

**IMPUGNACIÓN INDIVIDUAL DEL DESPIDO COLECTIVO. SOLICITUD DE
NULIDAD POR APLICACIÓN DE LAS REGLAS 3ª Y 4ª DEL ART. 124.13 A)
LRJS. VALOR REFORZADO DEL ACUERDO ALCANZADO EN ERE**

**(Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sección 1ª, de 22 de mayo
de 2015; Recurso de Suplicación núm. 204/2015)**

ALEMANY ESCALONA & DE FUENTES

EVA MARÍA HERNÁNDEZ VELASCO

Socia

RESUMEN

En el presente caso se analiza la impugnación individual de un despido, tras haberse negociado un despido colectivo que concluyó con acuerdo. Se pide la nulidad por, entre otras razones, haber estado la parte actora en situación de paternidad en el periodo de los 9 meses previos al despido. El juez *a quo* declaró que el despido era procedente y el TSJ de Madrid confirmó dicho fallo.

Cabe destacar que la sala del TSJ se refiere de manera expresa a lo insólito de que el legislador no diferencie cuando se trata de la impugnación individual del Expediente de Regulación de Empleo («ERE»), entre el que terminó con acuerdo y el que no, así como el que se establezca la misma redacción sobre motivos de impugnación colectivos e individuales. No obstante, tal y como se verá, el TSJ resuelve cada cuestión planteada por la aplicación de las reglas 2ª, 3ª y 4ª del artículo 124.13 a) sobre la base, precisamente, de la existencia de dicho acuerdo.

Nos asalta, pues, una duda sobre la que insistiremos en el presente comentario, que necesariamente pasa por hacer una abstracción para dar respuesta a la siguiente pregunta: ¿cuál hubiese sido el signo del fallo para el caso de que el periodo de consultas no hubiese sido con acuerdo? y la consiguiente reflexión, que se desarrollará con más detalle a lo largo de este comentario, de que donde la Ley no diferencia parece que el Juzgador sí lo hace.

ABSTRACT

The sole person holds an individual claim against a collective dismissal procedure which led to an agreement. He backed up his statement pointing out his paternity leave in the 9 months prior to that dismissal. That person inquires to proceed to a void dismissal. The lower court judge declared that the dismissal was fair upholding the lack of unfair dismissal.

There is a need to emphasize that the High Court of Justice of Madrid refers explicitly to the fact that legislature does not differentiate when it comes to an individual undergoing the retrenchment process leading to an agreement or a collective dismissal process. However, the High Court of Justice resolves each issue raised by the application on grounds of the rules 2, 3 and 4 Article 124.13 a), based on the existence of an agreement.

We have a doubt about the following. What would have been the indicator of failure in the case whether the consultation period had not been in accordance with an agreement or subsequent reflection to be held in more detail throughout this comment? It turns out that where the law does not differentiate, the Judge does indeed.

I. HECHOS

En el seno de un grupo de empresas multinacional integrado por más de 20 sociedades se procedió a hacer una reorganización global. En el caso concreto, el trabajador demandante prestaba servicios para la empresa sita en España (la «Compañía»).

El trabajador empezó a prestar servicios para la Compañía como ingeniero estando asignado en diferentes obras del Grupo, no sólo en España sino a nivel internacional. Posteriormente, fue expatriado a Argelia y también a Portugal para el desarrollo de un proyecto, prestando servicios para la filial del Grupo en dicho país. El mencionado proyecto tenía asignada una duración inicial mínima, pero el trabajador tuvo que regresar a España por su paternidad y continuar realizando funciones para el proyecto desde España.

La Compañía, a finales del año 2013 comunicó al Comité de Empresa el inicio del periodo de consultas, procediéndose a la constitución de la Comisión Negociadora del proceso de despido colectivo por causas organizativas y productivas y finalizando con acuerdo a finales de febrero de 2014.

El trabajador demandante fue incluido en el despido colectivo mencionado en el párrafo anterior, al no ser posible mantener su puesto de trabajo como consecuencia de la finalización de la obra a la que se encontraba adscrito y al no existir carga de trabajo suficiente ni nuevo puesto de trabajo que ofrecerle por la falta de obra nueva.

Por otro lado, en la carta de despido donde se le comunicó al trabajador que iba a ser afectado por el despido colectivo se recogía que los criterios objetivos de selección para proceder a la extinción de su contrato de trabajo eran puramente funcionales y que llevaban a que fuese amortizado su puesto de trabajo frente al de otros compañeros. Junto con la comunicación escrita se le entregó la memoria y el acta final y se le ofrecía la posibilidad de acceder a todos los documentos aportados en la negociación del mencionado despido colectivo.

Entre estos documentos, en cuanto a la documentación adicional entregada a los representantes legales de los trabajadores y la Autoridad Laboral al inicio del periodo de consultas se recogían una serie de criterios de selección (funcionalidad, cualificación profesional, polivalencia y experiencia) que no vuelven a ser mencionados por la Compañía ni siquiera en el acta final del periodo de consultas y, adicionalmente y como criterio ordenador de dicha selección de trabajadores, el respeto a los trabajadores que se encontrasen protegidos por circunstancias personales y familiares, como es el caso del actor. Compromiso empresarial que se encontraba refrendado por los actos que la Compañía llevó a cabo durante y posteriormente al periodo de consultas y al acuerdo con la parte social, pero que sin embargo no constaban en el acuerdo final.

A los pocos días de haber finalizado el periodo de consultas con acuerdo, el Comité de Empresa hizo un comunicado a los trabajadores de la Empresa, a través de una nota informativa donde se recogía que no se habían respetado los compromisos de la Compañía de valorar la experiencia y la polivalencia, ni se había tenido en cuenta la situación personal y familiar de las personas afectadas, como era el caso del actor.

Por todo lo anterior, atendiendo a la situación de paternidad que había disfrutado, a los compromisos no reflejados en el acta final, a la indebida aplicación de los criterios de selección, a la carencia en la entrega de determinados documentos del Grupo, el trabajador decidió demandar por el procedimiento de impugnación ex. art. 124 13 a) de la LRJS aun cuando no hubo impugnación colectiva sin que hubiese demandado la representación de los trabajadores firmantes de la nota informativa. El resultado de la sentencia de instancia fue de declarar la procedencia del despido no considerando que las empresas codemandadas fueran un grupo de empresas a efectos laborales estimando, por tanto, la excepción procesal planteada de falta de legitimación pasiva.

Posteriormente en vista del referido fallo, el actor decidió presentar RSU poniendo en cuestión la absolución de la Compañía. La resolución jurídica que resuelve el RSU mencionado es la de la sala de lo Social del TSJ de Madrid de fecha 22 de mayo de 2015 (núm. recurso: 204/2015; Ponente: Moreno González-Aller, Ignacio) y constituye la sentencia de análisis (la «**Sentencia**»).

II. RESOLUCIÓN JURÍDICA

Se plantea en el proceso diferentes cuestiones que se resuelven en favor de la Compañía sobre la base, precisamente del «valor reforzado» de los acuerdos en los despidos colectivos en relación con su posible impugnación individual posterior.

Las razones del despido colectivo alegado del que trae causa la impugnación individual del mismo fueron de tipo productivo y organizativo, por la alarmante caída de la cifra de negocio en el mercado nacional, con un evidente trasfondo económico que también se alegó en la carta de despido entregada al empleado. En la carta se refieren abundantes cifras financieras y contables, así como se expone con detalle cuáles fueron los criterios de selección seguidos en el citado ERE que se cerró con acuerdo, insistimos en este dato como determinante del fallo.

Asimismo se adjunta la memoria y los términos de acta final y se pone a disposición el resto de las actas habidas en el periodo de consultas previa petición a la dirección general de trabajo. La carta de despido a juicio del juzgador y del TSJ es completa y no genera indefensión.

Nos parece de especial interés esta sentencia porque se analiza de manera muy detallada la interpretación y alcance del artículo 124 de la LRJS en relación con la impugnación de los despidos objetivos; regulación esta que, dicho sea de paso, ha sido objeto de una profunda transformación en los últimos años, con más de cuatro modificaciones desde el año 2012 pero que a fecha del despido del actor (en febrero de 2014) ya estaba vigente la actual redacción. En particular en el artículo 124 en su apartado 13 a) las reglas 4ª y 3ª cuyos términos se refieren a la nulidad, así como sobre la regla 2ª. El TSJ hace un estudio detallado de estas reglas, destacando en su fundamentación jurídica la importancia de los acuerdos en los despidos colectivos con un nivel de intensidad mayor al que ofrece TS (sentencias de 25 de junio de 2014 núm. recurso 165/2013, Ponente: Alarcón Caracuel, Manuel Ramón; así como en la más reciente de fecha 24 de febrero de 2015 núm. recurso: 165/2014, Ponente: Salinas Molina, Fernando). De ahí, la práctica inexistencia en la Sentencia a las alegaciones que hizo la parte actora en relación con la impugnación de la procedencia de las razones organizativas y productivas alegadas en la carta de despido por inexistencia de causas objetivas.

Por otro lado, resulta contundente la afirmación del TSJ en cuanto a que no puede considerarse como compromiso u obligación de la Compañía aquello que no consta de manera expresa en el acta del acuerdo que pone fin al periodo de consultas. La documental aportada correspondiente al periodo de consultas con manifestaciones en relación con la existencia de un colectivo protegido de manera expresa, refiriéndose a la maternidad (y, por ende, de paternidad) no se registró ni como compromiso ni como obligación y, por consiguiente, para el TSJ habrían de entenderse como no puestos.

Asimismo, se analiza también, la prueba aportada en relación con la arbitrariedad o abuso en cuanto a la aplicación de los criterios de selección. En este sentido tendiendo la parte actora el *onus probandi* consistente en dar un indicio de discriminación, siendo muy conveniente realizar un juicio comparativo de contraste con los no afectados para fiscalizar que la decisión de la Compañía se ha hecho ajustándose a los límites de selección y que no ha habido discriminación.

Finalmente, a destacar la preferencia del TSJ a entrar en el fondo quedando a arbitrio de juez de instancia aplicar la *ficta documentatio*; el TSJ analiza con detalle la alegación contenida en el RSU de la parte actora de en relación con el apartado a) del artículo 193 de la LRJS analizando con buen detalle los efectos de la falta de aportación de determinada prueba documental que fue admitida por el juez *a quo* y que no se aportó en acto de la vista, pese a la solicitud del abogado del trabajador. De esta manera, el RSU que se interpuso por el trabajador pretendía la reposición de los autos al estado en el que se encontraban en el momento de cometerse la infracción de normas o de garantías del procedimiento al haberse generado indefensión, resolviendo la sala en sentido contrario.

Asimismo, se pretendía la adición de una serie de hechos, al amparo del art. 193 1.b LRJS, ninguno de los cuales fue admitido por el TSJ de Madrid en la Sentencia, por cuanto se dictaminó que carecían de transcendencia a los efectos de modificar el signo del fallo; así como se plantearon también otros tres motivos para la revisión o examen de cuestiones de derecho de conformidad con el art. 193 1.b LRJS. Todo ello merece un estudio por separado en el siguiente epígrafe.

III. COMENTARIO

En definitiva el debate fundamental se basa en determinar si el despido es nulo por cuanto la improcedencia del mismo técnicamente no sería posible al tratarse de un empleado que en los meses previos había estado en situación de paternidad ex. 55.5 c) del ET. En este sentido, se aborda este tema desde varias ópticas planteadas en el RSU, ya sea:

- (i) que la Compañía es mero empresario formal y la existencia de un «único empresario real» que es el Grupo, señalando que el ámbito de las causas debería haberse hecho considerando a ese empresario en su conjunto como grupo empresarial patológico y por ende, no se habría puesto a disposición de la documentación exigible en el art. 51.2 del ET, ex. art. 124.13 a) regla 3ª;
- (ii) que la prueba propuesta y admitida relativa a los informes emitidos por los diferentes directores y responsables de departamento como informes verbales,

haría que la Sentencia adolezca de incongruencia omisiva y de aplicación, en su caso, de la facultad de *ficta confesio*;

- (iii) que la aplicabilidad del artículo 124.13 a) regla 4ª en relación con las reglas de permanencia al no reconocerse a los trabajadores con mayores cargas familiares resultaría incumplida por no haberse seguido por la Compañía ese compromiso de no despedir al personal con situaciones familiares especialmente protegidas;
- (iv) que, asimismo, el 124.13 a) en su regla 2ª por la aplicación de los criterios de selección siendo el proceso individual el que corresponde cuando la selección sea sobre la base de criterios discriminatorios implicaría un aplicación arbitraria de los mismos.

Todas estas circunstancias devendrían en que el despido de no ser declarado procedente devendría nulo, por cuanto en el momento del despido no habían transcurridos más de 9 meses desde la fecha de nacimiento de del hijo por cuya razón el trabajador despedido estuvo disfrutando de un permiso de paternidad.

La Sentencia confirma el fallo de la de instancia y analiza, entre otras cuestiones, la interpretación y alcance del artículo 124 de la LRJS en su apartado 13 a) reglas 4ª, 3ª cuyos términos se refieren a la nulidad, ya sea porque: no se respeten las prioridades de permanencia que quedasen en el acuerdo alcanzado en el periodo de consultas (regla 4ª); o bien no se entregase la documentación prevista en el artículo 51.2 del ET y/o la decisión extintiva fuera discriminatoria, según lo establecido en el art. 122 de la LRJS (regla 3ª). Asimismo, en otro orden, se analiza la atribución de preferencias inadecuadas a determinados trabajadores (regla 2ª) que en el presente también derivaría en la nulidad del despido.

3.1. Sobre la inexistencia de Grupo patológico o Grupo de empresas a efectos laborales

3.1.1. El ámbito del despido colectivo no es el del Grupo

En cuanto a la declaración de que las empresas no constituyen un grupo de empresas a efectos laborales (en lo sucesivo, el «**Grupo**»), la sentencia de instancia lo desarrolla en detalle en su fj tercero, fundamento al que se remite directamente la Sentencia a fin de reproducir sus mismos términos. En este sentido, entre las alegaciones de la parte actora en relación con la nulidad del despido, se pretendía constatar que la Compañía demandada, que actuaba formalmente como empresario y que había sido el ámbito de afectación y negación del ERE, no era tal.

Así, sobre la base de la indubitada existencia de un Grupo mercantil, reconocida en la propia memoria del ERE, formada como decíamos en los Hechos, por más de 20 empresas, siendo la matriz una sociedad española y siendo la unidad de dirección muy intensa, la alegación de la parte actora se centra en la idea de que la posición empresarial debería extenderse no a todas las empresas pero sí al menos a las implicadas (la matriz y la que asumen de gestión directiva de hecho) y, por consiguiente el ERE debería haber sido negociado con el meritado Grupo. Asimismo, en contraste con los datos económicos aportados en la Compañía, datos que tal y como se indicaban en la propia carta de despido, eran meramente a efectos ilustrativos por cuanto la causa

alegada, era organizativa-productiva, la valoración de las mismas variable económicas en el Grupo se haría necesaria, por cuanto es doctrina unificada que la valoración de la causas económica en los supuestos de anormalidad en el funcionamiento del Grupo se debe valorar en su conjunto. De ser así efectivamente el período de consultas del art. 51.2 del ET no podía ser llevado a cabo por esa empresa aparente ya que si el período de consultas no se realiza con el empresario real, la conclusión no puede ser otra que la nulidad del despido colectivo conforme se deriva del citado artículo 124 LRJS (sentencia de 21 de mayo de 2015 núm. recurso 257/2014, Ponente: Sempere Navarro, Antonio Vicente).

No obstante, el juez de instancia y la sala del TSJ de Madrid interpretaron que a la vista de la prueba practicada/aportada, no se apreciaba en el caso el levantamiento del velo que descubra al grupo como verdadero empresario unitario.

3.1.2. De la no extensión de la responsabilidad a las empresas codemandadas

El que exista un cierto control sobre alguna de las empresas dominadas y aunque tengan objetos sociales complementarios, no se trata de factores de extensión de responsabilidad; por el contrario, cada empresa conserva su independencia en cuanto a patrimonios, sin perjuicio de las conexiones propias de un grupo de carácter mercantil y de la prestación desde la sociedad cabecera de determinados servicios corporativos.

Abundando en esa idea, no concurren los «factores adicionales» (sentencia del TS de 27 de mayo de 2013, núm. recurso 785/2012, Ponente: De Castro Fernández, Luis Fernando) para declarar la responsabilidad solidaria y, en su caso, defectos en la carta de despido al no constar datos de las empresas codemandadas, que podría llevar a la improcedencia del despido y en el presente caso, a la nulidad. A tenor de la reformulación de la doctrina tradicional no habría obligación de presentar documentación distinta a la entregada en el despido colectivo porque no concurren los elementos para la extensión de la responsabilidad; eso es, ni prestación indistinta de trabajo- simultánea o sucesivamente, en favor de varias empresas (confusión de plantilla), ni permeabilidad operativa patrimonio o unidad de caja (confusión de patrimonio), ni utilización fraudulenta de la personalidad jurídica o uso abusivo de la dirección unitaria con perjuicio para los derechos de los trabajadores (fraude de ley o abuso de la personalidad jurídica).

Además, en la Sentencia se expone que el periodo de consultas no se planteó esta injerencia, con lo cual es una cuestión nueva que la representación de los trabajadores pasó por alto y omitió claramente al firmar con acuerdo el acta final que pone fin a las negociaciones. Ante esta circunstancia resulta obvio el que en fase del RSU tampoco prosperase. De manera más contundente el TSJ en la Sentencia se refiere a la no aplicabilidad de la regla 3ª cuando aduce que la firma de un posible acuerdo convalida los posibles «defectos formales» (entendiendo por tales, entre otros, los relativos a la documentación pertinente a aportar).

3.2 Sobre la prueba documental: de la *ficta documentatio* y de la preferencia de que en suplicación se entre a conocer el fondo

3.2.1. El principio de la «ficta documentatio» como facultad del juzgador

Se pide por el trabajador despedido la nulidad de pleno derecho de la resolución del juzgado de lo social así como la reposición de las actuaciones al momento previo a la vista oral habida ante ese juzgado. Ello es así porque se entiende que se ha generado indefensión pues aun habiendo solicitado la práctica de determinada prueba admitida por el juez no se facilitó en el acto del juicio; en concreto, dicha prueba la forman determinados informes emitidos por directores y responsables de departamento que se refieren al criterio de funcionalidad, que es el criterio de selección prioritario según la carta de despido y la memoria adjunta a la carta (como ya explicásemos en los Hechos de este comentario, el despido se basa en su caso en «criterios puramente funcionales» según los términos literales de la carta).

Pues bien, a pesar de que en la vista oral no se manifestó «protesto» por cuanto que tal y como se dijo en juicio, dichos informes no se aportaron por inexistentes, en tal caso por el principio de «*ficta documentatio*» entiende la parte actora que se tendrían por no puestos siendo, pues, criterios arbitrarios y por ende, la nulidad del despido sería clara. En su defecto o subsidiariamente, se insiste en que deberían retrotraerse las actuaciones al amparo del art. 193 a) LRJS y volver al estado inicial de las actuaciones.

Sin embargo, el TSJ de Madrid resuelve en sentido bien distinto y así, atendiendo al escrito de impugnación de la representante de la Compañía y acudiendo a sus propios «criterios de convicción» (concepto más amplio que el de medios de prueba) resuelve que no hay incongruencia por cuanto que entiende como el juez de instancia, y dando credibilidad a la tesis de la Compañía, que no existían dicho informes en formato papel, sino que fueron evaluaciones realizadas internamente con responsables de área y de RRHH. En consecuencia, el TSJ no aplicó, como tampoco hiciese el *iudex a quo*, el principio o facultad discrecional de la *ficta documentatio* al valorar que la prueba sí ha sido practicada ya que de la litis se infiere como elemento de convicción que los informes no obran como medio tangible y que, por ende, no procede aplicar ese principio. A juicio de la Compañía, según se expone en el escrito de impugnación, la prueba sí se habría practicado siendo esa misma la interpretación de la sala.

3.2.2. De la posible resolución de extremos no resueltos en la sentencia de instancia bajo otros elementos de convicción

A pesar de que en la Sentencia no se admitió el motivo planteado al amparo del apartado a) del meritado art. 193 LRJS, lo cierto es que se refiere en muchas ocasiones a la posibilidad de que aún no valorando la prueba y en aras a no anular la Sentencia, sobre la base de la conducta empresarial en cuanto a la aportación de documental, la sala podría resolver sobre ese extremo dando preferencia a la resolución del fondo de litigio dentro de los términos en que aparezca planteado el debate.

Y nuevamente, se acude a una explicación que es denominador común de toda la Sentencia cual es que la afectación y posterior despido de los empleados así como las listas se presentaron a los representantes de los trabajadores antes de implementarse los despidos, sin que pudieran ser cuestionadas por el comité. Resulta este aspecto sin duda muy relevante para el TSJ que de nuevo insiste en el valor reforzado de un acuerdo alcanzado en el periodo de consultas que llega a decir que «convalida» los posibles defectos que haya podido haber en cuanto al deber de documentación y los criterios de selección, siempre que no exista fraude o vulneración de derechos fundamentales.

En este aspecto cabe destacar que las mencionadas listas son innominadas desconociendo, pues, en esos momentos la representación de los trabajadores el que posteriormente el que un empleado afecto por la selección de la Compañía venía de una situación de paternidad en los 9 meses previos. De ahí la importancia de los términos acordados en el acta final para, en su caso, poder acreditar la incorrecta aplicación en del criterio de selección, quedando siempre la posibilidad de que se pruebe al menos de manera indiciaria la existencia de discriminación siendo, pese a lo indicado en el párrafo anterior, legítimo accionar individualmente aquellos despidos frutos de un ERE si se detectan defectos constatables (sentencia del TS de 23 de abril de 2012, núm. de recurso: 77/2011; Ponente: de Castro Fernández, Luis Fernando).

3.3. Sobre la impugnación individual del despido colectivo por aplicación de la regla 4ª art. 124.13 LRJS

3.3.1. Del acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas, no reflejado en el acta final: se desestima la existencia de actuación empresarial torticera, ex. art. 6.4 del Código civil (fraude de ley) y art. 7.2 Código civil (abuso de derecho)

Merece especial referencia la solicitud de nulidad por incumplimiento del compromiso adquirido durante el periodo de consultas con un claro trasfondo de existencia de fraude de ley y de abuso de derecho en relación con los términos finales habidos en el acuerdo suscrito en el periodo de consultas. La parte actora alega que el compromiso adquirido según la documental aportada (las actas del periodo de consulta y las nota informativas referidas en los hechos de este comentario) realmente consistió en dar protección a un colectivo protegido (maternidad y, por ende, paternidad) pese a que en el acta final no se reflejase.

No obstante, la posición del TSJ en la Sentencia en relación con las alegaciones de la parte actora sobre las peticiones realizadas por la parte social o representantes de los trabajadores durante el periodo de consultas, es una posición pétrea en el sentido de que aquello que no se incluyó en el acta final del Acuerdo se tiene por no puesto. Resuelve en el sentido de que el acuerdo pone fin al periodo de consultas entre la empresa y los representantes de los trabajadores y que tiene por tanto la *«misma eficacia entre las partes que un convenio colectivo»*.

A partir de un documento que obra en el Expediente del ERE se insiste en lo que es la piedra angular ya que en el mismo no sólo se indican cuáles son los criterios que se reproducen asimismo en la memoria, sino que además hay un compromiso explícito de la Compañía en relación con prioridad de permanencia de aquellos empleados que estuvieran en situación recogida en el art. 55.5 del ET, en despido objetivo homónimo en el 53.4 del ET que, en su apartado c) refiere explícitamente a la paternidad.

Al amparo del art. 13.2 del Real Decreto 1483/2012 de 29 de octubre por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y de reducción de jornada se permite dar una prioridad de permanencia en la empresa a aquellos trabajadores con cargas familiares (siempre y cuando la empresa asuma dicho compromiso) y se aportan interesantes documentos, alguna actas habidas en el periodo de consultas, notas informativas del comité y en especial un documento firmado por la dirección general y que no se reproduce en el acta final en el que se establece que en relación con los criterios de selección -términos literales- que *«la*

Empresa ha tenido en cuenta (para no despedir) los casos en los que concurre cualquier tipo de preferencias o prohibiciones legales o causas de discriminación (...) de conformidad con las causas que contemplan los artículos 55.5 y 52c (55.5 apartado c ref. el permiso de paternidad). La empresa ha respetado los empleados que se encuentran legalmente protegidos por circunstancias personales o familiares, y en este sentido (ejemplifica que se ha protegido el colectivo de embarazadas y las que han dado a luz en los últimos meses) (...) evitar el despido de determinados colectivos de trabajadores». En este sentido base decir que si era intención de las partes, debió de plasmarse en el acuerdo, tal y como se hizo en el supuesto reflejado en la sentencia de TSJ de Asturias de 31 de octubre de 2013, núm. de recurso: 1755/2013; Ponente: de Prado Fernández, Francisco José, donde de manera explícita la empresa asumía el compromiso de respetar a los trabajadores con mayores cargas familiares.

Por otro lado, se insiste en que es de importancia capital saber que en ese momento la representación de los trabajadores desconocía quienes estaban incluidos en el listado del ERE, y que la asamblea de trabajadores bien pudo firmar en la idea de que los trabajadores con cargas familiares no quedarían incluidos.

Sin embargo la Sala, hace caso omiso del documento referido y transcrito parcialmente, y resuelve que de la prueba practicada no se infiere indicio alguno de fraude o de abuso de derecho, así como que las negociaciones se hicieron con normalidad. En especial porque no hubo ninguna queja formal por parte de los representantes de los trabajadores ni de la autoridad laboral. En la misma línea en el f.º noveno de la Sentencia del TS de 24 de febrero de 2015, núm. de recurso: 165/2014, Ponente: Salinas Molina, Fernando, donde explica en detalle estas figuras «*fraude de ley*» y «*abuso de derecho*» y donde se concluye que el contenido del acuerdo alcanzado es claro y que por tanto no se deduce, sin que quepa la presunción del mismo.

3.3.2. De la falta de legitimación pasiva de la representación de los trabajadores

A diferencia del texto actualmente en vigor, esto es antes de la aprobación del RDL 11/2013 para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, se preveía que la acción individual tenían que ser demandados los representantes de los trabajadores cuando la medida contase con la conformidad de los mismos o lo que es igual cuando hubiesen finalizado con pacto (como es el caso) en cuyo supuesto había que extender la condición de demandante también a los firmantes del acuerdo. Con la nueva redacción adoptada por el RD 11/2013 art. 11 que reproduce literalmente la consiguiente Ley 1/2014, y que resulta aplicable en el despido que se analiza en la Sentencia, ha desaparecido dicha previsión legal y por tanto, no se reputa exigible que se demande a los representantes de los trabajadores que suscribieron ese acuerdo. No obstante, en supuesto como el de estudio en el que se infiere una posible actuación no diligente (al menos para la parte actora) bien pudo interesar tramitarlo de esa manera por cuanto es a la representación de los trabajadores como parte a la que se imputa que no se recogieran en el acta final.

Sin embargo, el hecho de que en el acta final no se recogiera se entiende por parte del TSJ que no es un criterio de preferencia y que por tanto no serán considerados. La actora insiste en que había unos criterios de selección que también constaban en la memoria pero que no se incluyeron en el acta final. En ese sentido, habría tenido sentido la versión previa a la redacción actual de dicho texto para demandar asimismo al

comité, destacar la negligencia de estos y declarar nula la aplicabilidad del ERE a las personas en situación de paternidad, y todo ello pese a que la representación de los trabajadores firmase con acuerdo.

3.4. Sobre la impugnación individual del despido colectivo por aplicación de la regla 2ª art. 124.13 LRJS

Cuando los criterios de selección fijados en la decisión de despido colectivo se hayan incumplido o aplicado incorrectamente hay que acudir a esta regla 2ª ampliándose la legitimación pasiva. Efectivamente, si el objeto de debate versa sobre preferencia atribuida a determinados trabajadores también se les debe de demandar.

En un ángulo distinto a los anteriores, con carácter subsidiario, se plantea en la Sentencia el que en la aplicación individualizada de los criterios de selección se debe de hacer un juicio comparativo de contraste con los no afectados para fiscalizar que la decisión de la empresa es ajustada. En estos casos la carga de la prueba recaerá siempre sobre el trabajador, como se aprecia en el caso de la Sentencia. Efectivamente, así se explica en el caso de objeto de comentario, recayendo sobre el trabajador no sólo la alegación sino también la prueba de dicha arbitrariedad. No en balde entre los documentos aportados se exhibió un listado de trabajadores despedidos, siendo la gran mayoría de los afectados trabajadores de entre 30 y 49 años con responsabilidades familiares (paternidad o maternidad).

Sobre este asunto el TSJ reconoce la facultad o libertad de elección de la Compañía cuando teniendo la posibilidad de escoger entre varios afectados opta por aquel que mejor se adapta a las necesidades de negocio. La posterior concreción de los trabajadores despedidos es competencia propia del empresario, limitada por el contenido de la previa decisión empresarial de despido colectivo. El TSJ de Madrid legitima dicha actuación siempre y cuando no exista vulneración de derechos fundamentales, lo que no sucede en el caso de la Sentencia cuando concurre la causa invocada en la carta de despido habiéndose concluido el periodo de consultas con acuerdo, de manera que el criterio de la sala es que «no puede» declararse nulo.

IV. CONCLUSIONES

A partir del Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral se inicia una reforma del régimen jurídico del despido colectivo y se rubrica la sección 2ª del Capítulo del Título II del Libro II de la LRJS, bajo el título «*Despidos colectivos por causas económicas, técnicas o de producción o derivadas de fuerza mayor*» destacando la posibilidad de que cuando el despido colectivo no haya sido impugnado de manera colectiva por la representación de los trabajadores se puede, no obstante, impugnar individualmente a través del procedimiento del art. 124 de la LRJS que contiene una serie de reglas específicas. Y son dichas reglas, precisamente, en las que se basa la parte actora del caso analizado en la Sentencia, para solicitar la nulidad del despido.

En este sentido, el TSJ de Madrid se apoya de manera muy relevante para el signo del fallo de la Sentencia en la circunstancia no contemplada en el meritado artículo de que se está en un contexto de despido colectivo «con acuerdo», dándole un evidente «valor reforzado» a este hecho. Cada motivo planteado en el RSU por aplicación directa de

esas reglas específicas es desestimado, no siendo casualidad el que se tenga de «telón de fondo» la aceptación cualificada de la gran mayoría de la representación social a la decisión extintiva de la Compañía.

Abundando en esa misma idea es de destacar la sorpresa por parte del TSJ de Madrid (en el f.º séptimo emplea el término «*insólitamente*») de que el legislador no diferencie entre cuando se termina el ERE con acuerdo a cuando no es así, poniendo en duda de forma indirecta el que se pueda entrar a valorar en sede de impugnación individual la causa del despido cuando se terminó el periodo de consultas con acuerdo. En este sentido, la sala del TSJ continúa su línea argumental, ya consabida en otras sentencias, consistente en hacer una aplicación analógica del art. 41.7 ET; cabe recordar que en este precepto el legislador sí presume la existencia de causa en el caso de modificación sustancial de condiciones de trabajo, de tal manera que «*cuando el período de consultas concluye con acuerdo no cabe cuestionar la efectiva concurrencia de las causas invocadas, salvo que el acuerdo incurra en dolo, fraude, coacción o abuso de derecho o vulnerar derechos fundamentales o no le sea de aplicación a la parte*» (entre otras, la sentencia del TSJ de Madrid de 16 de enero de 2015, núm. recurso: 432/2014; Ponente: Gascón Vera, Luis).

No obstante, no podemos coincidir con el criterio taxativo del TSJ de Madrid expresado en el párrafo anterior que se resume en el siguiente aforismo: «cuando el ERE terminó con acuerdo no cabe entrar a valorar las causas», puesto que de una interpretación literal del precepto la conclusión a la que se llega es que la Ley no prohíbe impugnar en el proceso individual las causas del despido (en el caso de la Sentencia, las razones organizativas y productivas); sin perjuicio de la doctrina del TS expuesta en el presente comentario (apartado II sobre Resolución Jurídica) sobre la dificultad evidente y añadida de acreditar la inexistencia de dichas causas ya que la incidencia del acuerdo alcanzado será evidente. Atendiendo a lo anterior coincidimos con el criterio del TS y nuestra opinión es que, en cuanto a la revisión de la concurrencia o no de las causas objetivas del despido, nos debemos de situar, pues, en sede de «dificultad» (mayor o menor, según los casos) pero no de «imposibilidad», pues lo contrario sería ir en contra de la Ley o interpretarla de manera extensiva e *in peius*.

Finalmente, cabe destacar que esta Sentencia es un buen modelo de la correcta hoja de ruta a seguir en todo despido colectivo. Por un lado, habrá que ser muy precisos en los términos del acta final que a los efectos es como un convenio colectivo se tratara (no en balde se dice que «*tienen valor de convenio colectivo*») de manera que lo no pactado en dicha acta no se tiene que tener como puesto. En el caso de análisis, véase los trabajadores en situación de paternidad o en situaciones familiares especialmente protegidas a quienes si en algún momento del periodo de consultas se les reconoció efectivamente como personal no incluido en el despido, al no plasmarse ese compromiso en el acta final, no se les reconoce ese derecho ni por el juez de instancia ni por la sala. De otro lado, también se exige rigor en cuanto al contenido de la carta de despido objetivo, ya que además de que el contenido sea «*claro, inequívoco y suficiente*» en el caso de que dicho despido derive de un despido colectivo habrá que actuar con la debida prudencia para conseguirlo. A tal fin es un mecanismo muy oportuno el adjuntar documentación soporte (véase como en la comunicación extintiva que se reproduce en la Sentencia, se anexaba el acta final y la memoria) aplicando, así, la sentencia dictada días antes de la que se analiza, esto es, la sentencia del TS de 12 de mayo de 2015, núm. recurso 1731/2014; Ponente: Salinas Molina, Fernando.

ABREVIATURAS

Art.	Artículo
ET	Estatuto de los Trabajadores
fj	fundamento jurídico
LRJS	Ley Reguladora de la Jurisdicción Social
núm.	número
RSU	Recurso de Suplicación
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia