

EL NUEVO DESPIDO COLECTIVO TRAS UN AÑO DE SOLUCIONES JUDICIALES

Luis Fernando De Castro Mejuto

*Magistrado Especialista de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia
Doctor en Derecho*

Recepción: 15 de junio de 2013

Aprobado por el Consejo de Redacción: 15 de julio de 2013

RESUMEN: El despido colectivo se ha configurado en la reforma laboral/2012 como un recurso más con el que cuenta el empresario para adaptar su plantilla a sus necesidades, eliminándose la cortapisa esencial que constituía la autorización de la Autoridad Laboral, exigiéndose ahora sólo el informe de Inspección de Trabajo y Seguridad Social y una fase de consultas en la que se reside la esencia de este despido. El tema que se desarrolla en el artículo es cómo se han solucionado a lo largo de este año los diversos problemas que se han planteado en la aplicación del nuevo régimen del despido colectivo. A saber: cuál es ahora el concepto de despido colectivo y sus distintos elementos; en qué se fundamenta la causa económica; las dificultades que se pueden producir durante la negociación; o qué contenido tendrá la sentencia.

PALABRAS CLAVE: Despido colectivo, Causas objetivas, Fase de consultas, Especialidades procesales, Memoria explicativa, Inspección de Trabajo

ABSTRACT: The massive layoff is configured in the 2012's reform work as a resource which has the employer to adapt the template to your needs, eliminating the most essential limit that it was the authorization of the Labour Authority, now requiring only the report of Labour and Social Security Inspection and a phase of consultations in which the essence of this dismissal is residence. The theme that is developed in the article is how solved this year the various problems that have arisen in the application of the new regime of the massive layoff. Namely: what is now the concept of massive layoff and its various elements; what is based the economic cause; difficulties that can occur during the negotiation; or what content will have the decision rendered.

KEY WORDS: Massive layoff, Objective causes, Period of consultations, Procedural specialties, Explanatory report, Work Inspection

SUMARIO: I. LOS ANTECEDENTES Y EL PLANTEAMIENTO DEL TEMA. II. LAS SOLUCIONES JUDICIALES A DIVERSOS PROBLEMAS SURGIDOS EN LA APLICACIÓN DE LA REFORMA DE 2012: 1. Su concepto: A) ¿Cómo se calcula el umbral?, B) ¿En qué momento ha de computarse el número de trabajadores?; 2. Las causas del despido colectivo; 3. La fase de consultas: negociación de una solución pacífica: A) ¿Es el plazo de la fase de consultas improrrogable?, B) La memoria explicativa, C) El periodo de consultas en sí, D) El informe de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social; 4. Alguna especialidad procesal. III. COROLARIO.

I. LOS ANTECEDENTES Y EL PLANTEAMIENTO DEL TEMA

1. Se ha llegado a afirmar que los Jueces son el obstáculo para que operen las facilidades que se concedan en la ley para conseguir que los empresario los despidos o, dicho en otras palabras, para que funcione la tan referida reforma laboral de 2012 (configurada por el Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral; y su ley de convalidación¹, la Ley 3/2012, de 6 de julio, de reformas urgentes para el mercado laboral); es más, esto mismo se afirma por el propio Legislador, quien en el Apartado V, párrafo octavo, del Preámbulo de la Ley 3/2012, de 6 de julio, llega a afirmar que «la ley se ciñe ahora a delimitar las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas que justifican estos despidos, *suprimiéndose otras referencias normativas que han venido introduciendo elementos de incertidumbre. [...], tales referencias incorporaban proyecciones de futuro, de imposible prueba, y una valoración finalista de estos despidos, que ha venido dando lugar a que los tribunales realizasen, en numerosas ocasiones, juicios de oportunidad relativos a la gestión de la empresa. Ahora queda claro que el control judicial de estos despidos debe ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas*». Pues bien, este artículo quiere constreñirse a las soluciones que han dado –precisamente– los tribunales españoles en los distintos procesos de despidos colectivos iniciados con posterioridad a la entrada en vigor del nuevo artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, a los diversos problemas que se han planteados sobre conceptos dudosos o, al menos, que lo fueron como tales. Y estas soluciones son decisivas desde el punto de vista del jurista, pues, como afirmaba O. W. HOLMES, «las profecías de lo que efectivamente harán los tribunales, y nada más pretencioso, es lo que yo entiendo por Derecho»², pudiéndose recordar –siquiera sobre el sistema de *common law*, perfectamente proyectable al nuestro– que el eminente jurista de origen sefardita B. N. CARDOZO mantenía que «las normas y principios del *cause law* nunca han sido tratados como verdades definitivas, sino como hipótesis de trabajo, continuamente puestas a prueba en esos grandes laboratorios del Derecho que son los tribunales de justicia»³. Precisamente, estos laboratorios son los que están resolviendo las lagunas, dudas y contradicciones que emergen durante la tramitación de los despidos colectivos y su posterior conflicto procesal.

1 Aunque –en realidad– fue algo más que una mera convalidación, debido a ciertos cambios de calado que se introdujeron.

2 Véase HOLMES, O. W., *La senda del Derecho*, Abeledo-Perrot (Buenos Aires, 1975), págs. 20 y 21.

3 Véase CARDOZO, B. N., *La naturaleza de la función judicial*, Comares (Granada, 2004), pág. 14.

En todo caso, el artículo se ceñirá a lo que resulta más resaltable, tanto desde el punto de vista sustantivo como desde el procesal, en cuatro concretos aspectos, analizar en qué medida se ha cambiado el régimen jurídico de los mismos y cómo se entiende el concepto, las causas, la fase de negociación y, al hilo de todo, sus particularidades procesales.

II. LAS SOLUCIONES JUDICIALES A DIVERSOS PROBLEMAS SURGIDOS EN LA APLICACIÓN DE LA REFORMA DE 2012

1) Su concepto

2. Podría afirmarse⁴, en términos generales, que el despido colectivo⁵ no es más que una modalidad de extinción de los contratos de trabajo, puesto que, en palabras del artículo 49.1.i) del Estatuto de los Trabajadores, «el contrato de trabajo se extinguirá: [...] por despido colectivo fundado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción». Sin embargo, su noción es algo más complicada, al combinar dos elementos que no parecen reflejarse en esa dicción, dado que su diferencia con respecto al despido objetivo [«por causas objetivas legalmente procedentes» -artículo 49.1.l)] –del que creo es una clase- radica en dos elementos. Y digo que el despido colectivo es una clase del objetivo, pese a que ahora la definición de las causas motivadoras de estos despidos se reside en el artículo 51 y no en el 52, pero ello considero que es un contrasentido, pues el despido colectivo sólo es uno objetivo con unas concretas circunstancias. En concreto: el despido colectivo se caracteriza por la concurrencia de dos requisitos fundamentales: uno, que podría calificarse de cualitativo, es la causa por la que se adopta la medida [esto es, por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción]; y otro, que podría calificarse de cuantitativo, es el alcance personal de la medida extintiva [esto es, cuando supere determinados umbrales numéricos previstos en el artículo estatutario dedicado a este despido]. Por lo tanto, en esencia el despido colectivo es un despido por causas objetivas de la letra c) del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores que tiene una repercusión determinada en la plantilla de la empresa.

3. El primero de los aspectos decisivos en este ámbito es, por tanto, el cuantitativo: el número de trabajadores que transforman un despido objetivo en otro colectivo y determinan el cambio del procedimiento [de requisitos] y, también, la competencia funcional (dado que de conocer el despido un Juzgado de lo Social pasaría a hacerlo una Sala de lo Social, sea del Tribunal Supremo sea de la Audiencia Nacional⁶). Es la archiconocida regla de 10-10%-30, dependiendo de que la empresa tenga menos de 100, entre 100 y 300 o más de 300 trabajadores, en un periodo de referencia de 90 días [salvo que haya concurrido un fraude,

4 Cfr. DE CASTRO MEJUTO, L. F., «*Los trabajadores temporales ante el despido colectivo. Régimen, supuestos y fraude*», en *Revista Técnico Laboral*, vol. XXXIV, núm. 133, Colegio Oficial de Graduados Sociales (Barcelona, 2012), págs. 349 y 350.

5 Que es denominado tradicionalmente en nuestra legislación laboral como «despido por crisis»; cfr. MARTÍNEZ GIRÓN, J. «Despidos colectivos: libertad de empresa y acción administrativa en España», en BORRAJO DACRUZ, E [Dir.], *La reforma del mercado de trabajo*, Actualidad Editorial (Madrid, 1993), págs. 789 y ss.

6 Cfr. arts. 6, 7 y 8 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (Ley 36/2011, de 10 de octubre).

en cuyo caso dicho lapso podría extenderse más]⁷. Me interesan dos cuestiones en particular, que se pueden producir en la práctica –de hecho, se han producido en diversos procesos por despido colectivo–: cómo se calcula el umbral y en qué momento se hace.

A) ¿Cómo se calcula el umbral?

4. En otras palabras, para que mi despido –que se produce hoy– hubiese tenido que ser tramitado como despido objetivo, ¿es posible que cuente 60 días para atrás –hasta el 7 de marzo– y 30 para delante –hasta el 7 de junio– de tal forma que el periodo de referencia alcance desde el 7 de marzo hasta el 7 de junio, siendo la fecha de mi despido el 7 de mayo, o esto no es posible? A este interrogante se ha dado respuesta por la jurisprudencia, dado que en dos Sentencias del Tribunal Supremo recientes (enero y abril de 2013) se señala literalmente: «el día del despido va a ser el día final del plazo (el "dies ad quem") para las extinciones contractuales que se acuerden ese día, así como el día inicial ("dies a quo") para el cómputo del periodo de los noventa días siguientes; sin que se puedan computar los ceses posteriores al periodo de referencia, salvo en supuestos de obrar fraudulento⁸. Por formularlo de distinta manera, el cómputo debe hacerse por periodos «sucesivos» de noventa días, lo que supone que *no cabe un cómputo variable* (cambiable o movable) del periodo de noventa días, sino que debe fijarse un día concreto para determinar el día inicial y el final de cada periodo con la particularidad de que el día final (*dies ad quem*) de un periodo constituye el *dies a quo* para el cómputo del siguiente. Si ello es así, la solución no puede ser otra que la apuntada: el día en que se acuerda la extinción constituye el día final del cómputo del primer periodo de noventa días y el inicial del siguiente.

Por lo tanto, en mi concreto despido (el que se trate) o bien cuento noventa hacia delante o bien hacia atrás, pero no puedo mover ese periodo de 90 días (a salvo el fraude del que habla el último párrafo del apartado 1 del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores).

5. Además, se ha de recordar que en esa plantilla, de conformidad a la doctrina jurisprudencial, la unidad de cómputo del número de trabajadores afectados, a los efectos de determinar la dimensión colectiva del despido, no puede restringirse –como expresa el artículo 1.1 Directiva 98/59/CE– a los del centro del trabajo, sino que ha de acudirse al total de trabajadores que integran la empresa (parámetro de referencia a la que remite el artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores). Es más, la jurisprudencia comunitaria⁹ no avala el primer

7 «A efectos de lo dispuesto en la presente Ley se entenderá por despido colectivo la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción cuando, en un período de noventa días, la extinción afecte al menos a: a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores. b) El 10 por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquéllas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores. c) Treinta trabajadores en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores [...] Cuando en periodos sucesivos de noventa días y con el objeto de eludir las previsiones contenidas en el presente artículo, la empresa realice extinciones de contratos al amparo de lo dispuesto en el artículo 52.c) de esta Ley en un número inferior a los umbrales señalados, y sin que concurren causas nuevas que justifiquen tal actuación, dichas nuevas extinciones se considerarán efectuadas en fraude de ley, y serán declaradas nulas y sin efecto» (art. 51.1 del Estatuto de los Trabajadores).

8 Son palabras de las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2013 –Recurso de casación para unificación de la doctrina 1362/12–; 23 de abril de 2013 –Recurso de casación para unificación de la doctrina 2724/11–.

9 En concreto, véase la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de diciembre de 1995, asunto

criterio –el de mero centro de trabajo–, pues siquiera, al interpretar el artículo 1 de la Directiva 75/129/CEE, afirma que la noción comunitaria de centro de trabajo se entenderá «según las circunstancias, la unidad a la que los trabajadores afectados por el despido están vinculados en el ejercicio de sus funciones», debe matizarse, por un lado, que esa noción admite un tratamiento ciertamente flexible y, por otro lado, que se está ante una cuya traducción en cada versión lingüística nacional –y ordenamiento jurídico– incorpora precisiones diferentes (centro de trabajo en sentido estricto, pero también la noción de «empresa» o de «unidad local»); de ahí que deba interpretarse «según las circunstancias» de cada legislación nacional. Y, para lo que nos interesa, «el artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores se refiere de forma inequívoca a la empresa como unidad para el cómputo de los trabajadores afectados, a los efectos de determinar la dimensión colectiva del despido, configurando a la empresa como marco organizativo en el que ha de contabilizarse la plantilla; unidad de computo que cumple mejor la función de garantía, como ha señalado la práctica totalidad de la doctrina científica»¹⁰; criterio refrendado por dos Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de enero de 2007, asunto C-385/05, y de 15 de febrero de 2007, asunto C-270/05.

Esto enlaza, además, con la posibilidad de que un grupo de empresas esté legitimado para poner en marcha un proceso de despido colectivo. Aunque esta cuestión presenta perfiles borrosos y polémicos, dado que los pronunciamientos dictados tras la reforma laboral en esta materia se han enfrentado a dos tipos de problemas:

(a) Aquellos supuestos en los que, existiendo un grupo de empresas a efectos laborales, el procedimiento de despido colectivo se insta, exclusivamente, en relación con una única empresa con el objetivo de huir de su proyección sobre el resto de las empresas que, aparentemente, lo integran; en otras palabras, nos encontramos ante una hipótesis fraudulenta, lo que ha sido una solución que tiene como consecuencia –por regla general– la nulidad del procedimiento de despido colectivo¹¹. Lo cual tiene relación –en cierto modo– con la regla prevista en el artículo 51.8 del Estatuto de los Trabajadores, en referencia a las obligaciones de información y documentación del empresario, quien no se puede eximir alegando que dicha decisión extintiva (el despido colectivo) ha sido acordada por la empresa que ejerce el control sobre él (en referencia a grupos de empresas sólo desde un punto de vista mercantil y no laboral)¹².

No obstante, no necesariamente la existencia de grupo de empresas laborales y ocultación de dicha condición a la hora de solicitar el despido colectivo determina su nulidad; de hecho, esta posibilidad –por ejemplo– ha sido analizada por algunos pronunciamientos de

C-449/93.

10 *Ídem*.

11 Véanse la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 23 de mayo de 2012 –Asunto núm. 10/12–; y Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de julio de 2012 –Asunto núm. 124/12–.

12 «Las obligaciones de información y documentación previstas en el presente artículo se aplicarán con independencia de que la decisión relativa a los despidos colectivos haya sido tomada por el empresario o por la empresa que ejerza el control sobre él. Cualquier justificación del empresario basada en el hecho de que la empresa que tomó la decisión no le ha facilitado la información necesaria no podrá ser tomada en consideración a tal efecto» (art. 51.8 del Estatuto de los Trabajadores).

nuestra Comunidad Autónoma, en particular, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 13 de diciembre de 2013 –Asunto núm. 34/12- [asunto *Hermanos Rodríguez Gómez, SL y otras*], donde se expresa la necesidad de establecer un «enlace racional, en términos causales, con su situación económica negativa», porque –en otro caso- la ocultación o, diríamos en ese caso, olvido sobre la existencia de un grupo no determinaría la nulidad. Aspecto sobre el que insistía ya la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 6 de julio de 2012 –Asunto núm. 12/12- [asunto *Industrias Losán, SL*], con las mismas conclusiones que las expresadas.

(b) Aquellos supuestos en los que se produce la situación inversa, donde es la propia entidad empresarial la que asume su condición de falso grupo; aquí la jurisprudencia ha admitido la validez de dicha posibilidad. Aunque las particularidades del citado pronunciamiento son evidentes, pues nos encontramos, como decimos, en presencia de un grupo irreal de empresas (administrador único, confusión patrimonial, cuentas y fiscalidad consolidadas), por lo que no se trataba de un verdadero grupo, sino de una empresa con forma de grupo, en suma, una apariencia o espejismo de grupo. Por ello, la doctrina jurisprudencial debe apartar el espejismo enfocando el problema para tratar el despido colectivo con las mismas herramientas que si de una empresa se tratara¹³.

6. Y una última cuestión en este campo: ¿qué ceses han de computarse a los fines del umbral? ¿Sólo los despidos objetivos o también cualquier otro cese? Sobre la cuestión, se ha dictado la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 15 de mayo de 2013 –Recurso núm. 759/13-, donde se resuelve la pregunta. Se parte de la dicción del artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores, que expresa: «Para el cómputo del número de extinciones de contratos a que se refiere el párrafo primero de este apartado, se *tendrán en cuenta asimismo cualesquiera otras producidas en el período de referencia por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el artículo 49.1.c)* de esta Ley, siempre que su número sea, al menos, de cinco». Lo que el citado precepto viene a señalar es que, para el cómputo del número de extinciones, se tendrán en cuenta aquellas otras extinciones que no obedeciendo a las mismas causas objetivas, lo sean por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el párrafo c) del apartado 1 del artículo 49: (a) no se computarán las debidas a expiraciones del plazo pactado en los contratos sujetos a término, o a la conclusión de la obra o servicio objeto del contrato, las que traigan causa de la muerte del trabajador o de su invalidez en sus modalidades de total, absoluta o gran invalidez, o las fundadas en su despido disciplinario; y (b) sí que se computarán las extinciones acordadas por la autoridad judicial a instancia del trabajador fundadas en incumplimientos empresariales –artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores– y, desde luego, las amortizaciones objetivas del artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores. Además, habría que añadir a ellas despidos disciplinarios que hubiesen sido declarados nulos o improcedentes, porque ello significaría que dichas extinciones no estaban justificadas en

13 Véase la Sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de septiembre de 2012 –Asunto núm. 152/12-.

cuanto al motivo alegado, mas no en supuestos donde se ha llegado a un acuerdo y no consta la improcedencia, por cuando –en ese caso– sí estarían justificados¹⁴.

Otro tanto puede decirse de los trabajadores temporales, que estarían excluidos conforme a la regla anterior, pero cuyos contratos fueron celebrados en fraude de ley. Este es el supuesto resuelto por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 25 de marzo de 2011 –Recurso núm. 4412/10–, de Sala General y referido a despidos objetivos de SEAGA, donde los excluía de su cómputo [siquiera contenía dos importantes y argumentados votos particulares en contra] y que fue anulada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 2012 –Recurso de casación para unificación de la doctrina 1657/11– asumiendo el criterio de los votos particulares y entendiéndose también que los ceses de los trabajadores temporales (ceses por finalización de obra o servicio y que inicialmente estarían excluidos) han de computarse a los fines del umbral, cuando dichos trabajadores no fuesen temporales en realidad, esto es, cuando fueron celebrados en fraude de ley o dicha circunstancia concurre por circunstancias sobrevenidas.

B) ¿En qué momento ha de computarse el número de trabajadores?

7. ¿Ha de ser al comenzar el procedimiento de negociación, al final al adoptar la medida o al hacerla efectiva?, ¿tienen trascendencia las alteraciones que se produzcan durante el procedimiento? A ello se ha dado respuesta en la reciente Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 2 de mayo de 2013 –Asunto núm. 10/13–; donde se analizaba el despido colectivo del personal indefinido de la Diputación de Orense y una de las cuestiones planteadas era que, inicialmente, el despido superaba el umbral previsto, pero en el momento de adoptar la medida la empleadora decidió no despedir a cuatro de los afectados (con diversas justificaciones: uno de los afectados estaba muy cercano a la jubilación, otro tenía a su favor una sentencia judicial reconociendo su condición de fijo, etc.) y, por ende, el número de afectados determinaba que ya no nos encontrásemos ante un despido colectivo, sino ante uno objetivo.

La solución de la Sala de lo Social de Galicia ha sido considerar que el momento decisivo para computar los afectados es el inicial, pues, por una parte, el despido objetivo ofrece mayores garantías a los trabajadores (hay una negociación y un informe de la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social), por lo que en nada los perjudica el mantenimiento de ese procedimiento más garantista; y, por otra parte, el objetivo de la negociación es –precisamente– ponderar la medida extintiva, por lo que sería contrario a toda lógica y a razones de economía que, si se redujese su número (imaginemos uno por fallecimiento o, simplemente, por acuerdo), ello convirtiese el despido en objetivo, obligase a cerrar el expediente y comenzar de nuevo la ronda de despidos individuales. En todo caso, también se ha valorado las razones por las que se ha producido la reducción de afectados, pues no ha habido fraude empresarial, dado que respondía en uno de los casos a una jubilación, en otro a la firmeza de una sentencia que declaraba al trabajador fijo de la Entidad Local y dos

¹⁴ Son las conclusiones a las que llega la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 6 de mayo de 2013 –Recurso núm. 759/13–.

consensuados. A ello, podría añadirse el argumento gramatical –creo– pues el artículo 51.1 califica como colectivo el despido cuya «extinción afecte al menos a...»; «afecte», «afectar» que según el Diccionario de la Real Academia Española¹⁵ significa –quinta y sexta acepciones y las más ajustadas a este campo– «Menoscabar, perjudicar, influir desfavorablemente» o «producir alteración o mudanza en algo», en otras palabras será colectivo el despido que pretenda menoscabar, perjudicar, influir desfavorablemente, producir alteración en el número mínimo indicado, pero no necesariamente esa inicial intención se resuelva en la efectiva extinción de los contratos, sólo que los afecte. De todos modos, repito, considero que ello podría valorarse si fuese al revés, esto es, evitar la transformación de un despido objetivo en uno colectivo, pero no así, porque aparentemente no hay ningún perjuicio a los trabajadores.

2) Las causas del despido colectivo

8. Es algo común a los despidos objetivos y sobre lo cual no quiero insistir, pues ello excede de lo que considero un análisis de los puntos más polémicos del régimen del despido colectivo y de las soluciones judiciales ofrecidas, salvo para la consideración de la causa económica. «Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas», dice el artículo 51.1, párrafo segundo, del Estatuto de los Trabajadores al definirla. Esa causa económica se clarifica al establecerse una presunción *iuris et de iure* en que «En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos», disminución que ha de referirse no a sus pérdidas actuales o previstas, sino a la de su nivel de ingresos o ventas [con lo cual se podrá acudir a esta extinción o a la del objetivo, sólo con que los ingresos de la empresa o sus ventas sean inferiores durante nueve meses, aunque la empresa no haya dejado de obtener beneficios ni mucho menos haya generado pérdidas]. La reforma del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores ha suprimido la obligación de que la empresa deba justificar que, de sus resultados económicos, se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado. El objetivo confesado es permitir que las empresas puedan vincular, de forma directa y automática, su volumen de plantilla a la evolución de sus ingresos o ventas. Se pretende, de este modo, limitar el alcance del control judicial, al no requerir que el mismo valore si la medida es idónea o proporcionada en relación con la situación de la empresa.

En cuanto al *alcance de la definición de las propias causas económicas* que deben concurrir para que proceda el despido colectivo, no existe una orientación uniforme y podemos encontrar desde las sentencias que abiertamente declaran que la nueva regulación ha dejado subsistente únicamente la acreditación de la causa alegada, pero suprime lo relativo a la conexión funcional¹⁶, hasta aquellos que contundentemente exigen «la obligación empresarial

15 Véase REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española, 22ª edición, Espasa-Calpe (Madrid, 2001), pág. 54.

16 Véanse las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de junio de 2012 –Asunto núm. 22/12–; Cantabria de 26 de septiembre de 2012 –Asunto núm. 2/12–; o Galicia de 6 de julio de 2012 –Asunto núm. 12/12–.

de acreditar la concurrencia de relación de funcionalidad, razonabilidad y proporcionalidad entre la causa económica y productiva y las extinciones contractuales»¹⁷. La variedad de soluciones e interpretaciones es amplia y pone de relieve que, también en este punto, la claridad y certeza perseguidas por el Legislador, no han sido del todo conseguidas; en todo caso, los tribunales acuden en múltiples ocasiones al sentido común, porque –por poner, un ejemplo– ¿Que una empresa de 50 trabajadores pierda 1.000€ justifica el despido de 10 o que un gran banco, en vez de ganar 1.000 millones de euros gane 800 millones justificaría un ajuste de su plantilla en un 20% echando a cientos de trabajadores? En fin, parece que es desproporcionado e irrazonable y así se reconoce por algún pronunciamiento en nuestra Comunidad¹⁸.

3. La fase de consultas: negociación de una solución pacífica

9. Una vez que se ha eliminado la autorización por parte de la Autoridad Laboral del Expediente de Regulación de Empleo (ERE), que era el criterio tradicional en España y sólo parecía existir aquí en relación con otros sistemas de derecho comparado, el periodo de consultas (la negociación) ha pasado a ser el núcleo de procedimiento de despido colectivo, por lo que es imprescindible pararnos a analizar qué ocurre durante la fase de consultas, qué trascendencia tiene cualquier irregularidad en ella y cuáles son los documentos que han de aportarse por la empresa.

El sistema –en realidad– parece sencillo: primero se produce una comunicación por escrito de la apertura de un periodo de consultas con los representantes de los trabajadores (escrito que tiene un contenido reglamentado) y a la Autoridad Laboral; simultáneamente, se entrega una memoria explicativa (cuyo contenido es el mismo que el escrito inicial, pero –debe suponerse– más extenso o, al menos, más descriptivo); luego vendría el periodo de consultas y, finalmente, el acuerdo o la decisión empresarial. Durante la negociación, la Autoridad Laboral puede efectuar advertencias y recomendaciones a las partes y solicita un informe de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social.

A) ¿Es el plazo de la fase de consultas improrrogable?

10. La primera cuestión que puede analizarse es si el plazo de quince o treinta días previsto, dependiendo del número de trabajadores, es improrrogable o no, en el sentido de que si la negociación se extiende más allá de dicho plazo conlleva la nulidad del despido colectivo. Ello tiene relevancia porque –entre las causas formales previstas en el artículo 124.11 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social como determinantes de la nulidad– no parece recogerse, dado que se indica que: «La sentencia declarará nula la decisión extintiva cuando el empresario no haya realizado el periodo de consultas o entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores o no haya respetado el procedimiento establecido en el artículo 51.7 del mismo texto legal [fuerza mayor] u obtenido la autorización judicial del juez del concurso en los supuestos en que esté legalmente prevista, así como

17 Son palabras de las Sentencias de la Audiencia Nacional de 18 de diciembre de 2012 –Asunto núm. 257/12–; y de 4 de febrero de 2012 –Asunto núm. 167/12–.

18 Véase la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 22 de mayo de 2013 –Recurso núm. 619/13–.

cuando la medida empresarial se haya efectuado en vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas», sin embargo, los términos empleados tanto en el artículo 51.2¹⁹ como en el artículo 7.4 y 5²⁰ Real Decreto 1483/2011, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada; parecen hacer dudar sobre los efectos que una vulneración de los tiempos máximos, es cierto que si se superan dichos lapsos el expediente habrá caducado, pero –sinceramente- veo dudoso que ello comporte la nulidad del despido.

Sobre el particular se ha pronunciado también la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia citada anteriormente²¹, que afirma «según la dicción literal de la norma, la expresión referida al plazo de duración del periodo de consultas no puede entenderse como "un límite infranqueable", significando dicha expresión que únicamente, superado dicho plazo, que es el que el legislador considera suficiente para que las partes alcancen acuerdos, "ninguna de las partes puede compeler a la otra para prolongar la negociación". Ahora bien, cuando se considera necesario, por acuerdo entre ambas partes, que la negociación siga abierta, impedir que llegue a buen puerto cuando sea necesario un periodo más prolongado de consultas, quebraría la finalidad esencial del periodo de consultas (en este sentido Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 25/10/12 JUR 2013\26287)»²². Es decir, en dicha resolución la nulidad sólo está anudada al exceso en el periodo de consultas cuando se impone, no cuando se conviene; aunque –insisto- me plantea dudas la nulidad por mera superación del plazo.

Esta cuestión la resalta también la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 6 de julio de 2012 –Asunto núm. 12/12- [asunto *Industrias Losán, SL*], rechazando la nulidad bajo el argumento directo de que «aunque dicho plazo se haya superado, no existe norma o precepto alguno que permita declarar la nulidad pretendida, máxime cuando tal superación ha sido de cuatro días, y en todo caso, el apartado 4 del precepto, fija un plazo mínimo de 30 días entre la apertura y los efectos del despido, lo que excluye cualquier posibilidad de nulidad por dicha causa», es decir, ni está previsto ni sería coherente con la dilatación de la efectividad de la medida, que pretende el Legislador al diferir los despidos como mínimo un mes a la comunicación escrita del empresario.

19 «El despido colectivo deberá ir precedido de un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores de una duración no superior a treinta días naturales, o de quince en el caso de empresas de menos de cincuenta trabajadores» (artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores).

20 «En empresas de menos de cincuenta trabajadores, el periodo de consultas tendrá una duración no superior a quince días naturales. Salvo pacto en contrario, conforme a lo establecido en el apartado 2, se deberán celebrar durante el mismo, al menos, dos reuniones, separadas por un intervalo no superior a seis días naturales, ni inferior a tres días naturales. 5. En empresas de cincuenta o más trabajadores, el periodo de consultas tendrá una duración no superior a treinta días naturales. Salvo pacto en contrario, conforme a lo establecido en el apartado 2, se deberán celebrar durante el mismo, al menos, tres reuniones, separadas por un intervalo no superior a nueve días naturales ni inferior a cuatro días naturales» (artículo 7.4 y 5 RD 1483/12).

21 En concreto, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 2 de mayo de 2013 –Asunto núm. 10/13- [asunto *Diputación de Orense*].

22 Son palabras de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 2 de mayo de 2013 –Asunto núm. 10/13- [asunto *Diputación de Orense*].

B) La memoria explicativa

11. Uno de los elementos clave en esta fase del despido es la memoria explicativa de las causas del despido colectivo y de los aspectos sobre los que va tratar el periodo de consultas (artículo 51.2, párrafo octavo, del Estatuto de los Trabajadores). Como ha dicho el Tribunal Supremo en la primera sentencia dictada sobre un recurso de casación ordinaria contra una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, relativo a un despido colectivo acordado una vez entrada en vigor la reforma del Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, sobre la empresa *Talleres López Gallego, SL*, que lleva por fecha el 20 de marzo de 2013 –Recurso de casación ordinaria 81/12–, «...la principal finalidad del precepto es la de que los representantes de los trabajadores tenga una información *suficientemente expresiva para conocer las causas de los despidos y poder afrontar el periodo de consultas adecuadamente... [es ineludible –es un añadido mío–] esa finalidad de proporcionar la información necesaria para abordar con mínimas garantías el periodo de consultas o, de manera aún más elemental, de conocer documentalmente la situación económica real de la empresa sobre la que se justifican los despidos»* -la cursiva es mía-. De hecho, el Tribunal Supremo anuda la falta de suficiencia de la memoria explicativa con la falta de una verdadera negociación, porque «...la relatada conducta omisiva en la aportación de esa documentación mínima y la desinformación que produjo de manera inevitable en los representantes de los trabajadores, en el presente caso afectó a la realidad de la existencia de un verdadero periodo de consultas».

Ha de recordarse que la memoria debe enlazar con el escrito inicial comunicando el inicio del expediente, aunque el tenor «memoria explicativa» ya nos advierte que es algo más que recoger simplemente: la especificación de las causas del despido colectivo; el número y clasificación profesional de los trabajadores afectados; el número y clasificación profesional de los trabajadores empleados habitualmente en el último año; el periodo previsto para la realización de los despidos, y los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos.

12. Las soluciones jurisprudenciales a la suficiencia o no son casuísticas (y dependerán en buena medida de los requisitos adicionales en las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción –conforme a los artículos 4 y 5 Real Decreto 1483/2011), siquiera ahora habrá que valorarla en atención a la afirmación del Tribunal Supremo –ya expresada– de que la memoria debe «proporcionar la información necesaria para abordar con mínimas garantías el periodo de consultas o, de manera aún más elemental, de conocer documentalmente la situación económica real de la empresa sobre la que se justifican los despidos». Así, ha habido numerosos pronunciamientos en los que se discutían cuestiones como la decisión sobre si la exigencia de identificar el número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por el despido obliga a designarlos con nombre y apellidos, esto es, a identificar nominativamente a los afectados²³ –lo que no es exigible, porque ni el artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores ni el artículo 3.1 RD lo imponen–; el análisis de las consecuencias derivadas de la

23 Véanse las Sentencias de la Audiencia Nacional de 21 de noviembre de 2012 –Asunto núm. 167/12–; y de los Tribunales Superiores de Justicia de Cataluña de 23 de mayo de 2012 –Asunto núm. 107/12–; y de Galicia de 29 de octubre de 2012 –Asunto núm. 14/12– [asunto *Arias Hermanos Construcciones, SL*].

falta de indicación del periodo durante el cual se pondrán en práctica las medidas propuestas en la carta de despido²⁴; el grado de concreción a la hora de especificar los criterios utilizados para seleccionar a los trabajadores²⁵, que –en todo caso, se advierte– es un elemento esencial, porque, si no se cumple, impide que el periodo de consultas alcance sus fines, ya que si los representantes de los trabajadores no conocen cuáles son los criterios de selección, no solo se les hurtan los derechos de información, que les corresponden legalmente, sino que impiden negociar razonablemente la retirada o la limitación de efectos del despido colectivo²⁶; o, en fin, la identificación de la documentación específica que las empresas han de aportar en función de la causa justificativa de los despidos que aleguen²⁷. Las soluciones adoptadas en cada uno de los casos han sido diversas, mas la mayoría ha optado por declarar la nulidad del despido, siquiera son decisiones *ad causam*.

C) El periodo de consultas en sí

13. El propio periodo de consultas es el elemento clave o, como ha puesto de relieve algún tribunal²⁸, «el periodo de consultas, regulado en el art. 51.2 del Estatuto de los Trabajadores, constituye el centro de gravedad del despido colectivo». En particular, se plantean numerosos problemas en la práctica la individualización del sujeto con el que la empresa debe desarrollar el periodo de consultas, habida cuenta que la sumaria redacción del artículo 51.2, párrafo undécimo, del Estatuto de los Trabajadores, sólo recoge que «La intervención como interlocutores ante la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas corresponderá a las secciones sindicales cuando éstas así lo acuerden, siempre que tengan la representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los delegados de personal. En los supuestos de ausencia de representación legal de los trabajadores en la empresa, éstos podrán atribuir su representación para el periodo de consultas a una comisión designada conforme a lo dispuesto en el artículo 41.4», lo que no se compadece con la regla relativa a la legitimación para impugnar la decisión empresarial, al atribuirse tanto a los representantes legales como a los sindicales (artículo 124.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social)²⁹.

Una de las cuestiones más polémicas³⁰, es, precisamente, la relativa a la posibilidad, no prevista en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, pero sí en el Reglamento de los

24 Véase la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 25 de junio de 2012 –Asunto núm. 21/12–.

25 Véanse las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 25 de junio de 2012 –Asunto núm. 21/12– y de la Audiencia Nacional de 15 de octubre de 2012 –Asunto núm. 162/12–.

26 Véase la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 25 de junio de 2012 –Asunto núm. 21/12–.

27 Véanse las Sentencias de la Audiencia Nacional de 26 de julio de 2012 –Asunto núm. 91/12– [asunto *Industrias Losán, SL*]; y de los Tribunales Superiores de Justicia de Madrid de 26 de mayo de 2012 –Asunto núm. 17/12–; y de Cataluña de 23 de mayo de 2012 –Asunto núm. 107/12–.

28 Son palabras de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de julio de 2012 –Asunto núm. 109/12–.

29 «La decisión empresarial podrá impugnarse por los representantes legales de los trabajadores a través del proceso previsto en los apartados siguientes. Cuando la impugnación sea formulada por los representantes sindicales, éstos deberán tener implantación suficiente en el ámbito del despido colectivo.» (art. 124.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social).

30 Véase MERCADER UGUINA, J. R., «Aplicación práctica y jurisprudencial de la reforma laboral ¿Qué dicen los jueces sobre la ley?», en *Economist & Jurist*, núm. 169 (2013), pág. 80 [revista on-line: <http://www.economistjurist.es/index.php>].

procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, ya citado, de que en lugar de optar por una negociación global, referida a la totalidad de los centros de trabajo afectados por la decisión de despido colectivo, se negocie por centros de trabajo. Ello determina la descomposición del procedimiento de despido en tantos periodos de consultas y decisiones extintivas como centros de trabajo existan en la empresa y permite resultados distintos en cada uno de ellos, posibilidad que, además, ha sido fuertemente cuestionada por la Audiencia Nacional³¹ –en sentencias dictadas durante la vigencia del Real Decreto anterior³²–, hasta el punto de considerar el texto reglamentario como *ultra vires*, dado que ha excedido del ámbito permitido por la Ley (Estatuto de los Trabajadores), al añadir una posibilidad (la negociación por centros) no prevista legalmente.

Estas afirmaciones eran claras con respecto al Real Decreto 801/11, de 10 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos, cuyo artículo 11.2, párrafo segundo, lo permitía; sin embargo, ahora el artículo 26 Real Decreto 1483/12, de 29 de octubre, parece enmendar el error atribuyéndole la legitimación al Comité Intercentros, siempre que exista. El problema es que no tiene por qué ser así, por lo que volveríamos a la situación anterior, porque siquiera su redacción es: «cuando la empresa tuviera varios centros de trabajo afectados por el procedimiento intervendrá, de manera preferente, el Comité Intercentros o el órgano de naturaleza similar creado mediante la negociación colectiva, si por esta vía tuvieran atribuida esta función», lo cierto es que su intervención, por un lado, es meramente preferente –con lo que siempre cabe la posibilidad de que otro órgano asuma la negociación–; y, por otro lado, su existencia y, sobre todo, competencias no son obligatorias. El motivo de este aserto es que, conforme al artículo 63.3, párrafos primero y tercero, del Estatuto de los Trabajadores, «sólo por convenio colectivo podrá pactarse la constitución y funcionamiento de un comité intercentros con un máximo de 13 miembros, que serán designados de entre los componentes de los distintos comités de centro [...] Tales comités intercentros no podrán arrogarse otras funciones que las que expresamente se les conceda en el convenio colectivo en que se acuerde su creación». Todo lo cual significa que, por una parte, puede que no se haya previsto la creación del Comité o de otro órgano similar, con lo que retornaríamos a la ruptura de la unidad de negociación para toda la empresa; y, por otra parte, que aun prevista, no tenga atribuida la facultad de negociar un despido colectivo, lo que no es de extrañar dada la fecha de la reforma y los tiempos en los que se han negociado y firmado los convenios colectivos en vigor. Esto conduce a que sea muy difícil que el Comité Intercentros participe como interlocutor, manteniendo una postura coherente de todos los centros como si fuesen uno, y, en la mayoría de los casos, que la consulta se diluya entre todos los centros de trabajo que puedan existir, desmenuzándose las soluciones y, lo más importante, rebajándose la postura de fuerza que podría acoger la parte sindical frente al empresario.

31 Véanse las Sentencias de la Audiencia Nacional de 26 de julio de 2012 –Asunto núm. 124/12–; y de 28 de septiembre de 2012 –Asunto núm. 152/12–.

32 Esto es, el Real Decreto 801/2011, de 10 de junio, siendo el vigente el Real Decreto 1483/2012, de 20 de octubre.

14. El período de consultas ha de realizarse bajo una verdadera voluntad de diálogo, procurando la consecución del acuerdo respecto de todas y cada una de las circunstancias que afecten a la medida propuesta: la buena fe en la negociación se convierte, de este modo, en una exigencia fundamental, aunque no es obligatorio terminar el proceso con acuerdo. Sin embargo, «una cosa es que no sea imprescindible alcanzar un acuerdo con los representantes de los trabajadores durante el periodo de consultas para llevar a cabo las extinciones colectivas pretendidas por la empresa, y otra muy distinta que no haga falta ni intentarlo»³³. Podría traerse a colación lo que se ha afirmado sobre los requisitos de la negociación de los convenios colectivos, dado que se afirma por la doctrina jurisprudencial que el deber de negociar no es equiparable al deber de convenir, y la falta de acuerdo no puede suplirse por los órganos jurisdiccionales a cuenta de acciones individuales de los trabajadores³⁴; pues –en definitiva– *el deber de negociar no se confunde con la obligación de convenir*, ni con la de mantener indefinidamente una negociación que no produce acuerdos³⁵.

Y esa idea es la que se ha reflejado en los distintos pronunciamientos habidos en este campo, que han excluido un verdadero valor negociador a, entre otros, cuando se produce una simple comunicación escrita por parte de la empresa, un cambio de pareceres o una propuesta, habida cuenta que la ésta tiene que acompañarse de una concreta, precisa y extensa documentación, que posibilite una negociación real,³⁶; lo que ocurre es que ese supuesto es muy difícil diferenciarlo de otros que, siquiera consideraron incumplido el requisito, ciertamente pueden plantear serias dudas e, incluso, pueden tacharse de excesivamente rigurosos, como las resoluciones que valoraban una única oferta inamovible³⁷. No obstante, esta conclusión parece que es la que más se ajusta a la finalidad primordial del periodo de consultas, cual es –ya se decía antes– la retirada o la limitación de efectos del despido colectivo, como viene sosteniéndose por la doctrina comunitaria³⁸. Sin embargo, en la febril casuística que se ha producido en este largo año, se han presentado situaciones que se encuentran en la frontera del cumplimiento, sirva de ejemplo el supuesto en el que la postura empresarial se revela inamovible, mas exclusivamente en relación con el número de trabajadores afectados por el despido, aunque no en otras facetas³⁹.

33 Son palabras de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 29 octubre de 2012 –Asunto núm. 14/12– [asunto *Arias Hermanos Construcciones, SL*].

34 Véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2008 –Recurso de casación para unificación de la doctrina 2937/07–.

35 Véanse las Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1998 –Recurso de casación ordinaria 121/97–; de 1 de marzo de 2001 –Recurso de casación ordinaria 2019/00–; de 7 de octubre de 2004 –Recurso de casación ordinaria 189/03–; de 22 de mayo de 2006 –Recurso de casación ordinaria 79/05–; y de 12 de diciembre de 2006 –Recurso de casación ordinaria 21/06–.

36 Véanse las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 26 de junio de 2012 –Asunto núm. 08/12–; y de 13 de junio de 2012 –Asunto núm. 11/12–.

37 Véase la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 de mayo de 2012 –Asunto núm. 17/12–.

38 Véase, por todas, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de septiembre de 2009 –Repertorio de jurisprudencia Aranzadi núm. 263–.

39 Así, puede verse en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco de 11 de diciembre de 2012 –Asunto núm. 12/12–.

De todas formas, debido a la todavía ausencia de pronunciamientos del Tribunal Supremo –a salvo el indicado–, que resuelvan los distintos problemas surgidos, las Salas de lo Social son conscientes de la dificultad de esclarecer el cumplimiento de la negociación sobre la base de posturas enfrentadas y han buscado soluciones alternativas y razonables⁴⁰, que, en algún caso⁴¹, ha llevado a transformar la causa alegada directamente por la subyacente, pues, pese a que se produjo la alegación de causas económicas para justificar el despido colectivo, en verdad, de lo que se trataba era de causas productivas (reducción de la fabricación y decisión de primar la distribución e intermediación), considerando el Tribunal que la realidad de las pérdidas no podía negarse (se acreditaron) y que en las productivas subyacían las económicas.

D) El informe de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social

15. Otro aspecto al que me quiero referir de rondón es el valor que se puede otorgar a este informe, que es obligatoriamente emitido en los despidos colectivos, es cierto que de una omnipotencia de la Autoridad Laboral sobre el control de los Expedientes de Regulación de Empleo se ha pasado a un plano secundario, pero que puede tener en la labor judicial una importancia orientativa, debido a su objetividad y profesionalidad. Ahora bien, el hecho de que exista un informe desfavorable en uno o varios puntos de la memoria explicativa no necesariamente va a determinar una sentencia declarativa de «no ajustado a derecho» –artículo 124.11 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social–. Es cierto que el peso que se otorga o presenta la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social puede hacer inclinar la balanza –en caso de duda– hacia uno u otro pronunciamiento, mas no deja de ser un simple elemento más de valoración.

Además, la Autoridad Laboral siempre tendrá la posibilidad de impugnar el acuerdo alcanzado por fraude, dolo, coacción o abuso de derecho o cuando concorra fraude en la obtención de prestaciones de desempleo. Un caso curioso se produjo en una demanda de despido colectivo analizado en nuestra Comunidad⁴², donde la empresa y la representación de los trabajadores alcanzaron un acuerdo, pero se impugnó por la Autoridad Laboral bajo el argumento de que existían, por una parte, coacciones –que no fueron constatadas– y, por otra parte, un fraude para conseguir prestaciones de desempleo, porque se consideraba más adecuado un Expediente de Regulación de Empleo suspensivo a los fines de observar si la situación mejoraba, pues se preveía una nueva contrata; argumento también rechazado por la Sala de lo Social, al no constar ni a día de la Sentencia ese hipotético contrato y haberse producido el cese por gremios entre los trabajadores (tuberos, armadores, electricistas, montadores, etc.), de manera que, siquiera había grupos de empleados que continuaban

40 Véanse las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 26 de septiembre de 2012 –Asunto núm. 02/12–; y de la Audiencia Nacional de 21 de noviembre de 2012 –Asunto núm. 167/12–.

41 Véase la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 21 de noviembre de 2012 –Asunto núm. 22/12– [asunto *Mafecco*].

42 Se trata de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 11 diciembre de 2012 –Asunto núm. 35/12– [asunto *MAESSA*].

prestando servicios en el buque que se estaba construyendo, el resto no eran necesarios ya, pues la mayoría de las partes de la nave estaban finalizadas.

4. Alguna particularidad procesal

16. Se ha visto hasta ahora –*grosso modo*– el concepto (diferenciándolo del despido objetivo por el número de trabajadores afectados), las causas (al menos, la económica) y la fase de consultas (el aspecto negociador del expediente), estos tres elementos son los que configurarán la eventual decisión judicial que se llegue a dictar, porque el artículo 124.11 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social disgrega sus posibles fallos en tres hipótesis: «Se declarará ajustada a derecho la decisión extintiva cuando el empresario, habiendo cumplido lo previsto en los artículos 51.2 o 51.7 del Estatuto de los Trabajadores, acredite la concurrencia de la causa legal esgrimida.

La sentencia declarará no ajustada a Derecho la decisión extintiva cuando el empresario no haya acreditado la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación extintiva.

La sentencia declarará nula la decisión extintiva cuando el empresario no haya realizado el período de consultas o entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores o no haya respetado el procedimiento establecido en el artículo 51.7 del mismo texto legal u obtenido la autorización judicial del juez del concurso en los supuestos en que esté legalmente prevista, así como cuando la medida empresarial se haya efectuado en vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas».

En otras palabras, cualquier otro incumplimiento que no se refiera a la documentación del artículo 51.2 [que es la que acompaña a la memoria explicativa] o a no realizarse el periodo de consultas [en los términos en los que considera la jurisprudencia que ha de realizarse] carece de trascendencia. En definitiva, se puede valorar si no incluir determinada documentación en la memoria, si hurtar/enmascarar datos o cualquier otro elemento recogido en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores produce la nulidad (valorándolo); sin embargo, otros vicios que pueden concurrir no. Así, no está de más recordar que en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 29 de octubre de 2012 –Asunto núm. 14/12– [asunto *Arias Hermanos Construcciones, SL*], se resolvían las alegaciones realizadas en la demanda de la parte sindical sobre un posible fraude, dolo, coacción o abuso de derecho, rechazándolas, de entrada, porque no podían tener el alcance perseguido: la nulidad; dado que se pretendía vincular aquellos vicios a la negociación realizada en sí y no al acuerdo alcanzado (que no había existido, al haber tomado la decisión final el empresario). No es un vicio previsto como determinante –causante– de la nulidad y, por lo tanto, no puede acordarse, el único camino que quedaría es que la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social –ya lo indicaba en el apartado anterior– solicite la nulidad, mas sólo en el caso de que hubiese existido un acuerdo concluido bajo aquellos vicios y, evidentemente, cuando el acuerdo es inexistente y lo que se argumentaba en la demanda de despido colectivo era que durante las consultas el empresario actuó concurriendo fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. No obstante, la cuestión nodular sería plantearse si una negociación llevada por el empresario en dichos parámetros es realmente una verdadera negociación, porque se está

encubriendo, ocultando y sustrayendo determinados elementos (dependiendo del vicio) que pueden llegar a ser relevantes para llegar a un acuerdo (circunstancia que no se resolvió por la Sentencia).

III. COROLARIO

17. El año largo transcurrido desde que ha entrado en vigor la reforma laboral en febrero de 2012 (primero, a través del Real Decreto-Ley 3/2012 y, después, por la Ley 3/2012) ha permitido que se hayan producido pronunciamientos judiciales sobre concretos aspectos del despido colectivo (siquiera no muchos, sobre la cincuentena), que han tratado de clarificar los novedosos aspectos que aquélla han implantado. Es un recorrido relativamente corto como para hacer elucubraciones, pero permite, al menos, vislumbrar cuál va a ser la orientación en muchos Tribunales –a salvo mejor criterio del Tribunal Supremo, que sólo ha dictado una sentencia, por ahora, sobre un despido colectivo posterior a la reforma-. El tiempo dirá si lo resuelto hasta este momento se consolida o mudará, aunque mientras nos quedan las palabras de B. N. CARDOZO, que se recordaban al principio del artículo: «las normas y principios del *cause law* nunca han sido tratados como verdades definitivas, sino como hipótesis de trabajo, continuamente puestas a prueba en esos grandes laboratorios del Derecho que son los tribunales de justicia»⁴³. Serán, entonces, los diversos órganos judiciales a través de sus resoluciones los que –salvo nuevas reformas- nos señalen la concreción de cada institución y los requisitos adjetivos y de fondo exigibles para que los despidos colectivos puedan calificarse como «ajustados a derecho».

43 Véase CARDOZO, B. N., *La naturaleza de la función judicial*, cit., pág. 14.