

Despido objetivo versus despido colectivo. Una reforma inaplazable del artículo 53 del Estatuto de los Trabajadores

María Desamparados Bohigues Esparza

Doctora en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universitat de València (España)

M.Desamparados.Bohigues@uv.es | <https://orcid.org/0000-0003-3086-8022>

Extracto

La reforma del mercado de trabajo operada por la Ley 3/2012, de reformas urgentes para el mercado de trabajo, afectó al régimen jurídico procesal del despido colectivo, tanto en su vertiente colectiva como individual, modificando aspectos muy significativos, creando un panorama complejo, dotado de una cierta inseguridad jurídica en determinados aspectos, que ha provocado una regulación carente de la menor simetría. Una de las cuestiones que ha suscitado mayores controversias es la relativa a la comunicación de la decisión extintiva y su contenido, en cuanto a los criterios tenidos en cuenta en la selección de las personas trabajadoras afectadas por la medida extintiva y a la expresión de la causa motivadora del despido.

Otro punto de inflexión lo constituyen los motivos de impugnación que los trabajadores pueden hacer valer para fundamentar su pretensión, pues algunos de ellos, como se verá, quedan supeditados a la acción colectiva produciendo efectos de indudable calado en las extinciones que se producen en el marco de un despido colectivo.

Pues bien, el objeto de este estudio es analizar el tratamiento de la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas cuando el mismo se produce en el marco de un despido colectivo, poniendo en relación el tratamiento de la regulación sustantiva con la procesal, es decir, el derecho sustantivo y el derecho adjetivo, siendo inconcebible que el mismo se regule mediante preceptos adjetivos, sin haberse modificado el precepto sustantivo que lo regula. Tampoco lo ha hecho la última reforma laboral aprobada por el Real Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre.

Palabras clave: despido objetivo; despido colectivo; expediente de regulación de empleo; impugnación individual; tutela judicial; extinción; causas de nulidad.

Recibido: 15-03-2022 / Revisado: 20-04-2022 / Aceptado: 21-04-2022

Cómo citar: Bohigues Esparza, M. D. (2022). Despido objetivo versus despido colectivo. Una reforma inaplazable del artículo 53 del Estatuto de los Trabajadores. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 470, 77-107.



Objective dismissal versus collective dismissal. An impressive reform of article 53 of the Workers' Statute

María Desamparados Bohigues Esparza

Abstract

The reform of the labor market operated by Law 3/2012, of urgent reforms for the labor market, modified the procedural legal regime of collective dismissal, both in its collective and individual aspects, modifying very significant aspects, creating a complex panorama, endowed with a certain legal insecurity in certain aspects, which has caused a regulation lacking the slightest symmetry. One of the issues that has caused the greatest controversy is that relating to the communication of the extinctive decision and its content, in terms of the criteria taken into account in the selection of the workers affected by the extinctive measure and the expression of the motivating cause of the dismissal.

Another point of inflection is constituted by the reasons for contesting that the workers can assert to substantiate their claim, since some of them, as will be seen, are subject to collective action, producing effects of undoubted significance in the extinctions that occur in the framework of a collective dismissal.

Well, the purpose of this study is to analyze the treatment of the termination of the employment contract for objective reasons when it occurs in the framework of a collective dismissal, relating the treatment of the substantive regulation with the procedural one, that is, the substantive law and the adjective law, being inconceivable that it is regulated by adjective precepts, without having modified the substantive precept that regulates it. Neither has the latest labor reform approved by Royal Decree-Law 32/2021, of December 28.

Keywords: objective dismissal; collective dismissal; employment regulation procedure; individual challenge; judicial protection; extinction; nullity causes.

Citation: Bohigues Esparza, M. D. (2022). Objective dismissal versus collective dismissal. An impressive reform of article 53 of the Workers' Statute. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 470, 77-107.

Sumario

1. Introducción
 2. La Sentencia del TC de 12 de julio de 2021
 - 2.1. La argumentación del TS
 - 2.2. El voto particular de la sentencia recurrida
 - 2.3. La tesis de la parte recurrente y del Ministerio Fiscal
 - 2.4. La argumentación del TC
 3. Las causas de nulidad como fundamento de la demanda
 - 3.1. Las causas de nulidad de los artículos 53 del ET y 122 de la LRJS
 - 3.2. Las causas de nulidad del apartado 13 del artículo 124 de la LRJS
 - 3.2.1. Las pretensiones de nulidad, haya habido impugnación colectiva o no
 - 3.2.2. Las pretensiones de nulidad cuando no ha habido impugnación colectiva
 4. La exigencia de los requisitos formales de un despido objetivo en el marco de un despido colectivo
 - 4.1. La expresión de la causa motivadora de los despidos colectivos
 - 4.2. La reproducción de los criterios de selección de los trabajadores afectados por la decisión extintiva
 - 4.3. La concreta aplicación de los criterios de selección del trabajador singularmente considerado
 5. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

Nota: estudio resultado de la contratación a través de una ayuda (FPU) financiada por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

1. Introducción

La reforma del mercado de trabajo operada por el Real Decreto-Ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, posteriormente Ley 3/2012, de 6 de julio, bajo la misma rúbrica (en adelante, Ley 3/2012), modificó el régimen jurídico procesal del despido colectivo, tanto en su vertiente colectiva como individual.

En efecto, la reforma laboral de 2012 alteró el régimen jurídico procesal del despido colectivo, obviando al efecto la normativa que regula la extinción de los despidos objetivos, dejando inalterada la redacción de la norma sustantiva (recordemos que el adjetivo acompaña al sustantivo y no al revés), modificando aspectos muy significativos en la normativa procesal o adjetiva, creando un panorama complejo, dotado de una cierta inseguridad jurídica en determinados aspectos, que ha provocado una regulación carente de la menor simetría.

Y ello no es una cuestión baladí, pues la normativa actual, regulada en el artículo 53 del Real Decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), al mencionar las causas y efectos del despido objetivo, no regula nada concreto cuando dicho despido se produce en el marco de un despido colectivo.

Asimismo, con las últimas modificaciones introducidas por el Real Decreto-Ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas en el orden económico y social, en los supuestos en que no se haya impugnado la decisión extintiva por parte de los representantes de los trabajadores y se interponga demanda por el empresario, la acción individual queda en suspenso hasta que no haya sentencia firme o conciliación judicial en el proceso colectivo, alargándose aún más si cabe en el tiempo el derecho del trabajador a obtener una respuesta rápida y urgente a una situación extrema como es la pérdida de un trabajo.

En este sentido, el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece que toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley y, pese a las limitaciones aplicativas de la citada carta, cabe dudar de que esta regulación sea respetuosa con la letra del citado precepto y aún menos con su espíritu.

Uno de los puntos de inflexión más importantes lo constituyen los motivos de impugnación que los trabajadores pueden hacer valer para fundamentar su pretensión, pues algunos

de ellos, como se verá, quedan supeditados a la acción colectiva, en cambio, otros, que no han sido objeto de impugnación en la fase colectiva, podrán impugnarse individualmente, independientemente de que haya habido acuerdo en el periodo de consultas.

Asimismo, si el periodo de consultas ha finalizado con acuerdo, habrá que valorar si la negociación llevada a cabo en el periodo de consultas ha gozado de la legalidad negocial que se predica.

Otra de las cuestiones que ha suscitado mayores controversias es la relativa a la comunicación de la decisión extintiva y su contenido, en cuanto a la expresión de la causa, por una parte, y respecto de los criterios tenidos en cuenta en la selección de los trabajadores afectados por la medida extintiva y su concreta aplicación, por otra.

En este sentido, el artículo 53.4 del ET establece que la decisión extintiva se declarará improcedente cuando no se hayan observado los requisitos formales mencionados, entre los que se encuentra la comunicación escrita expresando la causa. Sin embargo, nada se dice ni se especifica respecto del contenido de la carta, así como de los requisitos formales exigidos para los despidos objetivos derivados de un despido colectivo.

Pues bien, el objeto de este estudio consiste en delimitar la regulación normativa aplicable a la extinción de un despido objetivo derivado de un despido colectivo, regulado en el artículo 53 del ET con las especialidades previstas para la nulidad de la decisión extintiva de los artículos 124.13 y 122 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS), con la finalidad de esbozar las líneas generales del régimen jurídico del despido objetivo derivado del despido colectivo, que concrete de manera exhaustiva la forma y los efectos derivados de la decisión extintiva cuando esta se produce en el marco de un despido colectivo, tratando de adaptar la regulación normativa existente a la constante jurisprudencia que los órganos judiciales han dictado en esta materia, perfilando así las peculiaridades existentes entre un despido objetivo y un despido objetivo derivado de un despido colectivo, poniendo en relación el tratamiento de la regulación sustantiva con la procesal, es decir, el derecho sustantivo y el derecho adjetivo, siendo inconcebible que el mismo se regule mediante preceptos adjetivos, sin haberse modificado el precepto sustantivo que lo regula, lo que solo puede producir confusión y una cierta inseguridad jurídica. Tampoco lo ha hecho la última reforma laboral aprobada por el Real Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo.

No será objeto de estudio el análisis pormenorizado y hermenéutico de la concurrencia de la causa como pretensión impugnatoria cuando no ha habido impugnación colectiva o cuando no ha sido objeto del proceso colectivo. No obstante, se realizará un breve análisis de la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional (TC) que trata esta cuestión, por su estrecha conexión con el objeto de estudio, y más concretamente, respecto de las causas de nulidad frente a la amplitud de la impugnación individual y su incidencia en aquellas

cuestiones de carácter colectivo que sí podrán plantearse en el proceso de impugnación individual, a la luz de la última doctrina sentada por el TC.

Y es que el TC ha zanjado esta cuestión anulando la jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS) que vetaba la posibilidad de impugnar individualmente la decisión extintiva colectiva como pretensión impugnatoria de los artículos 122.1 y 124.13 de la LRJS, derivada de la acreditación de la causa alegada por el empresario de acuerdo con el artículo 53.4 del ET.

En efecto, la Sentencia del TS (STS) de 2 de julio de 2018 (rec. 2250/2016)¹ ha sido anulada por el TC por vulnerar el derecho de tutela judicial efectiva, al restringir la concurrencia de la causa como motivo de impugnación individual cuando no había sido objeto del proceso colectivo, amparándose en el acuerdo alcanzado en consultas.

Por lo que, cabe afirmar, ya adelanto, que el trabajador individualmente considerado podrá fundamentar su pretensión en que no concurre la causa legal indicada en la comunicación escrita, cuando no ha habido impugnación colectiva, de acuerdo con lo previsto en el artículo 122.1 de la LRJS, que regula la impugnación de los despidos objetivos individuales o plurales.

2. La Sentencia del TC de 12 de julio de 2021

La Sentencia del TC (STC) 140/2021, de 12 de julio, estima el recurso de amparo contra la sentencia del TS que desestimó el recurso de casación para la unificación de doctrina y, por ende, contra la sentencia de instancia, que también desestimó la pretensión impugnatoria de la concurrencia de la causa cuando no ha habido impugnación colectiva, y nada se ha juzgado.

El TC entiende que se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva y, en concreto, el derecho de acceso al orden social de la jurisdicción, al denegar la posibilidad de revisar la causa del despido colectivo de la que deriva la decisión extintiva, con motivo del acuerdo alcanzado en el periodo de consultas entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

En efecto, el TC declara la vulneración del derecho fundamental de los demandantes de amparo del derecho de tutela judicial efectiva declarando la nulidad de las sentencias dictadas por el TS y la de instancia², y retrotrae las actuaciones del recurso de suplicación hasta el momento anterior a dictar sentencia, a fin de que el órgano judicial proceda de manera respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

¹ Cabe destacar que la STS de 29 de noviembre de 2018 (rec. 2887/2016) contiene idéntica doctrina, por lo que, de acuerdo con la doctrina del TC, vulnera el derecho de tutela judicial efectiva.

² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Madrid de 25 de abril de 2016 (rec. 902/2015).

El interés de esta sentencia, como se ha dicho, en estrecha conexión con el objeto de este estudio, radica precisamente en sus importantes efectos jurídicos, en favor de la amplitud del régimen jurídico de la impugnación individual, respecto de otras cuestiones de carácter «colectivo» que podrán alegarse como motivo de impugnación en el proceso individual.

2.1. La argumentación del TS

El eje principal sobre el que descansa la argumentación de la sentencia recurrida se centra en que:

[...] la ausencia de una norma legal que contenga la previsión que para los procesos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo (art. 41 ET), suspensión del contrato (art. 47 ET) o en materia de descuelgue de lo pactado en el convenio colectivo (art. 82.3 ET), no puede valorarse como una razón definitiva para deducir de esa circunstancia que el legislador ha querido aplicar una solución diferente en este caso, negando al acuerdo colectivo la misma eficacia que sin embargo le reconoce en esas otras demás materias.

Asimismo, se reconoce que la solución más fácil sería la de considerar que la expresa exclusión de esa regla en el caso del despido colectivo es, por sí sola, suficiente para entender que el legislador ha querido dejar abierta la posibilidad de que los trabajadores puedan combatir las causas justificativas del despido colectivo en los pleitos individuales, pese a la existencia del acuerdo con sus representantes legales, pero el análisis sistemático de todo el conjunto normativo en esta materia conduce a un resultado distinto.

Así, se concluye que el estudio conjunto del sistema normativo permite afirmar que el legislador ha querido diseñar un régimen jurídico, en todas estas materias, que descansa sobre dos pilares fundamentales, siendo uno de ellos el de incentivar y dar especial relevancia a la consecución del acuerdo entre empresa y trabajadores durante el periodo de consultas, ofreciendo una misma solución a la situación jurídica de todos los trabajadores afectados por el despido colectivo.

2.2. El voto particular de la sentencia recurrida

La sentencia recurrida cuenta con un amplio voto particular³, formulado conjuntamente por cinco magistrados disidentes. La discrepancia se circunscribe al alcance que debe atribuirse

³ Formulado por los Excmos./as. Sres./as. magistrados/as doña María Luisa Segoviano Astaburuaga, don José Manuel López García de la Serrana, doña Rosa María Vicolés Piñol, don Antonio V. Sempere Navarro y don Ángel Blasco Pellicer.

al pacto alcanzado entre la empresa y la representación de los trabajadores, en orden a la acreditación de la causa justificativa de la decisión empresarial del despido colectivo, cuyo periodo de consultas ha finalizado con acuerdo y, por las razones que fuere, no hubiera sido impugnado por los sujetos legitimados para ello, conforme al artículo 124.1 y 3 de la LRJS. Así, se afirma que:

Carece de sentido que ahora enfatizamos la relevancia que posee la negociación durante el periodo de consultas y la exigencia de buena fe durante la misma, [pues en] numerosas ocasiones hemos tenido que precisar su alcance y examinar lo acontecido desde ese prisma.

Asimismo, no se entiende que un convenio colectivo que posee eficacia normativa y general conforme a los artículos 3, 83 y concordantes del ET «puede ser tanto impugnado frontalmente (a través de la modalidad procesal regulada en los artículos 163 y concordantes de la LRJS) cuanto cuestionado en los eventuales litigios individuales donde deba aplicarse», y esta singular modalidad de acuerdo colectivo resulte inmune al cuestionamiento individual.

Además, se destaca la singularidad del despido colectivo frente al resto de medidas de reestructuración laboral, pues no son comparables:

[p]orque los bienes en juego son diversos cuando se introducen novaciones modificativas y cuando se producen modificaciones extintivas. El derecho al trabajo (artículo 35.1 CE) no puede quedar infraprotegido y eso podría suceder si no se permite la revisión judicial de la causa alegada para afectarlo de manera tan severa como lo hace su terminación basada en circunstancias económicas, por más que sean legítimas y que no existan derechos ilimitados.

Así pues, en contra del parecer mayoritario, los magistrados que suscribieron el voto estiman que cabe examinar en los procedimientos individuales por despido la existencia de las causas que sustenten la procedencia del despido colectivo, aunque este hubiera finalizado con acuerdo. Por ello, afirman que debería haberse estimado el recurso, casar la sentencia recurrida y devolver las actuaciones al tribunal superior de justicia de procedencia, a fin de que este órgano dilucide sobre este aspecto, al resolver el recurso de suplicación.

Y es que carece de sentido que el trabajador afectado no pueda articular como motivo de impugnación, cuando el despido colectivo no ha sido impugnado por la representación legal de los trabajadores, la concurrencia de la causa y, por analogía, cualquier cuestión de carácter colectivo que no haya sido discutida en el proceso colectivo, cuando no ha habido impugnación, pues no ha habido control judicial previo alguno que se lo impida, lo contrario, como ha declarado el TC, atenta contra el derecho de tutela judicial efectiva al que tiene derecho el trabajador afectado individualmente, cuando se pone en juego la pérdida de un trabajo.

En efecto, como ha destacado la doctrina (Maneiro Vázquez, 2020, p. 78), el artículo 124.13, letra b), regla 2.^a, de la LRJS únicamente excluye aquellas cuestiones que sí fueron planteadas en el proceso colectivo, y resueltas por sentencia firme, pues parece que el alcance de la cosa juzgada atribuible tradicionalmente a la sentencia firme y a lo resuelto en el fallo, negándose incluso a aquellas cuestiones que, aun habiendo sido parte del pleito, no fueron integradas en el fallo de la sentencia, ha perdido su validez cuando se trata de cuestiones que, aun no siendo planteadas en la fase colectiva, han sido acordadas en el periodo de consultas, llegando a ostentar el acuerdo un efecto similar a la cosa juzgada que tiene la sentencia firme.

En este sentido, la doctrina (Agustí Maragall, 2014, p. 12; Ballester Laguna, 2013, p. 10) ha señalado que también deben ser objeto del proceso individual aquellas pretensiones de naturaleza colectiva que no se hubieran planteado en la fase colectiva, a saber, por ejemplo, una demanda colectiva en que la pretensión se circunscribe a la causalidad de los despidos efectuados no puede impedir que los trabajadores individuales cuestionen *ex novo* otras deficiencias detectadas que no hubieran sido planteadas en la fase colectiva, por ejemplo, la existencia de vicios procedimentales como la insuficiencia de la información en el periodo de consultas.

Por otra parte, algún sector doctrinal⁴ consideró que si bien es cierto que el trabajador individualmente afectado tenía vetada la posibilidad de demandar contra el despido colectivo en su conjunto, al haber reservado nuestro legislador su impugnación a los representantes de los trabajadores, si bien, con vinculación (cosa juzgada, en términos técnicos) de lo que se decida en el primero respecto a los segundos, en las cuestiones que fueran comunes, y por ello la exigencia de paralización del ejercicio de la acción o de la tramitación del litigio si la demanda individual fuese anterior, como cauce para poder articular de manera efectiva esa vinculación, entra a valorar cuestiones de naturaleza colectiva que no han sido cuestionadas en el proceso colectivo, al no existir impugnación colectiva.

En este contexto, la doctrina (García-Perrote Escartín, 2016, p. 275) ha señalado la conveniencia de introducir en la regulación sobre despido colectivo la presunción de la concurrencia de la causa cuando el periodo de consultas concluye con acuerdo.

Ahora bien, con la normativa vigente y el reciente pronunciamiento del TC, la existencia de este acuerdo no significa ni que ello implique una presunción de que concurren las causas justificativas de los despidos, ni que la decisión empresarial de proceder a dichos despidos no pueda impugnarse. No es menos cierto, como se ha señalado, que el juzgador podrá tener en cuenta a la hora de apreciar la efectiva concurrencia de las causas justificadoras

⁴ SSTSJ del País Vasco de 29 de septiembre de 2015 (rec. 1626/2015); de Castilla y León de 8 de julio de 2015 (rec. 931/2015). Se desestima la excepción de falta de legitimación del trabajador que alegaba la empresa demandante.

de los despidos el hecho de que los representantes de los trabajadores han considerado que, efectivamente dichas causas justificadoras concurrían⁵, pero ello es un mero elemento fáctico a tener en cuenta, aunque sin duda importante, pero no hasta el extremo de ser impeditivo del análisis judicial de la cuestión.

Asimismo, en caso de modificarse este precepto, tal y como ha recomendado la doctrina científica (García-Perrote Escartín, 2016, p. 275) y judicial⁶, para quienes el acuerdo adoptado en el periodo de consultas tiene una vinculación casi directa con la concurrencia de la causa, cabría distinguir también, además de si ha habido acuerdo o no, si la negociación llevada a cabo en el periodo de consultas ha gozado de la legalidad negocial que se predica, y por ello habrá que calificar la negociación del periodo de consultas, delimitando la misma con base en: si la negociación se ha llevado a cabo por empresas de grandes dimensiones con la existencia de representación sindical que garantice dicha negociación, o si se trata de una pequeña empresa en la que quizás la negociación del periodo de consultas se llevó a cabo por la comisión *ad hoc*, compuesta por los trabajadores de la empresa, en la que estos no gozan de los mismos mecanismos de negociación que los representantes sindicalizados o de grandes empresas y, desde luego, pueden resultar menos fiables como reales interlocutores contrapuestos al empresario.

En efecto, de esta forma, la presunción de la concurrencia de la causa cuando el periodo de consultas ha finalizado con acuerdo quedaría más garantizada en aquellas empresas en las que se ha tenido oportunidad de llevar a cabo una verdadera y fiable negociación y no tanto en las restantes, debiendo el tribunal o juzgado competente analizar más detenidamente en un caso que en otro la concurrencia de la causa.

Al hilo de lo anterior, en los supuestos en que se confiere a la comisión *ad hoc* la facultad de modificación o inaplicación de un convenio colectivo en virtud del artículo 82 del ET, la doctrina científica (García Viña, 2013, p. 45) ha señalado que «el principal problema que plantea la comisión *ad hoc* de trabajadores es si se puede configurar o no como un verdadero órgano de representación» y, por ende, podría añadirse, por tanto, las consecuencias que trae su actuación en el marco de un despido colectivo.

Y es que esta actuación debería estar sometida a un control más exhaustivo, bien por parte de la autoridad laboral en su función de asesoramiento y mediación, bien a través de una regulación *de lege ferenda* que solucione la problemática existente en aquellas empresas en las que no existen órganos de representación de los trabajadores, pues precisamente son aquellas en las que estos –los trabajadores– se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad cuando se pone en juego la extinción de su contrato de trabajo.

⁵ SSTs de 25 de junio de 2014 (rec. 165/2013) y de 24 de febrero de 2015 (rec. 165/2014).

⁶ SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 15 de enero de 2014 (rec. 2563/2013) y de 30 de diciembre de 2014 (rec. 2109/2014); STS de 25 de junio de 2014 (rec. 165/2013).

Es por ello que «la clave de la eficacia del acuerdo reside en la capacidad representativa de quienes negocian, siendo evidente que en la comisión *ad hoc* estamos muy lejos de los estándares fijados legalmente para negociar» (García Viña, 2013, p. 45), y atenuar las consecuencias derivadas de un despido colectivo.

2.3. La tesis de la parte recurrente y del Ministerio Fiscal

La tesis de la parte recurrente se centra en que esta vulneración se produjo por la imposibilidad de debatir en el proceso de impugnación individual la validez de las causas que motivaron la adopción de los despidos, en el marco de un expediente colectivo que finalizó con acuerdo no impugnado.

En este sentido, como eje principal del recurso de amparo se alega que el TS habría interpretado de manera absolutamente restrictiva la normativa laboral, al establecer limitaciones normativas que ni siquiera habían sido previstas por parte del legislador, con base en que el procedimiento de despido colectivo establecido en el artículo 51 del ET no otorga un valor reforzado al acuerdo alcanzado en periodo de consultas como sí ocurre en otros procedimientos, a saber, por ejemplo, en la modificación sustancial de condiciones de trabajo del artículo 41 del ET; suspensión del contrato o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor del artículo 47.1 del ET; y en materia de descuelgue del artículo 82 del ET, que prevén la presunción de la concurrencia de la causa justificativa cuando ha habido acuerdo en el periodo de consultas.

Y es que tampoco existe limitación procesal, lógicamente, siempre que se haya sustanciado previamente alguno de los procedimientos contemplados en los apartados 1 y 2 del artículo 124 de la LRJS (impugnaciones colectivas), o en el apartado 3 del mismo que regula la acción de jactancia por parte del empresario, o en el procedimiento de oficio regulado en el artículo 148 b) de la LRJS.

Por su parte, el Ministerio Fiscal estima que rige el principio *pro actione* como canon de constitucionalidad, analizando si efectivamente existe norma expresa que obstaculice procesalmente el acceso del presente procedimiento, y entiende que no se cumple tal requisito ya que no existe previsión normativa expresa que impida la impugnación de las causas del despido en su vertiente individual, ni tampoco que esa prohibición se establezca de modo tácito pero indudable, afirmando que el TS creó una causa de inadmisión no prevista por el legislador.

Así, en sus alegaciones, tras reiterar que la interpretación llevada a cabo en la sentencia del TS no es la única razonable que cabe alcanzar, destaca que la misma parte de una premisa un tanto endeble, concretamente que el legislador se ha olvidado de establecer esa

limitación, aun queriendo hacerlo, para afirmar que tal olvido no ha existido⁷, y, por tanto, lo importante no es lo que quiso hacer el legislador, sino que, en definitiva, no lo hizo.

Y es que el intérprete no puede o no debe sustituir al legislador, y, por ende, *ubi boluit lex, dixit, ubi noluit tacuit*, pues si la voluntad de la ley hubiera sido introducir algo, lo habría establecido expresamente, y, al no hacerlo, se entiende que lo ha excluido deliberadamente.

En suma, se concluye que, cuando el despido colectivo no ha sido impugnado por los representantes legales de los trabajadores, a través del procedimiento colectivo previsto en el artículo 124 de la LRJS, la regulación legal no impide que en los procesos individuales el órgano judicial pueda dilucidar respecto de la realidad de las causas invocadas, para justificar la referida medida colectiva, aunque se hubiera alcanzado un acuerdo con la representación de los trabajadores. Por ello, de conformidad con el derecho contemplado en el artículo 24.1 de la Constitución española, lo resuelto por el órgano casacional resulta contrario a la efectividad del referido derecho.

2.4. La argumentación del TC

El TC realiza un riguroso análisis sobre la fundamentación que utiliza el TS para la desestimación del recurso, concluyendo que el artículo 124 de la LRJS omite cualquier referencia a «los aspectos jurídicos atinentes a la posibilidad de cuestionar en el proceso individual la concurrencia de las causas de despido colectivo que finaliza con acuerdo y las consecuencias jurídicas que de ello se derivan». La argumentación gira en torno a dos cuestiones fundamentales.

En primer lugar, el TC aclara que no cuestiona en modo alguno la razonabilidad del discurso del órgano judicial, en relación con la importancia de la negociación colectiva como herramienta para la solución de conflictos. Si bien, aclara que, a pesar de ello, «no significa que la pretensión de los recurrentes deba decaer, dado que el enfoque [...] es diferente», pues se trata de dirimir «si la interpretación del órgano judicial restringe indebidamente que la pretensión pueda someterse al conocimiento de los órganos judiciales, teniendo en cuenta el canon ya reflejado y el carácter fundamental del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)».

⁷ «Pues ni se produjo cuando se estableció la nueva regulación del despido colectivo en el año 2012, ni cuando se acometieron ulteriores modificaciones en los años 2013 y 2014; y ello, porque habría bastado, por ser más lógico y sencillo, establecer el art. 51 TRET la misma cláusula limitativa de impugnación que las que se establecen en los arts. 41, 47 y 82 TRET. Al no obrar así el legislador, parece lógico precisar, como razona el voto particular, que se quiso establecer un sistema de impugnación diferente para los despidos colectivos, precisamente porque estaba en juego la extinción de las relaciones laborales. Y, en cualquier caso, lo importante no es lo que quiso hacer el legislador, sino de que en definitiva hizo. En suma, la sentencia crea una causa de inadmisión no prevista por el legislador; y en tanto que cabe alumbrar otra interpretación contraria tan razonable, al menos, concluye que hubo vulneración del derecho de acceso a la jurisdicción».

En segundo lugar, establece que la decisión adoptada por dicho órgano no se acomoda a los postulados asentados en la doctrina constitucional, en tanto que conduce a cercenar las posibilidades de ejercicio del derecho fundamental enunciado, sin causa legal expresa que lo autorice, concluyendo que es posible la impugnación del acuerdo colectivo en un procedimiento individual, al haberse establecido por el legislador diversos regímenes respecto al valor de los acuerdos alcanzados en el periodo de consultas, concurriendo razones que corroboran esta conclusión.

En efecto, el TC afirma que el legislador no ha establecido un régimen jurídico homogéneo para el ejercicio de las diferentes acciones individuales derivadas de la aplicación de medidas de naturaleza colectiva cuando se logra un acuerdo con la representación de los trabajadores, pues la regulación establecida para los despidos es diferente de la prevista respecto de otras decisiones empresariales.

Y es que el artículo 122 de la LRJS, al que expresamente remite el artículo 124.13 del mismo texto legal, dispone que se declara improcedente el despido si no se acreditase la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación escrita, y aunque en la sentencia impugnada se minimiza el valor de ese mandato al afirmar que la redacción de los artículos 120 a 123 de la LRJS datan de una época en que el enjuiciamiento de los despidos colectivos ni siquiera correspondía al orden social de la jurisdicción, afirmando que esos preceptos fueron concebidos para ser aplicados a los despidos individuales. Sin embargo:

[...] no es menos cierto que la remisión a los arts. 120 a 123 LRJS se estableció en el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 febrero, norma que precisamente atribuyó el conocimiento de esa materia a los órganos del orden jurisdiccional social; y, en cualquier caso, debe advertirse que la vigencia de los referidos preceptos no permite prescindir de su aplicación, aun cuando se considere, como así lo hace el órgano casacional, que no se acomodan al régimen procesal que debiera regir.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que el primer párrafo del artículo 51.6 del ET no impide que las causas del despido colectivo puedan ser cuestionadas en procedimientos individuales, ni tampoco prevé que el hecho de haber alcanzado un acuerdo con los representantes de los trabajadores comporte la presunción de las referidas causas, como así establece respecto de otras medidas colectivas.

En definitiva, el TC hace suyos la mayor parte de los argumentos esgrimidos por el voto particular formulado contra el fallo de la sentencia dictada por el TS, recurrida en amparo.

3. Las causas de nulidad como fundamento de la demanda

Como se señaló, uno de los puntos de inflexión derivado de la reforma laboral de 2012 lo constituyen las causas de nulidad que los trabajadores pueden hacer valer para fundamentar

su pretensión, pues algunas de ellas, introducidas por el apartado 13 del artículo 124 de la LRJS, como se verá, al igual que sucede con la pretensión impugnatoria sobre la concurrencia de la causa regulada en los artículos 122.1 de la LRJS y 53.4 del ET, quedan supeditadas a la acción colectiva, produciendo efectos de indudable calado en las extinciones que se producen en el marco de un despido colectivo.

3.1. Las causas de nulidad de los artículos 53 del ET y 122 de la LRJS

El artículo 53.4 del ET establece la forma y los efectos de la extinción del contrato por causas objetivas.

En consonancia con este, y respecto de las causas de nulidad, el artículo 122.2 de la LRJS establece, en primer lugar, la causa genérica de nulidad cuando la misma tenga como móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien por vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador afectado por la decisión extintiva.

Asimismo, será también nula la decisión extintiva en los siguientes supuestos (arts. 53.4 ET y 122.2 LRJS⁸):

1. Cuando se haya efectuado en fraude de ley eludiendo las normas establecidas por los despidos colectivos, en los casos a que se refiere el último párrafo del apartado 1 del artículo 51 del ET⁹ (art. 122.2 b) LRJS).
2. La de las personas trabajadoras durante los periodos de suspensión del contrato de trabajo por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural a que se refiere el artículo 45.1 d) y e) del ET, o por enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, o la notificada en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dichos periodos (arts. 53.4 a) ET y 122.2 c) LRJS).

⁸ En consonancia con el artículo 53 del ET, el artículo 122.2 de la LRJS establece las mismas causas de nulidad (salvo la prevista en el apdo. b) art. 122 LRJS), aunque su redacción vigente no se ha modificado en los términos establecidos en el artículo 2.13 del Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo.

⁹ Que se lee así:

Quando en periodos sucesivos de 90 días y con el objeto de eludir las previsiones contenidas en este artículo, la empresa realice extinciones de contratos al amparo de lo dispuesto en el artículo 52 c) 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.

3. La de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión al que se refiere el párrafo anterior; la de las personas trabajadoras que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refiere el artículo 37.4, 5 y 6 del ET, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando de la excedencia prevista en el artículo 46.3 del ET; y la de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva o de los derechos reconocidos en el ET para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral (arts. 53.4 b) y 122.2 d) LRJS).
4. La de las personas trabajadoras después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los periodos de suspensión del contrato por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, a que se refiere el artículo 45.1 d) del ET, siempre que no hubieran transcurrido más de 12 meses desde la fecha del nacimiento, la adopción, la guarda con fines de adopción o el acogimiento (arts. 53.4 c) y 122 e) LRJS).

Lo establecido en los párrafos anteriores en materia de nulidad por relacionarse con medidas sobre el embarazo o cuidados será de aplicación, salvo que, en esos casos, se declare la procedencia de la decisión extintiva por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados. Para considerarse procedente deberá acreditarse suficientemente que la causa objetiva que sustenta el despido requiere concretamente la extinción del contrato de la persona referida.

Pues bien, como se señaló, para analizar las diferentes pretensiones de nulidad en las que puede fundamentarse la demanda, habrá que delimitar las mismas atendiendo a si ha habido impugnación colectiva o no, y ello, por el alcance de cosa juzgada que tiene la sentencia recaída en el proceso colectivo, con la diferencia de que las causas de nulidad previstas en el artículo 53 del ET y en el artículo 122.2 de la LRJS (salvo la prevista en el apdo. b) de este precepto, que en principio queda supeditada a la impugnación colectiva) podrán ser alegadas independientemente de que haya habido impugnación o no, pues estas no forman parte del proceso de impugnación del despido colectivo, al ser las mismas que las previstas para el despido objetivo y no depender de lo que se decida en el proceso colectivo.

Es decir, cuando se pretenda la nulidad del despido por haberse efectuado en fraude de ley eludiendo las normas establecidas por los despidos colectivos, en los casos a que se refiere el último párrafo del apartado 1 del artículo 51 del ET, sí que habrá que distinguir si ha habido impugnación colectiva o no.

En efecto, en ocasiones resulta que la decisión extintiva se ha adoptado al margen del proceso de despido colectivo, por haberse producido extinciones individualizadas de manera fraudulenta en periodos sucesivos de 90 días (despido colectivo de hecho), por lo que conviene realizar algunas matizaciones a este respecto, por cuanto, tiene una conexión estrecha con el objeto del proceso de impugnación colectiva, pudiendo darse el caso de que su impugnación deba realizarse a través del proceso colectivo, aunque esta pretensión impugnatoria se regula expresamente en el artículo 122.2 b) de la LRJS que regula la impugnación individual.

En principio, en estos casos, estamos en presencia de despidos colectivos irregulares que se producen al margen del procedimiento regulado en el artículo 51.2 del ET, es decir, sin haber realizado el periodo de consultas, por lo que la vía procesal adecuada sería la establecida en el artículo 124 de la LRJS¹⁰, en consonancia con lo establecido en el artículo 124.2 b) de la LRJS, cuya pretensión impugnatoria colectiva podrá basarse en que no se ha realizado el periodo de consultas establecido en el artículo 51.2 del ET, o también por realizarse en fraude de ley eludiendo las normas establecidas por los despidos colectivos de acuerdo con el artículo 51.1 del ET, en consonancia con lo establecido en el artículo 122.2 b) de la LRJS que regula la impugnación individual del despido objetivo, al que remite el artículo 124.13 de la LRJS.

Por tanto, se produce una duplicidad en cuanto al objeto del proceso colectivo, pues la pretensión de nulidad prevista en el artículo 122.2 b) de la LRJS para la impugnación individual también puede ser objeto del proceso colectivo. Y es que sería contrario a la lógica que:

[...] en un supuesto de impugnación individual del despido objetivo, pueda ser declarado nulo por la concurrencia de fraude de ley (art. 122.2 b) LRJS), por remisión del art. 124.13 LRJS, y que tal pronunciamiento se niegue cuando la impugnación de la decisión extintiva se lleve a cabo por los representantes de los trabajadores (STS de 17 de febrero de 2014, rec. 143/2013).

En este sentido, se ha pronunciado recientemente el TS (STS de 23 de noviembre de 2021, rec. 92/2021), al considerar que la medida adoptada es manifiestamente abusiva, por irrazonable y desproporcionada, al haberse extinguido prácticamente la totalidad de la plantilla, admitiendo la impugnación por el cauce procesal del artículo 124 de la LRJS, al considerar que se ha producido un despido colectivo de hecho, prescindiendo del procedimiento establecido en el artículo 51 del ET, declarando la nulidad del despido impugnado¹¹.

Sin embargo, cabría matizar esta afirmación cuando las causas de las extinciones que se producen al margen de lo establecido en el artículo 51 del ET no se corresponden con las previstas para el despido colectivo, es decir, con las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, pues no es objeto del proceso de despido colectivo regulado en el artículo 124 de la LRJS dirimir si las extinciones producidas por otros motivos no inherentes a la persona del trabajador se han realizado en fraude de ley. Y, para llegar a dicha conclusión

¹⁰ STS de 25 de noviembre de 2013 (rec. 52/2013).

¹¹ El sindicato demandante reclamó la nulidad del despido colectivo porque consideró que:

[...] se ha producido un despido de hecho, toda vez que, en el periodo de 16 de marzo a 3 de abril de 2020, la empresa extinguió «ante tempus» seis contratos temporales, cesó a 25 trabajadores por la supuesta no superación del periodo de prueba y despidió disciplinariamente a 34 trabajadores fijos, superando de largo el número de extinciones, que le obligaba a promover el correspondiente despido colectivo.

(despido colectivo de hecho o irregular, fraudulento o encubierto), únicamente puede hacerse desde el convencimiento de que los despidos llevados a cabo se han realizado en fraude de ley.

En situación comparable se situarían las extinciones que se producen por causas disciplinarias en las que no se ha reconocido la improcedencia por parte del empresario. Es decir, no se puede discutir en el proceso de despido colectivo si las extinciones con causa en el despido disciplinario son procedentes, improcedentes o nulas.

Por la misma razón, no se puede discutir en el proceso de impugnación colectiva si las extinciones que tienen su causa en otros motivos no inherentes a la persona del trabajador han sido realizadas en fraude de ley.

Incluso, la calificación de la verdadera causa de extinción de cada uno de los contratos de trabajo temporales tiene contornos estrictamente individuales, en la medida en que pueda ser necesario acudir a declarar, con carácter previo, que la verdadera naturaleza de la relación no era temporal, sino indefinida; o que la extinción se produjo antes de que acaeciera el término o hecho objetivo que había de poner fin al contrato temporal.

Ello es así si lo que especialmente se pretende es que se declaren fraudulentos, y, por ello, cuando la noción de despido colectivo se construye, no sobre elementos meramente fácticos, sino sobre calificaciones jurídicas (el fraude de ley en la contratación y la inexistencia de justificación de la terminación de los contratos), se individualiza la situación de los trabajadores incluidos en el objeto del proceso regulado en el artículo 124 de la LRJS¹².

Y si bien podrán incluirse en el cómputo del cálculo a efectos del elemento numérico, y, por ende, la calificación como despido colectivo, deberán sustanciarse por el cauce de la impugnación individual, pues es una acción previa que ha de ventilarse en los procesos individuales, pudiéndose declarar la nulidad del despido individual por fraude de ley.

En este sentido, se ha pronunciado recientemente el TS (STS de 29 de septiembre de 2021, rec. 80/2021), declarando que el cauce del artículo 124 de la LRJS no es adecuado cuando se pretende obtener la nulidad de un despido colectivo con base en la ilegalidad de contratos temporales que la empresa ha extinguido al amparo del artículo 49.1 c) del ET, pues ese debate es ajeno al proceso de despido colectivo y propio de la impugnación individual o plural de los despidos ante el juzgado de lo social, en la que los propios trabajadores individualmente considerados podrán hacer valer ese fraude de ley, cuya consecuencia será la nulidad del despido por no haberse adoptado en el marco de un despido colectivo.

¹² STS de 22 de noviembre de 2018, rec. 67/2018. En el mismo sentido, STS de 22 de diciembre de 2016 (rec. 10/2016).

Sin embargo, cuando las extinciones que se han producido en el periodo de 90 días han sido debidas a una causa productiva (como puede ser la pérdida de una contrata), sí serán objeto del proceso de impugnación colectiva, pues en las mismas se aduce como causa del despido la pérdida de una contrata, lo que constituye, sin duda, una extinción por causas objetivas (productivas), cuyo objeto ha de ventilarse a través del proceso colectivo, cuando no se ha seguido el procedimiento establecido en el artículo 124 de la LRJS (STS de 24 de enero de 2020, rec. 148/2019)¹³.

Por tanto, para concluir, siempre que la causa que subyace la extinción de los contratos, incluso de los temporales en principio no fraudulentos, pueda subsumirse en alguna de las causas del artículo 51 del ET, el cauce procesal adecuado será el proceso de impugnación colectiva. Por el contrario, cuando haya que determinar el carácter fraudulento de las extinciones que finalizan al amparo de lo establecido en el artículo 49.1 c), habrá que acudir al proceso de impugnación individual establecido en los artículos 120 a 123 de la LRJS, con la particularidad de que pueda declararse su carácter fraudulento, precisamente por no haber seguido el procedimiento de despido colectivo establecido en el artículo 51 del ET y, por ende, eso conllevará la declaración de nulidad de este.

No obstante, esta solución, a mi juicio, es bastante restrictiva, en cuanto a que reduce el objeto del proceso, cuando en muchas ocasiones la causa está oculta y verdaderamente se ha producido un despido colectivo. Asimismo, reduce la capacidad de impugnación de los trabajadores individualmente considerados, pues difícilmente todos los trabajadores afectados por el despido impugnarán la decisión extintiva, lo que conlleva perjuicios de indudable calado cuando la decisión extintiva es fraudulenta, por lo que limitar el objeto del proceso únicamente a aquellas extinciones que se subsuman en las causas del despido colectivo, a mi juicio, difícil de averiguar en la mayoría de las ocasiones, produce cierta inseguridad jurídica, a la vez que indefensión al trabajador individual, pues si la decisión se impugna por la vía colectiva, la sentencia que se dicte tendrá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales, sin necesidad de que este tenga que impugnar la decisión extintiva de manera individual, al haberse dictado sentencia en el proceso colectivo.

A mi juicio, la opción de posibilitar en esos casos la acción colectiva es más acorde con el derecho de tutela judicial efectiva, teniendo en cuenta el tiempo que ha podido transcurrir desde que se produjo la primera extinción, sin contar los problemas de caducidad de la acción que esto puede generar, además, resultaría más coherente con la tan proclamada celeridad a la que alude la reforma laboral de 2012.

¹³ En el mismo sentido, STS de 8 de julio de 2012 (rec. 2341/2011):

Entrando ya en el examen del caso concreto de que tratamos, los presupuestos de nuestra resolución –favorable al recurso– son tres: a) la naturaleza indefinida del vínculo laboral existente entre las partes; b) la existencia de un sustrato económico/productivo/organizativo en las decisiones extintivas; y c) la concurrencia de extinciones contractuales en número superior al determinante del despido colectivo (FJ 6.º).

Por tanto, respecto de esta causa de nulidad, prevista en principio para la impugnación individual, cabe afirmar que dicha pretensión puede ser esgrimible en vía colectiva, y, por ello, supeditada a la sentencia que se dicte en el proceso colectivo, al poder ser objeto del proceso de impugnación colectiva, como se ha visto, en determinados supuestos.

3.2. Las causas de nulidad del apartado 13 del artículo 124 de la LRJS

En cuanto a las pretensiones de nulidad establecidas en el apartado 13 del artículo 124 de la LRJS, también habrá que distinguir si ha habido impugnación colectiva o no.

En efecto, al igual que sucede con la pretensión de nulidad establecida en el artículo 122.2 b), para analizar alguna de las pretensiones de nulidad que puede articular el trabajador individualmente considerado, habrá que distinguir si la decisión extintiva se ha impugnado en vía colectiva o no, e incluso, alguna de ellas, como se verá, podrá alegarse independientemente de que haya habido impugnación colectiva o no.

3.2.1. Las pretensiones de nulidad, haya habido impugnación colectiva o no

De acuerdo con el artículo 124.13 b) 3.^a regla de la LRJS, cuando la decisión extintiva ha sido impugnada en vía colectiva, bien por la representación de los trabajadores, bien por el empresario a través del procedimiento de jactancia, se introduce una nueva causa de nulidad relativa al incumplimiento sobre las prioridades de permanencia.

En este sentido, el trabajador individualmente considerado podrá impugnar la decisión extintiva con pretensión de nulidad en aquellos supuestos en que el empresario no hubiera respetado las prioridades de permanencia establecidas legal o convencionalmente o en el acuerdo alcanzado en el periodo de consultas. Esta nulidad no afectará a aquellas extinciones que sí lo hubieran respetado.

Cabe destacar que esta pretensión impugnatoria también se prevé, como se verá, para el caso de que no haya habido impugnación colectiva, pues la misma queda fuera del objeto del proceso colectivo. Por tanto, podrá fundamentarse, haya habido o no impugnación colectiva, entendiéndose por ello que el legislador quiso dejar claro que estas cuestiones podrán ser objeto del proceso individual tanto si ha habido impugnación en la fase colectiva como si no la ha habido. Confirmando con ello que estas cuestiones de naturaleza individual están excluidas del objeto del proceso colectivo, en cualquier caso.

Sin embargo, la acción individual quedará en suspenso mientras se sustancia la acción colectiva, sin que a ello obste que no es objeto del proceso colectivo, lo que produce efectos de

indudable calado en las extinciones individuales en las que se produce dicha vulneración, siendo contrario a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuyo artículo 47, bajo la rúbrica «Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial», establece que «toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo» y, en concreto, «a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable». Y, pese a las limitaciones aplicativas de la citada carta, cabe dudar de que esta regulación sea respetuosa con la letra del citado precepto y aún menos con su espíritu.

Asimismo, cabe destacar que cuando el objeto del debate verse sobre preferencias atribuidas a determinados trabajadores, estos también deberán demandarse.

3.2.2. Las pretensiones de nulidad cuando no ha habido impugnación colectiva

Para el caso de que la decisión extintiva no haya sido impugnada a través de la impugnación colectiva, el trabajador afectado por la decisión extintiva también podrá fundamentar la demanda en las causas de nulidad previstas en el artículo 124.13 a) reglas 3.^a y 4.^a de la LRJS.

En efecto, en cuanto al procedimiento, la pretensión podrá fundamentarse en que no se ha realizado el periodo de consultas o entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 del ET, o que no se ha respetado el procedimiento establecido en el artículo 51.7 del mismo texto legal para los casos de fuerza mayor, o, aunque no esté expresamente prevista como fundamento de la demanda, cuando no se hubiese obtenido la autorización judicial del juez del concurso, en los supuestos en que esté legalmente prevista, al igual que sucede en la impugnación colectiva.

Llegados a este punto, cabe destacar que esta pretensión «individual» de carácter «colectivo» o perteneciente a la primera fase del despido colectivo coincide con las previstas para la nulidad de la fase colectiva (art. 124.11 LRJS), y resulta coherente con la reciente doctrina del TC al respecto de la amplitud de la impugnación individual en cuanto a la concurrencia de la causa, por lo que cabría afirmar que el trabajador individual puede impugnar la decisión extintiva por vicios procedimentales que no fueron objeto del proceso por no haberse impugnado colectivamente, o por no haber sido alegados en la fase colectiva si ha habido impugnación.

En segundo lugar, como ya se señaló, el trabajador afectado por la decisión extintiva también podrá fundamentar su pretensión en que no se han respetado las prioridades de permanencia que pudieran estar establecidas en las leyes, los convenios colectivos o en el acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas. Así, la decisión extintiva será nula, únicamente, en aquellos casos en los que no se hayan respetado dichas prioridades, no alcanzando la nulidad al resto de extinciones en que sí se hayan respetado las prioridades de permanencia.

4. La exigencia de los requisitos formales de un despido objetivo en el marco de un despido colectivo

El trabajador afectado por la decisión extintiva también podrá fundamentar su pretensión en que no se han respetado los requisitos formales establecidos en el artículo 53.1 del ET (comunicación escrita al trabajador expresando la causa). En estos supuestos, la calificación del despido será improcedente o procedente, ya que la remisión a los artículos 120 a 123 de la LRJS, sin más especificaciones, determina tal apreciación (Alfonso Mellado, 2012, p. 274), en cuanto al control causal, o al relativo al incumplimiento de los requisitos formales establecidos en el apartado 1 del artículo 53 del ET.

No obstante, en cuanto a los requisitos formales, el TS ha tenido ocasión de aclarar en qué medida es aplicable o no lo previsto en el apartado 1 del artículo 53, para el supuesto de impugnación de un despido objetivo derivado de un despido colectivo.

Y es que una de las cuestiones que ha generado mayor controversia respecto de las notificaciones es la relativa a los requisitos de suficiencia que debe contener la notificación individual de la extinción a los trabajadores afectados.

Y ello, como se ha dicho, no es una cuestión baladí, pues la normativa actual regulada en el artículo 53 del ET, al mencionar las causas y efectos del despido objetivo, no regula nada concreto cuando dicho despido se produce en el marco de un despido colectivo.

En efecto, el artículo 53.4 del ET establece que la decisión extintiva se declarará improcedente cuando no se hayan observado los requisitos formales mencionados, entre los que se encuentra la comunicación escrita. Sin embargo, nada se dice ni se especifica respecto del contenido de la carta, así como de los requisitos formales exigidos para los despidos objetivos derivados de un despido colectivo, teniendo en cuenta que existe una circunstancia esencial, cual es la previa existencia de un periodo de consultas.

Pues bien, se puede definir la carta de despido como la comunicación dirigida por el empresario a uno de sus trabajadores, en la que se notifica su decisión de extinguir el contrato de trabajo que les unía, con expresión del motivo o causa de la decisión, y fijación de la fecha de efectos de dicha extinción (Cruz Villalón, 2004, p. 176). En este sentido, el artículo 51.4 del ET dispone que:

[Una vez] alcanzado el acuerdo en el periodo de consultas del despido colectivo o comunicada la decisión sobre este a los representantes de los trabajadores, el empresario podrá notificar los despidos individualmente a los trabajadores afectados, lo que deberá realizar conforme a lo establecido en el artículo 53.1.

Por su parte, el artículo 53.1 del ET recoge, en su primer apartado, los requisitos que debe contener el acuerdo de extinción a que hace referencia el artículo 52 del ET, que regula la

extinción del contrato de trabajo por causas objetivas. Entre sus requisitos formales, está la comunicación escrita al trabajador expresando la causa.

Como ha destacado la doctrina (Cavas Martínez, 2019, pp. 66-67), esta remisión expresa al artículo 53.1 del ET cuando la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas deriva de un despido colectivo, pactado o no con los representantes de los trabajadores, sugiere que deben observarse todos los requisitos formales que se contemplan en el mismo (comunicación escrita con indicación de la causa, entrega de copia de la carta de despido –que no del preaviso– a los representantes de los trabajadores, puesta a disposición del importe indemnizatorio).

No obstante, la falta de entrega de la carta de despido a los representantes de los trabajadores no determina la improcedencia del cese, al considerarse que únicamente debe exigirse en los despidos objetivos *ex* artículo 52 c) del ET, pues las garantías introducidas en los casos de un despido objetivo (individual, plural) no se trasladan de manera absoluta cuando se trata de extinciones contractuales enmarcadas en un despido colectivo, y, por ende, solo procede entregarla en los supuestos del artículo 52 c) del ET y no en los de despido colectivo¹⁴.

En fin, la finalidad de la exigencia de la comunicación escrita expresando la causa motivadora del despido no es otra que el trabajador pueda hacer valer su pretensión con base en la causa alegada en la comunicación escrita. En el mismo sentido, respecto de la reproducción de los criterios de selección y la concreta aplicación de estos.

Pues bien, la doctrina judicial se ha pronunciado a este respecto manteniendo posiciones contradictorias, en cuanto a la expresión de la causa motivadora del despido, así como en lo referente a los criterios tenidos en cuenta en la selección de los trabajadores afectados por la medida extintiva y su concreta aplicación.

En efecto, una parte de la doctrina judicial flexibiliza el contenido de la comunicación escrita cuando se está ante un despido objetivo derivado de un despido colectivo.

En este sentido, se entiende que, si bien el contenido de tal comunicación podría ser más preciso, y que un plausible ejercicio de transparencia por la parte empresarial habría significado la remisión a cada despedido de su personal evaluación realizada (de la que los afectados no han sido conocedores hasta el momento del juicio, lo que posiblemente habría ahorrado la proliferación de litigios), se afirma que el hecho de que la demandante no conociera hasta el juicio su nota de evaluación y la nota de corte no provoca indefensión al trabajador, ni comporta la improcedencia del despido por contravención del artículo 53.1 del ET (STSJ de Madrid de 9 de enero de 2014, rec. 1834/2013).

¹⁴ SSTs de 16 de marzo de 2016 (rec. 832/2015); 30 de marzo de 2016 (rec. 2797/2014); 16 de junio de 2016 (rec. 251/2015); 7 de julio de 2016 (rec. 246/2015); 5 de mayo de 2017 (rec. 2596/2015); y 23 de marzo de 2017 (rec. 2097/2015).

Por ello, esta parte de la doctrina judicial entiende que, en la comunicación individual del despido objetivo en el marco de un despido colectivo, no es necesaria la reproducción de todos los criterios negociados y adoptados durante las negociaciones con los representantes, excluyendo la necesidad de realizar una referencia particular a cada uno de los trabajadores, siendo suficiente una mención genérica e igual para cada uno de ellos.

En este sentido, se ha señalado (Godino Reyes, 2018, p. 151) la necesidad de impedir que el proceso de despido colectivo, que ha de concebirse como un auténtico proceso de negociación colectiva, en el que además se imponen unas exigencias de información y documentación muy extensas, termine por desconectarse, cualquiera que sea su resultado y el grado de cumplimiento de tales exigencias, del posterior despido objetivo individual, eludiendo la evidencia de que se trata de un acto de aplicación de aquel, y que, por tanto, ha de integrarse en todos sus aspectos con lo acontecido en el despido colectivo del que trae causa.

Otra parte de la doctrina judicial¹⁵ considera que en supuestos de despido colectivo una insuficiencia en la carta de despido conlleva la improcedencia del despido, pues al no conocer los trabajadores su valoración y los criterios de selección, no solo no pueden defenderse adecuadamente, sino que se les priva de la posibilidad de adherirse a las bajas indemnizadas, que de haberse comunicado expresamente a los demandantes permitiría considerar que la decisión empresarial está basada en un criterio razonable y objetivo, pero no consta en el relato fáctico, ni en la carta de despido, que a los demandantes se les hayan notificado los resultados de la valoración que se manifiesta, con anterioridad a la decisión adoptada por la empresa, para que estos pudiesen valorar sus posibilidades a efectos de interponer la correspondiente demanda.

En este sentido, se entiende que la carta del despido sí debe contener todos los hechos que permitan al trabajador tener una idea clara de las causas que motivaron el despido, no pudiendo aportar el empresario nuevos hechos que no vinieran recogidos en la carta, pues esta situación generaría indefensión al trabajador.

4.1. La expresión de la causa motivadora de los despidos colectivos

El TS (STS de 12 de mayo de 2015, rec. 1731/2014) se ha pronunciado a este respecto manteniendo una posición restrictiva en un primer momento, declarando la improcedencia del despido, al determinar que la comunicación escrita de despido objetivo no se ajusta a lo prevenido en él, ya que aquella se limitaba a remitirse al contenido del acuerdo alcanzado

¹⁵ SSTSJ de Madrid de 9 de abril de 2014 (rec. 1905/2013) y de Castilla y León de 16 de enero de 2014 (rec. 693/2013).

entre la empresa y la representación legal de los trabajadores al finalizar el periodo de consultas, en la que se concluía, sin precisión y sin acompañar documentación alguna, que:

[...] los motivos de esta decisión residen en que la empresa se encuentra en una situación muy difícil y complicada, tanto económica como productiva. A tal punto que, nos obliga a amortizar su puesto de trabajo pasando sus funciones a ser desempeñadas por el resto de los trabajadores de la empresa, ya que, de no ser así, no se podría garantizar la futura viabilidad de la misma, tal como se indica y prueba en la documentación correspondiente al ERE presentado.

Para la sala, estas afirmaciones son a todas luces genéricas y servirían para cualquier despido económico o productivo, pues ni siquiera se hace una mínima referencia a los hechos que justificarían el despido.

El TS clarifica que la comunicación escrita, tanto en el despido objetivo como en el disciplinario, para su validez formal, debe proporcionar al trabajador un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de los hechos que se le imputan o de las causas que se invocan como constitutivos del despido objetivo para que, comprendiendo sin dudas racionales el alcance de aquellos, pueda impugnar la decisión empresarial y preparar los medios de prueba que juzgue convenientes para su defensa, asegurando que esta finalidad no se cumple cuando la aludida comunicación solo contiene imputaciones o afirmaciones genéricas e indeterminadas.

Y es que, como ha señalado la doctrina (Agustí Maragall, 2014, p. 14), la comunicación individual de afectación se deberá realizar conforme a lo establecido en el artículo 53.1 del ET, esto es, con la misma exigencia informativa que la extinción objetiva individual, para posibilitar el derecho de impugnación individual, tanto en su fase colectiva como en su concreción individual a cada uno de los trabajadores afectados.

Sin embargo, posteriormente, el TS (STS de 15 de marzo de 2016, rec. 2507/2014) modifica la doctrina de la sala, revocando la sentencia de instancia que se había acogido a ella (STSJ de Madrid de 9 de abril de 2014, rec. 1095/2013), realizando una minuciosa exposición de la exigencia legal de la comunicación y de su contenido.

Si bien cabe destacar que la sentencia alude a una serie de pronunciamientos anteriores para justificar que la doctrina contenida en los mismos se había establecido en el marco de despidos objetivos, sin embargo, una de las sentencias que cita (STS de 12 de mayo de 2015, rec. 1731/2014) se refiere a un despido objetivo en el marco de un despido colectivo, por lo que cambia su doctrina, contrariamente a lo establecido, antes y después de la reforma laboral de 2012.

En efecto, en primer lugar y respecto de la comunicación expresando la causa, el TS realiza un breve apunte histórico de la doctrina unificada y de las modificaciones operadas en la regulación del despido colectivo por la reforma laboral de 2012.

Así, con anterioridad a la reforma laboral de 2012, la doctrina unificada sostenía que la comunicación del cese en los despidos colectivos ni tan siquiera comportaba las exigencias formales establecidas para los despidos objetivos, puesto que el artículo 53 del ET estaba pensado exclusivamente para el despido objetivo del artículo 52 del ET y no era posible su aplicación por analogía en el procedimiento de despido colectivo, al no existir identidad de razón (art. 4.1 Código Civil).

Tras la aprobación de la Ley 3/2012, el artículo 51.4 del ET, respecto de los requisitos formales exigidos en la comunicación de la decisión extintiva, remite al artículo 53.1 del ET, entre ellos, el relativo a la comunicación escrita al trabajador expresando la causa.

Así pues, se destacan algunos pronunciamientos en los que se establece que, para dar cumplimiento a la exigencia de expresar la causa, no basta con la mención del tipo genérico de causa o de la causa remota, sino que han de señalarse las causas motivadoras concretas.

Ahora bien, se afirma que hay que distinguir las exigencias de la comunicación cuando ha existido un proceso negociador, tal cual sucede en el procedimiento de despido colectivo, hasta el punto de que se debe conectar lo acaecido en el periodo de consultas con la comunicación individual, rebajando las exigencias interpretativas para los casos de extinciones objetivas individuales o plurales, siendo suficiente en el caso del despido colectivo si su contenido se contextualiza, admitiendo la suficiencia de la comunicación extintiva cuando la misma se refiere al acuerdo alcanzado con los representantes en el marco de un expediente de regulación de empleo.

4.2. La reproducción de los criterios de selección de los trabajadores afectados por la decisión extintiva

En cuanto a la reproducción de los criterios de selección, el TS (STS de 15 de marzo de 2016, rec. 2507/2014) llega a la misma conclusión, pues se considera que no es necesaria la reproducción de los criterios de selección fijados o acordados durante las negociaciones, habida cuenta de que, desde el plano de la estricta legalidad, tal requisito está ausente en el artículo 53.1 del ET.

Asimismo, atendiendo a consideraciones finalistas, se concluye que resulta un formalismo innecesario, y en todo caso enervante, el exigir que se comunique de manera individual a los trabajadores aquellos datos que ya debieron conocer en el curso de las negociaciones, pues los representantes de los trabajadores tienen la obligación de informar de acuerdo con el artículo 64.7 e) del ET y con el artículo 1.259 del Código Civil.

También, desde una perspectiva eminentemente práctica, enfocada principalmente en grandes empresas y numerosos afectados, se argumenta que «tampoco resultaría en absoluto razonable pretender que en cada comunicación individual del cese se hagan constar –de manera expresa y pormenorizada– los prolijos criterios de selección».

4.3. La concreta aplicación de los criterios de selección del trabajador singularmente considerado

En cuanto a la concreta aplicación de los criterios de selección, de la misma manera que hace respecto de la reproducción de los criterios de selección en sí mismos, el TS (STS de 15 de marzo de 2016, rec. 2507/2014) concluye que es inexigible dicha constancia en la comunicación individual. Y es que el derecho de defensa del trabajador afectado queda garantizado con la posibilidad que el mismo tiene de reclamar a la empresa los datos que considere necesarios para presentar la correspondiente demanda, acudiendo a los mecanismos previstos para la impugnación del despido, es decir, a los actos preparatorios y diligencias preliminares regulados en los artículos 76 y 77 de la LRJS.

En fin, la sentencia cuenta con un voto particular¹⁶ formulado conjuntamente por cuatro magistradas/os¹⁷ que no comparten este cambio de doctrina, pues consideran que atenta contra el derecho de defensa del trabajador al no tener conocimiento de los concretos criterios de selección que se han tenido en cuenta para determinar su inclusión en el colectivo afectado, de manera que difícilmente podrá articular su impugnación si además el empresario no está obligado a la constancia de los mismos en la comunicación individual.

En efecto, los magistrados/as discrepantes con la sentencia mayoritaria consideran que con esta doctrina resultará difícil que los jueces y tribunales puedan controlar jurisdiccionalmente los despidos del artículo 51 del ET, en el sentido de que el empresario pueda comunicar el despido a un trabajador afectado por un despido colectivo, sin indicarle siquiera el criterio seguido para seleccionar a los trabajadores afectados.

Asimismo, se señala que todos los trabajadores despedidos recibieron cartas de despido de idéntico contenido, en las que no se hacía referencia a las valoraciones efectuadas a los trabajadores despedidos, por lo que los trabajadores afectados por la decisión extintiva no pueden entender los concretos motivos por los que han sido elegidos por la empresa frente a otros trabajadores en su lugar, lo que, sin duda, produce indefensión.

¹⁶ Que se expresa en este sentido:

No encontramos sentido a que en un Estado social y democrático de derecho [...] en el que se protege el derecho al trabajo (art. 35 CE) en su manifestación del derecho a no ser despedido si no existe justa causa [...], ante dos supuestos de despidos fundados en «causas económicas, técnicas, organizativas o de producción», los del art. 51 o los del art. 52 c) ET, diferenciados legalmente por el mero hecho de que se superen o no los umbrales numéricos y de centro de trabajo que se establecen en el art. 51.1 ET [...], en el primer supuesto sea un requisito necesario para la regularidad del despido la determinación de los criterios de selección de los trabajadores afectados con pleno control judicial de los mismos y en el segundo supuesto el empresario no tenga que indicarlos [...], con lo que los trabajadores afectados no los conocen y el juez no podrá controlarlos.

¹⁷ Excmos./as. Sres./as. magistrados/as don Fernando Salinas Molina, doña María Luisa Segoviano Astaburuaga, doña Rosa María Virolés Piñol y don Jordi Agustí Juliá.

En este sentido, la doctrina judicial (Agustí Maragall, 2014, p. 9) ha matizado que, aunque ciertamente corresponde al trabajador oponer las causas de oposición a su afectación, ello solo será posible si previamente y en la comunicación extintiva se ha justificado la misma, no cumpliéndose esta con la mera y genérica remisión a los criterios de afectación.

Ahora bien, es cierto que el trabajador podría obtener esta información a través de la solicitud de prueba documental o solicitud de actos preparatorios y diligencias preliminares. Por tanto, de acuerdo con esta doctrina, la necesidad formal de la comunicación de la causa al trabajador debe quedar suavizada (principalmente en caso de finalizar el despido colectivo con acuerdo), puesto que el trabajador tiene acceso a información complementaria a través de sus representantes.

Sin embargo, parece más adecuado exigir al empresario la puesta a disposición del trabajador de la concreción de los criterios de afectación y, en especial, el resultado de su aplicación respecto del conjunto de trabajadores potencialmente afectados, pues es la información más relevante a efectos de impugnación, ya que estos también deberán ser demandados, y difícilmente el trabajador afectado podrá articular esta acción si desconoce los concretos criterios de afectación (Agustí Maragall, 2014, p. 9).

En efecto, como se ha señalado (Quintero Lima, 2016, p. 10), esto carga al trabajador individualmente designado con una diligencia procesal indeterminada y desorbitada, casi diabólica, desde el momento en que no podría buscar documentos cuya existencia desconoce, para, en consonancia, poder ejercer un efectivo derecho de defensa, pues, en caso contrario, el control judicial resulta ineficaz. Y por más que se admita que haya discrecionalidad empresarial, eso no explica la inexigibilidad de una plausible justificación del señalamiento del individuo concreto, pues la existencia de una causa mediata (económica) no explica por sí misma la extinción de un concreto contrato, de ahí que se habría de describir en la comunicación individual de despido (tanto del objetivo como del colectivo) el *iter* argumental por el que la causa abstracta justifica la extinción concreta.

Asimismo, habrá que matizar esta doctrina cuando la trabajadora despedida se encuentre en estado de gestación, pues el TS se ha pronunciado a este respecto (STS de 20 de julio de 2018, rec. 2708/2016), y, aunque no modifica la doctrina sentada por la sala, considera que el empresario no ha acreditado de manera objetiva y razonable los criterios tenidos en cuenta para proceder al despido de la trabajadora embarazada.

Y es que, aunque la sala es consciente del pronunciamiento dictado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) –Sentencia de 22 de febrero de 2018 (asunto C-103/16, Porrás Guisado)– en el que se abordó el despido de una trabajadora embarazada con ocasión de un despido colectivo que finalizó con acuerdo en el periodo de consultas, se concluye que esa doctrina no es aplicable al caso enjuiciado.

No obstante, como ha señalado la doctrina (Fernández Avilés, 2018, p. 162), la actual doctrina del TS sobre la suficiencia del contenido de la carta de extinción individual, en el

marco de la ejecución de un despido colectivo, no puede aplicarse en el caso de las trabajadoras embarazadas que hayan dado a luz o en periodo de lactancia, que se vean afectadas por un despido colectivo.

Y, si bien es cierto que ambos litigios tratan supuestos distintos, en cuanto que en el primero se debate sobre la constatación de las causas, mientras que en el del TJUE la cuestión a debate es previa, es decir, si puede procederse al despido de una trabajadora embarazada en un despido colectivo, sin comunicarle más motivos que los que justifican ese despido colectivo, se llega a la conclusión de que la normativa comunitaria cuestionada no se opone a ello, siempre y cuando se indiquen los criterios objetivos que se han seguido para la designación de los trabajadores afectados por el despido.

En este sentido, el TJUE interpretó el artículo 10 de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, y el artículo 1, apartado 1, letra a), de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, estableciendo que:

[...] la Directiva 92/85 tiene como objetivo no perjudicar a la trabajadora embarazada en materia de salud física y psíquica, estando en periodo de gestación o de maternidad, declarando el despido nulo, salvo en casos excepcionales no inherentes a su estado y siempre que el empresario justifique por escrito las causas de dicho despido, que podrán ser motivos económicos, técnicos, organizativos o de producción; siempre y cuando esté admitido por la legislación o práctica nacional en cuestión.

En tales casos (Fernández Avilés, 2018, p. 162), además de la causa de extinción, la carta de despido ha de contener los criterios objetivos que se han seguido para la designación de las trabajadoras afectadas por la extinción colectiva.

5. Conclusiones

Como ya se ha visto, a raíz de la reforma laboral de 2012, la individualización del despido colectivo ha cobrado una especial relevancia, pues han sido numerosas las sentencias dictadas por los órganos judiciales en esta materia.

1. Respecto de las causas de nulidad previstas en el apartado 13 del artículo 124 de la LRJS, cabe destacar lo siguiente.

En primer lugar, la norma procesal (art. 124.13 LRJS), en ausencia –como se dijo– de regulación en la norma sustantiva, establece, además de las causas de nulidad previstas

en el artículo 53 del ET, una serie de pretensiones impugnatorias de nulidad de la decisión extintiva, especialmente las relacionadas con irregularidades procedimentales que no se han detectado en la fase colectiva, bien porque no han sido objeto del proceso, bien porque no ha habido impugnación colectiva.

En este sentido, como se ha señalado, el TC se ha pronunciado sobre la concurrencia de la causa como pretensión individual impugnatoria, anulando la sentencia del TS que ve-taba la impugnación individual sobre la concurrencia de la causa cuando no había habido impugnación colectiva y nada se había juzgado. Todo ello, con base en el acuerdo alcan-zado en consultas.

En conexión con esto, también deberían ser objeto del proceso individual aquellas pre-tensiones de naturaleza colectiva que no han sido juzgadas, pues no se puede impedir que los trabajadores individuales cuestionen *ex novo* otras deficiencias detectadas que no hu-bieran sido planteadas en la fase colectiva, como, por ejemplo, la existencia de vicios pro-cedimentales.

No obstante, para el caso de modificarse este precepto, tal y como ha recomendado la doctrina científica y judicial, para quienes el acuerdo adoptado en el periodo de consultas tiene una vinculación casi directa en la impugnación individual, cabría distinguir también, además de si ha habido acuerdo o no, si la negociación llevada a cabo en el periodo de con-sultas ha gozado de la autenticidad negocial que se precisa. Así, la presunción del acuer-do quedaría más garantizada en aquellas empresas en las que se ha tenido oportunidad de llevar a cabo una verdadera negociación con representantes fiables, y no tanto en las res-tantes. Debiendo el tribunal o juzgado competente analizar más detenidamente, en un caso que en otro, la concurrencia o no de la vulneración alegada.

2. En relación con la suficiencia de los requisitos formales de la comunicación extintiva en los despidos colectivos, el TS entiende que es preceptiva la aplicación del criterio de la literalidad, de modo que la expresión «causa» utilizada por el artículo 53.1 a) del ET debe ser interpretada en referencia a los criterios que permiten el despido objetivo, es decir, a las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

Así, la existencia de un proceso negociador que finaliza con acuerdo garantizaría sufi-cientemente el derecho de defensa de los trabajadores individualmente considerados. Por lo que el TS rechaza la posibilidad de dar un contenido complementario a la carta de extin-ción individual del despido colectivo.

Sin embargo, esta cuestión no quedaría totalmente resuelta cuando el periodo de con-sultas es negociado por una comisión *ad hoc*, en la que los trabajadores no tienen conoci-miento o información suficiente, siquiera para solicitar la intervención de la autoridad laboral, como «garantía» de ese proceso negociador que finaliza con acuerdo, y carecen, muy po-siblemente, del respaldo suficiente para llevar a cabo una adecuada negociación.

Ciertamente, esta actuación debería estar sometida a un control más exhaustivo, bien por parte de la autoridad laboral en su función de asesoramiento y mediación, bien a través de una regulación *de lege ferenda* que solucione la problemática existente en aquellas empresas en las que no existen órganos de representación de los trabajadores, o en las que negocia la comisión *ad hoc*, pues estos se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad cuando se pone en juego la extinción de su contrato de trabajo.

3. En idénticos términos, respecto de la reproducción de los criterios de selección y su concreta aplicación se ha pronunciado el TS, argumentando que hay que distinguir las exigencias de la comunicación cuando ha existido un proceso negociador, tal cual sucede en el procedimiento de despido colectivo, hasta el punto de que se debe conectar lo acaecido en el periodo de consultas con la comunicación individual, rebajando las exigencias interpretativas para los casos de extinciones objetivas individuales o plurales, siendo suficiente en el caso del despido colectivo si su contenido se contextualiza, admitiendo la suficiencia de la comunicación extintiva cuando la misma se refiere al acuerdo alcanzado con los representantes en el marco de un expediente de regulación de empleo, salvo, como se ha visto, cuando el despido colectivo afecte a trabajadoras embarazadas.

Sin embargo, como he señalado, parece más adecuado exigir al empresario la puesta a disposición del trabajador, a través de la comunicación extintiva, de la concreción de los criterios de afectación y, en especial, el resultado de su aplicación respecto del conjunto de trabajadores potencialmente afectados, pues es una información muy relevante a efectos de impugnación, ya que estos también deberán ser demandados; y difícilmente el trabajador afectado podrá articular esta acción si desconoce los concretos criterios de afectación.

4. Por último, considero necesario *de lege ferenda* una modificación del régimen jurídico del despido objetivo cuando este deriva de un despido colectivo, tanto en el terreno sustantivo *ex artículo 53 del ET*, como procesal *ex artículos 122 y 124 de la LRJS*; modificación que incluya con específica precisión, por una parte, los requisitos formales que ha de contener la carta de despido cuando el mismo se produce en el marco de un despido colectivo y, por otra, que prevea en su régimen jurídico las causas de nulidad establecidas por la norma procesal, que se han puesto de relieve en este estudio.

Asimismo, considero que la suspensión de la acción individual cuando ha habido impugnación colectiva en los supuestos en que el objeto del proceso es estrictamente individual, y no puede discutirse en el proceso colectivo, debería reconsiderarse, pues atenta contra las normas internacionales que establecen el derecho de todo trabajador a que su causa sea oída en un tiempo razonable, porque en la mayoría de las ocasiones el tiempo que transcurre hasta que finaliza el proceso colectivo es demasiado largo, pudiendo transcurrir años, si existen recursos, hasta que recae sentencia firme en ese proceso colectivo, lo que, a mi juicio, atenta contra el derecho de tutela judicial efectiva.

Referencias bibliográficas

- Agustí Maragall, J. (2014). La exigencia informativa en la comunicación individual de extinción por despido colectivo ex artículo 51.4 ET. *IUSLabor. Revista d'Anàlisi de Dret del Treball*, 1, 1-16. <https://raco.cat/index.php/IUSLabor/article/view/274201>
- Alfonso Mellado, C. L. (2012). Reforma laboral y ley reguladora de la jurisdicción social. *Revista de Derecho Social*, 57, 263-278.
- Ballester Laguna, F. (2013). El despido colectivo en el Real Decreto-Ley 11/2013, de 2 de agosto. *Actualidad Laboral*, 11, 1-12 (versión electrónica).
- Cavas Martínez, F. (2019). Formalización de la extinción individual del contrato derivada de un despido colectivo. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 216, 65-94.
- Cruz Villalón, J. (2004). Forma del despido disciplinario. Requisitos ordinarios: la carta de despido. En J. Gorelli Hernández (Coord.), *El despido. Análisis y aplicación práctica* (pp. 173-183). Tecnos.
- Fernández Avilés, J. A. (2018). Afectación de trabajadora embarazada por un despido colectivo: nuestra tutela «preventiva» es insuficiente. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de febrero de 2018, asunto C-103/16. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 425-426, 152-162. <https://goo.gl/UeHoxc>
- García-Perrote Escartín, I. (2016). El despido: puntos para el debate. *Derecho de las Relaciones Laborales*, 3, 273-284.
- García Viña, J. (2013). Los sujetos titulares de las consultas. Legitimación negocial. En Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, *Los periodos de consulta. XXVI Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva* (pp. 19-60). Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/sec_trabajo/ccncc/B_Actuaciones/Jornadas/XXVI_JornadasNegociacionColectiva_2013_CCNCC_Ponencias.pdf
- Godino Reyes, M. (2018). Nuevamente sobre el contenido de la carta de despido realizado en ejecución de un despido colectivo. ¿Controversia agotada? *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 425-426, 145-151. <https://goo.gl/Ct2Y73>
- Maneiro Vázquez, Y. (2020). La cosa juzgada en el proceso especial de despido colectivo y su encaje en el derecho de la Unión Europea. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 443, 65-96. <https://bit.ly/2Ue3F0M>
- Quintero Lima, M. G. (2016). El contenido de la comunicación individual de la extinción del contrato en el marco de procedimientos de despido colectivo: una cuestión aún litigiosa. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 219/2016, de 15 de marzo de 2016. *Revista de Información Laboral*, 5, 1-11 (versión electrónica).

