba antes es razonable que se intente extinguir la relación laboral de la demandante, si la empresa cree que no tiene acomodo en otro departamento, y ello se ha efectuado de acuerdo con los criterios de afectación establecidos en el expediente”.⁸⁹

Es pues muy importante acreditar que existen motivos objetivos, no relacionados con la situación particular de la trabajadora, por haber sido seleccionada en el despido. Así la jurisprudencia consideró que, “la discriminación no se presume sin más, ha de acreditarse, al menos indiciariamente”.⁹⁰

No obstante en la aplicación práctica del despido colectivo, aún existiendo un acuerdo pactado, nos encontramos jurisprudencia que considera nulos los despidos de las trabajadoras, “por ser un porcentaje muy alto de los afectados en el ERE en relación al conjunto de la plantilla y en relación al porcentaje de varones afectados”,⁹¹ y que la elección de los trabajadores sea ajena a la situación de que tenga reducción de jornada, la doctrina del TC, exige evidencias de que no ha existido discriminación, y el que quede demostrarlo de forma muy objetiva y congruente.

Aun existiendo sentencias contradictorias, encontramos que “es el empresario quien ha de demostrar el hecho fraudulento de la trabajadora que pide la reducción para no verse afectada por los criterios de selección establecidos”.⁹²

Incluso, en “una selección efectuada conforme a criterios establecidos por la Autoridad aboral, el tribunal apreció discriminación en los elementos para la elección de la

⁸⁸ *Auto TS, Sala de lo Social, de 10/05/2012, Rec. 4120/2011). Y STSJ de Cataluña nº6069/2010. Rec.2071/2010.*

⁸⁹ *TSJ Madrid, nº 737/2010, de 26/10/2010, Rec. 1225/2010.*

⁹⁰ *STSJ CyL 3354/2014 N° de Recurso: 558/2014 y en STSJ CyL 1692/2014 N° de Recurso: 348/2014. STSJ de Castilla y León de fecha 23 de julio 2014. Rec.529/2014.*

⁹¹ *STSJ de Cataluña de 23 de septiembre de 2010, Rec.2071/2010.*

⁹² *STSJ de Madrid 12 de abril de 2013.*

trabajadora, al afectar a un número muy superior de mujeres sobre hombre en el porcentaje de la plantilla”.⁹³

3.2.- Criterio de la edad. Sentencia Tribunal Constitucional 66/2015, 13 de abril 2015, y Sentencia Tribunal Supremo de 17/11/2017 nº 4425/2017 y 14/11/2017

Desde los años 80, en todas las crisis empresariales, se aplicó como algo normal, que se priorizara como criterio preferente en el despido colectivo a los los trabajadores de más edad, respecto de otros colectivos, provocando la expulsión a edades tempranas de miles de trabajadores; habitual también que fuese fruto de acuerdo en los respectivos EREs, y con la asunción de importantes costes por parte del sector público, al que se le trasladaba la carga financiera de los procesos de reestructuración empresarial. El despido era considerado un mal menor en un contexto de sacrificios generalizados; lo que en la práctica supuso convertir a los mayores en un colectivo de activos precarios, permanentemente amenazados por la pérdida de empleo, a edades cada vez más tempranas; y que la empresa utilizase el criterio de la edad biológica al margen de cualquier otro criterio o consideración, lo que implicaba crear unos trabajadores discriminados sólo y sólo por la edad a la que habían llegado.⁹⁴ Y ello sin ningún soporte legal en nuestro ordenamiento que permita aplicar unilateralmente este criterio de selección. Una realidad que expulsó a cantidades ingentes de trabajadores del mercado laboral al no poder acceder a un nuevo empleo o entrando en la precarización del empleo, y pérdidas de cotizaciones en cuantía y años previos a su jubilación, situación que de hecho supuso una absoluta discriminación forzada por la edad.

Sin embargo, el principio de igualdad de trato, de oportunidades y de no discriminación en el empleo es reconocido tanto por las normas internacionales ratificadas por España, como las comunitarias y de manera expresa está recogido en nuestra constitución.

⁹³ STSJ de Cataluña nº6069/2010. Rec.2071/2010.

⁹⁴ RODRIGUEZ-PIÑERO, MIGUEL. (2016), *Entre el mal menor y el daño insostenible: el despido colectivo y los trabajadores de mayor edad*, Trabajo, Persona, Derecho y Mercado. Septiembre, 2016. Última Página Versión online: grupo.us.es/impr/2016/09.

Entre las normas internacionales se encuentran, los Convenio núm. 111,⁹⁵ 122, 156 y 184 de la OIT, ratificados por España. Y en el acervo de normas de la UE, específicamente la Directiva 2000/78,⁹⁶ que impone la abolición de la discriminación por razones de edad en las condiciones de empleo y la ocupación, incluidas las de despido. No obstante, la directiva en su art. 6.1, si permite la diferencia de trato en la edad cuando esté justificado objetiva y razonablemente, recoge que “si constituyen un medio adecuado y necesario para lograr objetivos legítimos de la política de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional.”.

El “fin de toda Directiva es la aplicación uniforme en los estados miembros del principio de igualdad de trato, que supondrá la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en la edad. Según la misma, existe discriminación directa cuando, a causa de la edad, una persona es, ha sido o puede ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga, mientras que la indirecta aparece cuando una disposición, criterio o práctica, en apariencia neutra, pueda ocasionar un perjuicio a personas de una edad determinada con respecto a otras”.⁹⁷

A las referencias anteriores, hemos de añadir lo establecido en el art. 14 de la Constitución Española, que consagra el principio de igualdad y prohíbe toda discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal, lista que no es cerrada según nuestro TC.⁹⁸ y que, por ello se incluye que el carácter de circunstancia personal debería predicarse de la edad. Incluso el propio TC tiene declarado que “resulta inadmisibles desde el punto de vista constitucional la extinción del contrato de trabajo por el hecho exclusivo de la edad”.⁹⁹

⁹⁵ CONVENIO n° 111 ratificado por España el 6 de noviembre de 1967, que en su art. 26 define la discriminación como “cualquier distinción, exclusión o preferencia, basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen racial que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”.

⁹⁶ De 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

⁹⁷ POQUET CATALÁ, RAQUEL, (2015), “Selección de trabajadores afectados por Despido Colectivo y discriminación por razón de edad. Comentario a la STSJ Andalucía, de 23 de febrero 2015. Temas Laborales, núm. 131/2015. Págs. 243-257.

⁹⁸ STC 75/1983, de 3 de agosto.

⁹⁹ STC 58/1985, de 30 de abril.

La edad como condición de la persona, está recogida en el E.T como una de las causas de discriminación prohibida, y en los artículos 4.2. y el 17.1. se establece claramente el derecho de los trabajadores a no ser discriminados directa o indirectamente, para el empleo, o una vez empleados.¹⁰⁰

Sin embargo, es bastante frecuente que en los procesos de despido colectivo, nos encontremos al colectivo de los trabajadores de más edad como el más susceptible de ser afectado, con “justificaciones” como la antigüedad, el coste salarial, las dificultades de adaptación a los cambios, los derechos adquiridos, o la necesidad de rejuvenecimiento de plantillas para mejorar la cualificación, y el menor rendimiento laboral entre otras.

Nuestra legislación da libertad absoluta al empresario para establecer los criterios de selección, con la limitación de los representantes de los trabajadores, el respeto de los derechos fundamentales y en su caso el contenido del convenio colectivo o pacto efectuado en el periodo de consultas.

A ello se suma que el legislador no incorpora una delimitación del periodo vital comprendido dentro de la expresión mayor de determinada edad, que permita aproximarnos al concepto de edad empleado en la norma, como referente para establecer la preferencia de permanencia en el puesto de trabajo ante un despido colectivo.¹⁰¹

Se inicia una cierta concreción de la edad como criterio, en la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012 que señala, que “se incentiva que mediante la autonomía colectiva se establezcan prioridades de permanencia ante la decisión de despido de determinados trabajadores, tales como aquellos con cargas familiares, los mayores de cierta edad o personas con discapacidad”. En pocas palabras, se está emplazando a los negociadores para que a través de los convenios colectivos, protejan a los trabajadores de cierta edad frente a la expulsión del mercado laboral.¹⁰²

¹⁰⁰ ET en los ,Art. 4.2.c) A no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley y art.17.11. Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad o discapacidad.

¹⁰¹ ESCUDERO PRIETO, AZUCENA, (2018) *Prioridad de permanencia en la Empresa de los trabajadores de edad avanzada. Una propuesta legislativa abierta a la negociación colectiva*. Revista de las Relaciones Laborales nº1 enero 2018, Pág., 32 y 33. Lefebvre El Derecho.

¹⁰² POQUET CATALÁ, RAQUEL, (2015),.. Citada.Pag.249.

En dicha línea se endurecen las condiciones a las empresas, así en el art. 51.9 del TRLET dispone, que la empresas que en el marco de un despido colectivo afecten a trabajadores de 50 o más años, le obliga a suscribir un convenio especial con la seguridad social, y a realizar una aportación al Tesoro Público, que tiene por finalidad hacer más gravosos los despidos colectivos, sobre todo en las grandes empresas. Y que en la ley 27/2011, se concreta la cuantía de las aportaciones a realizar por las empresas con beneficios, la conocida “cláusula Telefónica”.¹⁰³

Razones para su implantación que muy claramente se reflejan en la exposición de motivos del RD 1484/2012, de 29 de octubre, “ las razones del establecimiento de esta aportación se encuentran en la necesidad de atemperar los impactos sociales y económicos de los procesos de reajuste empresarial que provocan, de un lado, la expulsión prematura del mercado de trabajo de los trabajadores de más edad, afectados estructuralmente en nuestro mercado de trabajo por una tasa de actividad por debajo de los países europeos de nuestro entorno y que tienen problemas para poder volver a incorporarse al empleo; y, por otro, un importante coste para nuestro sistema de protección por desempleo, difícil de asumir socialmente, cuando las empresas que realizan estos procesos de reestructuración tienen necesidad de ponerlos en práctica, aún habiendo obtenido beneficios, tanto más en una coyuntura económica como la actual. ”, de esta manera se intentaba corregir la práctica empresarial generalizada de incluir a los trabajadores de más edad, al encarecer sustancialmente el despido de este colectivo.¹⁰⁴

La jurisprudencia del TS, procedente de la jurisdicción contencioso- administrativa, que fruto del análisis del contenido de acuerdo del periodo de consultas, se ha manifestado en diversas ocasiones respecto a la posibilidad de utilizar la edad, como criterio de

¹⁰³ ET art. 51.9. Cuando se trate de procedimientos de despidos colectivos de empresas no incursas en procedimiento concursal, que incluyan trabajadores con cincuenta y cinco o más años de edad que no tuvieren la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967, existirá la obligación de abonar las cuotas destinadas a la financiación de un convenio especial respecto de los trabajadores anteriormente señalados en los términos previstos en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social y art. 51.11 Las empresas que realicen despidos colectivos de acuerdo con lo establecido en este artículo, y que incluyan a trabajadores de cincuenta o más años de edad, deberán efectuar una aportación económica al Tesoro Público de acuerdo con lo establecido legalmente., Ley 27/2011, de 1 de agosto en su DA 16ª. Disposición adicional decimosexta. Aportaciones económicas por despidos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años en empresas con beneficios.

¹⁰⁴ RD 1484/2012, de 29 de octubre, sobre las aportaciones económicas a realizar por las empresas con beneficios que realicen despidos colectivos que afecten a trabajadores de 50 años o más.

afectación prioritaria en los despidos colectivos, y lo ha considerado como una opción lícita, proporcionada y no discriminatoria, al considerar que permite configurar una estructura de plantilla más estable, siendo razonable concentrar las extinciones en aquellas personas que tengan una expectativa laboral más corta. Prácticamente siempre con un acuerdo en el periodo de consultas, que incluye un Plan de Acompañamiento Social con prejubilaciones. Incluso afirmando que” la fórmula empleada es razonable porque permite afrontar la reestructuración de una forma más definitiva y menos costosa,¹⁰⁵ o que “parece razonable que los trabajadores afectados por las medidas de ajuste de plantilla sean aquellos que se encuentran más próximos a la edad de jubilación y, consiguientemente con unas expectativas laborales muy cortas, sin que ello comporte lesión del art. 14 de la CE”.¹⁰⁶

Y este criterio del TS, ha sido seguido por la mayoría de órganos judiciales inferiores, en virtud de lo cual la elección de los trabajadores de mayor edad, se consideraba generalmente justificada, no discriminatoria y proporcionada, por tratarse de personas más próximas a la edad de jubilación, y que el ahorro de costes que generaban a la empresa era beneficioso para el resto de los trabajadores al favorecer la viabilidad económica de la empresa.¹⁰⁷

Sin embargo, esta interpretación jurisprudencial ha sufrido un importante cambio a raíz de la **reciente STC 66/2015, de 13 de abril**.

El TC, recuerda su doctrina del art. 14 de la CE, y en base a ello establece, que la edad “solo se puede fundar un tratamiento diferenciado cuando se cumplen rigurosas exigencias de justificación y proporcionalidad”. Siendo por tanto solamente lícita en estos supuestos.

Y para ello toma en consideración los criterios establecidos por el TJUE en relación al art. 6.1 de la Directiva 2000/78/CE, que incorpora una prohibición expresa de discriminación por razón de la edad, así como las excepciones que contiene.

La Directiva, “sí determina en qué supuestos pueden estar justificadas las diferencias de trato por motivos de edad. Norma que obliga a adoptar un planteamiento bastante más exigente y requerir la concurrencia de dos elementos para excluir la discriminación: primero: *que estén justificadas objetiva y razonablemente (...)por una finalidad*

¹⁰⁵ STS Sala contencioso administrativo, de 15 de junio de 2005, n° 3864/2005 (Recurso 7284/2000).

¹⁰⁶ STS Sala contencioso administrativo, de 9 de marzo de 2011 (Recurso 3980/2009). STS de 11 de marzo 2011.

¹⁰⁷ STSJ País Vasco, de 18 de noviembre 2014, Rec.1895/2014.

legítima, y que la medida en la que se materializa el trato diferenciado persiga un determinado objetivo legítimo de política social con carácter de interés general; que se vincula a “*políticas de empleo del mercado de trabajo y de la formación profesional*” y segundo, que los medios sean los adecuados y necesario para la consecución de dicho objetivo, esto es, que *exista proporcionalidad entre los perjuicios generados y la finalidad perseguida*”.¹⁰⁸

Y en la jurisprudencia comunitaria nos encontramos, que ni la disminución de los costes que debe soportar el empleador, ni tampoco el incremento de sus beneficios para la empresa, u otras circunstancias similares constituyen una “finalidad legítima”, pero sí puede serlo, la configuración eficiente del despido colectivo para potenciar la estabilidad en el empleo de aquellas personas no afectadas por la extinción. “Así pues, perfilar la reestructuración para conseguir una plantilla que no solo tenga una dimensión más ajustada a las necesidades reales de la empresa, sino también una mejor expectativa de mantenimiento a largo plazo, es una pretensión que puede resultar válida, aunque deberá acompañarse de una argumentación detallada, vinculada a las concretas circunstancias y necesidades de cada caso.”,¹⁰⁹ Y en cuanto al segundo requisito de la proporcionalidad, el propio TJUE la considera, si existen mecanismos de protección, como rentas sustitutivas del salario dejado de percibir por los afectados, es decir “si existe un equilibrio proporcionado el sacrificio de los afectados y el beneficio para el interés general ”.¹¹⁰

El TC en su sentencia, introduce un cambio importante: “el menor perjuicio que el despido supone para los trabajadores de más edad, dada la mayor protección social brindada a los mayores de 55 años (...) puede convertir la edad próxima a la jubilación en un factor objetivo y no arbitrario de selección”. No obstante, para que se cumpla la exigencia de proporcionalidad deberán adoptarse “*medidas efectivas que atenúen los efectos negativos generados por la situación de desempleo, sin que en ningún caso pueda considerarse justificación suficiente la mera proximidad a la edad de jubilación*”. En resumen, la expectativa de que un determinado colectivo pueda acceder a una pensión de jubilación a corto o medio plazo y

¹⁰⁸ SOLÁ I MONELL, XAVIER. (2016), “*La afectación prioritaria de los trabajadores de mayor edad en el despido colectivo*”. *Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales*, 2016. Vol. 3, 12-24.pag 64.

¹⁰⁹ SOLÁ I MONELL, XAVIER. (2017), “*La utilización de la edad como criterio de selección en los despidos colectivos: el obligado replanteamiento de una práctica habitual avalada por la jurisprudencia interna*”. *Ediciones Cinca. Documentación laboral*, vol. IV, núm.112.Pag.58 y 59.

¹¹⁰ FERNANDEZ PEINADO, A. (2014) *El principio de no discriminación en el empleo por razón de edad en el Derecho europeo. Dentro de Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral. y en materia de protección social (Comunicación núm. 16)*. Madrid: Ediciones Cinca.Pag.11.

que, por tanto, el período de desempleo sea limitado, es un argumento en sí mismo insuficiente para afectar prioritariamente a dicho colectivo, *siendo imprescindible la articulación de mecanismos específicos de protección para esa etapa transitoria*. Y dado que la Empresa suscribió los convenios especiales a los que alude el art. 51.9 del TRLET para todas las personas afectadas mayores de 55 años y la existencia de estas medidas lleva al TC a concluir que “el criterio de la edad resulte en el presente caso adecuado y proporcionado, siempre que se adopten las medidas efectivas para evitar o minimizar los daños que la extinción de los contratos de trabajo produce en los afectados, de acuerdo con lo exigido en la propia legislación laboral, y en este caso las medidas existieron, lo que nos lleva a concluir que la utilización de dicho criterio no vulneró el art. 14 CE al no constituir una discriminación por razón de edad” .¹¹¹

Nos encontramos con una aplicación del despido a un colectivo que amparado en la suscripción del convenio especial del art. 51.9 TRLET, que aún sin rentas complementarias fuera de las contributivas que podrían considerarse como una mejora voluntaria de muy escasa cuantía, y sin embargo ser suficiente legalmente para compensar el perjuicio sufrido.

Si bien considerando el tribunal, que la afectación prioritaria de los trabajadores de mayor edad persiga una finalidad legítima vinculada a intereses de tipo colectivo y proporcionada, en los que elementos de alcance más general, como por ejemplo la obtención de una plantilla más equilibrada que contribuya a mejorar la estabilidad en el empleo de las personas no afectadas, o incrementa las expectativas de sus miembros más jóvenes, serían suficientes.

“En consecuencia, lo cierto es que STC 66/2015 tolera el empleo por la empresa de un criterio, la edad, en sí mismo discriminatorio, que supera el filtro de inconstitucionalidad, gracias a la existencia de medidas legislativas creadas, precisamente, como específicas medidas antidiscriminatorias de ese mismo colectivo. Lo cierto es que el TC sigue centrando la fundamentación que legitima el empleo de la edad, como motivo del despido, justificándola en una circunstancia económica favorable para las dos partes; para el empresario porque supone un ahorro de costes y para el trabajador porque obtiene una compensación personal, doctrina que ya se había defendido con anterioridad por el Alto Tribunal en la STC 22/1981. Cuando en realidad lo relevante es que la edad debe dejar de ser utilizada como criterio de selección de trabajadores para justificar su despido porque es

¹¹¹ STC 66/2015, de 13 de abril.

un criterio discriminatorio en sí mismo que no puede estar sujeto, en concreto a los vaivenes de políticas.¹¹²

Encontramos un análisis inverso, en la reciente **Sentencia Tribunal Supremo de 14/11/2017. Rec.17/2017**, de exclusión de trabajadores de más edad. Se enjuicia la posible nulidad del despido colectivo por discriminación en el criterio de edad, ya que entre los criterios de selección de afectados por dicho despido colectivo se especifica que "*resultarán excluidos del despido colectivo los trabajadores de 50 o más años de edad*", por ser, según la empresa, los trabajadores más experimentados.

Y el Alto Tribunal recoge en su fallo la doctrina del Tribunal Constitucional relativa al principio de igualdad y a la prohibición de discriminación, que establece que la edad, sólo puede fundar un tratamiento diferenciado cuando se cumplen las rigurosas exigencias de justificación y proporcionalidad. y "que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas".¹¹³

Si bien, realmente lo que recoge el TS en su sentencia, para reconocer la validez de la exclusión de los de más de 50 años, no es el criterio alegado por la Empresa de ser los más experimentados, sino que considera aplicable la Directiva 2000/78, así como los arts. 4.2 y 17.1 del Estatuto de los Trabajadores, que acotan los supuestos de las prohibiciones de discriminación y sí razona que la medida es conforme con las previsiones de la Ley 27/2011 de 1 de agosto, al resultar más vulnerable el colectivo mayor de 50 años. Es decir, basa la legalidad de la exclusión en la normativa de la Seguridad Social, que considera al colectivo como vulnerable, y en base a ello establece la obligatoriedad de aportaciones de las Empresas al Tesoro Público.

En todo caso, es evidente que la respuesta dada por nuestro Tribunal Supremo, no se ajusta plenamente a las consideraciones que para evitar la discriminación recoge la jurisprudencia europea.

Y en las resoluciones de tribunales inferiores encontramos sentencias como la del STSJ de Andalucía de 8 de marzo de 2017. Rec. 1.204/2016, que admitiendo la inclusión de los colectivos de mayor edad con convenio especial, sin embargo, incorporan de manera

¹¹² ESCUDERO PRIETO, AZUCENA, (2018) *Prioridad de permanencia en la Empresa de los trabajadores de edad avanzada. Una propuesta legislativa abierta a la negociación colectiva*. *Revista de las Relaciones Laborales* n°1 enero 2018, Pág., 43 y 44. *Lefebvre El Derecho*.

¹¹³ STC 200/2001, de 4 de octubre.

general, una coletilla final señalando que “obviando la duda razonable que puede surgir sobre si estas hipotéticas mejoras son suficientes para compensar el perjuicio sufrido por un trabajador de 59 años, consideramos que las medidas otorgan la apariencia de trato proporcionado y no discriminatorio”.

Y la sentencia del TSJ de Valencia de 12 de mayo de 2015, Rec. 916/2015, que versa sobre un supuesto no habitual como lo es el de que los trabajadores reclamaban contra su no inclusión en el despido, por edad. Uno de los criterios de selección acordados durante el período de consultas era el denominado de “Mayor edad”, que decía así: “en este sentido, con el objetivo de ocasionar el menor perjuicio para los trabajadores, la empresa aplicará el criterio de edad y antigüedad en la afectación de los trabajadores que se encuentren próximos a un reconocimiento de prestación pública de jubilación, anticipada o reglamentaria”. “Tras haber analizado la aplicación práctica de esta regla, el TSJ concluye, citando su propia doctrina anterior, que “la fijación de criterios de selección en función de la edad fruto de la negociación colectiva, con el objetivo de establecer una estructura de plantilla que se mantenga a largo plazo y de ocasionar un menor perjuicio para el trabajador, no supone discriminación”. Añadiendo como argumento adicional, que esta conclusión se reforzaba “cuando consta que a los trabajadores afectados por el criterio de la edad, se les reconocen determinados beneficios con la finalidad de que no vean perjudicado su derecho a acceder a la pensión de jubilación. Lo que no es posible con otros de menor edad a los que su despido les ocasiona, en principio y a salvo de supuestos concretos, un mayor perjuicio”. Conclusión: “el hecho de que finalmente se desafectara del despido colectivo a cuatro trabajadores que como el actor superaban los 56 años de edad, no supone, en principio y a salvo de prueba que no se ha practicado, ningún indicio de discriminación”.¹¹⁴

¹¹⁴ RODRIGUEZ-PIÑERO, MIGUEL. (2016), *Entre el mal menor y el daño insostenible: el despido colectivo y los trabajadores de mayor edad*, Trabajo, Persona, Derecho y Mercado. Septiembre, 2016. Version online: grupo.us.es/inpr/2016/09.

3.3.- Supuestos de retracción: empresarial o del trabajador.

Es frecuente que en el proceso negociador, llevado a cabo en el periodo de consultas, se pacte como criterio de selección la adscripción voluntaria de los trabajadores, criterio que normalmente es el primero que se toma en consideración para computar en el colectivo de los que verán sus contratos extinguidos. Y normalmente este colectivo, que se pretende sea amplio, se le incentiva específicamente en la cuantía indemnizatoria. Y es posible, que en el acuerdo del periodo de consultas se establezca si es o no posible la retracción del trabajador, con indicación de hasta qué momento temporal y en qué condiciones.

La utilización de este criterio de selección se encuentra avalada por nuestra jurisprudencia. *“Que dicho criterio no vulnera norma ni principio alguno y, aún más, parece que se acomoda mucho mejor a un principio de reducción de los daños del despido colectivo el que se seleccione prioritariamente a aquéllos trabajadores que, por los motivos que sea, manifiesten una mejor predisposición para su salida de la empresa”*.¹¹⁵ En el mismo sentido, en el caso Bankia se reconoce la validez de la cláusula y su carácter voluntario.¹¹⁶

Analizamos si es posible que el trabajador que se adscribió voluntariamente, se pueda retractar, y de ser así, en qué momento, y si ha de ser con anterioridad al momento en el que la empresa le comunica ya formalmente que le despide.

En los expedientes en los que en el proceso negociador se ofrece, la adscripción voluntaria al listado de trabajadores a despedir, el trabajador se inscribe de manera voluntaria y sin ningún vicio de consentimiento, y manifiesta expresamente el deseo de extinguir el contrato y ser incluido en el ERE de extinción.

Nuestra jurisprudencia consolidada para los supuestos de despido y dimisión del trabajador recoge que: “existe una facultad de retractarse de la dimisión preavisada mientras la relación jurídica continúe existiendo: en definitiva, que el trabajador, al igual que el empresario, cuando preavisa un despido tiene derecho a reconsiderar su decisión, siempre

¹¹⁵ AN de 12 de junio, núm. 108/14, Rec 79/14, confirmada por sentencia del TS 20-4-15, Rec 354/14, asunto Coca Cola Iberian Partners S.A.

¹¹⁶ STS de 8 de julio 2015, Rec. 223/2014.

que lo haga antes de la fecha en que la misma debía producir su normal efecto extintivo”.

117

Por ello se plantea hasta que momento concreto el trabajador puede ejercitar la retractación. Si la notificación del trabajador es anterior a la comunicación escrita del empresario de la resolución del contrato, en la que le comunica que es uno de los afectados del despido colectivo, al haberse adscrito voluntariamente, debe ser considerada válida y eficaz, conforme la doctrina jurisprudencial,¹¹⁸ con lo que el trabajador dejaría de estar entre los que se adscriben voluntariamente al acuerdo de despido colectivo. “Y entendemos, que es suficiente que notifique a la empresa esa retractación antes de la efectividad del cese, en esta doctrina, no es necesario que el trabajador haya de demostrar que se hubiere producido una modificación sustancial de las circunstancias concurrentes en el momento de la adscripción”.¹¹⁹

En consecuencia, siempre habrá de entenderse válida la retractación del trabajador salvo de supuestos excepcionales en los que el empresario pudiere acreditar los graves perjuicios que ello le suponga, por los que no le es posible su aceptación.

Sin embargo, “si esa retractación del trabajador de su adhesión voluntaria al despido colectivo, la realiza cuando la empresa le comunica formalmente la extinción de su contrato, no sería, en nuestra opinión, posible, ya que se habría producido con posterioridad a la consolidación y adopción de la decisión extintiva conjuntamente adoptada por la empresa y representantes de los trabajadores en el periodo de consultas, en el que ya quedó definido como criterio de selección la adhesión voluntaria”.¹²⁰

Esta retractación que se produce en el momento que se le notifica el despido, está considerada por la jurisprudencia como extemporánea y no tiene por qué ser aceptada por el empresario. El trabajador no puede retractarse de una decisión que es empresarial. Sin embargo, aún cabe la posibilidad de que el trabajador demuestre que no causa ningún perjuicio (ej. una lista de voluntarios no agotada), pudiendo en este caso considerarse

¹¹⁷ STS de 7 de diciembre 2009. Rec 210/2009, STS de 7 de Julio 2012. Rec. 2224/2011.

¹¹⁸ STS de 28 de octubre de 2014. Rec 2268/2013.

¹¹⁹ MORALO GALLEGO, SEBASTIAN. (2016), “El despido colectivo y la retractación del trabajador que se adscribió voluntariamente”. *Revista de Jurisprudencia*. Marzo 2016. Versión online, foro publicado en: revistadejurisprudencia.elderecho.com/foro_legal/laboral/despido.

¹²⁰ MORENO GONZALEZ-ALLER, IGNACIO. (2016), “El despido colectivo y la retractación del trabajador que se adscribió voluntariamente”. *Revista de Jurisprudencia*. Marzo 2016. Versión online, foro publicado en: revistadejurisprudencia.elderecho.com/foro_legal/laboral/despido.

abusiva la negativa de la empresa. Tampoco hemos de olvidar que los despidos colectivos si se encuadran en acuerdos, nos podemos encontrar que la retractación extemporánea pudiese ser perjudicial para el resto de trabajadores.

Existe una doctrina jurisprudencial, que viene manteniendo la fuerza vinculante a la aceptación, y no reconociendo la retroacción, como en el supuesto que “una vez las obligaciones asumidas por la entidad bancaria, tanto en el marco general de la negociación colectiva, como frente al trabajador afectado a quien no puede reconocérsele el derecho de rescisión unilateral del pacto suscrito para la extinción de su contrato laboral, pacto que además tiene proyección en el resto de trabajadores afectados pues incide de forma indirecta sobre el número de afecciones obligatorias necesarias para completar el cupo de extinciones programadas”.¹²¹

Con mayor sentido, un sector doctrinal tampoco es partidario de su reconocimiento,” si se tiene en cuenta que el principio de la buena fe, CC art.7.1 y 1258, con especial significado en el ámbito del Derecho laboral, ya que se trata de relaciones contractuales de naturaleza continuada y personales, y se han de respetar los recíprocos intereses de las partes y ese cambio de voluntad no puede implicar perjuicios sustanciales para el empresario, e incluso para el resto de los trabajadores, los que se producirían de admitir tal retractación, ya que el empresario y los representantes llegaron a un acuerdo colectivo previo partiendo de tal adscripción voluntaria”.¹²²

Sin embargo, este principio que rige la retroacción de la buena fe, lo recoge nuestra jurisprudencia, y en base al mismo si considera posible la retractación «ese cambio en la voluntad extintiva no irroque perjuicio sustancial a la otra parte o a terceros». ...Y este principio de buena fe, entendido en la forma antedicha, apoya con fuerza la posible retractación de la decisión de dar por concluido el contrato, en aquellos casos, este es el límite de actuación, en los que ese cambio en la voluntad extintiva no irroque perjuicio sustancial a la otra parte o a terceros”.¹²³

¹²¹ STSJ de Valencia de de octubre 22 2015, nº 4088/2015. Rec.2429/2015.

¹²² MORENO GONZALEZ-ALLER, IGNACIO. (2016), “El despido colectivo y la retractación del trabajador que se adscribió voluntariamente”. *Revista de Jurisprudencia*. Marzo 2016. Versión online, foro publicado en: revistadejurisprudencia.elderecho.com/foro_legal/laboral/despido.

¹²³ STS de 1 de julio de 2010. Rec 3289/2009.

Es por ello necesario el análisis de cada caso concreto para verificar si la negativa de la empresa supone o no, una conducta abusiva, y lo mismo ha de predicarse del trabajador, así, “en el mismo sentido, la actuación del trabajador que puede ser rechazada”.¹²⁴

El principio de la buena fe, debe cobrar importancia en estos supuestos, ya que supone el respetar los recíprocos intereses de las partes, y un cambio de voluntad en el trabajador, puede perjudicar además de a otros trabajadores, al empresario, incluso en los supuestos de acuerdo entre la empresa y sus representantes, pues en ellos figuraba esta adscripción voluntaria del trabajador, y hay otros terceros trabajadores que pueden resultar afectados. Y no hay que olvidar, que la decisión extintiva en el despido colectivo le corresponde por ley, siempre al empresario.

En cuanto a la retracción efectuada por la empresa, la jurisprudencia del TS, afirma que “una vez acordado el despido del trabajador por la empresa, no cabe la retracción unilateral, pues la comunicación del despido provoca la extinción del contrato, produciendo efectos directos e inmediatos, *“La eficacia extintiva y constitutiva del despido determina que el trabajador no esté obligado a aceptar la posible retracción empresarial, sin que pueda considerarse abusiva la conducta del trabajador que rechaza la retracción formulada por el empresario”* “pese a ello, no cabe duda que si el empresario se retracta de su decisión extintiva y el trabajador acepta el ofrecimiento de reanudar la relación laboral, esta vuelve a su ser y estado anterior dada la concurrencia del consentimiento de los contratantes, en aplicación de los arts. 1261 y 1262 del CC”.¹²⁵ Por ello ha de entenderse que una vez despedido el trabajador no es posible la retracción empresarial.

Sin embargo, una parte importante de la doctrina jurisprudencial sobre la retroacción del trabajador y la empresa, “entiende que tras producirse dicha aceptación, el trabajador queda afectado por el despido colectivo y ya no es posible retractarse ni por parte de la empresa ni por parte del trabajador a no ser que haya existido error en el consentimiento prestado por alguna de las partes, además de que aceptar dicha retractación supondría dejar al arbitrio de una de las partes el cumplimiento de lo pactado, con clara infracción de lo establecido en el CC art.1256”.¹²⁶

¹²⁴ STSJ de Valencia de de octubre 22 2015, nº 4088/2015. Rec.2429/2015.

¹²⁵ STS de 7 de octubre 2009, nº 6969/2009, Rec 2694/2008.

¹²⁶ SANCHEZ ANDRADA, JESUS. “El despido colectivo y la retracción del trabajador que se adscribió voluntariamente”. *Revista de Jurisprudencia*. Marzo 2016. Versión online, foro publicado en: revistadejurisprudencia.elderecho.com/foro/legal/laboral/despido.

3.4.- Selección por productividad y absentismo.

Es frecuente que en los EREs de extinción, las empresas propongan conjuntamente con otros criterios de selección, la elección de trabajadores basado en formulas de evaluación del desempeño, productividad y absentismo. Todos ellos, dirigidos a mejorar la productividad de la empresa y reducir el absentismo, prescindiendo de los trabajadores con menos productivos y con mayor índice de mayor absentismo. Ahora bien, cuando se introducen estos criterios de selección, aparece habitualmente en primer lugar la posibilidad de adscripciones voluntarias y normalmente como criterio de cierre, las denominadas “prejubilaciones”, para trabajadores próximos a la fecha de jubilación.

Muchas de estas propuestas se plasman en acuerdos, al no ser el criterio de productividad y absentismo, el único y determinante de los establecidos en el acuerdo. Como ejemplo, en el ERE de la entidad financiera, BANKIA se recoge entre otros con el literal, “la designación de las personas que, se llevará a cabo teniendo en cuenta la valoración resultante de los procesos de evaluación realizados por la entidad respecto de perfil competencial, indicadores de potencial y cumplimiento de objetivos (en los que se tienen en cuenta factores de servicio al cliente, compromiso, rendimiento, trabajo en equipo y polivalencia)” y añade que “ los procesos de valoración se han extendido a la totalidad de los empleados, y se han llevado a cabo por los equipos de técnicos de recursos humanos con una metodología y contenido común, han sido reforzados con entrevistas personales, han sido contrastados con la participación de los responsables directos de cada agrupación y se han revisado conforme a criterios homogéneos”.¹²⁷ Una redacción muy detallada, objetiva y transparente al basarse en una evaluación homogénea y conocida por los afectados, hecho que favorece la aceptación de estos criterios por los representantes de los trabajadores, y que pasa favorablemente el filtro judicial.

Otro importante ERE, cerrado con acuerdo, ha sido el de la Empresa INDRA, en la que el concepto de productividad es más amplio, en la afectación de colectivos, pues evalúa diversos aspectos “no solamente los trabajadores con menores competencias, capacidades y productividad del trabajador frente a otros en la misma situación y susceptibles de ser afectados también por el despido por encontrarse en situación similar dentro de su área, centro de trabajo y rol de actividad , sino que lo amplía a trabajadores con baja carga de trabajo, trabajadores con dificultades de recolocación por su perfil profesional, o

¹²⁷ Ver texto completo en: www.accam.es/acuerdos-sindicales.

trabajadores en proyectos en pérdidas”.¹²⁸ Criterios que cuando han pasado el filtro, tanto de la AN, como del TS, los ha considerado válidos, y ajustados a derecho, al ser el motivo de la extinción, una causa económica. La Sala es del parecer que los criterios acordados en el periodo de consultas “se acomodan razonablemente a la reducción de actividad de la demandada, así como al desplome de sus márgenes de rentabilidad”.

Un ejemplo reciente, el de la empresa Bridestone Hispania, en el que se acordaron los criterios y ha sido recurrido ante el STSJ del País Vasco, la Sala, igualmente reconoce la validez de los criterios propuestos por la empresa y acordados, y lo fundamenta en que “ desde hace varios años en la empresa está implantado un sistema de evaluación de los trabajadores mediante unos formularios estandarizados, y por ello entre los criterios de extinción la Empresa propuso, “elegir preferentemente a los trabajadores con menor capacidad y/o rendimiento en su puesto de trabajo (i.e. aquellos que no alcanzan el desempeño mínimo requerido según la correspondiente evaluación interna)”. Es importante destacar que la empresa tenía implantado un sistema de evaluación del desempeño, lo que supone conocimiento previo por parte de los trabajadores de sus resultados individualizados, previos al ERE. Y a ello añade la empresa como criterio de cierre, en los supuestos donde a pesar de la aplicación de los anteriores criterios, no hubiese resultado posible concretar los trabajadores definitivamente afectados por concurrir varios en igualdad de valoración, se elegirá a aquéllos con menor antigüedad. Y dentro de los criterios incluye uno novedoso en estos procesos, cual es la preferencia de de permanencia de un colectivo de trabajadores, los

¹²⁸ SAN de fecha 13 de noviembre 2015, Rec. 257/2015. Ratificada en casación STS de fecha 18 de mayo 2017, Rec. 71/2016, en la que se recogen lo criterios:... Trabajadores desasignados durante un periodo superior a 60 días, entendiéndose por tales los profesionales que han finalizado un proyecto y la Unidad de Gestión de Recursos no consigue asignar su perfil en proyectos de la misma unidad donde finalizaron el último proyecto ni en otras unidades de la empresa. c) Trabajadores con baja cargabilidad que han estado desasignados parcialmente o que, en el corto plazo, finalizan los proyectos y sus perfiles tienen una mayor dificultad de asignación. d) Profesionales asignados a actividades de baja rentabilidad o proyectos a abandonar. e) Trabajadores cuya tasa es muy superior a la requerida por el proyecto e Indra debe "subvencionar" parte de la misma para poder asignarles a los proyectos. f) Trabajadores con largos periodos imputados a formación interna y que no consiguen reconvertir su perfil a las tecnologías demandadas. g) Menores competencias, capacidades y productividad del trabajador frente a otros en la misma situación y susceptibles de ser afectados también por el despido por encontrarse en situación similar dentro de su área, centro de trabajo y rol de actividad. h) Estar comprendido en el grupo de trabajadores con 57 o más años cumplidos a fecha 31 de diciembre de 2015, en la medida en que se establecen unas especiales condiciones de protección para dichos trabajadores que permiten su acceso a la prejubilación o jubilación una vez extinguido el contrato.

mejores, y lo concreta: “en todo caso, los trabajadores con capacidad y/o rendimiento superior al normal se excluyen aunque les fuera de aplicación el criterio de cierre”. Finalmente, “en el conjunto de la empresa, se efectuarán las correcciones oportunas para garantizar que, proporcionalmente no se reduce el número de mujeres empleadas en la plantilla”.¹²⁹ Es importante, ver no solo la importancia del acuerdo y que la inclusión de la productividad, se base en evaluaciones efectuadas de periodicidad ordinaria en la empresa, sino también el objetivo de retener los mejores para salvar la situación que dio lugar al ERE, y verificar que no existan posibles discriminaciones ponderando la afectación con la igualdad de género.

Existen otros supuestos en los que los criterios propuestos por la Empresa y los acordados, no solo miran a la productividad del momento temporal concreto del expediente de extinción por causas económicas, en que pueden ser baja los trabajadores. La empresa se marca un objetivo de más largo plazo, y traslada esta proyección al establecer los criterios de selección, y que se concretan, en excluir a trabajadores del proceso de afectación al despido, al reunir los mismos requisitos de polivalencia y adaptación que resultaran relevantes en una previsión de incremento de la productividad en un próximo futuro. Es decir, la empresa opta por mantener sus mejores recursos y lo refleja en los criterios de selección, criterio que se está generalizando en las grandes empresas en los procesos que acaban con acuerdo.

En este recorrido de ejemplos concretos, encontramos el expediente de la empresa ISOLUX INGENIERIA, que entre los criterios de selección incluyó: “ la cualificación profesional, excluyéndose de la selección a aquellos profesionales de cada departamento que por su formación profesional, técnica o de un nivel superior, puedan resultar más útiles (según las necesidades profesionales de la sociedad) a efectos de asumir más tareas sin necesidad de (o con escaso) personal de soporte”; y concreta, que serán trabajadores afectados “ aquellos empleados que por su cualificación profesional no puedan asumir tareas que resulten necesarias; evidentemente todo ello siempre dentro de los parámetros

¹²⁹ STSJ del País Vasco de fecha 10 de marzo de 2015, Rec. 233/2015. La evaluación contemplaba una calificación que oscilaba entre la A y la D, siendo la primera la correspondiente al más alto rendimiento y la segunda al más bajo. Los parámetros de evaluación fueron los siguientes: atención a las normas; orden y limpieza; colaboración y trabajo en equipo; orientación a la calidad; orientación al desempeño/cantidad de trabajo; conocimiento y/o manejo de máquinas y equipos de trabajo; capacidad para realizar el trabajo; comprensión de instrucciones, procedimientos y especificaciones; comprensión de situaciones; iniciativa y capacidad de decisión.

de ajuste ponderando su aporte profesional y su coste económico”. Y se introduce “la polivalencia (unido al anterior criterio), y se verán afectados aquellos empleados que a igualdad de formación o profesional, asuman con menos facilidad o capacidad tareas adicionales, incluso de las que no hayan tenido que ocuparse hasta la fecha pero que, sin embargo, ahora puedan resultar necesarias dada la reducción de plantilla de los diferentes departamentos”.¹³⁰ Como en el caso anterior la empresa excluye de la afectación a los mejores y centra la afectación entre los menos polivalentes en el momento del expediente de extinción.

Un último ejemplo, con acuerdo en los criterios de selección, lo vemos en la empresa ERICSSON, (STS 26-10- 2015, rec.172/2014). Que siendo uno de los criterios la productividad y polivalencia y evaluación del desempeño, lo describe “en razón inversa a la especialización o polivalencia; falta de adecuación entre el perfil y los requerimientos del puesto; en razón inversa a los ratios de productividad de cada empleado; en la evaluación de desempeño de los años 2014 y 2015”. El proceso acabó en sede judicial y la sentencia considera que con los criterios acordados se cumple la finalidad que les es legalmente atribuible (facilitar una adecuada negociación en el periodo de consultas) y a la par su redacción excluye que en su aplicación pueda producirse arbitrariedad alguna. Aunque los debatidos criterios resulten innegablemente genéricos, también ha de admitirse que son igualmente prolijos en su enumeración y hacen expresa declaración de estricto respeto a los derechos fundamentales y ordinarios".

Considera la Sala, “que lo importante es que los supuestos que están referidos a datos objetivos de: conexión con el puesto de trabajo, por proximidad funcional o geográfica; especialización y polivalencia; adecuación del perfil y posibilidad de cambio a otra unidad de la compañía, o ratios de productividad de cada empleado; de tal manera que pueden ser conocidos, valorados y discutidos por los trabajadores afectados a la hora de hacer valer sus cualidades personales en cada uno de tales aspectos. Cumplen de esta forma el parámetro de legalidad”.¹³¹

Una vez más se resalta la importancia de que la métrica de evaluación sea previa y conocida por los trabajadores, y su aplicación sea carente de arbitrariedad.

La doctrina jurisprudencial que avala la validez de los criterios de productividad y absentismo, la vemos de manera concreta entre otras, en las siguientes sentencias:

¹³⁰ STSJ de Madrid de fecha 22 de febrero 2016, Rec. 845/2015.

¹³¹ STS e fecha 8 de noviembre 2017, Rec. 134/2017.

El TS admite la validez, incluso en el supuesto de no existencia de acuerdo en el periodo de consultas y con una definición genérica, como la siguiente “si bien los criterios de selección fueron expresados de una forma inadecuadamente genérica «la adscripción a los puestos de trabajo, la polivalencia y la productividad», sin mayor concreción ni proyección objetiva sobre cada concreto trabajador, lo cierto y verdad es que la indicación fue acompañada de la relación nominal de afectados”.¹³². Es decir, que si se han aportado los nombres de los afectados, existían garantías suficientes para la negociación en el periodo de consultas, y ello dota a la selección efectuada de validez.

La AN por su parte, en el mismo sentido considera razonable y objetivo el criterio de la productividad, si se concreta con su correspondiente evaluación, así se recoge en la SAN de 11 de marzo de 2013, Rec. 381/2012: que indica “el rendimiento aquí examinado lo es como herramienta para seleccionar a los trabajadores, cuya capacidad y productividad sea menor que las de la mayoría, lo que constituye, a nuestro juicio, un medidor razonable y objetivo, que se coherente plenamente con el objetivo propuesto: mejorar la competitividad y productividad de la empresa. Consideramos, por tanto, que el criterio de selección, propuesto por la empresa y asumido con correcciones por la mayoría sindical, es razonable y objetivo, puesto que permite mantener en plantilla a los trabajadores más productivos, lo que constituye un bien en su mismo para la empresa, y le permitirá acometer con mucha más eficiencia con una plantilla más reducida, pero más productiva globalmente. Y el elemento determinante para el tribunal ha sido que “se ha probado que la empresa ha utilizado las fichas de los trabajadores y se ha auxiliado de una evaluación del desempeño, realizada con anterioridad a la ejecución de la medida, lo que permite descartar que se haya utilizado de modo desmedido o irracional”.

La AN, sin embargo matiza los supuestos en los que se incluye la productividad como criterio, diferenciando, cuando la causa alegada es económica (caso INDRA), o es productiva, siendo es este caso el criterio de la Sala, por todas, SAN 28-03-2014, Rec. 499/2013, que los criterios de selección no tienen que ser exhaustivos cuando la causa es económica, siendo más exigente su motivación, cuando la causa es productiva.

Por último, el TS ha admitido conjuntamente los criterios de productividad y absentismo, así en la STS de 14 de octubre 2014, Rec. 3054/2013, ha establecido que el criterio de selección establecido atendiendo en a la productividad de lo trabajadores (horas trabajadas en maquinas de producción) y absentismo, no es arbitrario, ya que” *la selección de los afectados se realizó a partir de una valoración de la productividad y absentismo de toda la plantilla durante el año 2011, conforme al criterio establecido en la instrucción de 3 de mayo de ese año, de donde*

¹³² STS 17 julio 2014 (Rec. 32/2014).

resultó una lista de los empleados, ordenados de peor a mejor puntuación". Añadiendo que en la empresa, existe un criterio de selección que afecta a todos los trabajadores del grupo que pudieran verse afectados por las extinciones (productividad y absentismo) y, que la productividad se calcula a partir de una media ponderada que corrige los valores obtenidos, valorando exclusivamente las horas trabajadas en máquinas de producción.

El criterio del absentismo, aparece siempre ligado a otros criterios, y a un objetivo empresarial de reducción del mismo, y así ha sido admitido por el TS, definiendo que "estarán afectados por el despido colectivo los trabajadores cuyo índice personal de absentismo medio en el periodo desde el 1-1-2013 a 31-12-2015 sea igual o superior al 10%, por orden correlativo a su índice de absentismo, de mayor a menor hasta cubrir el correspondiente número de bajas. Acompañando eso sí por la empresa una prolija definición del concepto y calculo de porcentajes de absentismo".¹³³

Sin embargo, no es posible legalmente que en el periodo de consultas se fijen unos criterios de selección, "siendo uno de ellos el absentismo, y que posteriormente la empresa tome como único criterio el absentismo laboral, pues supone la improcedencia de los

¹³³ STS de 14 de noviembre 2017, Rec.872/2017, en cuanto a la formulación del absentismo " la Empresa entiende que el criterio del absentismo se debe aplicar sobre cada colectivo de empleados considerado en su conjunto [(a) personal directo, (b) personal indirecto, y (c) técnicos y administrativos] y sin diferenciar la unidad productiva (coches por un lado y turismos por otro). Los elementos, razonables y objetivos, que justifican la aplicación del criterio del absentismo por colectivo de trabajadores, independientemente de la unidad productiva en la que presten servicios, son, entre otros, los siguientes: (a) el nivel de absentismo es global para ambas unidades productivas (coches y turismos); (b) los índices de absentismo son muy parejos en ambas unidades productivas (coches y turismos) y se trabaja con los mismo estándares de calidad y protección de la seguridad laboral en ambas; (c) ambas unidades productivas comenzaron sus actividades en Pamplona al mismo tiempo (y desde luego, antes del 1 de enero de 2013, según se expone en el siguiente apartado) con lo que los parámetros de comparación utilizados resultan aplicables a ambas unidades; y finalmente (d) las unidades productivas son parte de la misma planta. (i) Índice de absentismo Se tomarán en consideración los siguientes umbrales de absentismo:- Índice personal medio de absentismo igual o superior al 10% en el periodo desde el 1-1-2013 al 31-12-2015.- Índice personal de absentismo igual o superior al 10% en el año 2015, desde el 1 de enero hasta el 31 de diciembre. Índice personal de absentismo igual o superior al 10% en el año 2014, desde el 1 de enero hasta el 31 de diciembre. A estos efectos, el índice de absentismo vendrá determinado por el número de días naturales de baja debidas a huelga legal por el tiempo de duración de la misma, el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades profesionales, ni las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de Salud, según proceda.

despidos ya que la empresa incumple los criterios de selección establecidos en el acuerdo del periodo de consultas, y así lo ha entendido el TS”.¹³⁴

Como conclusión, la jurisprudencia acepta como criterio de de selección, la productividad, entendida como rendimiento de los trabajadores, de modo que se vean afectados aquellos cuya capacidad y productividad sea menor que la mayoría, siempre que la misma se efectúe con procedimientos de evaluación establecidos en la empresa y que dicha evaluación sea previa y realizada con anterioridad a la propuesta de despido colectivo. Igualmente ha considerado valido el concepto de absentismo, ligado a la reducción del mismo y como determinante en la mejora de la productividad.

3.5.-Selección por falta de adaptación a hipotéticos avances tecnológicos. STSJ de Andalucía de 23 de febrero 2015, núm. 531/2015, ROJ 356/2015. (Rec. 32/2014).

Es frecuente escuchar en los foros empresariales, que los trabajadores de mayor edad se adaptan peor a los cambios tecnológicos y organizativos, en especial a las conocidas como TIC, cuando en realidad esta falta de adaptación en muchos casos es motivada por diferentes causas, muchas achacables a la propia gestión de la empresa, entre ellas programas específicos de formación en tiempo de trabajo, que nada tienen que ver con la edad.

En nuestro ordenamiento laboral la noción de “adaptación del trabajador” aparece expresamente mencionada en el art. 52.b. del ET, y precisamente relacionado con su posible despido, “*por falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, cuando dichos cambios sean razonables.*”. La doctrina y la jurisprudencia han entendido que esta adaptación no es un valor absoluto y general, ha de ser concretado tanto en la realidad laboral del puesto de trabajo y la empresa, como a la realidad social, pues nos encontramos en un momento de introducción masiva de nuevas tecnologías en los proceso productivos, con gran impacto en la organización de las empresas y en la creciente y continua necesidad de adaptación de los trabajadores.

La realidad, es en los despidos objetivos individuales, en donde se concreta la falta de adaptación del trabajador, que se engloba en los criterios de productividad, u

¹³⁴ STS de 17 de mayo 2017, Rec. 3738/2015.

organizativos, más medibles y objetivos, y es escasamente es utilizado como criterio específico de selección en los procesos de despido colectivo.

Sin embargo, si encontramos algún supuesto con tratamiento jurisprudencial. Así la STSJ de Andalucía de 23 de febrero de 2005. Rec.531/2005, incluye como criterio para el despido colectivo de las trabajadoras afectadas, “de manera genérica el de mayor edad sin acudir a otros, bajo la presunción de que los más jóvenes se adaptarían mejor a los cambios tecnológicos que se pudieran producir, presumiendo la mayor dificultad de adaptación a los de más edad a unos hipotéticos avances tecnológicos, prescindiendo de las características personales del trabajador”. Con esta premisa el tribunal aprecia indicios de discriminación prohibidos en el ordenamiento sobre un derecho fundamental, y ello incide que “es así cuando se seleccionan para ser despedidos unos trabajadores por la mayor dificultad que tuvieran para adaptarse a los posibles o hipotéticos avances tecnológicos que se pudieran producir en la empresa, lo que sí exigiría un examen particularizado de las concretas particularidades de cada trabajador.

El Tribunal, teniendo en cuenta la legislación aplicable, que se concreta en la Directiva 2000/78 CE y en los art. 4.2 y 17.1 del ET, dictamina, “que presumir, como hace la empleadora que un grupo genérico de trabajadores, por razón de la mayor edad, tienen mayores dificultades o menor capacidad para adaptarse a unos hipotéticos avances tecnológicos no concretados, supone una discriminación prohibida por los preceptos citados”. Y es que sin ninguna individualización, se ha deducido su menor capacidad de adaptación a no se sabe que cambios. El tribunal considera que se ha vulnerado un derecho fundamental por la consideración de la edad y declara la nulidad de los despidos.

Otro ejemplo, en el que pactado en el acuerdo los criterios de selección en la empresa ERICSSON, que juntamente con la productividad y polivalencia, se incluye la “falta de adecuación entre el perfil y los requerimientos del puesto; y en razón inversa a la empleabilidad para el cambio a otra unidad en la compañía”, lo que en sí mismo no es otra cosa que la adaptabilidad al puesto ocupado u a otro que pueda ser destinado”.¹³⁵ Es decir, se concluye que el perfil del trabajador necesario es aquel que puede cambiarse fácilmente de puesto por su facilidad de adaptación al mismo.

De la jurisprudencia existente, se concluye, que de existir como criterio de selección la posible falta de adaptación a cambios futuros, no es admisible como criterio exclusivo, sin que se acompañe de una individualizada evaluación no solo de los trabajadores

¹³⁵ STS de fecha 8 de noviembre 2017, Rec. 134/2017

afectados, sino también de los no afectados, es decir evaluación del conjunto de la plantilla a la que se apliquen los referidos criterios, siempre basada en criterios objetivos. Algo que se nos muestra como una tarea compleja, y desde luego poco práctica en plantillas de alto volumen. Sin embargo, si se puede encuadrar en un conjunto de criterios de selección con diferente prioridad, siempre basada en una evaluación objetiva en los términos indicados, y en especial de mecanismos de adaptabilidad y potencial, que tengan en cuenta la evolución tecnológica previsible de la empresa a futuro más o menos inmediato, mecanismo de evaluación que han de ser conocidos e incluso previos a la aplicación del expediente de extinción.

4.- CONTROLES EN LA SELECCIÓN DE LOS TRABAJADORES AFECTADOS.

4.1.-Control de la Autoridad Laboral.

En la última de regulación de los despidos colectivos, “se apuesta por una flexibilidad negociada, y por un tipo de intervencionismo público administrativo instrumental, tanto en lo que se refiere a las funciones de apoyo y mediación atribuidas a la autoridad laboral (véase SAN, 140/12013, de 4 de julio 2013, Iberia), como en lo atinente a las funciones de verificación y control ejercido por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social”.¹³⁶

La actual configuración del procedimiento de despido colectivo, a raíz de la reforma del año 2012, centra la actividad de la autoridad laboral en la fase de consultas, y limita el alcance de la intervención de la administración, es pues una actuación instrumental, que, sin embargo, mantiene su relevancia en una triple dimensión de acuerdo a las menciones expresamente consignadas en el art. 10 del RPDC ¹³⁷, velará por la efectividad del periodo

¹³⁶ MONERENO PEREZ, JOSE LUIS, “*la intervención administrativa en los despidos colectivos*” *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, ISSN 0213-0750, N° 125, 2014 (Ejemplar dedicado a: *El nuevo papel de la Administración Pública en las relaciones laborales*), págs. 266.

¹³⁷ RD 1483/2012 de 29 de octubre por el que se aprueba el reglamento de los procedimientos de despido colectivo. Artículo 10. Actuaciones de la autoridad laboral.

de consultas remitiendo advertencias y recomendaciones a las partes, realizará actuaciones de mediación a petición conjunta de las partes y requerirá el preceptivo informe de la inspección de trabajo, recogido en el art. 11.¹³⁸

1. La autoridad laboral velará por la efectividad del periodo de consultas pudiendo remitir, en su caso, advertencias y recomendaciones a las partes, que no supondrán, en ningún caso, la paralización ni la suspensión del procedimiento. La autoridad laboral dará traslado a ambas partes de los escritos que contengan dichas advertencias o recomendaciones, aun cuando se dirijan a una de ellas en particular.

Los representantes de los trabajadores podrán dirigir en cualquier fase del procedimiento observaciones a la autoridad laboral sobre las cuestiones que estimen oportunas. La autoridad laboral, a la vista de las mismas, podrá actuar conforme a lo indicado en el párrafo anterior.

El empresario deberá responder por escrito a la autoridad laboral, antes de la finalización del periodo de consultas, sobre las advertencias o recomendaciones que le hubiere formulado esta. De dicho escrito el empresario trasladará copia a los representantes legales de los trabajadores.

2. La autoridad laboral podrá realizar durante el periodo de consultas, a petición de cualquiera de las partes, o por propia iniciativa, actuaciones de asistencia. En especial, podrá dirigir a las partes propuestas y recomendaciones sobre las medidas sociales de acompañamiento y, en su caso, sobre el contenido e implantación del plan de recolocación externa, teniendo en cuenta la situación económica de la empresa.

3. La autoridad laboral podrá igualmente, con el fin de buscar soluciones a los problemas planteados por el despido colectivo, de mediación realizar actuaciones a petición conjunta de las partes.

Las actuaciones de mediación y asistencia a que se refiere este apartado y el anterior podrán ser realizadas por la autoridad laboral con la asistencia y apoyo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

¹³⁸ RD 1483/2012 de 29 de octubre por el que se aprueba el reglamento de los procedimientos de despido colectivo. Artículo 10. Actuaciones de la autoridad laboral. Artículo 11. El informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

1. Recibida la comunicación del empresario a que se refiere el artículo 12.1, la autoridad laboral dará traslado de la misma a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social junto con la documentación especificada en los apartados 2 y 3 de dicho artículo, a efectos de la emisión del preceptivo informe. 2. El informe deberá ser evacuado en el improrrogable plazo de quince días desde la notificación a la autoridad laboral de la finalización del periodo de consultas, y quedará incorporado al procedimiento. El informe versará sobre los extremos de dicha comunicación y sobre el desarrollo del periodo de consultas de acuerdo con lo establecido en los apartados siguientes. 3. El informe constatará que la documentación presentada por el empresario en relación con las causas del despido se ajusta a la exigida en los artículos 4 y 5 en función de la concreta causa alegada para despedir. 4. A efectos de lo dispuesto en el artículo 51.6 del Estatuto de los Trabajadores, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social informará cuando compruebe que concurre fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo adoptado en el periodo de consultas. Además, si considerase que el acuerdo tiene por objeto la obtención indebida de prestaciones por desempleo por parte de los trabajadores, así se hará constar en el informe, para su valoración por la entidad gestora de

La supresión del elemento autorizador por parte de la Administración, (existente en la legislación anterior) parece intentar subsanarse “por medio de la atribución a la inspección de trabajo del papel de constatar la corrección de la documentación aportada por el empresario, y que la misma se corresponda con la legalmente exigida”.¹³⁹

La “autoridad laboral cumple cuatro funciones en relación con el periodo de consultas”:¹⁴⁰ “la vigilancia del efectivo desarrollo del procedimiento de consultas, la mediación entre las partes, la asistencia en la previsión de los efectos de las decisiones empresariales y el control de sus resultados. Centrándonos en las primeras, la autoridad laboral “velará por la efectividad del período de consultas pudiendo remitir, en su caso, advertencias y recomendaciones a las partes que no supondrán, en ningún caso, la paralización ni la suspensión del procedimiento” (art. 51.2 ET). En esta línea, el art. 6.4 del RPDC establece que, si la comunicación de inicio del procedimiento de despido colectivo no reuniese los requisitos exigidos, la autoridad laboral, por propia iniciativa o a instancia de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, “*lo advertirá así al empresario, especificando los mismos, y remitiendo copia del escrito a los representantes de los trabajadores y a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social*”; advertencia que “no supondrá la paralización ni la suspensión del procedimiento”.¹⁴¹

En las funciones de vigilancia del efectivo desarrollo del procedimiento de despido colectivo, resulta esencial el papel de la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social, pues verifica sobre el terreno el desenvolvimiento de las consultas a efectos de que la autoridad

las prestaciones por desempleo. 5. El informe constatará la inclusión del resto de los extremos contemplados en el artículo 3 y, en especial, verificará que los criterios utilizados para la designación de los trabajadores afectados por el despido no resultan discriminatorios por los motivos contemplados en el artículo 17.1 del Estatuto de los Trabajadores, sin perjuicio del cumplimiento de las prioridades de permanencia en la empresa a que se refiere el artículo 13 del Reglamento. 6. El informe verificará que se ha cumplido lo establecido en el artículo 7 respecto al periodo de consultas. 7. Asimismo, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social deberá informar sobre el contenido de las medidas sociales de acompañamiento que se hayan podido prever y, en especial, comprobará que las empresas obligadas a ello han presentado el plan de recolocación externa a que se refiere el artículo 9 y que éste cumple los requisitos exigidos en dicho artículo.

¹³⁹ ROMERO SANCHEZ, LAGO, *El despido colectivo, evolución normativa y régimen jurídico*. (2017), Editorial Comares Pag... 109.

¹⁴⁰ GOERLICH PESET, J.M^a, “Desarrollo y contenido de las consultas”, *cit.*, págs. 119 y ss., citada por ROQUETA BUJ, R, EN “La selección de los trabajadores afectados por los despidos colectivos”, págs.193 y 194.

¹⁴¹ ROQUETA BUJ, R, EN “La selección de los trabajadores afectados por los despidos colectivos”, pág. 193.

laboral pueda desarrollar sus funciones y, además, actúa como su asistente (art. 10.3 RPDC). Y en particular, resulta esencial el informe que debe evacuar al término del procedimiento de despido colectivo (art. 11 RPDC). Dicho informe, en principio, debe centrarse en la suficiencia o insuficiencia de la comunicación de la decisión empresarial de despido colectivo y “deberá pronunciarse no solo sobre los extremos de la comunicación inicial o sobre el desarrollo del periodo de consultas, sino sobre la corrección de la documentación presentada, la no concurrencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho o el intento de obtener indebidamente prestaciones de desempleo en la mencionada fase de consultas; adicionalmente en el eventual acuerdo que hubiera de adoptarse, el cumplimiento de los extremos aludidos en el art. 3.1, del RPDC, así como el respeto a las prioridades de permanencia fijadas, o el correcto desarrollo de la fase de consultas, con las exigencias temporales vertidas en el art. 7 del RD vigente, y, en definitiva, la observancia de las previsiones en materia de medidas de acompañamiento social o planes de recolocación externa”.¹⁴²

Y es concluyente el TS al afirmar, “en definitiva, aunque la reforma laboral ha suprimido el requisito de la autorización administrativa, no ha privado o reducido las funciones de la Inspección de Trabajo. Y obviamente, un informe sobre dichos extremos no puede limitarse a la comprobación de que han sido mencionados en la comunicación empresarial, sino que deberá entrar a valorar tanto su existencia cuanto su suficiencia o adecuación, en orden a justificar las medidas empresariales pretendidas y cualquier otra cuestión que el inspector actuante considere relevante u oportuno para la correcta tramitación del expediente. Más claramente, la actuación inspectora no debe limitarse simplemente a verificar que el expediente contiene todos los documentos preceptivos y que dentro del procedimiento se han cumplido todos los plazos reglamentarios, sino que, en función del extremo a comprobar, debe poder desplegar su capacidad investigadora para asegurar que cada una de las obligaciones empresariales señaladas en la norma se cumple de manera efectiva según su finalidad.”¹⁴³

¹⁴² ROMERO SANCHEZ, LAGO, *El despido colectivo, evolución normativa y régimen jurídico*. (2017), Editorial Comares. Pág. 111.

¹⁴³ STS Sala contencioso-administrativa de 2 de noviembre 2016, Rec.2587/2015 que ve considerada ajustada a derecho la Instrucción 2/2012, de la Subdirección de la Inspección de Trabajo en el País Vasco, se dirige a determinar la actuación inspectora tras las mordicaciones operadas por el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, por la Ley 3/2012, de 6 de julio, y por el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre.

Dicho de otra forma, la Inspección de Trabajo, no solo debe dar fe de que el empresario ha incorporado los documentos preceptivos y de que se ha realizado el período de consultas, sino que debe emitir un informe que constate que aquella documentación es la exigida en relación con las causas del despido y a tenor de la concreta causa alegada para despedir, y ha de poner de manifiesto lo que corresponda cuando compruebe que concurre fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo adoptado en el período de consultas. En el mismo informe debe, además, verificar, en especial, que los criterios utilizados para la designación de los trabajadores afectados por el despido no resultan discriminatorios por los motivos contemplados en el art. 17.1 del Estatuto de los Trabajadores.¹⁴⁴ Y ese mismo informe ha de referirse al contenido de las medidas sociales de acompañamiento que se hayan podido prever, de manera que, especialmente según los preceptos, debe comprobar que las empresas obligadas a ello han presentado el plan de recolocación externa a que se refiere el art. 9 y que éste cumple los requisitos exigidos en dicho artículo.

Por ello, si la empresa “no desglosa el número de despidos por grupos o categorías profesionales y centros de trabajo afectados y/o no especifica los criterios para determinar los trabajadores afectados o pretende emplear pautas indebidas en dicha elección, los representantes de los trabajadores deben de ponerlo en conocimiento de la autoridad laboral afín de que esta, a la vista de sus alegaciones, pueda remitir al empresario una advertencia o recomendación, art.v10.1 RPDC”.¹⁴⁵ La importancia de esta información es muy importante pues del contenido del informe, se puede desprender la nulidad o improcedencia de los despidos, bien por no respetar las prioridades establecidas legalmente o apreciar discriminación en los criterios propuestos, en todo caso sujeto al criterio judicial.

Como recoge nuestra jurisprudencia del TS, el precitado informe “tiene un carácter informativo, que conduce a la ulterior valoración por parte de quien juzga en instancia, como un medio probatorio más sin que quepa atribuirle efecto vinculante alguno y sin que pueda excluirse el análisis de los demás medios de prueba y, en suma, la necesaria convicción de quien juzga tras la valoración de todos ellos. Lo que concluye que aún

¹⁴⁴ Y ha de pronunciarse sobre “los criterios utilizados para la designación de los trabajadores afectados por el despido además debe verificar no resultan discriminatorios por los motivos contemplados en el artículo 17.1 del Estatuto de los Trabajadores, sin perjuicio del cumplimiento de las prioridades de permanencia en la empresa a que se refiere el artículo 13 del Reglamento” (art. 11.5 RPDC).

¹⁴⁵ ROQUETA BUJ, R, EN “La selección de los trabajadores afectados por los despidos colectivos”, pág. 194.

cuando el informe carezca de efecto vinculante para la decisión judicial, el alcance de dicho "informe" no es irrelevante, sino que es un elemento valorativo".¹⁴⁶

Esta doctrina del TS, "no deja de realzar, que el informe constituye un elemento relevante en la formación de la decisión del Juez y que representa un "medio probatorio más", pero, al fin y al cabo, un elemento probatorio que debe ser tomado en consideración aunque no tenga un carácter jurídicamente vinculante y de certeza sobre la decisión última de Juez".¹⁴⁷

Precisamente, la reforma legal operada en 2012 en materia de despido colectivo, reorienta la función de la autoridad laboral, a quien asiste la Inspección de Trabajo. La función de ésta es de apoyo a la autoridad laboral que, a su vez, cumpla con la misión de advertir, hacer observaciones y recomendaciones a la empresa, quien resulta la única responsable de su seguimiento.¹⁴⁸

La consecuencia de todo ello es el que Administración Laboral asume un papel proactivo y de control estrictamente instrumental sobre la conformidad a Derecho del procedimiento de extinción colectivo.

4.2-Control de los Representantes Legales de los Trabajadores.

El ET confiere a la representación legal de los trabajadores, un importante papel en los procesos de extinción por despido colectivo. Actividad que comienza con la comunicación del inicio del proceso, para continuar con la negociación del posible acuerdo en el periodo de consultas y la fase final de vigilancia del cumplimiento; bien de lo acordado, o de lo comunicado por la empresa, que incluye la remisión de las cartas de despido. En cada una de dichas fases dispone la RLTT, de mecanismos de control, que serán determinantes en su caso, en el posible control judicial del proceso de extinción.

La primera intervención de control de los representantes, se recoge en el art. 51.2 del ET, en donde se concreta la documentación específica que ha de aportar la empresa en

¹⁴⁶ STS de 18 de marzo 2014, Rec. 114/2013.

¹⁴⁷ MONERENO PEREZ, JOSE LUIS, "la intervención administrativa en los despidos colectivos" *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, ISSN 0213-0750, N° 125, 2014 (Ejemplar dedicado a: *El nuevo papel de la Administración Pública en las relaciones laborales*), págs. 283.

¹⁴⁸ STS de 18 de marzo 2014, Rec. 114/2013.

la comunicación de inicio del proceso, para la apertura del derecho de consulta, “la finalidad de esta aportación documental, se muestra como evidente, dado el necesario conocimiento por la parte social de aquellos elementos sobre los que versará el periodo de consultas”.¹⁴⁹ El propio TS, lo ratifica “*la principal finalidad del precepto es la de que los representantes de los trabajadores tengan una información suficientemente expresiva para conocer las causas de los despidos y poder afrontar el periodo de consultas adecuadamente*”.¹⁵⁰ Y “una finalidad evidente, cual es que los representantes de los trabajadores tengan conocimiento en los términos de afectación, en orden a estar en condiciones de discutir su justificación y proporcionalidad, y proponer alternativas”.¹⁵¹ “Si bien los representantes no podrán solicitar más documentación de la legalmente exigida sin acreditar su relevancia”.¹⁵²

La no aportación de esta documentación, puede tener efectos negativos para la empresa, como tiene declarado el TS en sentencia de 27 de mayo de 2013. Rec. 78/2012, “que no todo incumplimiento de las previsiones contenidas en aquel precepto puede alcanzar la consecuencia de nulidad que se pueda desprender del art. 124 LRJS, sino tan sólo aquella que sea trascendente a los efectos de una negociación adecuadamente informada”.

En la documentación que ha de aportar la empresa al inicio del periodo de consultas, deben de figurar “*los criterios tenidos en cuenta para los trabajadores afectados por los despidos*” a fin de que los representantes puedan verificar su objetividad, idoneidad y suficiencia, y proponer su corrección, o presentar otros criterios alternativos o complementarios, durante el periodo de consultas. “Dentro de la lógica del periodo de consultas a los representantes legales de los trabajadores permitirá que estos puedan

¹⁴⁹ ROMERO SANCHEZ, LAGO, *El despido colectivo, evolución normativa y régimen jurídico*. (2017), editorial Comares. Pág. 88.

¹⁵⁰ STS de 20 de marzo 2013, Rec. 81/2012.

¹⁵¹ SAN de 8 de lio de 2013, Rec.180/2013, cit. en pág. 29 citado por ROQUETA BUJ, R, EN “*La selección de los trabajadores afectados por los despidos colectivos*”, Tirant lo Blanch 2015.

¹⁵² SAN DE 12 de junio 2014, Rec.79/2014, ERE Coca-Cola., confirmada por STS de 20 de abril 2015, Re.c.354/2014.

exponer sus opiniones favorables o adversas sobre los criterios propuestos por la empresa para la selección de los trabajadores y en su caso, proponer otros alternativos”.¹⁵³

El periodo de consultas, debe de estar presidido por la buena fe negociadora de ambas partes, que el TS lo resume señalando que, " se evidencia la trascendencia que el Legislador quiere dar al período de consultas, configurándolo no como un mero trámite preceptivo, sino como una verdadera negociación colectiva, entre la empresa y la representación legal de los trabajadores, tendente a conseguir un acuerdo, que en la medida de lo posible, evite o reduzca los efectos de la decisión empresarial, así como sobre las medidas necesarias para atenuar las consecuencias para los trabajadores de dicha decisión empresarial, negociación que debe llevarse a cabo por ambas partes de buena fe”.¹⁵⁴ Y recuerda que se puede considerar que el mismo exige “mostrar una actitud abierta y dialogante en las reuniones que se celebren, escuchar las propuestas de los representantes del personal, valorarlas y darles contestación, expresar las razones de su rechazo o argumentar las propias”.¹⁵⁵

Evidencia lo importante que es el compromiso de los representantes en la negociación, y así lo ratifica de nuevo en la STS 17-7-2014, rec.32/2014, que concede especial trascendencia a la actitud de los representantes, afirmando que debe de existir " una elemental coherencia entre los planteamientos del citado periodo deliberativo y la fase judicial, no resultando acorde al comportamiento por buena fe exigible, que en el periodo de consultas ninguna objeción se hubiese efectuado a los genéricos criterios de selección que se habían proporcionado" y luego se reclame, siguiendo el posterior informe de la Inspección de Trabajo, que la empresa, no especificó de qué forma se habían valorado dichos criterios, y que no se plasmaron por escrito, no se objetivaron trabajador por trabajador» y que ello impide alcanzar los objetivos básicos del periodo de consultas. En conclusión, no caben actitudes pasivas, como lo es, el no manifestar objeción a los criterios planteados por la Empresa y querer después impugnarlos en sede judicial.

Y es en esta fase de negociación, donde la RLT puede hacer efectiva la petición en su caso de la información complementaria o específica que consideren necesaria para

¹⁵³ RODRIGUEZ PIÑERO, M. 2*La selección de los trabajadores afectados por un expediente de regulación de empleo y su control (I)*” RL.1989, versión digital pags.32 y 33, y ROQUETA BUJ, R, EN “*La selección de los trabajadores afectados por los despidos colectivos*”, Tirant lo Blanch 2015. Pag.31.

¹⁵⁴ STS de 16 de noviembre 2012, Rec. 236/2011.

¹⁵⁵ STSJ del País Vasco de 11 de diciembre de 2013, Rec. 60/2013.

complementar los criterios de selección remitidos, requerimiento que si no es atendido por el empresario, deben de poner en conocimiento de la autoridad laboral, afín de que esta, a la vista de sus alegaciones, pueda remitir al empresario una advertencia o recomendación (art. 10.1 RPDC). Siendo por tanto este un mecanismo adicional de control.

La intervención de los representantes legales de los trabajadores, una vez finalizado con o sin acuerdo en el período de consultas, se extiende hasta la completa ejecución del despido colectivo, controlando y vigilando que los trabajadores despedidos se ajusten a los criterios de selección pactados o si provienen de la decisión unilateral del empresario y que se cumplan los plazos, fechas y condiciones en que se deben producir las extinciones contractuales.

Ciertamente, los representantes legales de los trabajadores tienen encomendada una función de vigilancia respecto del cumplimiento de la normativa laboral, de Seguridad Social y de empleo y, en especial, del respeto y aplicación del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres (art. 64.7.a) ET), pudiendo “ejercer acciones administrativas y judiciales en todo lo relativo al ámbito de sus competencias” (art. 65.1 ET).¹⁵⁶

En todo caso, la utilidad de los criterios de selección trasciende a la aplicación concreta de los trabajadores afectados, pues es un referente válido para valorar si la causa alegada para el expediente tiene relación con las extinciones propuestas y sirve a los objetivos propuestos. Y así lo señala Valdés Dal-Ré, “la arbitrariedad de la decisión empresarial en la designación de los empleados a su servicio que van a quedar afectados por la reducción de plantilla, ofrece un indicio o prueba de la inexistencia de conexión funcional o instrumental entre las extinciones de los contratos de trabajo llevadas a cabo y la finalidad a la que éstas han de servir de superar la falta de rentabilidad o de eficiencia de los factores productivos en la empresa”.¹⁵⁷

En el momento que el empresario ejecute los despidos, tiene la obligación que se concreta en el art. 53.1.c del ET “del escrito de preaviso se dará copia a la representación legal de los trabajadores para su conocimiento”. No hace distinción la norma si se ha cerrado o no acuerdo

¹⁵⁶ ROQUETA BUJ, R, “La selección de los trabajadores afectados por los despidos colectivos”, *Tirant lo Blanch* 2015. Pag.195.

¹⁵⁷ VALDES DAL-RE, F., “La designación de los trabajadores afectados por despidos económicos: el laberinto de la desregulación”, *RL*, 1999, nº 11, versión digital, pag.89.

en el periodo de consultas, por tanto comprende todos los supuestos, habiéndose de comunicar cada uno de los despidos que efectúe el empresario.

La jurisprudencia del TS indica que hay un error en la redacción de este precepto, pues la copia que ha de facilitarse a los representantes de los trabajadores no es la del preaviso, que no es en sí mismo una comunicación del despido. Por tanto, la exigencia de información a los representantes sindicales del artículo 53.1.c) del Estatuto de los Trabajadores no se refiere realmente al preaviso, sino a la comunicación del despido del apartado a). Y continúa que el requisito de forma en que ha de cumplirse esta obligación: *“lo que supone la entrega de una reproducción de la carta de despido que se ha entregado al trabajador”*, es decir, para que los representantes puedan proceder al examen adecuado de la carta, las causas alegadas, en su caso, número de trabajadores afectados. Añadiendo que igual conclusión se alcanza atendiendo a la finalidad de esta exigencia que no es otra que permitir a los representantes de los trabajadores conocer la situación de la empresa, en orden a la correcta utilización del cauce del despido objetivo”.¹⁵⁸

Para ello la obligación de comunicar los despidos individuales a los representantes de los trabajadores, pone de manifiesto que estos tienen como cometido controlar la ejecución del despido colectivo.”En definitiva, los criterios adoptados deben de permitir verificar que la designación de cada trabajador responde a esos criterios, y no a otros distintos, o al mero arbitrio empresarial, y posibilitar el control sindical y, en su caso, judicial a posteriori de que la elección obedece a los criterios prefijados, evitando que la actuación del empresario, aún dentro de su ámbito de discrecionalidad, provoque discriminaciones directas o indirectas, o configure un trato desigual, arbitrario e injustificado”.¹⁵⁹

La entrega a la representación legal de los trabajadores ha de entenderse que, “no procede exigir que se dé copia de la carta de despido a todos y cada uno de los representantes de los trabajadores”, ha de darse a la representación unitaria, con lo que la entrega a uno de ellos es suficiente”.¹⁶⁰ Si no existe representación legal de trabajadores en la empresa “ha de entenderse que la carta ha de entregarse a los miembros de la comisión

¹⁵⁸ STS de 7 de marzo de 2011, Rec. 2965/2010 y STS de 18 de abril de 2007, Rec. 4781/2005 y STSJ Comunidad Valenciana de 2 de mayo de 2013, Rec. 561/2013.

¹⁵⁹ ROQUETA BUJ, R, *“La selección de los trabajadores afectados por los despidos colectivos”*, Tirant lo Blanch 2015. Pag.32.

¹⁶⁰ STS de 11 de junio de 2014, Rec. 649/2013.

de representantes elegida por la plantilla, al amparo de lo dispuesto en el art. 51.2 del ET”.¹⁶¹

En cuanto al momento de entrega de la copia de las cartas, si bien nada establece el ET, es coherente que la entrega sea lo más próxima a la fecha de los despidos, con el objetivo de facilitar la labor de control que a través de las mismas han de realizar los representantes. Si la empresa no entregase la copia de esas cartas, la consecuencia sería la improcedencia de los despidos, así viene recogido en los arts. 120 a 123 de la LJS. La jurisprudencia ha establecido algunas excepciones a esta norma, considerando que tiene el mismo efecto que la entrega de las cartas cuando figuran los nombres de los trabajadores afectados en el acuerdo del periodo de consultas.

Por lo demás, con frecuencia los términos de los despidos colectivos son muy complejos y los despidos individuales se demoran en el tiempo, por lo que el control de su ejecución es muy complicado. “Por ello, en la práctica en algunas ocasiones se pacta la constitución de una comisión paritaria de seguimiento del despido colectivo que supervise la aplicación de los criterios de selección e, incluso, valide el listado nominal de los trabajadores afectados confeccionado por el empresario. Para que tales funciones sean factibles será preciso que la empresa se comprometa a entregar a los miembros de dicha comisión los listados de toda la plantilla, afectada y no afectada, dividida por grupos o categorías profesionales y centros de trabajo, junto con lo que es lo más importante a los efectos que aquí interesa la valoración total de los trabajadores en función de los criterios de selección, así como un listado de toda la plantilla con desglose de la puntuación obtenida en cada uno de los criterios desglosados”.¹⁶²

4.3.-Control Judicial.

Ostentan legitimación para ejercitar el control judicial, los representantes legales de los trabajadores, los trabajadores afectados individualmente, la empresa y la administración laboral. Conjuntamente con la legitimación, veremos las acciones que pueden ejercitar cada uno de ellos. Centrándonos exclusivamente en los aspectos referentes a los criterios de la selección de los trabajadores.

¹⁶¹ STSJ de Cataluña de 19 de enero de 2012, Rec 5407/2011

¹⁶² ROQUETA BUJ, R, “La selección de los trabajadores afectados por los despidos colectivos”, *Tirant lo Blanch* 2015. Pag.195.

En relación a la **legitimación de la RLT**, la doctrina jurisprudencial, ha venido a concretar la legitimidad y el contenido del control judicial, avalando la defensa y protección del acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, como la herramienta más adecuada, para la resolución de estas situaciones de crisis, y la paralela prevalencia del proceso colectivo sobre el individual, en la resolución de las discrepancias sobre aquellos aspectos que inciden por igual en todos los trabajadores afectados, “que llevan a considerar que todo el sistema descansa en la consideración de que en el proceso individual únicamente cabe abordar las cuestiones estrictamente individuales atinentes singularmente a cada uno de los trabajadores demandantes”.¹⁶³ El objetivo de la norma es obtener una solución judicial homogénea para todos los afectados por la decisión empresarial objeto de la impugnación.

El marco normativo, viene recogido en el artl, 124 de la LRJS ¹⁶⁴ que instaura una doble legitimación, la correspondiente a los representantes legales y “la legitimación sindical que vendrá dada por acreditar un porcentaje en el órgano de representación unitaria y haber participado en la designación de los miembros de la comisión negociadora”.¹⁶⁵

¹⁶³ STS de julio de 2018, Rec. 2250/2016.

¹⁶⁴ Artículo 124. Despidos colectivos por causas económicas, organizativas, técnicas o de producción o derivadas de fuerza mayor.

1. La decisión empresarial podrá impugnarse por los representantes legales de los 2. La demanda podrá fundarse en los siguientes motivos:

a) Que no concurre la causa legal indicada en la comunicación escrita.

b) Que no impugnación sea formulada por los representantes sindicales, éstos deberán tener implantación suficiente en el ámbito del despido colectivo.se ha realizado el período de consultas o entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores o no se ha respetado el procedimiento establecido en el artículo 51.7 del mismo texto legal.

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

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

En ningún caso podrán ser objeto de este proceso las pretensiones relativas a la inaplicación de las reglas de prioridad de permanencia previstas legal o convencionalmente o establecidas en el acuerdo adoptado en el período de consultas. Tales pretensiones se plantearán a través del procedimiento individual al que se refiere el apartado 11 del presente artículo.

¹⁶⁵ STS de 20 de julio de 2016, Rec. 688/2016. Que recoge la jurisprudencia consolidada sobre la capacidad legitimadora de los sindicatos, en estos procesos. SSTs de 28 de enero de 2014/2015 -recs. 16 y 35/

Es procesalmente aplicable la legitimación, a “las comisiones “ad hoc” de trabajadores creadas según procedimiento del art. 41.4 del ET”.¹⁶⁶

Por último, la importante y didáctica, **STS de 2 de julio de 2018, Rec. 2250/2016**, a la que detalladamente nos referiremos, viene a clarificar todos los aspectos procesales, referentes a los despidos colectivos, y entre ellos, muy claramente indica que “el art. 124 LRJS da respuesta a esa necesidad, y en su primer apartado admite la posibilidad de que, la representación unitaria de los trabajadores, o la sindical, que disponga de implantación suficiente en el ámbito del despido colectivo, puedan impugnarlo por el procedimiento colectivo previsto en dicho precepto, con independencia de que haya finalizado con acuerdo o mediante decisión unilateral de la empresa.”

El diseño del legislador en materia de despido colectivo, pasa porque sea en el pleito colectivo donde se discuta sobre la concurrencia de las causas legales, tras la impugnación de la decisión unilateral de la empresa o del acuerdo alcanzado, por parte de los sujetos colectivos a los que les atribuye legitimación, a tal efecto el art. 124. 1 ° y 2° LRJS, o bien a instancia del propio empleador, cuando esa impugnación no hubiere llegado a materializarse a través de la acción de jactancia que le atribuye con esa finalidad el art. 124.3 LRJS.

El proceso colectivo ha de versar sobre la concurrencia de las causas justificativa de la medida empresarial que inciden por igual en todos los trabajadores afectados, y la doctrina jurisprudencial entiende que “no puede hacerse por aspectos concretos, o actas posteriores al acuerdo sino que se debe de impugnar en su totalidad todas las cuestiones del periodo de consultas, excluyendo a su vez que pueda ser utilizada la impugnación autónoma o separada de la vía del conflicto colectivo”.¹⁶⁷ Así mismo “la RLT, no podrá impugnar el despido colectivo, salvo que combata el propio acuerdo por vicio de consentimiento”.¹⁶⁸ Y los “contenidos básicos del acuerdo alcanzado durante la fase de

¹⁶⁶ *STS de 18 de marzo de 2014, Rec. 114/2013. En suma, a los efectos del procedimiento de impugnación de colectivo, el concepto de representación de los trabajadores se perfila de modo específico, con inclusión de todos los entes colectivos de representación que la propia norma sustantiva regula y a quienes confiere capacidad de negociación y de suscripción de acuerdos porque, a tales fines, ostentan la representación de los trabajadores.*

¹⁶⁷ *STS de 27 de enero 2015, Rec. 28/2014 y STS de 22 de abril de 2015, Rec. 14/2014.*

¹⁶⁸ *STS de 27 de enero 2015, Rec. 28/2014.*

consultas en un procedimiento de despido colectivo no deben ser objeto de impugnación autónoma o separada por la vía del conflicto colectivo”.¹⁶⁹

El aspecto más relevante en el proceso viene determinado por el art. 124.13, letra b), de la LRJS en el que se indica que la sentencia que se dicte producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales en todas aquellas cuestiones que fueron objeto del mismo, y deja a salvo, que en ningún caso se podrán incluir en la sentencia pretensiones relativas a reglas de prioridad de permanencia.

Analizamos seguidamente distintos supuestos de impugnación por la RLT.

Quizás el más importante, es el referido a la ausencia de aportación por el empresario de los criterios de selección de los trabajadores afectados al iniciar el período de consultas, ya que supone que los despidos efectuados con esta discrecionalidad son nulos de conformidad con el art. 124.11 de la LJS,” *La sentencia declarará nula la decisión extintiva únicamente cuando el empresario no haya realizado el período de consultas o entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores*”.¹⁷⁰ Y ello será así, “incluso en el supuesto de que la empresa haya alcanzado un acuerdo durante el período de consultas, si este no subsana tal deficiencia”.¹⁷¹ Si los criterios se aportaron en los momentos iniciales, aun genéricos o imprecisos, se acompañaban de la relación nominal de afectados, y en el proceso de selección no son objetados por la RLT, no darían lugar a la nulidad del despido.

La jurisprudencia, en la casuística que ha juzgado, ha concretado matices para declarar la nulidad, así, “cuando la empresa asume solo un vago compromiso de proceder a la designación de los trabajadores afectados por los despidos objetivos que nunca llegó a concretar; o si en la comunicación solo se indica que “el criterio seguido para la designación

¹⁶⁹ STS de 20 de julio 2016, Rec.323/2014.

¹⁷⁰ STS DE 18 de febrero 2014, Rec. 74/2013, y STS de 17 de julio 2014, Rec.32/2014.

¹⁷¹ STSJ de Cataluña de 21 de junio de 2013, Rec. núm. 1793/2013 señala que “no se fijaron criterios concretos para determinar los trabajadores afectados y el examen de las actas del periodo de consultas pone de manifiesto que la representación legal (criterios concretos para determinar los trabajadores afectados y el examen de las actas del periodo de consultas pone de manifiesto que la representación legal de los trabajadores planteó la necesidad de abordar los criterios de afectación, recibiendo como única respuesta que la asignación de las personas a la lista de extinciones se había hecho en cada una de las estructuras en base a criterios objetivos, atendiendo a la necesidad de mantener el servicio a medio y largo término, lo cual pone de manifiesto que, pese al acuerdo alcanzado, no llegaron a fijarse criterios concretos para determinar los trabajadores afectados, los cuales en última instancia han sido fijados de forma discrecional por la empresa”, lo que determina la nulidad del despido colectivo.

de los trabajadores afectados por el despido colectivo ha sido un criterio de idoneidad acorde con la estructura productiva y organizativa que requiere la empresa, criterio valorado a través de la cadena de mando”, sin que sus términos permitan conocer, cuando menos, las pautas que la empresa iba a seguir a la hora de elegir el personal afectado por el despido colectivo; y también, si la comunicación inicial empresarial hace referencia a los criterios justificativos de los puestos de trabajo afectados, pero no se ponen en relación con los trabajadores que se van a afectar a la medida colectiva. Y por último, si los criterios son ambiguos, subjetivos o genéricos, y no se subsanan en el acuerdo, salvo que la RLT, no se haya opuesto a los mismos en el periodo de consultas. El empresario está obligado a unos requisitos mínimos, entre los que se encuentra el de especificar debidamente los criterios para la designación del personal afectado, lo que no se hace en ninguno de los supuestos anteriores”.¹⁷²

En cuanto a la ilicitud de los criterios de selección, son revisables en vía jurisdiccional por los representantes de los trabajadores que no hayan suscrito el acuerdo de consultas.

La impugnación de la RLT, viene regulada en la LRJS art. 124.2 a) *que no concurre la causa legal indicada en la comunicación escrita y d) que la decisión extintiva se ha efectuado vulnerando derechos fundamentales y libertades públicas*. Si fuese por este motivo presupone la nulidad del despido. No obstante la jurisprudencia ha señalado que “en determinados supuestos bastará con suprimir determinados elementos ilícitos, o restaurar la situación de ilicitud, bastando con suprimir o corregir algunos de dichos contenidos sin afectar al núcleo de la decisión empresarial del despido”.¹⁷³

Igualmente, lo mismo que la RLT, tiene la capacidad de negociar los criterios de selección, igualmente ha de vigilar su cumplimiento, incluso acudiendo al orden jurisdiccional, a ello se suma la obligación del empresario de la entrega de la carta de los despidos individuales, al objeto de que puedan verificar el cumplimiento de los criterios, bien acordados o bien impuestos por el empresario. La impugnación solo es posible de manera colectiva, si los indicios implican “una lesión con proyección general sobre un

¹⁷² ROQUETA BUJ, R, “La selección de los trabajadores afectados por los despidos colectivos”, *Tirant lo Blanch* 2015. Pag.202 y 203. citando sentencias de, STSJ de 21/06/2013, Rec. 1793/2013; STSJ de Madrid de 25/06/2012, Re.21/2012; STSJ de Madrid de 17/03/2014, Rec.2149/2013.STSJ de Madrid de 14/10/2014, Rec. 891/2013, y STSJ de Castilla y León de 17/07/2013, Rec. 1183/2013.

¹⁷³ SAN de 12 de junio 2014, Rec. 79/2014.

derecho fundamental o el trato desigual real afectara a todo un grupo indiscriminado de trabajadores”,¹⁷⁴ en caso contrario, el procedimiento será el proceso individual.

La indefinición o ilegalidad de los criterios de selección ha de plantarse en el procedimiento de despido colectivo.

Es posible por parte de la RLT, el procedimiento de conflicto colectivo, así la jurisprudencia nos indica que “art. 153 LRJS ha regulado de modo preciso y sistemático qué demandas deberán tramitarse por el procedimiento de conflicto colectivo, como hemos defendido reiteradamente por todas SAN 6-11-2013, proced. 241/2013, de modo que el “conflicto deberá afectar en todo caso a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores o a un colectivo genérico susceptible de determinación individual”.¹⁷⁵

La legitimación para la impugnación individual está expresamente recogida en el art. 124.13 párrafos a) y b) , y concreta que la misma únicamente, versa sobre las cuestiones estrictamente particulares que puedan incidir en cada uno de los trabajadores, y que no pueden revisarse en el pleito individual, las causas justificativas del despido colectivo, alegadas por la empresa, de existir acuerdo firmado, entre la empresa y la RLT en el periodo de consultas, y siempre que el pacto no haya sido impugnado judicialmente por dichos representantes. Como lo recoge la consolidada jurisprudencia.¹⁷⁶

Solamente sería posible la impugnación individual del acuerdo, si este encubriese actuaciones en perjuicio de los trabajadores por fraude, dolo, coacción o abuso de derecho, o una vulneración de los derechos fundamentales, vicios que de acreditarse, acarrearían la nulidad del mismo.

La limitación del contenido en las reclamaciones individuales se justifica, en la inseguridad jurídica que generaría la posibilidad de múltiples reclamaciones a pesar de tener un acuerdo con la RLT, el cual tampoco ha sido impugnado por la autoridad laboral. Objetivo que es prioritario en la jurisprudencia.¹⁷⁷

¹⁷⁴ STS de 25 de junio 2014, Rec. 198/2013.

¹⁷⁵ SAN de 16 de enero de 2014, Rec. 391/2013.

¹⁷⁶ STS de 10 de mayo de 2016, Rec. 3541/2014; STS de fecha 10 de mayo 2016, Rec. 3540/2014; STS de 19-5-2016, Rec. 3971/2015 STS de 1 de junio de 2016, Rec. 3111/2014.

¹⁷⁷ STS de julio de 2018, Rec. 2250/2016 “Idea de principios sobre la que esta Sala IV ya ha tenido ocasión de razonar en supuestos en los que estaban en cuestión los límites sobre lo que puede o no ser objeto de un proceso individual o colectivo de despido, pues como recuerda la STS, Pleno, 25-3-2015, Rec. 295/2014 citando la de 23-9-2014, rec. 231/2013 : “La finalidad que el legislador persigue, mediante esta compleja regulación procesal, es la

Igualmente, la acción individual se configura como una acción subsidiaria, con la aplicación suspensiva del art. 160.5 de la LRJS, en los supuestos que se presente de forma simultánea o previa con la demanda de la RLT.

En aquellos supuestos en los que no ha existido impugnación del acuerdo por la RLT, el trabajador puede, a través de su demanda individual de despido, cuestionar la concurrencia de las causas justificativas del despido estimadas suficientes por la empresa y los representantes de los trabajadores en el pacto resultante del periodo de consultas.¹⁷⁸

En cuanto a la ilicitud de los criterios de selección, es revisable en vía jurisdiccional, por los propios trabajadores individualmente afectados.

La impugnación individual se efectúa conforme se establece el art. 124.13, en los siguientes supuestos:

1º) Cuando el despido colectivo no haya sido impugnado por los representantes de los trabajadores, el trabajador “podrá cuestionar su despido con la revisión del criterio de inclusión en el listado de trabajadores despedidos por contraposición a los criterios de selección fijados por la empresa o pactados con los representantes de los trabajadores”.¹⁷⁹

2º) Si ha sido impugnado por los representantes de los trabajadores, la sentencia colectiva firme o el acuerdo de conciliación judicial “tendrán eficacia de cosa juzgada sobre los procesos individuales, por lo que el objeto de dichos procesos quedará limitado a aquellas cuestiones de carácter individual que no hayan sido objeto de la demanda”.

En cuanto a los efectos de cosa juzgada, cabe distinguir, que si la sentencia colectiva firme resuelve “que los criterios de selección son ajustados a derecho”, ya no pueden ser impugnados, a salvo de que la impugnación lo sea por haberse vulnerado los derechos fundamentales o el régimen de preferencias legal o convencional, dando lugar a la nulidad; o por haberse incumplido los criterios de selección o ser aplicados de forma abusiva o en fraude de ley, dando lugar a la improcedencia del despido. Si los declara “no

de evitar las divergencias de resoluciones judiciales que podrían producirse de haberse establecido la posibilidad de proceder al enjuiciamiento directo, en las impugnaciones de los despidos individuales efectuados en el seno del despido colectivo, de todas las cuestiones jurídicas potencialmente implicadas en una decisión de despido colectivo”, poniendo con ello de manifiesto la inseguridad jurídica a la que pueden conducir una multiplicidad de pronunciamientos en pleitos individuales sobre la misma cuestión jurídica que afecta por igual y de manera común a un mismo despido colectivo.

¹⁷⁸ TSJ de Castilla-León de 23 enero de 2013, Rec. 2399/2012 ,

¹⁷⁹ STSJ de Castilla y León de 21 de mayo 2014, Rec. 667/2014.

ajustado a derecho”, se tramitaran las demandas individuales, en los términos y situaciones descritas. En los supuestos de “nulidad de las extinciones” los trabajadores tienen derecho a la reincorporación a su puesto de trabajo.¹⁸⁰ Y muy importante, “que si en la sentencia colectiva no se han planteado la impugnación o la ilicitud de los criterios, es posible el litigio individual”.¹⁸¹ Lo que no cierra la posibilidad de impugnación de los mismos.

En relación a el incumplimiento de las prioridades de permanencia a favor de determinados trabajadores, están excluidas de la impugnación colectiva; el art. 124.2 de la LJS determina expresamente que “en ningún caso podrán ser objeto de este proceso las pretensiones relativas a la inaplicación de las reglas de prioridad de permanencia previstas legalmente o convencionalmente o establecidas en el acuerdo adoptado en el período de consultas” y que “tales pretensiones se plantearán a través del procedimiento individual al que se refiere el apartado 11 del presente artículo”. Siempre ha de ser por reclamación individual.

Aunque, hay que distinguir, los supuestos en que la empresa no respeta la prioridad de permanencia de los representantes legales de los trabajadores durante la tramitación del expediente de despido colectivo, de aquellos otros en los que dicha vulneración se produce en la fase de aplicación del despido colectivo. En el primer supuesto, el incumplimiento empresarial puede llegar a implicar una lesión con proyección general sobre el derecho de libertad sindical y/o una vulneración del deber de negociar de buena fe, en la medida en que ello afecta y menoscaba la posición negociadora de los representantes de los trabajadores durante el período de consultas. Por ello, puede determinar, en su caso, la nulidad del despido colectivo. Y así lo consideró la SAN de 12 de junio de 2013 Rec. 143/2013, en un supuesto de cierre total del centro de trabajo.¹⁸²

En el procedimiento judicial, la carga de la prueba recae sobre el demandante, y dentro de los indicios que establece el TC, como elemento de discriminación o vulneración de los derechos fundamentales, es posible utilizar la prueba estadística, que ha sido utilizada en supuestos de discriminación por afiliación sindical, valorando un efecto

¹⁸⁰ *Apartados 2 y 3 del artículo 123 de la LRJS y art. 124.11.*

¹⁸¹ *STSJ de Castilla y León de 4 de febrero de 2015, Rec.41/2015.*

¹⁸² ROQUETA BUJ, REMEDIOS. (2015), “*La selección de los trabajadores afectados por los despidos colectivos*”. Ed. Tirant lo Blanch. Pág. 215 y 216.

desproporcionado en los trabajadores afectados de un sindicato, en relación a otros sindicatos.¹⁸³

EL Tribunal Supremo, concluye, que corresponde al empresario la selección del trabajador afectado, y su decisión será revisable por los órganos jurisdiccionales en caso de fraude de ley o abuso de derecho, o cuando se aprecien móviles discriminatorios (STS del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1998 y 15 de octubre de 2003).

Tratándose de un despido colectivo posterior a la reforma del Real Decreto Ley 3/2012, implica que el control judicial queda reducido, en materia de los criterios de selección de los trabajadores afectados, a aquellos casos en que el trabajador afectado aporte indicios de la concurrencia de discriminación o vulneración de cualquier derecho fundamental, con la correlativa inversión de la carga de la prueba, o a los casos en que no se han respetado las preferencias de permanencia en la empresa, sean legales o convencionales, o, sencillamente, la empresa actúa con criterios de mera arbitrariedad, concurriendo fraude de ley o abuso de derecho. Sólo prosperará una demanda del trabajador afectado en aquellos casos que los criterios de selección aplicados por la empresa, concurra fraude de ley o abuso de derecho, o no se hayan respetado los criterios legales o convencionales de preferencia en la permanencia de la empresa, y en todos los casos en los que exista vulneración de derechos fundamentales o trato discriminatorio.

De esta manera, el propio demandante tiene la posibilidad de desvirtuar en lo que a él se refiere, los criterios de selección que ha utilizado la empleadora, realizar un juicio de contraste o comparación con otros trabajadores no afectados por la decisión extintiva, y fiscalizar que la decisión en la selección de los trabajadores afectados no implique un trato discriminatorio o vulnerador de derecho fundamental, una actuación arbitraria o fraude de ley y/o un abuso de derecho, que constituyen en todo caso, límites al ejercicio de la facultad de elección de la empresa. La redacción dada al mismo por el RDL 3/2012, sólo contempla como causa de nulidad, las extinciones acordadas sin respetar las prioridades de permanencia que pudieran estar establecidas en las leyes, los convenios colectivos o en el acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas.¹⁸⁴

Es posible impugnar los despidos individuales por incumplimiento de los criterios de selección pactados en el periodo de consultas, o bien por la aplicación incorrecta, como

¹⁸³ STS de 28 de enero 2014, Rec. 16/2013.

¹⁸⁴ Entre otras las STS/4ª de 13 julio 2015 (rcud. 2691/2014), 25 noviembre 2016 (rcud. 3967/2014) y 8)- febrero 2017 (rcud. 614/2015) -así como en el ATS/4ª de 17 febrero 2015 (rcud. 2261/2014).

recoge el TS “parece claro que deberá ser en este proceso individual donde se plantee y analice con precisión el cumplimiento o incumplimiento de los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados”.¹⁸⁵

En estos supuestos, la carga de la prueba recae en la empresa, quien ha de probar la correcta aplicación de los criterios pactados, con la aportación de todos los documentos relevantes en la designación, como evaluaciones específicas con puntuaciones desglosadas, aplicaciones específicas por colectivos, grupos profesionales, etc. El trabajador en su demanda, ha de aportar indicios relevantes de incumplimiento o discriminación en la aplicación de los criterios de selección, no basta una alegación de mera alegación genérica.

La comunicación del despido al trabajador conforme lo previsto en el 53.1 del E T refiere exclusivamente a “la comunicación escrita al trabajador expresando la causa”. y el TS entiende que “ la expresión «causa» debe interpretarse como alusiva a las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, siendo innecesaria reproducción -en la comunicación- de los criterios de selección fijados o acordados durante las negociaciones “ ya que no lo exige la ley y la negociación previa del periodo de consultas y el mandato de representación de los trabajadores hacen presumir su conocimiento”.¹⁸⁶

El derecho de defensa que corresponde al trabajador demandante, “queda en todo caso garantizado con la posibilidad que el mismo tiene de reclamar a la empresa los datos que considere necesarios para presentar la correspondiente demanda (si duda de la legalidad de los criterios y/ o de su correcta aplicación), acudiendo, a tales efectos, a los actos preparatorios y diligencias preliminares que regula la normativa procesal (arts. 76 y 77 LRJS y art. 256 LECiv), así como, a la solicitud de oportuna aportación documental por parte de la empresa, para de esta forma acceder a todos los datos que le permitan comparar su concreta situación con la de sus compañeros no despedidos y, en su caso, poder combatir la concreta aplicación de los criterios de selección llevado a cabo por la demandada”.¹⁸⁷

Este procedimiento “permite al trabajador la adecuada defensa de sus derechos e intereses legítimos ya que puede solicitar los criterios de selección utilizados por la empresa, y podrá desvirtuar en lo que a él se refiere, los criterios de selección que ha aplicado la empresa, realizar un juicio de contraste o comparación con otros trabajadores no afectados y fiscalizar la decisión de la empresa. Y esta en ningún caso puede actuar de forma

¹⁸⁵ STS de 25 de junio 2014, Rec. 198/2013.

¹⁸⁶ STS de 15 de marzo de 2016, Rec. 2507/2016.

¹⁸⁷ STS de 15 de marzo de 2016, Rec. 2507/2016.

obstruccionista y negarse a aportar la documentación que permita al trabajador realizar el control de la decisión de la empresa”.¹⁸⁸ Y además, conforme al art. 94.2 de la LJS, si la empresa no aporta la prueba solicitada y admitida por el órgano judicial, este podrá estimar como probadas las alegaciones efectuadas por el trabajador proponente.

Conforme se establece en la LJS, art. 124.13.a) 4, “también será nula la extinción del contrato acordada por el empresario sin respetar las prioridades de permanencia que pudieran estar establecidas en las leyes, los convenios colectivos o en el acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas. Esta nulidad no afectará a las extinciones que dentro del mismo despido colectivo hayan respetado las prioridades de permanencia”. Por tanto, estos despidos serán declarados improcedentes en todo caso. “Se trata en este caso de la aplicación de los criterios de selección fijados en la fase de procedimiento de despido colectivo por decisión empresarial o por acuerdo colectivo”.¹⁸⁹

Tiene así mismo **legitimación, la empresa**, en la denominada “*acción de jactancia*”, que le habilita el art. 124.3 de la LRJS, en aquellos casos en los que pretenda obtener una declaración judicial con eficacia erga omnes, de conformidad a derecho de la medida empresarial, con efectos vinculantes a futuro de cosa juzgada, que cierre la vía a posibles demandas individuales de los trabajadores potencialmente afectados, u otras reclamaciones judiciales. Y la reciente jurisprudencia avala su ejercicio, cuando la decisión extintiva no ha sido impugnada por quienes están colectivamente legitimados para ello o por la autoridad laboral, y limitando su ejercicio para los supuestos que finalizan sin acuerdo, pues “en el caso del despido colectivo que finaliza con acuerdo no dispone el empresario de la posibilidad de plantear el proceso colectivo para resolver de manera uniforme y en un único procedimiento sobre la concurrencia de la causa justificativa de esa medida, con efectos de cosa juzgada sobre los eventuales litigios individuales que pudieren plantearse”.¹⁹⁰

¹⁸⁸ ROQUETA BUJ, REMEDIOS. (2015), “*La selección de los trabajadores afectados por los despidos colectivos*”. Ed. Tirant lo Blanch. Pág. 242.

¹⁸⁹ ESCUDERO PRIETO, AZUCENA, (2018) *Prioridad de permanencia en la Empresa de los trabajadores de edad avanzada. Una propuesta legislativa abierta a la negociación colectiva*. Revista de las Relaciones Laborales nº1 enero 2018, Pág., 40 Lefebvre El Derecho.

¹⁹⁰ STS de julio de 2018, Rec. 2250/2016.

El art. 148 b) de la LRJS,¹⁹¹ regula como vía subsidiaria, la **legitimación de la Autoridad Laboral** para impugnar a través del procedimiento de oficio los despidos colectivos, por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho, y lo establecido el art. 51.6 ET, con la posible obtención de prestaciones por desempleo.

El procedimiento también podría iniciarse a instancia de parte, cabe por tanto la impugnación por los trabajadores interesados en aquellos casos en que no haya habido una previa remisión del acuerdo por la autoridad laboral.¹⁹²

¹⁹¹ LRJS Artículo 148. *Ámbito de aplicación. El proceso podrá iniciarse de oficio como consecuencia:*

b) De los acuerdos conclusión de los acuerdos de suspensión, reducción de la jornada o extinción a que se refieren el artículo 47 y el apartado 6 del artículo 51 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y los remitiera a la autoridad judicial a efectos de su posible declaración de nulidad. Del mismo modo actuará la autoridad laboral cuando la entidad gestora de la prestación de la autoridad laboral competente, cuando ésta apreciara fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la por desempleo hubiese informado que la decisión extintiva de la empresa pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados, por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo.

¹⁹² ROMERO SANCHEZ, IAGO, *El despido colectivo, evolución normativa y régimen jurídico*. (2017), editorial Comares. Pág. 177 y 178.

5.-CONCLUSIONES

La selección de los trabajadores en los procesos de despido colectivo, posterior a la reforma laboral del año 2012, ha supuesto un cambio importante, en las ya amplias facultades discrecionales de que goza el empresario para establecer los criterios, y por ende seleccionar en base a los mismos a los trabajadores afectados, una vez justificada la causa del despido colectivo. La reforma, ha supuesto la reducción de la intervención de la Administración laboral, dejando solamente relevante, el informe de la Inspección de Trabajo, que si bien ha de pronunciarse sobre los criterios para la designación de los trabajadores afectados y verificar que no existe discriminación, el mismo no paraliza el despido colectivo, nada que ver con la situación previa de autorización administrativa. Realmente a la administración laboral, solo le compete una intervención subsidiaria en el control judicial.

El empresario queda solamente limitado, en el establecimiento de los criterios de selección de los trabajadores afectados, a respetar las garantías de prioridad de permanencia de la RLT, delegados sindicales y de prevención, y al respeto de los derechos fundamentales y las prohibiciones de trato discriminatorio recogidos en nuestra Constitución y legislación laboral, y los generales del ordenamiento jurídico de fraude de ley o abuso de derecho. A los que la jurisprudencia ha añadido, que la selección de los trabajadores debe fundamentarse en criterios de razonabilidad y ser coherentes con los fines buscados no pudiendo admitirse una designación que sea caprichosa o arbitraria.

A los anteriores límites “ex lege”, se añadirían los que sean fruto de la negociación y figuren en el convenio colectivo o los incluidos en el acuerdo del periodo de consulta. El ET en una redacción no cerrada, prevé que se podrán establecer prioridades de permanencia a favor de otros colectivos, tales como trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad; si bien basadas en una cierta justificación objetiva y razonable que justifiquen las prioridades de permanencia. Posibilidades que han tenido un escaso desarrollo en los convenios, siendo sin embargo frecuentes los acuerdos del periodo de consultas.

Ciertamente, es importante la negociación de los criterios de selección en el periodo de consultas, al tener que ser aportados por el empresario de manera obligada en la documentación inicial, se garantiza que los representantes de los trabajadores, puedan verificar su objetividad, idoneidad y suficiencia, y proponer su modificación, o presentar otros criterios alternativos o complementarios, negociación que tiene como fin el dotar de

garantías a los trabajadores afectados. Normalmente, los acuerdos vienen a ser la norma, pero no han evitado un alto porcentaje de reclamaciones en vía judicial.

Y ha sido precisamente esta litigiosidad, la que ha alumbrado una interesante jurisprudencia, en todas sus instancias, desde los Juzgados de lo Social, al TC y el no menos determinante TJUE. Se ha abierto una interesante doctrina, con relación a los criterios de selección para varios colectivos, entre los que destacan, las trabajadoras embarazadas, los trabajadores de más edad, o los trabajadores de la Administración Pública.

El colectivo de las trabajadoras embarazadas, ha pasado al foco de ser una situación más protegida, por la importante sentencia del TSUE de febrero de 2018, que en aplicación de las Directivas Comunitarias, ha supuesto un cambio de la jurisprudencia del TS, al considerar, que el despido de una trabajadora embarazada, solo es procedente, en casos excepcionales y no inherentes a su estado, y se ha de acreditar que el despido es idóneo, razonable y proporcionado y además con una motivación debidamente justificada de causas reales, y los criterios objetivos que se han seguido para la designación de la trabajadora embarazada, con el ya requisito esencial de que ha de ser comunicada por con detalle en el escrito que se comunica la decisión a la trabajadora.

El colectivo de los trabajadores de más edad, han sido históricamente los más afectados en los procesos de despido colectivo, y ello a pesar de nuestras previsiones normativas de protección por discriminación. Quizás por ello, en la reforma del año 2012, se introduce la posibilidad de que a través de la negociación colectiva o en los acuerdos del periodo de consultas se establezcan prioridades de permanencia ante la decisión de despido de determinados trabajadores, tales como aquellos con cargas familiares, los mayores de cierta edad o personas con discapacidad, es decir proteger a los colectivos más vulnerables ante su expulsión del mercado de trabajo. Y ha sido nuestro TC, en sentencia del año 2015, quien recogiendo la jurisprudencia del TJUE, ha venido a considerar no discriminatorio el despido de los trabajadores de mayor edad si se implementan medidas efectivas que atenúen los efectos negativos generados por la situación de desempleo, y sin que en ningún caso pueda considerarse justificación suficiente la mera proximidad a la edad de jubilación. Siendo por tanto imprescindible que la empresa articule mecanismos específicos de protección para la etapa de desempleo hasta la jubilación, atenuando los daños, lo que habitualmente se consigue con la suscripción de un convenio especial, y prestaciones económicas específicas para dicho periodo.

En la reforma del año 2012, se introdujo una disposición adicional para los procedimientos de despido colectivo en la administración pública, en la que se establece la prioridad de permanencia al 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. Garantía que no se extiende a los trabajadores indefinidos no fijos de plantilla, como ha venido a reflejar la jurisprudencia; ya que estos no han accedido a la función pública conforme a las exigencias constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.

Tampoco ha sido pacífica la consideración del ámbito de afectación del despido colectivo, y ha sido la jurisprudencia comunitaria, la que ha venido a considerar más ajustada la referencia a un único centro de trabajo, que a la empresa, pues el primero garantizaba el efecto útil que se establece en la Directiva 98/59/CE.

Nuestros tribunales, no han cerrado tampoco una doctrina unánime, hasta donde es posible, en los supuestos de retracción del trabajador afectado por la extinción de su contrato, teniendo en cuenta la habitual posibilidad de adscripción voluntaria al despido colectivo, como primer criterio en la selección de los trabajadores afectados.

Nuestra jurisprudencia, igualmente se ha pronunciado sobre la validez de criterios de selección, basados en la medición de la productividad y absentismo, y los ha dotado de una serie de requisitos para su validez, como la necesidad de una evaluación objetiva, transparente y homogénea, previa a los despidos y conocida por los afectados. Y ha dado un paso más, al reconocer la validez de criterios de selección para priorizar la permanencia en la empresa de los mejores trabajadores, con capacidad y/o rendimiento superior al normal, es decir, excluyendo del despido a trabajadores con mayor polivalencia y adaptación a futuro.

Otro frente abierto en la jurisprudencia, es el referido a la falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en el puesto de trabajo, que en el ET dan lugar al despido objetivo individual, y que se han intentado trasladar a los despidos colectivos amparados en la intensiva utilización de las nuevas tecnologías, y la teórica dificultad de adaptación de grupos de trabajadores, especialmente los de mayor edad, a los futuros avances tecnológicos, ante lo que acertadamente los tribunales han reaccionado exigiendo que para ello es necesario una evaluación específica y personalizada del trabajador, despojando su aplicación de otros criterios como la edad, que serían discriminatorios.

El proceso de selección de los trabajadores por parte del empresario, está dotado de controles, unos en el proceso de despido como el que corresponde a la Administración y RLT, y el más determinante control judicial.

La citada reforma del 2012, suprimió la autorización administrativa, si bien mantiene su intervención a través de la Inspección de de Trabajo, en el informe preceptivo de que los criterios propuestos por el empresario no son discriminatorios conforme la legislación vigente, además de velar por el periodo de consultas y en su caso mediación a petición de las partes. En todo caso sus recomendaciones no paralizan ni suspenden el procedimiento de despido colectivo.

Los representantes de los trabajadores, ejercen un papel importante en el proceso, son el contrapoder, al tener la administración prácticamente eliminadas las anteriores competencias, y así la norma prevé, que en la comunicación inicial han de ser entregados a la RLT los criterios de selección de los afectados por el despido, para que puedan verificar su objetividad, idoneidad, justificación y proporcionalidad, y en base a ello, puedan negociar o proponer nuevos criterios o complementar los propuestos, en el periodo de consultas.

Intervención de la RLT, que continúa con la vigilancia de lo acordado, con la remisión obligatoria por la empresa de las cartas de los despidos individuales. La norma pretende que puedan comprobar la correcta aplicación de los criterios adoptados, y que la designación de cada trabajador responde a esos criterios, y no a otros distintos. Siendo por tanto un control, para evitar la arbitrariedad o discrecionalidad con las posibles discriminaciones o elecciones injustificadas por parte del empresario.

El recurso a los tribunales ha sido frecuente, y como hemos visto ha supuesto una novedosa doctrina jurisprudencial con nuevos límites a la concreción de trabajadores. El control judicial la norma lo focaliza a través de la RLT, se pretende que las resoluciones sean homogéneas y que afecten por igual a todos los trabajadores, por ello estas sentencias tienen efecto de cosa juzgada sobre procesos de reclamaciones individuales, en las materias objeto de reclamación. Las reclamaciones individuales solo son procedentes ante la omisión de reclamación por la RLT en los supuestos de revisión de cumplimiento concreto en los criterios de selección, fijados por la empresa o acordados, en el trabajador reclamante.

Las reclamaciones individuales, una vez efectuada la reclamación por la RLT, son pertinentes en supuestos de haberse vulnerado las prioridades de permanencia establecidas legal o convencionalmente. Son posibles, igualmente las reclamaciones concretas de los trabajadores afectados, que planteen un incumplimiento de los criterios de selección, lo

que han de realizar procesalmente, a través de los actos preparatorios o diligencias preliminares, y en su caso, la prueba documental, aportando claro está, indicios relevantes, pues lo que se pretende es comparar su elección con la de otros trabajadores de la empresa y desvirtuar la incorrección de la aplicación realizada.

Por último, nos encontramos que igualmente al Empresa puede acudir a la vía judicial en la denominada “acción de jactancia”, en aquellos supuestos en los que aportando unos criterios de selección los mismos no han sido acordados, y pretende obtener la eficacia de cosa juzgada, y por tanto, la seguridad jurídica en su aplicación, evitándose reclamaciones posteriores de los trabajadores afectados

6.-REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, IGNASI. (2018). *“Trabajadoras embarazadas, despido colectivo y criterios de selección: primeras reacciones al caso Porras Guisando (TSJ CyL). Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Una mirada crítica a las relaciones laborales: Boletín núm. 16, Junio 2018.*

BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, IGNASI. (2015). Despido colectivo y selección de trabajadores: ¿La edad es un criterio discriminatorio? (en línea) <http://ignasibeltran.com> [consulta 1 de octubre de 2015].

DE SOTO RIOJA, SEBASTIAN (Septiembre, 2012). *La reestructuración del Empleo en el sector Público.* © Servicio de Publicaciones Universidad de Huelva. I.S.B.N. 978-84-15633-30-3.

DE SOTO RIOJA, SEBASTIAN (2015). *Los despidos colectivos en el ámbito del sector público. Balance de aplicación tras casi tres años desde su reforma, en Reforma de las Administraciones Públicas y Empleo Público. Monografías de Temas Laborales Sevilla.* (Gómez Muñoz, J.M. coordinador).

ESCUADERO PRIETO, AZUCENA, (2018). *Prioridad de permanencia en la Empresa de los trabajadores de edad avanzada. Una propuesta legislativa abierta a la negociación colectiva.* Revista de las Relaciones Laborales nº1 enero 2018, Pág., 32 a 48. Lefebvre El Derecho.

ESCUADERO RODRIGUEZ, RICARDO, *“La regulación colectiva en los expedientes de regulación de empleo. Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos”.* Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Subdirección General de la Información Administrativa y Publicaciones. RET.12-2.319.

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José; PRIETO PADÍN, Patricia. (Septiembre 2015). La singularidad de las causas justificativas en los despidos en el sector público. *Revista Jurídica de Castilla y León nº 37. Monográfico despidos en el sector Público coordinado por Susana Rodríguez Escanciano.*

2018 (Febrero) – Despido colectivo y trabajadoras embarazadas (caso Porras Guisado)

FERNANDEZ-PEINADO, A. (2014). *El principio de no discriminación en el empleo por razón de edad en el Derecho europeo. Dentro de Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social (Comunicación núm. 16)*. Madrid: Ediciones Cinca.

GARCIA MUÑOZ, MANUEL, (2013). *Despido colectivo por causas económicas en la Administración Local*. Revista Doctrinal Aranzadi Social volumen 6 nº5. Versión digital, documento Westlaw, BIB 2013/1687.

GARCIA-PERROTE, IGNACIO. (2018). “La aplicación por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de la Directiva sobre despidos colectivos y su repercusión en el Derecho Español. Actualidad Jurídica Uría Menéndez / ISSN: 2174-0828 / 49-2018 / 169-188.

GONZALEZ-POSADA, ELIAS (2013). *Las cláusulas convencionales de preferencia en los despidos colectivos. A propósito del convenio colectivo de Air Europe Líneas Aéreas, S.A.U. y sus Técnicos de mantenimiento de Aeronaves*. Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social nº2. Abril 2013.

GUTIERREZ COLOMINAS, DAVID. (2014). “La facultad empresarial de selección de trabajadores afectados por un despido colectivo. Especial consideración a la prioridad de permanencia de las personas con discapacidad. XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Comunicación presentada a la ponencia “Los derechos fundamentales inespecíficos en las relaciones colectivas de trabajo”, realizada por D. Ángel Blasco Pellicer.

JIMENEZ BATISTA, ALMUDENA. (2016). “Sobre los requisitos formales de comunicación extintiva: explicación del criterio de selección. Cuatrecasas, Goncalves Pereira. Marzo 2016.

KAHALE CARRILLO, Djamil Tony. (2015). *Análisis jurisprudencial sobre los despidos colectivos en el sector público*. Revista Jurídica de Castilla y León nº 37. Monográfico despidos en el sector Público coordinado por Susana Rodríguez Escanciano.

LOPEZ CARBONEL, MARIA DEL CARMEN. (2016). Bajas incentivadas. Revista de Jurisprudencia. 15 de octubre 2016.

LOPEZ CUMBRE, LOURDES. (2018). “Sobre el contenido de la carta individual derivada del despido colectivo”. *Análisis Gómez Acebo & Pombo*. Mayo 2016

MONERENO PEREZ, JOSE LUIS, (2014). “La intervención administrativa en los despidos colectivos” *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, ISSN 0213-0750, N° 125, 2014 (Ejemplar dedicado a: *El nuevo papel de la Administración Pública en las relaciones laborales*), págs. 261-309

MORALO GALLEGO, SEBASTIAN. (2016), “El despido colectivo y la retracción del trabajador que se adscribió voluntariamente”. *Revista de Jurisprudencia*. Marzo 2016. Versión online, foro publicado en: revistadejurisprudencia.elderecho.com/foro_legal/laboral/despido.

MORENO GONZALEZ-ALLER, IGNACIO. (2016), “El despido colectivo y la retracción del trabajador que se adscribió voluntariamente”. *Revista de Jurisprudencia*. Marzo 2016. Versión online, foro publicado en: revistadejurisprudencia.elderecho.com/foro_legal/laboral/despido.

NOGUEIRA GUASTAVINO, MAGDALENA. (2015). “Criterios de selección de trabajadores pactados en los despidos colectivos y límites al poder empresarial: el caso Bankia. Las reestructuraciones empresariales: un análisis transversal y aplicado / coord. por Ricardo Escudero Rodríguez, 2015, ISBN 9788416668038, págs. 275-312.

PIÑERO, M. (1989). “La selección de los trabajadores afectados por expediente de regulación de empleo y su control”. (I) *Relaciones Laborales 1989*, versión digital.

POQUET CATALÁ, RAQUEL, (2015). “Selección de trabajadores afectados por Despido Colectivo y discriminación por razón de edad. Comentario a la STSJ Andalucía, de 23 de febrero 2015. *Temas Laborales*, núm. 131/2015. Págs. 243-257.

PUCARDA BONILLA, MIGUEL ANGEL (2015). “El despido colectivo en la Administración Pública y en el sector Público.2. *Revista Jurídica de Castilla y León* n° 37. Pág. 1-30- Monográfico despidos en el sector Público coordinado por Susana Rodríguez Escanciano.

RIVES MORENO, ISABEL. (2015). “*Los criterios de selección del personal afecto a Despidos Colectivos en la Administración Pública*”. *Reforma de las Administraciones públicas y empleo público. Comunicaciones: XXXIII Jornadas andaluzas de derecho del trabajo y relaciones laborales / coord. por José Manuel Gómez Muñoz, 2015, págs. 505-519.*

RIVES MORENO, ISABEL. (2017). “*Cuestiones críticas en los criterios de selección de trabajadores afectados por los despidos colectivos en el Sector Público*”. *Lan harremanak. Revista de Relaciones Laborales, ISSN 1575-7048, N° 36, de 2017.*

RODRIGUEZ PIÑERO, M (1989).. “*La selección de los trabajadores afectados por un expediente de regulación de empleo y su control (I) Relaciones Laborales 1989, versión digital.*

RODRIGUEZ-PIÑERO, MIGUEL. (2016). *Entre el mal menor y el daño insostenible: el despido colectivo y los trabajadores de mayor edad, Trabajo, Persona, Derecho y Mercado. Septiembre, 2016. Versión online: grupo.us.es/impr./2016/09.*

RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, MIGUEL, (2015). *La tramitación de los despidos colectivos en el sector Público Administrativo. Revista Jurídica de castilla y León. N. ° 37. Septiembre 2015.*

ROJO, E. (2015). *¿Dónde empieza y dónde acaba la protección de los trabajadores de edad avanzada en los procedimientos de despido colectivo? A propósito de recientes sentencias del TC, AN y TSJ de Andalucía (I, II y III). Recuperado de <http://eduardorojo.com>*

ROJO, E. (dic.2018). www.eduardorojotorrecilla.es/2018/12/vulneracion-del-derecho-de-libertad.html

Protección reforzada por convenio colectivo de la prioridad de... la empresa otorgada por convenio colectivo a los representantes de los trabajadores”. estimar que la garantía de permanencia en los despidos objetivos.

ROMERO SANCHEZ, IAGO, (2017). “*Despido Colectivo. Evolución normativa y régimen jurídico. Ed. Comares.*

ROQUETA BUJ, REMEDIOS. (2015). “*La selección de los trabajadores afectados por los despidos colectivos*”. *Ed. Tirant lo Blanch.*

ROQUETA BUJ, REMEDIOS. (2013). “*La reestructuración de plantillas laborales en las Administraciones Públicas. La reforma Laboral de 2012*”. Ed. Tirant lo Blanch.

SANCHEZ ANDRADA, JESUS. (2016). “*El despido colectivo y la retracción del trabajador que se adscribió voluntariamente*”. *Revista de Jurisprudencia*. Marzo 2016. Versión online, foro publicado en: revistadejurisprudencia.elderecho.com/foro_legal/laboral/despido.

SEMPERE NAVARRO, ANTONIO V, y SAN MARTIN MAZZUCCONI, CAROLINA. (2014). “*Selección de trabajadores afectados por un ERE. Criterios prácticos*”. *Análisis Gómez Acebo & Pombo*. Enero 2014.

SOLÁ I MONELL, XAVIER. (2016). “*La afectación prioritaria de los trabajadores de mayor edad en el despido colectivo*”. *Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales*, 2016. Vol. 3, 12-24.

SOLÁ I MONELL, XAVIER. (2017). “*La utilización de la edad como criterio de selección en los despidos colectivos: el obligado replanteamiento de una práctica habitual avalada por la jurisprudencia interna*”. *Ediciones Cinca. Documentación laboral, vol. IV, núm., 112*.

VALDES DAL-RE, F, (1999). “*la designación de los trabajadores afectados por despidos económicos: el laberinto de la desregulación*”, *Relaciones Laborales*, nº 11.1999. (Versión digital).

VILLANUEVA CASTILLO, JOSE FRANCISCO. (2016). “*Discriminación y lesión de derechos fundamentales en despidos objetivos*”. EDB 2016/77848. casesdedret.es/articulo.php?art=724

Discriminación y lesión de derechos fundamentales en despidos objetivos - ERES - José Fco. Villanueva Castillo: 17/06/2016

¿Tiene prioridad de permanencia la trabajadora embarazada en un despido colectivo?
Jennifer Bel Antaki. IUS Labor. 1/2014.

<http://www.raco.cat/index.php/IUSLabor/article/view/274184>

<https://elderecho.com/el-despido-colectivo-y-la-retractacion> e Coordinador Foro 15-04-2016:
Francisco Javier Lluch Corell. Publicado en Revista de Jurisprudencia 1 de marzo de 2016.

VIVERO SERRANO, J.B, (2013). “La designación de los trabajadores objeto de despido colectivo” AS, nº7, 2013, versión digital.

7.-REFERENCIA DE SENTENCIAS UTILIZADAS Y/O CITADAS

STJUE de 30 de abril de 2015. C-80/2014.

STJUE de 13 de mayo de 2015. C-392/2013.

STJUE de 13 de mayo de 2015. C-182/2013.

STJUE de 22 de febrero de 2018, C-103/16.

STC 22/1981.

STC 75/1983, de 3 de agosto.

STC 58/1985, de 30 de abril.

STC 293/1993 de 18 de octubre.

STC 269/1994.

STC 96/1997 de 19 de mayo.

STC de 25 de noviembre 1997, C-202/1997.

STC de 22 de julio de 1999, C-140/1999.

STC de 31 de enero 2000, C-29/2000.

STC 235/2000 de 5 de octubre.

STC 200/2001.

STC de 11 de febrero 2002, C-30/2002.

STC de 25 de febrero 2002, C-48/2002.

STC, de 15 de junio, C- 111/2003.

STC, de 28 de junio, 104/2004.

STC 92/2008.

STC C-26/2011.

STC 13 de abril de 2015, C- 66/2105.

STC de 17 de septiembre C-95/2018. Rec-. 4618/2017.

STC, de 12 de noviembre 2018, nº 123/2018. Rec, de amparo 6331/2016.

STS de 11 de noviembre 1986, ROJ/6323.

STS de 11 de octubre de 1989, ROJ. 7465.

STS de 19 de enero de 1998, Rec. 1460/1997.

STS de 6 de mayo 2003, Rec. 7034/1998.

STS de 4 de mayo 2004, Rec. 3687/2001.

STS de 30 de noviembre 2005, Rec.1439/2004.

STS de 18 de abril 2007, Rec. 4781/2005.

STS de 18 de marzo de 2009, Rec. 1878/2008.

STS de 6 de mayo de 2009, Rec. 2063/2008.

STS de 7 de octubre 2009, Rec. 2694/2008.

STS de 7 de diciembre 2009. Rec. 210/2009.

STS de 1 de julio 2010. Rec. 3289/2009.

STS de 7 de marzo de 2011. Rec. 2965/2010.

STS de fecha 7 de julio 2012. Rec. 2224/2011.

STS de 16 de noviembre 2012, Rec. 236/2011.

STS de 20 de marzo 2013, Rec. 81/2012.

STS de 27 de mayo 2013, Rec. 78/2012.

STS de 28 de enero 2014. Rec. 16/2013.

STS de 18 de febrero 2014, Rec.74/2013.

STS de 19 de febrero 2014, Rec. 45/2013.

STS de 18 de marzo 2014, Rec.114/2013.

STS de 23 de mayo 2014, Rec. 179/2013.

STS de 11 de junio de 2014, Rec. 649/2013.

STS de 25 de junio 2014, Rec. 198/2013.

STS de 14 de julio 2014, Rec. 2057/2013 y 2052/2013.

STS de 17 de julio 2014, Rec. 32/2014.

STS 14 de octubre de 2014, Rec. 3054/2013.

STS de 28 de octubre de 2014, Rec. 2268/2013.

STS de 14 de enero 2015, Rec. 104/2014.

STS de 27 de enero 2015, Rec. 28/2014.

STS de 22 de abril 2015. Rec. 14/2014.

STS de 20 de abril 2015, Rec. 354/2014.

STS de 8 de julio 2015, Rec. 223/2014.

STS de 13 de julio 2015, Rec. 2691/2014.

STS de 26 de octubre 2015, Rec. 172/2014.

STS de 27 de enero de 2016. Rec. 1435/2015.

STS de 22 de febrero 2016, Rec. 134/2017.

STS de 15 de marzo de 2016, Rec. 2507/2014.

STS de 10 de mayo 2016, Rec. 3540/2014.

STS de 19 de mayo 2016, Rec. 3971/2014.

STS de 1 de junio 2016, Rec. 3111/2014.

STS de 20 de julio de 2016, Rec. 688/2016.

STS de 20 de julio de 2016, Rec. 323/2016.

STS de 17 de octubre de 2016, Rec. 36/2016.

STS de 15 de noviembre 2016, Rec.3967/2014.

STS de 8 de febrero de 2017, Rec. 614/2015.

STS de 1 de marzo de 2017 Rec. 2860/2015.

STS de 28 de marzo de 2017, ROJ 1414/2017.

STS de 18 de mayo 2017, Rec, 71/2016.

STS de 32 de mayo de 2017, Rec. 3738/2015.

STS 13 de junio de 2017, ROJ 506/2017.

STS de 14 de junio 2017, ROJ 2422/2017.

STS de 14 de julio 2017 Rec. 2708/2015.

STS de 12 septiembre de 2017, ROJ 3305/2017.

STS de 8 de noviembre 2017, Rec. 40/2017.

STS de 14 noviembre de 2017, Rec.17/2017.

STS de 14 noviembre de 2017, Rec.872/2017.

STS de 8 de febrero 2018, Rec. 3220/2015.

STS de 2 de julio de 2018, Rec.2250/2016.

STS de 20 de julio de 2018, Rec. 2708/2016.

STS de 25 septiembre 2018, ROJ. 3463/2018.

STS de 8 de noviembre 2017, Rec. 134/2017.

ATS 5964/2012 de 10 de mayo 2012, REC 4120/2011.

ATS de 17 de febrero 2015 Rec. 2261/2014.

STS sala contencioso-administrativo de 4 de febrero del 2002, Rec.2620/1996.

STS Sala de lo contencioso administrativo de 4 de mayo 2004. Rec 3687/2001.

STS Sala contencioso administrativo, de 15 de junio de 2005, Rec. 7284/2000.

STS Sala contencioso administrativo, de 4 de marzo de 2011, Rec. 3980/2009.

STS Sala contencioso administrativo, de 2 de noviembre 2016, Rec.2587/2015.

SAN de 11 de marzo 2013, Rec. 381/2012.

SAN de 12 de junio 2013, Rec.143/2013.

SAN de 8 de julio 2013, Rec. 81/2012.

SAN de 16 de enero de 2014, Rec. 391/2013.

SAN de 28 de marzo 2014, Rec. 499/2013.

SAN de 12 de junio 2014, Rec. 79/2014.

SAN de 13 de noviembre 2015, Rec.257/2015

TSJ de Aragón, de 9 de junio 2009, Rec. 398/2009.

TSJ de Aragón de 18 de junio de 2014, Rec. 301/2014.

STSJ de Asturias de 11 de noviembre 2012, Rec. 2065/2012.

STSJ de Asturias de 20 de junio 2014, Rec. 15/2014.

STSJ de Castilla y León de 15 de febrero 1994, Rec. 117/1994.

STSJ de Castilla y León de 29 de junio 2011, Rec.3581/2011

STSJ de Castilla y León de 27 de abril 2011, Rec. 501/2011.

STSJ de Castilla y León de 24 de octubre 2011, nº 5244/2011.

STSJ de Castilla y León de 23 de enero 2013, Rec. 2399/2012.

STSJ de Castilla y León de 28 de mayo 2013. Rec, 9/2013.

STSJ de Castilla y León 17 de julio de 2013, Rec. 1183/2013

STSJ de Castilla y León de 6 de febrero de 2014. Rec. 44/2014.

STSJ de Castilla y León de 24 de abril 2014, Rec: 348/2014

STSJ de Castilla y León de 21 de mayo 2014, Rec. 667/2014.

STSJ de Castilla y León de 23 de julio 2014, Rec. 558/2014.

STSJ de Castilla y León de 23 de julio 2014, Rec. 529/2014.

STSJ de Castilla y León de 4 de febrero de 2015. Rec. 41/2015.

STSJ de Castilla y León de 9 de diciembre 2015, Rec. 1751/2015

STSJ de Castilla y León de 16 de marzo 2016, Rec. 1915/2015.

STSJ de Castilla y León de 28 de mayo 2018, Rec. 713/2018.

STSJ del País Vasco, de 11 de diciembre 2013. Rec. 60/2013.

STSJ del País Vasco, de 18 de noviembre 2014, Rec. 1895//2014.

STSJ del País Vasco 10 de marzo de 2015, Rec. 233/2015.

STSJ de Andalucía de 23 de febrero 2005, Rec. 531/2005.

STSJ de Andalucía de 20 de marzo de 2013, ratificada por STS de 25 de junio 2014.

STSJ de Andalucía de 14 de octubre de 2013, Rec. 14/2013.

STSJ de Andalucía de 23 de febrero 2015, Rec. 32/2014.

STSJ de Andalucía de 8 de marzo de 2017. Rec. 1.204/2016.

STSJ de Cataluña de 1 de febrero 2007, Rec. 7887/2006.

STSJ de Cataluña, de 23 de septiembre 2010, Rec. 2071/2010).

STSJ de Cataluña de 28 de junio de 2011, Rec.1114/2011.

STSJ de Cataluña de 19 de enero 2012, Rec. 5407/2011.

STSJ Cataluña de 21 de junio 2013, Rec. 1793/2013.

STSJ de Cataluña 26 de abril 2018, Rec. 3002/2015.

STSJ de Galicia de 31 de marzo de 2014, Rec. 4478/2013.

STSJ de Galicia de 23 de julio de 2014, Rec. 1825/2014.

STSJ de Galicia de 19 de septiembre de 2014, Rec. 2180/2014.

STSJ de Galicia de 24 de septiembre de 2014, Rec. 2041/2014.

STSJ de Madrid, de 26 de octubre 2010, Rec. 1225/2010.

STSJ de Madrid de 25 de abril 2014, Rec.123/2014.

STSJ de Madrid de 14 de octubre 2014, Rec. 891/2013.

STSJ de Madrid de 22 de febrero 2016, Rec.845/2015.

STSJ de Extremadura de 12 de febrero 2015, Rec.626/2014.

STSJ de 2 de mayo 2013, Rec. 561/2013.

STSJ de Valencia de 12 de mayo 2015, Rec.916/2015.

STSJ de Valencia de 22 de octubre 2015, Rec.2429/2015.

SJS nº 33 de Barcelona de 10 de septiembre 2014. (Proc. Nº, 32/2014).

STSJ de Navarra de 24 de junio 2013, Rec. 106/2012.

STSJ de la Rioja de 26 de octubre 2010, Rec. 274/2010.