

LOS DESPIDOS COLECTIVOS

Por el Académicos de Número

Excmo.Sr.D. Fernando Suárez González *

1.-Las reformas laborales

Hace poco más de dos años tuve el honor de exponer en este mismo lugar mi modesto punto de vista sobre la escasa relevancia que atribuyo a las reformas del ordenamiento laboral cuando se trata de incentivar la economía y de estimular la creación de empleo. No voy a insistir en ello, máxime cuando algunos eminentes compañeros de Academia mantienen un punto de vista distinto, pero sí tengo que decir que a las treinta y cinco modificaciones que la Ley del estatuto de los trabajadores había sufrido en los treinta años de su vigencia, algunas de ellas de gran importancia y expresamente dedicadas a fomentar el empleo, se han añadido desde aquella intervención mía siete nuevas modificaciones: La del Real Decreto-ley 7/20 11 de 10 de junio (BOE del 1 l), de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva; la de la Ley 27/20 11, de 1 de agosto (BOE del 2), sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social, que modificó los contratos a tiempo parcial y de relevo; la del Real Decreto-ley 10/20 11, de 26 de agosto (BOE del 30), de medidas urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes, el fomento de la estabilidad en el empleo y el mantenimiento del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo; la del Real Decreto-ley 3/20 12, de 10 de febrero (BOE del 11), de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, que supuso una modificación de gran envergadura; la de la Ley 3/20 12, de 6 de julio (BOE del 7), que no se limitó a convalidar el anterior Decreto-ley, sino que lo modificó en puntos de gran interés; la del Real Decreto-ley 20/20 12, de 13 de julio (BOE del 14) -es decir, de una semana después-, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad y la del Real Decreto-ley 5/20 13, de 15 de marzo (BOE del 16), de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo, que introduce la decimocuarta versión del artículo 12 de la Ley del estatuto de los trabajadores sobre el contrato a tiempo parcial y el contrato de relevo.

Reitero, pues, el reproche que hice entonces a la absoluta inestabilidad de las normas que impiden, no ya publicar un manual que se pueda mantener en vigor durante un curso académico, sino incluso llegar a conocerlas con alguna certidumbre. Me ha confortado oír la semana pasada al Profesor Nieto García que "el ordenamiento jurídico tiene ya muy poco de ordenamiento y mucho de desordenamiento" y en una intervención pública del Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, D. Gonzalo Moliner, el pasado 8 de marzo, que la avalancha legislativa es un factor que provoca la incertidumbre del Derecho. Incertidumbre a la que contribuyen no poco los anuncios o las peticiones de nuevas reformas, cuando apenas se han empezado a experimentar las últimas. Así ocurre, en efecto, cuando el Gobernador del Banco de España desliza la sorprendente pretensión de suprimir el salario mínimo, el Comisario europeo de empleo propone el contrato único o, en general, las instituciones internacionales animan al Gobierno español a "profundizar" en las reformas laborales.

Pero no es sólo la incertidumbre del Derecho, sino además una manera de legislar que suscita frecuentes perplejidades. Por poner algunos ejemplos, recurro a ciertos brotes de pintoresquismo que se detectan en algunas de las disposiciones que comento.

* Sesión del 18 de junio de 20 13

Se recordará que entre las "ocurrencias" que de vez en cuando tienen nuestros legisladores - que en nuestro modelo democrático quiere decir nuestros gobiernos- la Ley 35/2010, de 17 de septiembre (BOE del 18) inventó, en su disposición adicional 1ª, un "Fondo de capitalización" para los trabajadores que debería estar operativo a partir del 1 de enero de 2012. Menos de un año después, el mismo gobernante reconocía, en el preámbulo del Real Decreto-ley 10/2011, de 26 de agosto (BOE del 30) que "el grupo de expertos sobre el fondo de capitalización de los trabajadores.. .constató la falta de viabilidad de esta medida en la actual situación de la economía y del empleo en nuestro país" pero, como se consideraba una medida acertada, se anunciaba un proceso de negociación entre el Gobierno y las organizaciones empresariales y sindicales más representativas durante el primer semestre de 2013. Todo ello ha sido derogado por la Ley 3/2012.

En la Ley General de la Seguridad Social, que elevó la edad de jubilación a los sesenta y siete años con un período de transición de dieciséis, se ha introducido un precepto que dice literalmente así: "Con el objetivo de mantener la proporcionalidad entre las contribuciones al sistema y las prestaciones esperadas del mismo y garantizar su sostenibilidad, a partir de 2027 los parámetros fundamentales del sistema se revisarán por las diferencias entre la evolución de la esperanza de vida a los 67 años de la población en el año en que se efectúe la revisión y la esperanza de vida a los 67 años en 2027. Dichas revisiones se efectuarán cada cinco años, utilizando a este fin las previsiones realizadas por los organismos oficiales competentes". Entiéndase que, en esta vorágine legislativa, el legislador de 2011 crea que le van a obedecer quienes gobiernen dentro de catorce años. No han pasado ni dos y el nuevo Gobierno ha encargado un estudio a una comisión de expertos que al parecer propone ya la anticipada aplicación de tales revisiones de los fundamentales parámetros y la entrada en vigor de la jubilación a los sesenta y siete años mucho antes de lo inicialmente previsto. Para dar pie al sarcasmo, hay que añadir que el portavoz de la oposición que se oponía a esa medida en el año 2011 es el actual Secretario de Estado de la Seguridad Social que la quiere anticipar.

En un orden inverso, el mismo legislador del año 2011 obligaba al Gobierno, en el mes de agosto, a presentar en el plazo de dos meses un informe que recoja una relación de las personas saharauis que trabajaban en empresas españolas el 26 de febrero de 1976, momento en el que España se retiró del Sahara Occidental. "Aparte de las personas trabajadoras afectadas -añade-, este informe incluirá el coste, su forma de articulación y los plazos". Mi ignorancia se extiende al coste de qué y a los plazos para qué, y en los textos legislativos no he encontrado respuesta. Informaciones que no figuran en el Boletín Oficial permiten saber que al consignar ese mandato en el texto legislativo se intentaba complacer al grupo parlamentario de UPyD que pretende que el Gobierno actual repare los daños que el Frente Polisario causó a los saharauis hace treinta y ocho años, pero la ley no se ha cumplido. Como el 3 de octubre de 2011, en que caducaba el plazo impuesto por el legislador al Gobierno, se habían convocado ya las elecciones generales que perdió el destinatario de aquel encargo y el nuevo ejecutivo no se da por aludido, UPyD sigue clamando contra el incumplimiento de la Ley.

Hablando de retrasos, la disposición final 15.2 del Real Decreto-ley 31/2011 dispuso que el Gobierno aprobaría el Reglamento de procedimiento de los despidos colectivos "en el plazo de un mes", es decir, antes del 12 de marzo. Naturalmente no se cumplió el plazo, porque el Real Decreto-ley se estaba tramitando como proyecto de ley y ésta reprodujo el mandato en su disposición final 19.2. El plazo acababa el 8 de agosto y el Real Decreto se aprobó el 29 de octubre. Cuando se está constantemente legislando por Real Decreto-ley invocando razones de urgencia, no tiene justificación alguna que sea el propio Gobierno quien actúe con retraso.

Hay que añadir a ello una técnica legislativa tan defectuosa que cada nueva reforma provoca en el estudioso una mayor irritación. No es una opinión exclusivamente mía: Los expresidentes del Tribunal Constitucional Da María Emilia Casas y D. Miguel Rodríguez-Piñero, además de opinar que en la Ley 312012, a la que yo me voy básicamente a referir, el trabajo se desprende de su valor propio y es tratado como un factor de la producción y de la economía, han sido terminantes al decir que introduce reformas sustanciales con sistemática y técnica deficientes que le dan una especial complejidad y dificultad de comprensión y que el estatuto de los trabajadores se modifica, sin la menor sistemática, tanto en la norma propiamente dicha como en sus disposiciones adicionales y finales. Y el actual Magistrado del mismo Tribunal Constitucional, D. Fernando Valdés da1 Re, ha escrito que la Ley 312012 "hace gala, en numerosas disposiciones de una agobiante complejidad, tanto en su contenido normativo como en su construcción gramatical", que ha contribuido, de manera tan intensa como extensa, a mermar la certidumbre jurídica y que su técnica es de una "notable deficiencia".

2. La Ley 3/2012, de 6 de julio

En su larguísimo preámbulo -más de ocho apretadas páginas del Boletín Oficial- la Ley vapulea retóricamente nuestro modelo de relaciones laborales, calificándolo de insostenible y atribuyéndole la intensidad con que en España se ha destruido empleo. Como no puede ignorar que ese modelo ha sido objeto de multitud de reformas en los últimos años, admite que, aun siendo bienintencionadas, han sido reformas fallidas y anuncia que esta vez la reforma es completa y equilibrada y facilitará la creación de puestos de trabajo. Esto se escribe en febrero de 2012, cuando los parados registrados eran en España 4.712.098 y quince meses después, en mayo de 2013, son 178.830 parados más. Es verdad que se empieza a apreciar un ligero descenso -casi 100.000 entre abril y mayo-y ojalá la tendencia se mantenga, pero me parece excesivamente simplista atribuir exclusivamente esas fluctuaciones a las debilidades de nuestro modelo laboral que, lejos de "flexibilizarse", cada vez resulta más encorsetado y más complejo.

De ninguna manera puedo resumir aquí las muchas y trascendentales modificaciones que introduce la Ley 3/20 12 en el citado modelo de relaciones laborales. Por eso he escogido una de las más importantes de ellas, que es sin duda alguna la supresión de la autorización administrativa que era hasta ahora indispensable para proceder a los despidos motivados por la crisis de la empresa y que suele atribuirse con evidente superficialidad a la fuerte heteronomía que caracterizó al Régimen anterior.

3. La autorización administrativa implantada durante la II República

Ni en el Código de Trabajo que el Ministro Aunós dictó en 1926, ni en la Ley del contrato de trabajo que el Ministro Largo Caballero logró que aprobaran sin discusión las Cortes Constituyentes durante el gobierno provisional de la República el 2 1 de noviembre de 193 1, figuraba la posibilidad de que el empresario prescindiera de uno, de varios o de muchos trabajadores, invocando las dificultades económicas de la empresa.

Las únicas causas de despido reconocidas por aquella Ley eran el grave incumpliendo de sus deberes por parte del trabajador (faltas de asistencia o de puntualidad, indisciplina, ineptitud, fraude, embriaguez, etc.) o la imposibilidad de dar trabajo por fuerza mayor (entendida como incendio, inundación, terremoto, explosión, plagas del campo, guerra, tumulto o sediciones y, en general, cualquier otro acontecimiento semejante de carácter extraordinario que los contratantes no hayan podido prever o que, previsto, no hayan podido evitar).

En la Ley de Largo Caballero no estaban previstas las consecuencias de despedir a un trabajador sin que mediara una de las referidas causas, pero seis días después de aprobada y siempre durante el gobierno provisional de la República se aprobó la Ley de Jurados Mixtos del 27 de noviembre de 1931 -recuérdese que la Constitución lleva fecha del 9 de diciembre- y en esa Ley de Jurados Mixtos, por una parte, se establecen las consecuencias del despido injusto (readmisión o indemnización que fijaría el presidente del Jurado a su prudente arbitrio, entre quince días y seis meses de jornal) y, por otra, se reconoce a los empresarios la facultad de resolver el contrato de trabajo por sobrevenida crisis de la industria: "El despido de un obrero -decía su artículo 46- podrá estar justificado por causas imputables al mismo o por motivos independientes de su voluntad. En el primer caso, 110 dará derecho a indemnización alguna. En el segundo (crisis de trabajo, cesación de la industria o profesión, naturaleza eventual o limitada del trabajo de que se trate, etc.), el obrero podrá exigir los salarios correspondientes al plazo de preaviso normal establecido por la costumbre o por las bases de trabajo adoptadas por el Jurado respectivo, correspondiendo a éste en todo caso la determinación de las circunstancias que concurran y el fallo que con arreglo a ellas deba en justicia dictarse".

En aquella inicial regulación del despido por crisis era indiferente que afectara a un trabajador o a un grupo más o menos numeroso de ellos.

El paro que se produjo en el país en los años inmediatamente siguientes fue, como se sabe, inconmensurable. Hay explicaciones para todos los gustos y, probablemente, en todas ellas hay algo de verdad: Las repercusiones de la crisis que estalló en la Bolsa de Nueva York el viernes negro de 1929, el boicot de los monárquicos que procuraban obstaculizar el desenvolvimiento del nuevo Régimen, la mentalidad de algunos grandes o pequeños terratenientes, a los que se atribuye la frase "que te dé trabajo la República", los temores que la inestabilidad política y social producía en los siempre asustadizos capitales, la amenaza de unas expropiaciones que, desde el punto de vista económico, causaron más daño que si se hubieran realizado y las innumerables huelgas y perturbaciones del orden público que se producían por doquier y que alimentaban las reservas de los inversores produjeron un aumento del desempleo que parecía incontenible.

Releer el Diario de Sesiones de las Cortes republicanas implica encontrar reiteradísimas alusiones al drama del paro y, desde que lo plantea el 5 de noviembre de 1931 el diputado radical-socialista José Antonio Balbontín, son muchos los que reclaman la atención del Gobierno hacia el problema: Se distinguen por esta preocupación los republicanos radicales Rodríguez Piñero y Moreno Mendoza, diputados por Cádiz, el socialista González Ramos, diputado por Alicante, o el también socialista García Hidalgo que el 30 de marzo de 1933 -con Largo Caballero en el Ministerio de Trabajo- dice lo siguiente: "En Córdoba hay un gran malestar; en Córdoba, como en casi todas las poblaciones de España, existe un gran paro obrero; son muchos los obreros, tanto campesinos como artesanos, que llevan muchos meses sin trabajar y el Gobierno no se entera, se hace el sordo.. Hago la advertencia al Gobierno de que en Córdoba y en su provincia se está incubando una tragedia: Hay síntomas evidentes de hondo malestar que hay que lograr que desaparezca, con obras hidráulicas o con lo que sea. El Gobierno tiene la obligación de tratar de resolver estos problemas sociales".

Fue este incremento del desempleo lo que provocó que el Gobierno, junto a las otras medidas que fue arbitrando, sobre todo los créditos para las obras públicas, sintiera la necesidad de controlar los ceses colectivos en el trabajo que tanto paro provocaban. Esa necesidad cristalizó en la Ley para remediar el paro involuntario, de 25 de junio de 1935.

Era un proyecto del Ministro de Trabajo Federico Salmón, que lo presentó en el Congreso de los Diputados el 15 de mayo de aquel año 1935 y cuyo objetivo fundamental era construir obras públicas que aliviasen el paro.

Permítaseme contar entre paréntesis una anécdota de ese debate sobre las obras públicas como grandes generadoras de empleo. El diputado por Palencia del grupo agrario D. Abílio Calderón se quejaba con dureza de que las obras que se realizaban costaban siempre mucho más de lo presupuestado y ponía como ejemplo que el presupuesto inicial de cada uno de los Nuevos Ministerios era de veinte millones de pesetas y que cuando se terminaran se habrían invertido seguramente en ello de treinta a cuarenta. "¿Adónde vamos a parar? -dijo- ¿Es que tenemos monomanía de grandezas?".

Volviendo al proyecto del Ministro Salmón, quiero decir que me parece muy sensata la afirmación que se contenía en él y que echo de menos en las reformas laborales de nuestros días: "No pretende el Gobierno, con un solo proyecto de ley, resolver esta cuestión. Por el contrario, reconoce y declara que sin una política general económica, sin el mantenimiento del orden público material y sin alcanzar un grado mínimo de solidaridad de todos los españoles, la iniciativa privada, que ha de ser solución definitiva, permanecerá extraña a esta obra, con peligro cierto de que sean inútiles las medidas complementarias".

El debate del proyecto fue larguísimo y en él intervinieron cuarenta oradores que provocaron un inusitado comentario del Presidente del Congreso D. Santiago Alba: "Alguien podrá decir que mientras los obreros no tienen trabajo, nosotros hacemos discursos". Calvo Sotelo protestó de esas palabras, serena pero enérgicamente.

La Comisión especial de paro obrero, que presidía Fernández Ladreda, introdujo en el artículo 12 el siguiente precepto: "En aquellas industrias en que se justifique la necesidad del despido parcial de obreros por falta de trabajo y también en las obras que estén incluidas en esta ley de paro, se autoriza al Ministro del ramo para, oído el parecer del Jurado Mixto que corresponda, establecer turnos de trabajo o reducir el número de días semanales de labor, quedando facultadas las empresas para elegir entre ambas medidas".

La facultad empresarial se reguló por el Decreto de 29 de noviembre de 1935, cuyo artículo único estaba redactado así:

"Cuando una empresa se vea precisada a despedir a obreros por falta de trabajo, lo pondrá en conocimiento del Jurado Mixto competente, justificando plenamente las causas que motiven su decisión".

"Recibido que sea por el Jurado Mixto dicha comunicación, éste podrá practicar, en el término improrrogable de ocho días, las diligencias que estime oportunas, con objeto de investigar la posibilidad de evitar los despidos, mediante el establecimiento de turnos de trabajo o reducción de días semanales de labor, emitiendo, dentro del plazo señalado, el informe correspondiente. En caso de que de este informe se derive la imposibilidad de tales medidas, la empresa podrá proceder al despido proyectado".

"Si en el informe del Jurado Mixto se declarase la posibilidad de establecer turnos de trabajo o la reducción de días de labor, se dará vista del mismo al interesado, por el término improrrogable de tres días, para que formule las impugnaciones que estime pertinentes".

"El informe del Jurado Mixto, con las impugnaciones de que hubiere sido objeto, será elevado inmediatamente por dicho organismo al Ministerio de Trabajo para que éste, oído el Consejo de Trabajo, decida, en el plazo máximo de quince días sobre la autorización que le otorga el artículo 12 de la Ley de 25 de junio de 1935".

"Si transcurrido dicho plazo el Ministerio de Trabajo no hubiese resuelto sobre el particular, la empresa podrá realizar los despidos, sin perjuicio de los derechos que otorgan las disposiciones vigentes a los obreros despedidos".

4.- La continuidad durante el Régimen autoritario

Este Decreto de 29 de noviembre de 1935 debió considerarse compatible con el Fuero del Trabajo que, no obstante hundir sus raíces en la tradición católica y en el Imperio y servir de partida de bautismo al Estado Nacional-Sindicalista, permitía declararlo subsistente en 1941, sin mas modificación que atribuir a las Delegaciones provinciales de Trabajo, instituidas como se sabe por Largo Caballero, las competencias de los Jurados Mixtos.

La refundición de la citada Ley de contrato de trabajo del mismo Ministro, que se aprobó el 26 de enero de 1944, incluyó la crisis laboral o económica entre las causas de terminación del contrato de trabajo y un Decreto de esa misma fecha sustituyó al de 1935 y estableció el procedimiento regulador de los expedientes, precisa y rigurosamente llamados "de crisis".

A partir de la instancia pidiendo la autorización para modificar, suspender o dar por terminado cualquier contrato de trabajo, se instruía un expediente en el que la autoridad laboral podía solicitar los datos, pruebas y asesoramientos necesarios y los preceptivos informes de la Inspección de Trabajo y de la Organización Sindical, concluyendo con una resolución administrativa motivada que debía dictarse en un plazo de veinte días, de modo que si en ese plazo no se había resuelto, al principio se suponía que se autorizaba en todos sus términos lo solicitado por el empresario.

Era una importantísima excepción a la configuración del silencio como negativo, que era por entonces la regla general, pero se rectificó en 1959, aduciendo que así se protegía mejor a los trabajadores.

Si se autorizaba por la autoridad laboral la modificación, la suspensión o la terminación de los contratos de trabajo, quedaba a salvo el derecho de los trabajadores a percibir una indemnización que fijaba, no la autoridad laboral sino el Magistrado de Trabajo y que podía oscilar entre quince días y un año de salario, según las pérdidas de la empresa, las posibilidades de colocación de los trabajadores, las cargas familiares o los beneficios que pudieran obtener del seguro de desempleo.

Es claro que, a lo largo de los años, los criterios de las autoridades laborales fueron evolucionando en función de la situación económica general, de las facilidades o dificultades para encontrar otro empleo y de los niveles de protección que iba alcanzando el seguro de desempleo. Recuerdo el comentario que yo mismo hice, defendiendo la iniciativa privada y la libertad empresarial, cuando conocí que en el año 1957 un panadero de Salamanca tuvo que solicitar autorización para sustituir por la bicicleta el caballo con que un empleado suyo impulsaba el carro del reparto del pan. Por supuesto que hubo momentos bastante más flexibles, pero lo que quiero subrayar es que desde 1935 hasta el 2012, es decir, en tres Regímenes distintos, la autoridad laboral ha tenido una intervención decisiva en los despidos por crisis que son, por lo general, despidos colectivos.

A partir de 1969, la estrategia del lenguaje aconseja huir de la palabra "crisis", que se sustituye por el eufemismo de "regulaciones de empleo" y con retoques y modificaciones que no merece la pena detallar aquí, la autorización administrativa para reducir plantillas en esos supuestos, se mantiene en el artículo 18 de la Ley 16/1976, de 8 de abril, de relaciones laborales y en el artículo 45 del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones laborales, hasta que se recoge y se mantiene en la Ley del estatuto de los trabajadores de 1980.

5.- La legislación laboral democrática

Fue el estatuto de los trabajadores la norma que introdujo la novedad de obligar a los empresarios que pretendieran solicitar un expediente de regulación de empleo a abrir, con carácter previo, un período de discusión y consultas con los representantes legales de los trabajadores (de quince o treinta días, según los casos) en el que se negociara de buena fe, con vistas a llegar a un acuerdo y sólo si fracasara ese mecanismo entraría en juego la autoridad laboral, para decidir sobre las suspensiones o despidos deseados por la empresa.

Desde el momento mismo en que se impusieron esas consultas comenzaron las presiones para que desapareciera la intervención de las autoridades administrativas y se atribuyera al empresario la decisión final. Se utilizaron, claro es, argumentos diversos, sobre todo de Derecho comparado, y se recurrió especialmente a la Directiva europea 75/129, de 17 de febrero, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre la terminación de la relación laboral por iniciativa del empleador. Como la Directiva no afectaba a la facultad de los Estados miembros de aplicar disposiciones más favorables para los trabajadores y se entendía que la intervención de las autoridades laborales reforzaba la tutela de aquellos, se decidió mantenerla y así continuó a pesar de las Directivas 92/1956, de 24 de junio de 1992 y 98/59, de 20 de julio de 1998 que, refiriéndose al mismo tema, mantenían la misma salvedad. En Francia, la autorización previa se eliminó en 1985.

6.- La supresión de la autorización administrativa

El Decreto-ley 3/2012 y la Ley 3/2012 que lo convalida concluyen con la intervención administrativa que ha durado en España setenta y siete años, aunque mantienen para la autoridad laboral funciones de vigilancia, asistencia y mediación. A partir de estas nuevas disposiciones, se mantiene el periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores y las impugnaciones de los defectos que en tales consultas se puedan apreciar se sustancian ante las autoridades judiciales. Es forzoso, por ello, referirse brevemente a esos dos momentos, regulados cada vez con más minuciosidad.

Precisemos antes que se entiende por despido colectivo el que afecta, en un período de noventa días, a diez trabajadores en las empresas que ocupen menos de cien, al 10% en las que ocupen entre cien y trescientos, a treinta trabajadores en las que ocupen más de trescientos y también el que afecta a la totalidad de la plantilla, si esta es superior a cinco trabajadores y supone el cierre de la empresa. Cuando no se alcanzan esas cifras, el procedimiento es distinto y ello plantea ya las primeras dificultades, porque la frontera no siempre es tan precisa como el legislador supone.

7. El período de consultas

Dice la Ley que el período de consultas se celebrará con los representantes legales de los trabajadores y es bien conocido que los delegados de personal y los comités de empresa, elegidos por todos los trabajadores, han sido paulatinamente privados de sus competencias, que ejercen en su nombre los sindicatos más representativos. La necesidad de reconocer la condición de "más representativo" a uno o a varios sindicatos se debe en exclusiva a que a la Conferencia de la Organización Internacional de Trabajo no pueden asistir todos los sindicatos, pero que esa condición se extienda a todos los aspectos de las relaciones laborales y a la participación institucional allí donde se establezca es una exageración solo comparable a que la ley de libertad de prensa consagrara los periódicos "más representativos" o la ley de libertad de educación los colegios "más representativos". Pero es que, además, esa presunta "mayor representatividad" que se atribuyó por disposiciones y acuerdos de menor rango bastante antes de que se aprobara la Ley Orgánica de Libertad Sindical de 1985 se estructura sobre la base de las elecciones a delegados de personal y miembros de comités de empresa y la opinión pública está bien ajena a las innovaciones que se han ido introduciendo en esta materia, pero que son, a mi juicio, clave para entender algunos sucesos de gran repercusión

informativa.

Herederos de los Jurados de empresa de la anterior Organización Sindical, los comités de empresa comenzaron eligiéndose mediante convocatoria acordada entre la empresa y los nuevos sindicatos, pero hecha pública por la primera. Las listas electorales estaban desbloqueadas y merece la pena recordar el mecanismo: En las empresas de menos de doscientos cincuenta trabajadores, todos los candidatos figuraban ordenados alfabéticamente en una sola lista con las siglas de su sindicato o la indicación de no afiliado y el elector podía votar como máximo al 75% de los puestos a cubrir y resultaban elegidos los que obtuvieran personalmente el mayor número de votos. En las empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores había listas de cada sindicato, pero debían contener como mínimo un cincuenta por ciento más de los puestos a cubrir y cada elector podía tachar a los que le sobraban. El mandato de los elegidos era de dos años, pudiendo ser reelegidos y las vacantes eran sustituidas por el siguiente de la lista y solo por el tiempo que restara del mandato.

En 1984, el Gobierno socialista atribuyó la facultad de promover elecciones a las organizaciones sindicales más representativas o a los trabajadores del centro por acuerdo mayoritario, implantó las listas cerradas y bloqueadas con tantos candidatos como puestos a cubrir, elevó la duración del mandato a cuatro años y dispuso -nada menos- que se entendería prorrogado el mandato si, a su término, no se hubiesen promovido nuevas elecciones de representantes.

En 1994, gobernando también el Presidente González Márquez se decidió que la celebración de elecciones de manera generalizada en uno o varios ámbitos funcionales o territoriales solo podría promoverse previo acuerdo mayoritario entre los sindicatos más representativos o representativos. No hace falta añadir que no celebrándose las elecciones en las empresas en un solo día o en fechas muy próximas, resulta ardua la tarea de comprobar que, efectivamente, alcanzan el número de representantes que les convierte en más representativos.

No se puede ignorar que cuando se trata de evaluar con precisión la situación de una empresa que atraviesa tales dificultades que pretende resolverlas despidiendo a parte o a todo su personal, son necesarios asesores de todo tipo que quizá es más fácil que puedan aportar los sindicatos que los comités de empresa. Pero si se tiene en cuenta que los sindicatos suelen cobrar esos honorarios de las empresas con las que acuerdan los ajustes, se podría concluir que los comités de empresa podrían disponer de asesores parecidos y sería con toda seguridad más difícil inventar prejubilaciones, recibir millones de euros en ayudas ilegales, pagar comisiones a intermediarios o que en la lista de los indemnizados por el despido figuren personajes a quienes los trabajadores no habían visto jamás por la empresa.

7.1.-La documentación necesaria

Que todo asesoramiento será poco lo demuestra la documentación que las empresas deben facilitar para esas preceptivas consultas. La crisis laboral o económica se identificó siempre como una ruptura de equilibrio entre producción y consumo o entre trabajo y producción que obliga al empresario a dar demasiado para tener relativamente demasiado poco. Cuando la autoridad laboral resolvía el problema, exigía del empresario las pruebas de lo que alegaba y podía solicitar informes de la Inspección de Trabajo y de los servicios técnicos relacionados con la actividad de la empresa, La nueva legislación, en un afán regulador que se compadece poco con la proclamada "flexibilidad", exige ahora una prolija documentación, que es distinta según se trate de causas económicas o de causas técnicas, organizativas o de producción.

Para el primer supuesto, el empresario debe aportar, además de una memoria explicativa y de toda la documentación que a su derecho convenga, lo siguiente:

-Las cuentas anuales de los dos últimos ejercicios completos, integradas por balance de situación, cuentas de pérdidas y ganancias, estado de cambios en el patrimonio neto, estado de flujos de efectivos, memoria del ejercicio e informe o, en su caso, cuenta de pérdidas y ganancias abreviada y balance y estado de cambios en el patrimonio neto abreviados, debidamente auditadas en el caso de empresas obligadas a realizar auditorías, así como las cuentas provisionales al inicio del procedimiento, firmadas por los administradores o representantes de la empresa que inicia el procedimiento. En el caso de tratarse de una empresa no sujeta a la obligación de auditoría de las cuentas, se deberá aportar declaración de la representación de la empresa sobre la exención de la auditoría.

-Si la situación económica negativa que alega la empresa consiste en una previsión de pérdidas, el empresario deberá, además, informar de los criterios utilizados para su estimación y presentar un informe técnico sobre el volumen y el carácter permanente o transitorio de esa previsión de pérdidas, basado en datos obtenidos a través de las cuentas anuales, de los datos del sector al que pertenece la empresa, de la evolución del mercado y de la posición de la empresa en el mismo o de cualesquiera otros que puedan acreditar esta previsión.

-Si la situación económica negativa alegada consiste en la disminución persistente del nivel de ingresos o ventas, el empresario debe añadir aún la documentación fiscal o contable acreditativa de la disminución persistente del nivel de ingresos ordinarios o ventas durante, al menos, los tres trimestres consecutivos inmediatamente anteriores a la fecha de la comunicación de inicio del procedimiento de despido colectivo, así como la documentación fiscal o contable acreditativa de los ingresos ordinarios o ventas registrados en los mismos trimestres del año inmediatamente anterior.

-Por fin, si la empresa forma parte de un grupo de empresas con obligación de formular cuentas consolidadas, deberán acompañarse las cuentas anuales e informe de gestión consolidados de los dos últimos ejercicios económicos, de la sociedad dominante del grupo debidamente auditadas, en el caso de empresas obligadas a realizar auditorías, siempre que existan saldos deudores o acreedores con la empresa que inicia el procedimiento. Si no existiera obligación de formular cuentas consolidadas, además de la documentación económica de la empresa que inicia el procedimiento a que se ha hecho referencia, deberán acompañarse las de las demás empresas del grupo debidamente auditadas, en el caso de empresas obligadas a realizar auditorías, siempre que dichas empresas tengan su domicilio fiscal en España, tengan la misma actividad o pertenezcan al mismo sector de actividad y tengan saldos deudores o acreedores con la empresa que inicia el procedimiento.

Téngase presente que el llamado "informe de gestión" debe atenerse a lo previsto por el artículo 262 de la Ley 1/2010, de 2 de julio, de sociedades de capital, es decir, que debe contener una exposición fiel sobre la evolución de los negocios y la situación de la sociedad, junto con una descripción de los principales riesgos e incertidumbres a los que se enfrenta. "La exposición -añade el precepto- consistirá en un análisis equilibrado y exhaustivo de la evolución y los resultados de los negocios y la situación de la sociedad, teniendo en cuenta la magnitud y la complejidad de la misma. En la medida necesaria para la comprensión de la evolución, los resultados o la situación de la sociedad, este análisis incluirá tanto indicadores clave financieros como, cuando proceda, de carácter no financiero, que sean pertinentes respecto de la actividad empresarial concreta, incluida información sobre cuestiones relativas al medio ambiente y al personal. Se exceptúa de la obligación de incluir información de carácter no financiero a las sociedades que puedan presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada. Al proporcionar este análisis, el informe de gestión incluirá, si procede, referencias y explicaciones complementarias sobre los importes detallados en las cuentas anuales. Informará igualmente sobre los acontecimientos importantes para la sociedad ocurridos después del cierre del ejercicio, la evolución previsible de aquella, las actividades en materia de investigación y desarrollo y, en los términos establecidos en esta ley, las adquisiciones reacciones propias".

Para el segundo supuesto, es decir para los despidos por causas técnicas, organizativas o de producción, la memoria explicativa del empresario debe acreditar con informes técnicos que han cambiado los medios e instrumentos de producción, los sistemas y métodos de trabajo del personal o en la demanda de los productos y servicios que la empresa pretende colocar en el mercado.

En cualquiera de ambos casos, la comunicación del empresario a los representantes de los trabajadores que abre el período de consultas debe contener, además de la causa que se invoca:

- el número y la clasificación profesional de los trabajadores afectados por el despido. Si el despido colectivo afecta a más de un centro de trabajo, esta información deberá estar desglosada por centro de trabajo y, en su caso, provincia y Comunidad Autónoma.
- el número y clasificación profesional de los trabajadores empleados habitualmente en el último año, con las mismas matizaciones.
- el período previsto para la realización de los despidos.
- y los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos.

Si el despido va a afectar a más de cincuenta trabajadores, la documentación debe incluir también un plan de recolocación externa para los trabajadores afectados por el despido colectivo, a través de empresas de recolocación autorizadas. Ese plan deberá garantizar a los trabajadores afectados por el despido colectivo, con especial extensión e intensidad a los de mayor edad, una atención continuada por un período mínimo de seis meses, con vistas a la realización de acciones de intermediación, de orientación y formación profesional y de atención personalizada para asesorarles en la búsqueda activa de empleo.

Dispone la Ley que 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". No parece que en la actual situación del empleo sea sencilla la recolocación o el reciclaje, pero el Reglamento insiste en ese tipo de medidas, añadiendo otras como la promoción del empleo por cuenta propia o la compensación por gastos de traslado, si se llega a acuerdos sobre la movilidad geográfica.

Mi eminente colega D. Antonio Martín Valverde, prudentísimo siempre en sus manifestaciones, máxime desde su actual situación de Magistrado del Tribunal Supremo, se ha referido recientemente a la "conducta "activista" de legisladores y gobiernos, que propenden inevitablemente en la materia a la "legislación de detalle". Refiriéndose, en concreto, a la actual redacción del artículo 51 de la Ley del estatuto de los trabajadores que regula los despidos colectivos, ha escrito que es una disposición muy detallada: "En su redacción actual comprende once apartados nada menos, algunos de ellos muy largos, que se refieren a los principales aspectos normativos y procedimentales del instituto. A efectos prácticos, se trata en realidad de una ley entera comprimida en un solo artículo, técnica a la que por cierto se está acostumbrando el puntillista y minucioso legislador laboral de los últimos tiempos". El competentísimo Magistrado ha llegado a la conclusión de que los jueces tienen que familiarizarse con la vida económica de la empresa y adquirir una suficiente *divinarum atque humanarum rerum notitia*.

7.2.-El desarrollo y conclusión del periodo de consultas

Las consultas tienen que durar, como máximo, un periodo de quince días en las empresas de menos de cincuenta trabajadores y de un mes en las empresas de cincuenta o más trabajadores.

La nueva legislación pone mucho énfasis en las medidas que pueden evitar los despidos colectivos y que se pueden considerar durante esas consultas. Una vez que se ha ampliado de manera notable el poder empresarial para trasladar de puesto o de lugar de trabajo, o de aumentar la jornada, o de reducir los salarios, se ofrece a los representantes de los trabajadores la posibilidad de aceptar esas medidas para evitar la más grave y eso tiene naturalmente mucho sentido, porque es absurdo aferrarse al falso principio de que las condiciones laborales nunca pueden empeorar, pero la realidad demuestra que las empresas suelen adoptar esas medidas antes de intentar los despidos colectivos, por lo que es raro que se avance en ellas durante el periodo de consultas.

Dicho período se puede abreviar si se llega a un acuerdo o si se conviene en que va a ser imposible alcanzarlo y puede ser sustituido por intentos de mediación o de arbitraje.

Concluido el período de consultas, si hay acuerdo se procede en los términos del mismo y. si no lo hay, el empresario puede ya remitir a la autoridad laboral y a los representantes de los trabajadores la decisión de despido colectivo que haya adoptado y que comunicará también individualmente a los trabajadores afectados, que tendrán derecho a un plazo de preaviso de quince días y a una indemnización de veinte días por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades. Es obligado recordar que, desde 1980, los representantes legales de los trabajadores tienen prioridad de permanencia en la empresa, de modo que pueden decidir el destino de los demás desde la seguridad de su puesto de trabajo.

8. La revisión judicial

La otra importantísima novedad de la reforma del año 2012 es que, desaparecida la autorización de la autoridad laboral (salvo para los casos de fuerza mayor), la revisión judicial de las decisiones adoptadas en esta materia no corresponde ya a la jurisdicción contencioso administrativa, sino a la jurisdicción social. Ello obligó al Real Decreto-ley 3/2012 y la Ley 3/2012 a modificar ampliamente la Ley reguladora de la Jurisdicción Social que se había aprobado exactamente cuatro meses antes. La impugnación de los despidos colectivos se sustancia así, en única instancia, ante los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas cuando no extienden sus efectos a un ámbito superior y ante la Sala de 10 Social de la Audiencia Nacional cuando los efectos se extienden a un ámbito territorial superior al de una Comunidad Autónoma. Contra las sentencias de ambos órganos jurisdiccionales cabe recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

Las vías jurisdiccionales abiertas son tres, porque la impugnación puede proceder:

- a) de la autoridad laboral, si aprecia que los acuerdos se han alcanzado mediante fraude, dolo, coacción o abuso de derecho;
- b) de los representantes legales de los trabajadores;
- c) del empresario, para que se declare ajustada a Derecho su decisión extintiva.

Los trabajadores pueden presentar sus demandas ante el Juzgado de lo Social para reclamar sobre sus despidos individuales sólo cuando estén solventadas las reclamaciones antes citadas.

La decisión del Tribunal puede declarar el despido:

- a) ajustado a Derecho, con el ya citado plazo de preaviso de quince días y una indemnización de veinte días por año, con un máximo de doce mensualidades;
- b) no ajustado a Derecho, en cuyo caso la indemnización se eleva a treinta y tres días por año, con un máximo de veinticuatro mensualidades, si el contrato es posterior a la reforma. Para los contratos anteriores se mantienen los cuarenta y cinco días hasta la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley y treinta y tres a partir de ese momento, con un máximo de cuarenta y dos mensualidades.

c) nulo, lo que implica la readmisión con reintegración de la indemnización recibida y abono de los salarios dejados de percibir.

La experiencia de la reforma de 2010 no debió ser muy positiva, porque los jueces ante los que se impugnaban los viejos expedientes de regulación de empleo ejercían un control que se estimó excesivo -llegó a decirse que adoptaban decisiones empresariales- y de ahí que el preámbulo de la reforma de 2012 declare que se suprimen referencias normativas que han venido introduciendo elementos de incertidumbre y dando lugar a que los tribunales "realizasen en numerosas ocasiones juicios de oportunidad relativos a la gestión de la empresa. Ahora queda claro -dice el legislador- que el control judicial de estos despidos debe ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de unos hechos: Las causas".

Se ha intentado así reforzar los poderes del empresario, pero el legislador parece no saber que los Tribunales tienen muchos recursos para decidir si la decisión empresarial es proporcionada, de manera que, además de acreditar la situación económica o productiva negativa, los empresarios tienen que demostrar que esa situación incide en los contratos de trabajo y que las medidas adoptadas resultan adecuadas y proporcionadas al problema que se trata de resolver. Ya el Consejo de Estado, al dictaminar el Reglamento de procedimiento de los despidos colectivos, advirtió que los afectados no podían quedar en situación de desprotección y que "la objetivación de ciertos aspectos del régimen jurídico aplicable no exime al empresario de su obligación de fundar los despidos en unas causas justificativas, razonables y proporcionadas, cuya concurrencia ha de acreditarse. Es evidente que los jueces son de la misma opinión.

La última reforma entró en vigor el 8 de julio de 2012, de manera que no ha transcurrido ni siquiera un año y estamos todavía ante una jurisprudencia difícil de sistematizar y de considerar estable y definitiva. Los indicios, sin embargo, no son muy prometedores y hay especialistas que sostienen que los jueces se han posicionado como obstaculizadores de los despidos colectivos, en defensa de los trabajadores.

Con las cautelas que deben acompañar a esta clase de afirmaciones, me atrevo a presumir que las empresas que deciden despedir a un porcentaje significativo de sus trabajadores no encomiendan el asunto a letrados principiantes y de ahí mi sorpresa ante el hecho de que bufetes de relieve, que son en la actualidad verdaderas factorías jurídicas, hayan sufrido el contratiempo de ver declarados nulos despidos colectivos en los que han intervenido, por vulneración de derechos fundamentales, por los defectos de forma apreciados en la información facilitada a los representantes sindicales o por la actuación empresarial durante el período de consultas.

Iniciales sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia parecieron aceptar que se había suprimido la ponderación judicial, pero la Sentencia de la Audiencia Nacional 1 024120 13, de 11 de marzo, se inclinó por mantener la exigencia de adecuación y proporcionalidad que, en el caso concreto que resolvía, le pareció concurrente, de modo que autorizó el despido de 327 trabajadores de una plantilla de 3.500.

La Magistrada de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña Da Sara Pose Vida¹ ha advertido enseguida que el nuevo proceso es "extremadamente complejo" y que "la nueva regulación legal ha abierto la puerta a un incremento desmesurado de la litigiosidad, habida cuenta que bajo la vigencia de la normativa procesal previa eran escasos los procedimientos de impugnación de un expediente de regulación de empleo ante la jurisdicción contencioso-administrativa, mientras que ahora la impugnación está servida en los casos de finalización sin acuerdo del período de consultas".

De las treinta primeras sentencias dictadas después de la reforma, tanto por los diversos Tribunales Superiores de Justicia como por la Audiencia Nacional, solo nueve declararon ajustada a Derecho la decisión empresarial.

Las que yo he tenido ocasión de examinar revelan un panorama de contornos muy inciertos.

Celsa Atlantic S.L. que fabrica fleje laminado en caliente y tubo de acero y cuyos resultados fueron de menos 91 millones de euros en 2009, de menos 61 millones en 2010 y de menos 56 millones en 2011, lleva varios años con expedientes de regulación de empleo y el 20 de abril de 2012 convocó un período de consultas de quince días. Antes de que concluyera, el comité intercentros convocó una huelga indefinida que empezó el día 8. La empresa dio por terminado el período anterior y el 9 de mayo convocó uno nuevo para cerrar los centros de Vitoria-Gasteiz (301 trabajadores) y de Urbina (57 trabajadores), por razones productivas y económicas, pero no los de Laracha (en La Coruña) y Orense. No llegándose a un acuerdo, el 18 de junio comunicó la decisión de cierre según un calendario que acababa el 31 de diciembre de 2012. Impugnada tal decisión, hasta la fecha del juicio oral se habían efectuado 178 despidos que el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en sentencia del 9 de octubre de 2012, declaró nulos, por entender que la situación económica de la empresa es complicada pero no suficiente para adoptar una medida de tal intensidad, que más bien obedece de manera directa a un claro intento de vulneración del derecho fundamental de huelga y constituye una respuesta o represalia empresarial al ejercicio de este derecho fundamental o bien una medida de presión para negociar en mejor posición las medidas que la plantilla rechazó en el anterior expediente.

Global Sale Solutions Line S.A., que se dedica al marketing telefónico y personal y a las televentas, pretendió reducir 55 de sus 1.999 trabajadores. Las consultas celebradas entre el 10 de abril y el 9 de mayo de 2012 concluyeron sin acuerdo, pero la empresa redujo los despidos a 37. A 31 de ellos les abonó 29 días por año de servicio, sin tope de antigüedad, y 6 no aceptaron la propuesta (2 de ellos miembros del comité de empresa). Argumentaba la empresa que en 2012 preveía pérdidas por importe de 1.494.105 euros y que el resultado negativo del mes de enero había sido de 257.702 euros, atribuidos sobre todo a un improductivo sobredimensionamiento, por la supresión o reducción de los servicios concertados con el Banco Popular, la CECA o IBM. Como el informe facilitado a los trabajadores estaba fechado el 28 de marzo y las cifras no coincidían con las cuentas formuladas el 30 de marzo por el consejo de administración y auditadas el 20 de abril, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid anuló los despidos. La sentencia de 11 de julio de 2012 considera hechos probados que "la gestión financiera de la empresa es susceptible de notable mejora", que ha aumentado el número de clientes en Perú y en Ecuador, que entre el día que empezaron las consultas y el 26 de junio la empresa celebró 467 nuevos contratos y que el informe técnico aportado por la empresa carece de rigor y ofrece escasa credibilidad.

Un caso paradigmático ha sido el del ente público TELEMADRID, un conjunto de tres sociedades de radio y televisión que el 30 de noviembre de 2012 empleaba a 1.161 trabajadores, 193 de ellos con un contrato temporal. El 5 de diciembre de 2012 se comunicó la apertura de un período de consultas para despedir a 925 trabajadores. La empresa acreditó que en el año 2011 la subvención de la Comunidad de Madrid había alcanzado los 96.303.000 euros y los ingresos por publicidad fueron de 22.446.001 euros.

A consecuencia de las medidas de austeridad adoptadas por el Gobierno de la Comunidad, la dotación presupuestaria se redujo para el año 2012 en 17.303.000 euros, a la vez que la cantidad que se arrastraba de deuda contraída con las entidades de crédito era el día 31 de diciembre de ese mismo año de 261.389.493 euros, de los cuales 131.739.783 euros vencen en el año 2013. Para este año, la subvención es de 70.977.600 euros y las previsiones de ingresos por publicidad es de 15 millones.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en sentencia del 9 de abril de 2013 concluye que "es cierto que la situación de la empresa es negativa y que se prolonga más de los tres meses que se exigen por la norma para tener por consolidada dicha situación" y añade que las cuentas anuales e informe de gestión consolidados para los ejercicios 2010 y 2011 "han sido presentadas y constan debidamente auditadas", por lo que hay que rechazar la petición de nulidad por esta causa. Rechaza también el Tribunal Superior de Justicia de Madrid las alegaciones de falta de buena fe en la negociación que los sindicatos demandantes atribuían a TELEMADRID, la existencia de intenciones discriminatorias en los criterios con que se ha seleccionado a los trabajadores afectados y algunas otras causas de nulidad inútilmente invocadas por los demandantes.

Una vez reconocido cuanto antecede, la sentencia asegura que "en realidad no existe una insuficiencia presupuestaria sobrevenida, sino una insuficiencia presupuestaria estructural que se ha venido cubriendo con aportaciones extraordinarias" y que una reducción del 5 o incluso del 10% de la aportación presupuestaria prevista para el año 2013 "no justifica la situación de desequilibrio financiero que presentan las cuentas de la entidad".

"Una situación económica negativa, cualquiera y por sí misma, no basta para justificar los despidos de 925 trabajadores en una plantilla total de 1.161. Es necesario acreditar algo más: Que esa situación, que no es nueva, actúe sobre la plantilla de la empresa creando la necesidad de reducir los números de puestos de trabajo propuestos o provocando un cese total de la actividad y que las medidas extintivas respondan a esa necesidad".

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid sostiene que la probada situación económica de pérdidas no es equivalente a situación económica negativa e introduce un ingrediente que no se deduce de la legislación y que es el de la proporcionalidad entre la entidad de las causas económicas y el número de extinciones contractuales. El fallo declara no ajustada a Derecho la decisión empresarial.

El pasado día 12 de junio, la Audiencia Nacional ha declarado nulo el despido colectivo acordado por la empresa ROCA SANITARIOS.

Durante las negociaciones, la empresa, que empezó ofreciendo 29 días por año con un límite de quince mensualidades, llegó a los 40 días de salario por año de antigüedad con un máximo de veinticuatro mensualidades. Aquí el problema que se planteó fue el de la prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores que, según el Tribunal Constitucional se integra en el derecho de libertad sindical. La empresa advirtió a los representantes sindicales que si optaban por ejercer su derecho de preferencia deberían decidir los trabajadores no afectados por el despido colectivo que deberían ser incluidos para causar las vacantes. No es aceptable -dice la sentencia- "colocar a los titulares del Derecho en la situación límite de, o renunciar (a su garantía) para beneficiar a otros trabajadores sin representación alguna, o no renunciar, con perjuicio de ellos". "Es la empresa y no los representantes de los trabajadores quien tiene que tomar la decisión de despedir, de manera que si SANITARIOS era consciente de que los representantes de los trabajadores de Alcalá de Henares tenían un derecho de prioridad de permanencia... debió especificar en la memoria qué puestos de bañeras (cuya viabilidad no estaba en cuestión) era necesario amortizar, apoyándolo, en su caso, en causas organizativas, para asegurar el derecho de prioridad reiterado, pero no estaba legitimada para desplazar dicha decisión a los representantes de los trabajadores, por cuanto su ejercicio legítimo les colocaba objetivamente como ejecutores de sus propios compañeros, lo que constituye a nuestro juicio -sentencia la Audiencia Nacional- una manifiesta vulneración de su derecho a la libertad sindical, asegurado por el artículo 28.1 de la Constitución Española".

El Tribunal Supremo ha dictado hasta la fecha dos sentencias en sendos recursos de casación sobre despidos colectivos, formalizados después de la entrada en vigor de la reforma de 2012. Una de ellas, la 1710/2013, de 20 de marzo -que aplica ya el Real Decreto-ley, pero todavía no la Ley-

respalda plenamente, con toda razón, la nulidad de un despido colectivo declarada previamente por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid. La segunda, acordada el pasado 22 de mayo, no había sido publicada a la una de esta tarde y no puedo comentarla aquí.

Así las cosas, no sorprende que las empresas prefieran eludir los nuevos complejos mecanismos y traten de resolver sus problemas acudiendo directamente al despido improcedente, en principio mucho más expeditivo, aunque con indemnizaciones notoriamente mayores. El problema está en que la jurisprudencia obstaculiza ese camino. Una Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2012, referida a normas anteriores pero seguramente aplicable también a las nuevas, declaró que el artículo 51 no es dispositivo, de manera que el empresario no puede legítimamente optar entre seguir ese procedimiento o acudir a otras fórmulas, como el cese ordinario cuya improcedencia se sanciona con 45 días de salario por año de servicio (en el futuro, 33) y un máximo de cuarenta y dos mensualidades (en el futuro, veinticuatro). Según el Supremo, el procedimiento de despido colectivo atiende "plurales" intereses, entre ellos el público de minorar la destrucción de tejido productivo y el de los trabajadores que, por cualquier otro procedimiento se verían privados de los planes de recolocación o de las medidas sociales de acompañamiento.

Tampoco resulta fácil el acuerdo con los trabajadores individualmente considerados que, frecuentemente, se hacen cargo de los problemas de su empresa mejor que los representantes sindicales. La Sentencia de la Audiencia Nacional 90/2012, de 25 de julio, abordó el problema de SEGUR IBÉRICA S.A. que, ante la drástica rescisión parcial del contrato que mantenía con su cliente el Ministerio del Interior, decidió prescindir de 14 trabajadores en Vizcaya, 6 en Álava y 12 en Navarra. Estos últimos se mostraron de acuerdo, pero la Audiencia Nacional entendió que la negociación con ellos había sido fraudulenta, porque los acuerdos individuales liquidan la fuerza de la negociación colectiva y durante el período de consultas no cabe más negociación legítima que la que se mantiene con los representantes de los trabajadores. El despido colectivo ha sido nulo.

9. La aplicación al sector público

Por virtud de la disposición adicional 2ª del Real Decreto-ley 3/2012 y de la Ley 3/2012, 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 se efectuará también conforme a la Ley del estatuto de los trabajadores que se modifica. Es una medida muy oportuna en estos tiempos de inevitable reajuste de las dimensiones de nuestras Administraciones Públicas y lo acredita el primer caso que he conocido, que es el del Ayuntamiento de Estepona, que el 31 de agosto de 2011 tenía una deuda fuera del presupuesto superior a los 165.000.000 de euros y que en junio de 2012 acordó despedir a 176 de sus 1.084 trabajadores no funcionarios. La Sentencia de la Sala de Málaga del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 25 de octubre de 2012, declaró ajustada a Derecho la decisión impugnada, entre otros, por UGT y CCOO, porque en la Administración Pública es causa suficiente la necesidad de acomodar sus gastos a las medidas de ajuste económico para reducir el déficit, pero dejando a salvo la posibilidad de que cada trabajador pueda impugnar individualmente la extinción de su contrato de trabajo, lo que obviamente no acaba con los quebraderos de cabeza de aquellas autoridades municipales.

10.- Consideración final

Volviendo a las consideraciones de la Magistrada de Cataluña Sara Pose Vidal, el análisis de las decisiones judiciales "ha sembrado el desconcierto y la preocupación en los sectores empresariales, como consecuencia del elevadísimo porcentaje de declaraciones de nulidad por defectos formales, vinculados mayoritariamente al desarrollo del período de consultas y que ha llevado a algunos a añorar, cuando aún no se ha cumplido ni siquiera un año de vigencia de la reforma laboral, el mantenimiento de la autorización administrativa previa, considerando que, pese a todos sus defectos, proporcionaba una seguridad jurídica que no transmiten los primeros

pronunciamientos judiciales sobre esta materia".

No me parece posible, ni siquiera deseable, el regreso a la intervención administrativa. Creo, por el contrario, que en estos asuntos hay que rectificar la atribución a los sindicatos de competencias desmesuradas que no tendrían en virtud de su real implantación y recuperar la periódica y democrática elección de los delegados de personal y de los comités de empresa, residenciando en ese ámbito cualquier negociación y aligerando las complejidades de una legislación cada vez más minuciosa e invasora. Yo no creo que la economía pueda crecer con una legislación laboral que, en su censurable inestabilidad está llegando al desbarajuste