

LA EXIGENCIA INFORMATIVA EN LA COMUNICACIÓN INDIVIDUAL DE EXTINCIÓN POR DESPIDO COLECTIVO *EX* ARTÍCULO 51.4 ET

UNA REFLEXIÓN RESPECTO DE LAS RECIENTES -Y CONTRADICTORIAS- SENTENCIAS DEL TSJ MADRID 9.1.2014 Y DEL TSJ CASTILLA-LEÓN 16.1.2014 RELATIVAS AL DESPIDO COLECTIVO DE BANKIA

Joan Agustí Maragall
Magistrado especialista, titular JS nº 33 Barcelona
Profesor asociado UAB

Abstract

En el presente estudio analiza las recientes –y contradictorias– sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Madrid de 9.1.2014 y Castilla-León 16.1.2014 relativas al despido colectivo de Bankia. En concreto, la exigencia informativa en la comunicación individual de extinción por despido colectivo *ex* artículo 51.4 ET.

This paper analyzes the recent –and contradictory– decisions of the Justice Superior Court of Madrid 9.1.2014 and Castilla-León 16.1.2014 regarding the collective bargaining in Bankia. Specifically, it analyzes the requirement of individual communication of extinction of the employment contract in a collective dismissal ex section 51.4 of the Worker’s Statute.

Title: The informative requirement on individual communication of extinction for collective dismissal *ex* section 51.4 ET

Palabras clave: despido colectivo, comunicación individual.

Keywords: collective dismissal, individual communication.

Sumario

1. La cuestión ya pacífica: la exigibilidad de la comunicación escrita establecida en el artículo 51.4 ET.
2. El debate actual en la jurisprudencia: la exhaustividad informativa exigible. El caso “Bankia” como ejemplo.
 - 2.1. La tesis de la sentencia de 23.7.13 del Juzgado de la Social nº 33 de Madrid.
 - 2.2. La sentencia del TSJ de Castilla-León (Burgos), nº 12/14, de 16.1.2014.
 - 2.3. Otro obligado referente: la sentencia nº 3872/2013 de 31.5.13 del TSJ de Catalunya.

3. El primer elemento determinante de la cuestión: el alcance de la impugnación individual del despido colectivo *ex* artículo 124.13 LRJS.
 - 3.1. El ámbito general –y no estrictamente individual– de la impugnación individual.
 - 3.2. La relevancia procesal del acuerdo en el período de consultas
 - 3.3. La limitada subordinación de la impugnación individual a la colectiva.
 - 3.4. El ámbito individual de la afectación y su mayor exigencia informativa.
4. El segundo elemento determinante: el artículo 105.2 LRJS. La prohibición de alegación de hechos nuevos por la demandada en el acto del juicio.
5. A modo de conclusión: la necesaria exhaustividad informativa en la comunicación de afectación individual.

1. La cuestión ya pacífica: la exigibilidad de la comunicación escrita establecida en el artículo 51.4 ET

El apartado 4º del artículo 51 ET, en la versión actual, después del RDL 11/2013, dispone que “[a]lcanzado el acuerdo o comunicada la decisión 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 de esta Ley.” La sustitución del término “notificará”, en el RDL, por el de “podrá notificar” en el redactado de la Ley 3/2012, planteó la duda inicial de si el legislador había querido convertir en opcional o facultativa la exigencia formal –la notificación individual del despido conforme a los requisitos exigidos en el artículo 53.1 ET– que en el RDL 3/2012 tenía carácter imperativo. Pero, como era de esperar, ahora mismo hay general consenso respecto de la exigibilidad de la comunicación escrita como única interpretación del precepto congruente con el actual marco normativo del despido colectivo (y con los artículos 24 y 35 CE y el Convenio 158 OIT), y que el sentido del equívoco término “podrá” es el de indicar el orden cronológico del proceso extintivo y el carácter facultativo de la decisión última del despido “individual”: solamente después de alcanzado el acuerdo o comunicada a los representantes la decisión extintiva, “podrá” el empresario notificarla individualmente a los trabajadores afectados, notificación que –en todo caso– deberá cumplir las exigencias del artículo 53.1 ET, tal como se ordena acto seguido en el mismo precepto.

La segunda duda inicial –la de si esta obligación de comunicación individual era exigible en todos los casos o solamente cuando el despido colectivo fuera por decisión unilateral del empresario– se ha desvanecido con el nuevo redactado del artículo 51.4 ET, resultante del RDL 11/2013, que explicita claramente la obligación en ambos supuestos, con o sin acuerdo extintivo final en el despido colectivo.

2. El debate actual en la jurisprudencia: la exhaustividad informativa exigible. El caso “Bankia” como ejemplo

Partiendo de este carácter preceptivo y no facultativo de la notificación individual del despido, el debate actual se centra en el alcance y exhaustividad informativa de dicha comunicación escrita. La controversia se ejemplifica en el despido colectivo de “Bankia”, respecto del cual dos recientes pronunciamientos de Tribunales Superiores han interpretado de manera antagónica la exigencia informativa de la comunicación individual de afectación.

2.1. La tesis de la sentencia de 23.7.2013 del Juzgado de la Social nº 33 de Madrid

Así, la sentencia del TSJ de Madrid nº 8/14, de 9.1.2014, aunque con manifiesta omisión de razonamiento alguno al respecto, ha confirmado la sentencia de 23.7.2013 del Juzgado de la Social nº 33 de Madrid, que sí aborda explícitamente la cuestión de la suficiencia informativa de la comunicación individual en el despido colectivo de Bankia, limitada a una carta tipo, igual para todos los empleados, en la que, después de referir el acuerdo alcanzado en el período de consultas, se efectúa una genérica remisión a los criterios de afectación, sin la menor referencia a su concreta aplicación.

La sentencia de instancia, aun reconociendo que *“el contenido de tal comunicación podría haber sido más precisa y que un plausible ejercicio de transparencia por la parte empresarial habría significado la remisión a cada despido 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)”*, concluye afirmando 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 ET (FFJJ 7º), conclusión que fundamenta en dos consideraciones que –que en su parte más relevante– se exponen a continuación, sin perjuicio de ulterior comentario:

“Es sabido que en los procedimientos de despido se invierte por disposición legal la carga de la prueba desde el momento en que quien demanda no es quien debe acreditar las causas de su pretensión en orden a la antijuricidad del despido, sino que es el empresario, artículo 122.2 LRJS. Y si éste... ostenta la potestad para seleccionar los trabajadores despedidos, las causas de oposición a tal selección se presentan en el proceso como causas obstativas y enervantes de la medida adoptada, artículo 217.3 LEC, cuya carga probatoria corresponde a quien las invoca, en este caso el demandante.

(...) Quien frente a una decisión sin duda dotada de una dosis de discrecionalidad como es la que se confiere al empresario al momento de seleccionar los despedidos, invoca arbitrariedad o apartamiento de los límites legales convencionales o contractuales, debe así acreditarlo.

Correspondía a la demandante y no a la demandada demostrar que en este caso su selección no respondió a los criterios objetivos fijados en el acuerdo con el que finalizó el período de consultas (...)

Ha sido objeto de verificación y debate en el acto de juicio, la circunstancia relativa a la selección de la demandante y ha quedado acreditado que presentaba una “nota” de calificación en el proceso de evaluación llevado a cabo en 2012 que justificaba su selección...”

A pesar de la admiración que profeso al magistrado autor de esta sentencia –uno de mis referentes en nuestra jurisdicción– por una vez no puedo compartir su criterio, ya que entiendo que subvierte las dos “cargas” –la informativa y la probatoria– al trasladarlas al demandante, cuando corresponden al empresario:

- Es al empresario a quien corresponde informar, en la comunicación de despido y con la necesaria concreción, de las razones o motivos que, en aplicación de los criterios de afectación establecidos, han determinado su concreta afectación (ex artículos 51.4 y 53.1 ET).
- Sólo con esta necesaria información previa puede el trabajador valorar la adecuación o no de su concreta afectación, y decidir su aceptación o impugnación.
- Ciertamente, corresponde al trabajador oponer “las causas de oposición” a su afectación, pero ello sólo será posible si, previamente y en la comunicación extintiva, el empresario ha justificado cumplidamente la misma, exigencia que no se cumple con la mera y genérica remisión a los criterios de afectación. Solamente si el trabajador conoce con antelación las razones o motivos de su concreta afectación podrá oponerse a las mismas.
- El déficit informativo en la comunicación extintiva no puede subsanarse en el acto del juicio por cuanto, paradójicamente, cuantas más explicaciones se den en juicio para justificar la afectación individual, más se pondrá de manifiesto la indefensión del trabajador, que –lógicamente– no puede contrastar tal información ni, por consiguiente, cuestionarla.
- Es más, en rigor procesal y en razón de la prohibición del artículo 105.2 LRJS, no debiera haberse admitido en juicio la acreditación de algo –la nota de calificación– que no constaba en la comunicación extintiva.

2.2. La sentencia del TSJ de Castilla-León (Burgos), nº 12/14, de 16.1.2014

Por el contrario, este criterio de “exhaustividad informativa” que definiendo sí se asume plenamente en la sentencia del TSJ de Castilla-León (Burgos), nº 12/14, que –respecto de idéntica comunicación escrita, referida a otro trabajador de Bankia afectado por el mismo despido colectivo– ha declarado su improcedencia en base a las siguientes razones:

“Así, pues, estima la Sala: a) que la carta ha de contener todos los hechos que permitan a quien la recibe y al juez hacer el juicio de razonabilidad sin que pueda

pretenderse en el juicio acreditar nuevos hechos, decisivos para justificar la extinción y que no constaban en la misma, pues ello coloca al trabajador en una clara situación de indefensión; b) el juicio de razonabilidad ha de atender a la adecuación y proporcionalidad de la medida desde la perspectiva de los intereses en juego; el del empresario a superar una situación negativa o a mejorar su posición competitiva y el del trabajador a conservar su puesto de trabajo; y c) en todo caso, esta es una materia enormemente casuística que obliga al examen del supuesto concreto, si bien partiendo siempre de la idea de que hay que exigir exhaustividad a la carta, sobre cuyos hechos hay que hacer el juicio de razonabilidad... ”.

Sin haber efectuado un rastreo exhaustivo, otros pronunciamientos en la misma línea, aunque referidos a otros despidos colectivos, son las sentencias nº 3110/2012 de 30.11.2012 y nº 684/2013 de 22.3.2013 del TSJ de Asturias y la de Navarra, (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm. 117/2013 de 26.4.2013.

2.3. Otro obligado referente: la sentencia nº 3872/2013 de 31.5.2013 del TSJ de Catalunya

Comentario aparte merece, también, la sentencia nº 3872/2013 de 31.5.2013 del TSJ de Catalunya. Me parece de sumo interés analizarla con detalle no sólo por el respeto que me merece el ponente de la sentencia, otro de mis referentes en la jurisdicción, sino porque aborda alguna de las cuestiones críticas objeto de la presente comunicación, resolviéndolas –ciertamente– en sentido distinto al que yo sostengo, aún compartiendo la misma cultura procesal. Discrepancia que, imagino, solo puede responder a la singularidad del caso y/o a la distinta perspectiva que sobre el despido colectivo nos confiere nuestra distinta posición jurisdiccional (en la Sala de suplicación, él, revisora de los despidos colectivos, procedimiento en el que no opera –por el ejemplo– la prohibición *ex* artículo 105.2 LRJS, fundamental –por contra– en las afectaciones individuales de las que debo conocer en la instancia).

Empieza, en su fundamento jurídico segundo, con una exhaustiva y rigurosa exposición de los criterios jurisprudenciales sobre la suficiencia de toda carta de despido que, por su rigor e interés, reproduzco íntegramente a pie de página,¹ sin perjuicio de discutir – más adelante– algunos de ellos.

¹ Escritura, expresión de la causa, suficiencia y no exhaustividad: “*Cuando la carta de despido, considerada en su contenido y no en atención a argumentos externos o hipotéticos es sobradamente suficiente para articular la defensa jurisdiccional del trabajador despedido no cabe la calificación de nulidad de despido, sino que es necesario entrar en la valoración de su procedencia o improcedencia. La doctrina correcta en este punto es la contenida en la Sentencia de esta Sala de 30-10-1989 que no exige exhaustividad en la consignación de las conductas imputadas, sino sólo indicación clara y concreta de*

La sentencia aborda la aplicación de tales criterios en un despido colectivo en el que las comunicaciones extintivas, por toda explicación, se limitan a invocar “*el Acuerdo alcanzado con las Secciones Sindicales dentro del marco del ERE*”, sin ni tan siquiera referir –ni que sea genéricamente– los criterios de afectación.

Declarada la procedencia del despido por la sentencia de instancia, el recurrente denuncia la infracción de los artículos 51.4, 53.1 ET y 122 LRJS “*por insuficiencia de la comunicación dado que en la misma no se indican los criterios por los que el*

las mismas de suerte que el trabajador pueda identificarlas para la articulación de su defensa jurisdiccional (Vid STS de 22 de febrero de 1993, 10 de marzo de 1987 y 7 de julio de 1986).

-La causa es equivalente a los hechos, de forma que no hay que confundir la causa con su prueba, y la empresa no está obligada a entregar los informes técnicos o pruebas de que disponga, sino sólo indicar los hechos concretos que justifican el despido(STS 10 de marzo de 1987 y 3 de noviembre de 1982)

- Basta que la carta refleje con claridad y de forma inequívoca las circunstancias esenciales que justifican la decisión adoptada permitiendo al trabajador tener un conocimiento cierto y sin dudas razonables de éstas de forma que pueda preparar su defensa.-

- La información ha de ser aún más plena en el despido objetivo que en el disciplinario , pues en éste el trabajador puede conocer ya las imputaciones , lo que no ocurre en la extinción por causas objetivas,, por lo que se exige que en la carta de despido consten los datos y elementos fácticos precisos para que el trabajador conozca suficientemente las razones esgrimidas para la extinción de su contrato y pueda preparar adecuadamente su defensa y oposición a los argumentos de la empresa (SSTSJ Catalunya núm. 2466/2005 de 18 marzo; de 6 de junio 2001 (Rollo 1727/2001) y 18 de abril de 2002 (Rollo 5313/2001)

-El nivel de concreción exigible no puede ser tal que haga desaparecer la libertad empresarial para organizar sus efectivos laborales, con el límite de que la decisión tomada no puede vulnerar los derechos fundamentales ni infringir las preferencias establecidas legal o convencionalmente. (Vid. STSJ Catalunya 3 enero 2007)

- El contenido exigible de la carta de despido es instrumental del derecho de defensa del trabajador y de las posibilidades de articulación de la misma que le ofrezca dicho contenido, debiéndose entender improcedente el despido cuando no se ofrece un contenido mínimo exigible para ejercitar dicho derecho. (Vid SSTSJ Catalunya Sentencia núm. 6223/2012 de 25 septiembre AS 2012\2489).Con tal propósito garantista, la normativa sustantiva y procesal constituye la referida causa como elemento delimitador del objeto probatorio del juicio de despido, puesto que "para justificar el despido, al demandado no se le admitirán en el juicio otros motivos de oposición a la demanda que los contenidos en la comunicación escrita de dicho despido" (arts.103.2 , 105.2 y LRJS) y de la carga probatoria del empresario al que le corresponde "la carga de probar la veracidad de los hechos imputados en la carta de despido como justificativos del mismo"(art. 120 en relación 105.1 LPL) o, utilizando los términos de la normativa procesal civil, "la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico" correspondiente a su pretensión (art. 217.2 de la supletoria Ley de Enjuiciamiento Civil ; derivadamente se configura como referencia, también, para fijar el concreto contenido de los hechos declarados probados de la sentencia (art. 97.2 LPL y 209.2ª LEC) y como determinador del sentido del fallo, pues la procedencia, en su caso, de la decisión extintiva ex art. 52.cET solamente deberá efectuarse, como de forma expresa se establece legalmente, "cuando el empresario, habiendo cumplido los requisitos formales exigibles, acredite la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación escrita" (art. 122.1LPL) (STSJ Catalunya núm. 7474/2012 de 7 noviembre).”

trabajador ha sido incluido dentro del ERO, lo que ha de ocasionar la improcedencia del despido por generarle indefensión”.

La sentencia del TSJ de Catalunya, entendiendo que la extinción individual “*se enmarca en un proceso de despido colectivo concluido por Acuerdo y en la carta de despido se indica que la causa de extinción del contrato de trabajo es la tramitación y aprobación de un ERO acordado por las secciones sindicales*”, acabará validando la suficiencia de tal comunicación, aún reconociendo que “*en términos generales podría aseverarse que dicha carta no cumple con lo establecido en el artículo 53.1 a) ET*” por cuanto “*en el contexto del caso concreto, el derecho de defensa del trabajador se ve garantizado desde el momento en que consta en hechos probados (hecho probado quinto), que por las secciones sindicales se comunicó a la plantilla la existencia de reuniones con la dirección desde 12/01/2012, la empresa informó a los trabajadores el 05/03/2010 de la presentación del ERE, se les convocó a una reunión informativa para el 7/03/2012 y a tres asambleas durante el mes de marzo y, lo que es más importante, se les informó sobre las condiciones del acuerdo suscrito en el ERE, y que el mismo estaría a su disposición a través de las Secciones sindicales.*”

Añade la sentencia que “*el hecho de que no se indiquen en la carta de despido los motivos por los que se incluyen al trabajador en el ámbito de afectación del despido colectivo no afecta al derecho de defensa del trabajador desde el momento en que tiene acceso al Acuerdo y, por ello, puede articular su defensa frente al despido, sin que sea preciso que en la propia carta de despido se identifique el criterio de inclusión en el ámbito del despido siempre que el trabajador haya tenido la posibilidad real y efectiva de conocerlo, como acontece en el caso de autos, a través de las Secciones sindicales firmantes del acuerdo que disponían del mismo y de la información correspondiente para que el trabajador pudiera articular su derecho de defensa.*”

Sin perjuicio de que la aplicación de este criterio –coincidente con el primero de los anteriormente analizados, relativos a Bankia– se explique, probablemente, por la plena convicción del ponente respecto a que el trabajador tuvo toda la información necesaria para su impugnación, debo disentir del mismo por tres razones esenciales:

En primer lugar, por cuanto la sentencia, en su razonamiento, parece validar acríticamente “*que la causa de extinción del contrato de trabajo es la tramitación y aprobación de un ERO acordado por las secciones sindicales*”. Me parece importante disipar esta confusión, muy habitual en las comunicaciones individuales que he analizado en la instancia: el ERO y el posible acuerdo colectivo que se alcance en ningún caso constituye la “causa” de la extinción individual, sino el obligado procedimiento previo. La causa del despido individual solamente puede ser la “causa

objetiva” que ha fundamentado tal procedimiento colectivo, cuya concurrencia –en ambos niveles, colectivo e individual– el trabajador afectado tiene derecho a impugnar (aún mediando “acuerdo” final en la consulta previa), derecho que comporta –ineludiblemente– el previo derecho a “conocer”, tanto la “causa objetiva general” (que fundamenta el despido colectivo), como las “razones objetivas” que han determinado su concreta e individual afectación (en aplicación, es de suponer, de las prioridades legales de permanencia y de los criterios –pactados o establecidos unilateralmente por el empresario– de afectación).

En segundo lugar, considero, además, que en absoluto puede presuponerse que la insuficiencia informativa de la comunicación individual quede subsanada por la accesibilidad a dicha información a través de los representantes legales y/o sindicales, por cuanto dicho canal de representación en absoluto es garantía de que la información se haya efectivamente transmitido. Baste pensar en casos de no afiliación o de trabajadores alejados de la representación colectiva por larga enfermedad, desplazamiento al extranjero, excedencia, o –simplemente– por discrepancia en su modo de actuar.

Tampoco comparto el criterio de la mera “accesibilidad” a la información (“*que el trabajador haya tenido la posibilidad real y efectiva de conocerlo*”), por cuanto genera una manifiesta inseguridad y traslada al trabajador la carga del desconocimiento de la causa, cuando –tratándose de un despido causal– corresponde al empresario la carga de acreditar que el trabajador ha recibido toda la información sobre la causa.

Esta incertidumbre e inseguridad se agrava en relación a la información relativa a su concreta afectación individual, información que –como es de común y general conocimiento– normalmente se soslaya en el proceso consultivo (por el posible efecto conflictivo o disgregador que puede tener) y, en muchas ocasiones, se pospone a un momento posterior, sin control de la representación legal o sindical. Por consiguiente, nada asegura que el trabajador reciba por la vía sindical “*la concreción de los criterios de afectación*”, y, en especial, el resultado de su aplicación entre el conjunto de los trabajadores potencialmente afectados, que es la información más relevante en orden a la impugnación.

3. El primer elemento determinante de la cuestión: el alcance de la impugnación individual del despido colectivo *ex* artículo 124.13 LRJS

En el intento de efectuar una propuesta interpretativa alternativa a la de ambas sentencias analizadas, deberá partirse –como criterio interpretativo fundamental– de que “*el contenido exigible de la carta de despido es instrumental del derecho de defensa del*

trabajador” (STSJ Catalunya 25.9.2012 y 31.5.2013). Por ello y en primer lugar, habrá que delimitar cual sea el alcance de este derecho de defensa en la impugnación individual, y hacerlo en base a cuatro factores:

1. El ámbito general –y no estrictamente individual– de la impugnación individual.
2. La relevancia procesal del –en su caso– acuerdo en el período de consultas.
3. La relevancia de la impugnación colectiva.
4. El ámbito individual de la afectación y su mayor exigencia informativa.

3.1. El ámbito general –y no estrictamente individual– de la impugnación individual

Procede, ante todo, dejar bien claro algo que –quizás para muchos operadores jurídicos no lo esté–: la impugnación individual puede cuestionar aspectos “colectivos” del despido colectivo y no sólo los relativos a la afectación individual. Ciertamente, el equívoco redactado del artículo 124.13 LRJS, regulador de la impugnación individual, puede haber propiciado alguna confusión al respecto, pero tal conclusión me parece incontestable por las siguientes razones:

- La norma sustantiva –artículo 51.6 ET– y la procesal –artículo 124 LRJS– no excluyen tales aspectos colectivos de la impugnación individual, sino que disponen la prejudicialidad suspensiva por parte de una hipotética impugnación colectiva (lo que, implícitamente, supone el reconocimiento de que todo lo impugnado colectivamente puede serlo individualmente, incluida –lógicamente– la concurrencia de las causas objetivas que fundamentan el despido colectivo y la adecuación del mismo).
- La inicial remisión del artículo 124.13 LRJS “*al procedimiento previsto en los artículos 120 a 123 de esta Ley*” comporta que puedan plantearse todos los motivos de impugnación “generales” de dicha modalidad procesal, referida a la impugnación de la extinción objetiva individual: nulidad por vulneración de derechos fundamentales o discriminación, nulidad “objetiva o automática” o por elusión del procedimiento colectivo de despido; e improcedencia por defectos en la formalización del despido, o no acreditación de la causa objetiva o justificación de la adecuación de la medida.
- La regla 3ª del apartado a) del artículo 124.13 LRJS explicita el ámbito también colectivo de la impugnación cuando dispone que “[e]l despido será nulo, además de por los motivos recogidos en el artículo 122.2 de esta Ley, únicamente cuando el empresario no haya realizado el período de consultas o entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores o no haya respetado el

procedimiento establecido en el artículo 51.7 del mismo texto legal, o cuando no se hubiese obtenido la autorización judicial del juez del concurso, en los supuestos en que esté legalmente prevista". En la sistemática del precepto, deberemos entender que se trata de una regla específica que no excluye, sino que se añade, a la ya expuesta remisión a la modalidad procesal regulada en los artículos 120 a 123 LRJS y, por consiguiente, a los motivos de impugnación "generales" contemplados en la misma.

3.2. La relevancia procesal del acuerdo en el período de consultas

La segunda premisa fundamental también me parece clara: el acuerdo extintivo final en el período de consultas no blindará en absoluto al despido colectivo de la impugnación individual, ni tan siquiera respecto a los aspectos "colectivos" del despido.

En efecto, a diferencia de lo que ocurre respecto de la modificación colectiva de condiciones de trabajo (artículo 41.4 ET "in fine"), el legislador no ha querido conferir al acuerdo alcanzado en el período de consultas del despido colectivo la presunción de concurrencia de las causas objetivas justificativas del mismo, de lo que hay que inferir –necesariamente– que tal concurrencia es también impugnabile por la vía individual del artículo 124.13 LRJS, aún mediando acuerdo extintivo. Ésta es una de las obligadas consecuencias de la criticable minoración o degradación del papel de los representantes sindicales y/o legales en el despido colectivo.

3.3. La limitada subordinación de la impugnación individual a la colectiva

Por más que el legislador, mediante su última reforma, RDL 11/2013, ha intentado corregir el escenario resultante de la Ley 3/2012 y potenciar la subordinación de la impugnación individual a la colectiva, los efectos de tal corrección chocan con un primer obstáculo: en la inmensa mayoría de los EROS no existirá impugnación colectiva, ya sea porque los representantes laborales y sindicales han pactado o consentido el despido colectivo, ya sea por qué no existe tal representación o no tienen la iniciativa o capacidad para tal impugnación. Y, en estos casos –la mayoría– la impugnación individual podrá cuestionar, "*ad integrum*", todos los aspectos de dicho despido, tanto los "colectivos" (adecuada identificación empresarial, proceso de consulta, concurrencia de la causa, adecuación de la medida, etc.) como los "individuales" (criterios de afectación, aplicación de los mismos), así como –obviamente– el fraude de ley o la concurrencia de discriminación o vulneración de derechos fundamentales en ambos "niveles" del despido, el colectivo y el individual.

Por otra parte, en los casos que sí concurra impugnación colectiva, los efectos de litispendencia y de cosa juzgada se limitarán a los motivos de impugnación planteados en la misma, pero en ningún los referentes a la afectación individual ni –en mi opinión– a la cuestiones “colectivas” no abordadas ni resueltas en la impugnación colectiva. Por más que la regla 2ª del epígrafe b) del artículo 124.13 LRJS disponga, en relación al proceso colectivo, que “[l]a *sentencia firme o el acuerdo de conciliación judicial tendrán eficacia de cosa juzgada sobre los procesos individuales, por lo que el objeto de dichos procesos quedará limitado a aquellas cuestiones de carácter individual que no hayan sido objeto de la demanda formulada a través del proceso regulado en los apartados anteriores*”, parece clara y obvia la inconstitucionalidad de una interpretación literal de esta regla en el sentido de que no pueda plantearse en el procedimiento individual “cuestiones colectivas” no planteadas –y por consiguiente, no resueltas– en el procedimiento colectivo, por cuanto ello estaría cercenando injustificadamente el derecho a la tutela judicial efectiva del trabajador despedido. El hecho de que en la impugnación colectiva no se hayan planteado cuestiones “colectivas” como –por ejemplo– la concurrencia de un grupo de empresa, la insuficiencia de la información en el período de consultas o el carácter discriminatorio de los criterios de afectación establecidos (no su concreta e individual aplicación) no puede privar en ningún caso –como resultaría de la interpretación literal de la norma– de que tales cuestiones, no resueltas en la sentencia o conciliación colectiva, puedan ser cuestionadas en la impugnación individual.

Abunda en tal sentido y en la necesidad de una interpretación correctora de este precepto procesal, la reciente STS 26.12.2013 (referida a la empresa Sondercan), que declara la inadecuación de la vía procesal de la “auto-demanda” empresarial *ex* artículo 124.3 LRJS cuando no exista sujeto colectivo que se oponga al despido colectivo. En la misma lógica, que comparto plenamente, difícilmente podrá admitirse que la omisión de determinadas cuestiones en la demanda colectiva –de los representantes colectivos o del propio empresario– impida que puedan ser planteadas en las demandas individuales.

3.4. El ámbito individual de la afectación y su mayor exigencia informativa

En el ámbito individual, como ya apuntaba anteriormente, la información exigible no es solo “*la concreción*” de los criterios de afectación (esto es, la identificación en abstracto de tales criterios), sino su “*concreta aplicación al trabajador y las razones determinantes de la misma*”. Esto es, la explicitación del proceso selectivo y de su concreción aplicativa que determina la concreta afectación del trabajador. Ello pasa, volviendo al caso de Bankia, por el conocimiento de la nota de evaluación en el caso de que este sea el criterio determinante de la afectación (propia, pero también de los otros trabajadores del mismo ámbito potencialmente afectados).

Antes de que alguien considere exagerada tal exigencia informativa, recordaré que el artículo 124.13 dispone, en su segunda *“regla específica”*, que *“cuando el objeto del debate verse sobre preferencias atribuidas a determinados trabajadores, éstos deberán ser demandados”*. Y lógicamente, para que puedan ser demandados –llegado el caso– el trabajador debe conocer quiénes son y porque motivo él ha sido el elegido.

Se invoca en la sentencia del TSJ de Catalunya de 31.5.2013, citando su anterior sentencia de 3.1.2007 (AS 2007/2039), que *“el nivel de concreción exigible no puede ser tal que haga desaparecer la libertad empresarial para organizar sus efectivos laborales, con el límite de que la decisión tomada no pueda vulnerar los derechos fundamentales ni infringir las preferencias establecidas legal o convencionalmente”*.

Aquí radica otro de los grandes equívocos de la cuestión que analizamos: no debe confundirse aquella indiscutible libertad (dentro de los límites indicados), con la obligación informativa sobre su ejercicio, que se corresponde con el derecho del trabajador a controlar que tal libertad empresarial se haya ejercido dentro de aquellos límites. Por ello, en absoluto debe considerarse coartada tal libertad por la correlativa obligación de información, salvo que se olvide que en esta cuestión no está solo en juego el derecho constitucional a la libertad de empresa (artículo 38 CE), sino también el derecho constitucional al trabajo (y a no perderlo sino es por justa causa, *ex* artículo 35 CE), y el derecho fundamental a impugnar judicialmente un despido que se considera injusto (artículo 24 CE), derecho fundamental que comporta el derecho a recibir la indispensable información sobre el mismo.

4. El segundo elemento determinante: el artículo 105.2 LRJS. La prohibición de alegación de hechos nuevos por la demandada en el acto del juicio

El artículo 124.13 LRJS dispone que *“el trabajador individualmente afectado por el despido podrá impugnar el mismo a través del procedimiento previsto en los arts. 120 a 123 de esta Ley”*, exponiendo a continuación las *“reglas específicas”* ya analizadas. El artículo 120 LRJS –relativo a la impugnación de la extinción por circunstancias objetivas– nos remite, a su vez, *“a las normas contenidas en el capítulo relativo a los procesos por despidos y sanciones...”*, y entre ellas, al artículo 105 LRJS, que, además de establecer en su primer apartado *“la carta de probar la veracidad de los hechos imputados en la carta de despido como justificativos del mismo”*, en su segundo apartado establece un mandato prohibitivo absolutamente determinante para la cuestión que abordamos:

“2. Para justificar el despido, al demandado no se le admitirán en el juicio otros motivos de oposición a la demanda que los contenidos en la comunicación escrita de dicho despido”.

El carácter imperativo y taxativo del mandato procesal no admite ninguna ni duda ni interpretación flexible: el juez, de oficio y sin necesidad que el demandante le recuerde la prohibición, debe inadmitir cualquier alegación que salga del “guión” que supone la comunicación extintiva. En términos más gráficos: la “instructa” de contestación a la demanda debe coincidir plenamente con la comunicación extintiva, ya que lo que exceda deberá ser guillotinado por la prohibición del artículo 105.2 LRJS. Y ello, como ya hemos visto, por cuanto detrás de esta exigencia procesal está la garantía de la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE) y la prohibición de la indefensión que supone enterarse en el juicio de los hechos y razones que justificarían, en su caso, la individual afectación que se impugna.

En la práctica forense, esta prohibición –que delimita el escenario del debate procesal– está absolutamente asumida en el despido disciplinario, menos en la extinción objetiva individual, y –por lo que he constatado hasta el momento– todavía menos en las primeras comunicaciones individuales de afectación individual por despido colectivo.

5. A modo de conclusión: la necesaria exhaustividad informativa en la comunicación de afectación individual

La conclusión a la que nos lleva cuanto antecede cae por su peso: en el nuevo escenario y por mandato del artículo 51.4 ET, la comunicación individual de afectación se *“deberá realizar conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de esta Ley”*, esto es, con la misma exigencia informativa que la extinción objetiva individual, para posibilitar el derecho de impugnación individual, que puede ser “todo” el despido, tanto en su fase colectiva como en su concreción individual. Tal exigencia informativa se satisface, en mi opinión, con el siguiente guión:

- Identificación del ámbito empresarial del despido colectivo (grupo de empresa, empresa, centro de trabajo, sección, etc.)
- Especificación suficiente de las causas *ex* artículo 51.1 ET.
- Justificación de la adecuación de la medida (de su razonabilidad y proporcionalidad), mediante sucinta pero suficiente síntesis de la memoria explicativa *ex* artículo 51.1 ET.
- Sinopsis del período de consultas, con su resultado final.
- Criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados.

- Explicación de la operativa aplicativa de dichos criterios, determinante de la concreta afectación del trabajador destinatario de la comunicación, con especificación de los resultados de todos los trabajadores potencialmente afectados (incluso de los finalmente excluidos).

En el desarrollo de tal guión deberá atenderse a los criterios ya apuntados, que recuerdo:

1. La exhaustividad informativa respecto a cada uno de estos puntos debe establecerse desde la perspectiva del derecho de impugnación –omnicomprensivo como hemos visto– del trabajador, que comporta el previo derecho a tener toda la información respecto a todo aquello que pueda ser impugnado, en el entendimiento de que cuanta más información haya facilitado la empresa en la comunicación individual, menos riesgo tendrá que un magistrado procesalista (esto es, garantista), como quien firma estas líneas, le impida –en base a la prohibición *ex* artículo 105.2 LRJS– explicar en el acto del juicio lo que no ha explicado en dicha comunicación.
2. Atendiendo al criterio “instrumental” y no “sacramental”, la exigencia informativa podrá ser menor respecto de los puntos o cuestiones impugnables de la “fase colectiva” (los cinco primeros puntos del guión propuesto) solamente en la medida en la que a la empresa le conste que el trabajador ha recibido efectivamente la información omitida en la comunicación por medio de la representación legal y/o sindical e –igualmente importante– considere que podrá acreditar tal recepción efectiva, sin presuponer en ningún caso que tal información se ha producido, y descartando el criterio de “accesibilidad a la información”.
3. La consecución de acuerdo final en el período de consultas no exonera de tales obligaciones informativas por cuanto los despidos individuales siguen siendo impugnables aún con dicho acuerdo ya que, como ya hemos visto, el legislador no ha querido conferir al mismo la presunción de concurrencia de las causas objetivas invocadas.
4. En la especial exigencia y exhaustividad de la información relativa a la afectación individual del trabajador: si el artículo 124.13.a) 2) LRJS le emplaza a demandar a “*determinados trabajadores... cuando el objeto del debate verse sobre preferencias atribuidas*” (esto es, a la aplicación de los criterios de afectación), deberá informarse (o facilitarse la documentación necesaria) para identificar no sólo quiénes son estos trabajadores, sino la operativa aplicativa de los criterios de afectación.

Solamente esta exhaustividad informativa permitirá al trabajador tomar su primera decisión: la de consentir o impugnar la extinción, y, en este caso, articular debidamente

la misma, sin indefensión. Pero también redundará en beneficio de la propia empresa, que puede ver reducido el número de impugnaciones y, en todo caso, notablemente incrementadas sus posibilidades de éxito en sede judicial.