

REESTRUCTURACIONES EMPRESARIALES

Comunicaciones del XXXI Congreso
Anual de la Asociación Española de
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

A Coruña, 27 y 28 de mayo de 2021



INFORMES
Y ESTUDIOS
EMPLEO



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE TRABAJO
Y ECONOMÍA SOCIAL

MINISTERIO DE TRABAJO
Y ECONOMÍA SOCIAL

**Subdirección General de Informes,
Recursos y Publicaciones**

RET: 21-2.389

Reestructuraciones empresariales

Comunicaciones del
XXXI Congreso Anual de la
Asociación Española de Derecho del
Trabajo y de la Seguridad Social

COLECCIÓN INFORMES Y ESTUDIOS
Serie Empleo

Núm. 60

Reestructuraciones empresariales

Comunicaciones del
XXXI Congreso Anual de la
Asociación Española de Derecho del
Trabajo y de la Seguridad Social

A Coruña, 27 y 28 de mayo de 2021

Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado
<http://cpage.mpr.gob.es>

Reservados todos los derechos. Ninguna parte de este libro puede ser reproducida o transmitida en forma alguna ni por medio alguno, electrónico o mecánico, incluidos fotocopias, grabación o por cualquier sistema de almacenado y recuperación de información, sin permiso escrito del editor.



Edita y distribuye:

Ministerio de Trabajo y Economía Social
Subdirección General de Informes, Recursos y Publicaciones

Agustín de Bethencourt, 11. 28003 Madrid

Correo electrónico: sgpublic@mites.gob.es

Internet: www.mites.gob.es

NIPO Epub: 117-21-007-X

NIPO PDF: 117-21-006-4

ISBN Epub: 978-84-8417-581-0

ISBN PDF: 978-84-8417-580-3

En esta publicación se ha utilizado papel reciclado libre de cloro, de acuerdo con los criterios medioambientales de la contratación pública.
Imprime: Solana e hijos A. G., S.A.U.



ÍNDICE DE COMUNICACIONES

PRESENTACIÓN

<i>Guillermo L. Barrios Baudor</i>	13
--	----

Primer panel

1.A. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES SOBRE REESTRUCTURACIONES NO EXTINTIVAS	23
1. Criterios jurisprudenciales en torno a los umbrales numéricos del art. 41 del ET para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo <i>Miguel Basterra Hernández</i>	27
2. Vicisitudes de la representación de los trabajadores en los procesos de modificación sustancial de condiciones de trabajo colectiva <i>Noelia De Torres Bóveda</i>	37
3. Reequilibrando la masa salarial tras la supresión de una discriminación retributiva por razón de sexo ¿modificación lícita o vulneración la garantía de indemnidad? <i>Pablo Gimeno Díaz de Atauri</i>	55
4. Las comisiones ad hoc tras diez años de andadura: una revisión jurisprudencial <i>Patricia Nieto Rojas</i>	73
5. El apartado 8 del artículo 138 de la ley reguladora de la jurisdicción social y su impacto distorsionador de las reestructuraciones empresariales no extintivas <i>Iván Vizcaíno Ramos</i>	91
6. Externalización y empresas multiservicios: una opción arriesgada <i>María Elisa Cuadros Garrido</i>	105
7. Marco jurídico de la selección de trabajadores afectados en los procesos de reestructuración empresarial. Avances y carencias en la regulación del Estatuto de los Trabajadores <i>Patricia Prieto Padín</i>	121

8.	Los Expedientes de Regulación Temporal de Empleo, por fuerza mayor y por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, en las empresas públicas: el difícil encaje de la normativa laboral en el sector público empresarial <i>Ane Vázquez Beltrán</i>	137
1.B.	AUTONOMÍA COLECTIVA Y REESTRUCTURACIONES NO EXTINGTIVAS	153
1.	La prioridad de permanencia en las reestructuraciones no extintivas: modificaciones sustanciales <i>María Carmen Aranda Martínez</i>	155
2.	La legitimación de las comisiones asamblearias en la negociación de los descuelgues: propuestas de reforma <i>Eva López Terrada</i>	167
3.	La inaplicación del convenio colectivo en procesos de reestructuración empresarial. Selección jurisprudencial y propuesta normativa <i>Laura María Melián China</i>	181
4.	La reestructuración empresarial y la modificación sustancial de condiciones de trabajo: fórmulas de designación de las comisiones <i>Gratiela-Florentina Moraru</i>	197
5.	La representación de las plantillas sin estructuras representativas estables en las reestructuraciones no extintivas: una reflexión sobre el papel de los sindicatos <i>Xavier Solà i Monells</i>	215
6.	El pacto suspensivo individual fundado en el mutuo acuerdo: una vía de reestructuración ¿lícitamente? Encubierta <i>Esther Guerrero Vizuet</i>	231
7.	El ERTE ante la inviabilidad de la empresa y en tiempos de covid <i>Álvaro Höhr De Miguel y Eva M. Mas García</i>	249

Segundo Panel

2.A.	TRANSMISIONES DE EMPRESAS	265
1.	Notas sobre la filialización en el grupo de sociedades como medida de mantenimiento empresarial y de empleo: conceptualización y riesgos jurídico-laborales <i>Oriol Cremades Chueca</i>	269
2.	Empresas familiares, transmisión y cese de la actividad desde el ámbito social <i>Julen Llorens Espada</i>	285
3.	Título de transmisión de empresas en el sector de la construcción: reflexiones desde el convenio colectivo nacional <i>Susana Rodríguez Escanciano</i>	305
4.	Transmisión de empresa a favor de una entidad del sector público: ¿Suponen los principios de igualdad, mérito y capacidad un obstáculo real y efectivo al mantenimiento del empleo? <i>Sergio Yagüe Blanco</i>	321

5.	La sucesión de contratas en supuestos de subrogación empresarial: estudio de los requisitos de aplicación jurisprudenciales y su aplicación en la práctica <i>Elisa Sierra Hernaiz</i>	341
2.B.	CRISIS EMPRESARIALES Y CONCURSO	355
1.	Cuestiones controvertidas del procedimiento de regulación de empleo concursal <i>Francisco Javier Arrieta Idiakes</i>	357
2.	El convenio especial de la Seguridad Social en los despidos colectivos que afecten a personas trabajadoras de cincuenta y cinco o más años: un examen de su procedencia en los casos de situación preconcurso <i>Felipe Cegarra Cervantes</i>	377
3.	Análisis de las deficiencias de la regulación del incidente concursal laboral en materia de protección de derechos fundamentales <i>Antonio Folgoso Olmo</i>	393
4.	Las controversias en el reparto competencial entre los órdenes social y civil en el concurso de acreedores. Un estudio a la luz del nuevo texto refundido de la ley concursal <i>Andrés Urbano Medina</i>	403
5.	Insolvencia empresarial, concurso de acreedores y despidos colectivos: análisis comparado de la normativa italiana y española <i>Juan Antonio Altés Tárrega</i>	421

Tercer Panel

	EL DESPIDO POR CAUSAS EMPRESARIALES.....	439
1.	La controvertida limitación del control judicial causal en impugnaciones individuales de despidos colectivos en el escenario de acuerdo colectivo en período de consultas <i>Emilio de Castro Marín</i>	443
2.	La nueva regla de cómputo del periodo de referencia del despido colectivo: implicaciones procesales para el despido colectivo de hecho a raíz del caso UQ y Marclean <i>Lidia Gil Otero, Personal</i>	461
3.	La “prohibición de despedir” covid a la luz de la situación empresarial vigente. Una apuesta por su interpretación literal/teleológica <i>Paz Menéndez Sebastián</i>	479
4.	La automatización o robotización como causa de despido objetivo. Reflexiones al hilo de la jurisprudencia <i>Rubén Parres Miralles</i>	497
5.	El Tribunal de Justicia y el despido colectivo español: una relación compleja <i>Daniel Pérez del Prado</i>	511
6.	La última doctrina en torno al criterio cuantitativo y temporal del despido colectivo, ¿fin del debate? <i>Raquel Poquet Catalá</i>	527

7. Despidos objetivos económicos por disminución persistente del nivel de ingresos ordinarios o ventas: problemática derivada del impacto de la covid-19 en los trimestres de referencia <i>Victor Sánchez del Olmo</i>	543
8. La concurrencia de un despido objetivo por causas empresariales con la resolución causal del contrato de trabajo ex art. 50 ET <i>Rodrigo Tascón López</i>	561
9. La inexcusable reforma del despido colectivo para integrar al grupo de empresas como ámbito de referencia <i>Carolina Blasco Jov</i>	575
10. Criterios de selección subjetiva de los trabajadores afectados por un despido colectivo <i>Ana María Castro Franco</i>	593
11. La trascendencia de la STS (Sala 4ª) de 24 de octubre de 2006 y sus implicaciones en los ámbitos de seguridad social y tributario <i>José Flores Alcázar</i>	613
12. Configuración y régimen jurídico del despido objetivo por causas empresariales (económicas, técnicas, organizativas o de producción) tras las últimas y recientes reformas: propuestas de lege lata y de lege ferenda ante su vigente problemática <i>Sara Guindo Morales</i>	625
13. Deber de información en extinciones colectivas y documentación exigible. Principio informalista y juicio de pertinencia informativa <i>Raúl López Baelo</i>	643
14. Las reestructuraciones y reorganizaciones empresariales como causa organizativa de despido <i>Mirentxu Marín Malo</i>	657
15. La impugnación del despido colectivo: algunas propuestas de reforma del art. 124 LRJS <i>Luis Enrique Nores Torres</i>	675
16. Análisis de las problemáticas existentes en el despido colectivo: el juicio de razonabilidad y los conceptos jurídicos indeterminados <i>Pompeyo Gabriel Ortega Lozano</i>	695
17. La necesaria reforma del concepto de despido colectivo en España: algunas propuestas de lege ferenda <i>Ana I. Pérez Campos</i>	713
18. La –¿necesaria?– actividad hercúlea de los tribunales versus las legislaciones imperfectas: el ejemplo del despido por causas ETOP <i>María Gema Quintero Lima</i>	733
19. La covid como límite a la reestructuración empresarial: extensión y efectos de la “cláusula de salvaguarda” <i>Iván Antonio Rodríguez Cardo</i>	751
20. El cómputo de los trabajadores a los efectos de despido colectivo <i>Dulce Soriano Cortés</i>	769

Cuarto Panel

MEDIDAS SOCIALES DE ACOMPAÑAMIENTO Y MANTENIMIENTO DEL EMPLEO.....	785
1. Buenas prácticas convencionales frente a despidos por causas tecnológicas <i>Henar Álvarez Cuesta</i>	789

2.	El convenio especial con la seguridad social en los despidos colectivos que afecten a trabajadores maduros <i>Cristina Aragón Gómez</i>	807
3.	Interrelación de medidas que tienen por objeto atenuar los efectos de procesos de reestructuración de empresas <i>Francisco Javier Fernández Orrico</i>	827
4.	Revisión de los planes de recolocación externa de un despido colectivo en el marco del proceso de digitalización de la economía <i>Carlos De Fuentes García-Romero de Tejada</i>	847
5.	Jubilación y empleo: el modelo de pensiones como instrumento al servicio de las reestructuraciones empresariales <i>Ramón López Fuentes</i>	867
6.	A salvaguarda del empleo en tiempos de pandemia: los ERTES covid-19 <i>Priscila Martín Vales</i>	885
7.	Trabajador en ERTE y prestación por desempleo <i>Miguel Ángel Martínez-Gijón Machuca</i>	903
8.	El compromiso del mantenimiento del empleo en los ERTES covid: alcance y problemas jurídicos <i>Carlota M^a Ruiz González</i>	921
9.	La prioridad de permanencia en las reestructuraciones a favor de colectivos vulnerables: el especial supuesto de trabajadores con problemas de alcohol y drogas <i>Álvaro Javier San Martín Rodríguez</i>	941
10.	Plan Mecuida: aplicación práctica y criterios judiciales <i>Lidia de la Iglesia Aza</i>	959
11.	La dimensión europea de las políticas activas de empleo y su incidencia en las reestructuraciones empresariales <i>Juan Carlos García Quiñones</i>	975
12.	Las estrategias de empleo juvenil como medidas de creación y mantenimiento de empleo. Propuestas de intervención <i>Juan Luis García Ríos</i>	991
13.	Cómo anticipar y acompañar las reestructuraciones empresariales en la Unión Europea para salvaguardar los empleos en la época post-Covid <i>Laura Ionita</i>	1011
14.	La transformación digital de la empresa en la cuarta revolución industrial: aspectos laborales <i>Djamil Tony Kahale Carrillo</i>	1027
15.	La protección por desempleo derivada de expedientes de regulación temporal de empleo por covid-19: cuestiones jurídicas relevantes <i>Juan José Rodríguez Bravo de Laguna</i>	1045
16.	La duración del contrato de trabajo en el marco de la externalización productiva: contratas y subcontratas. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 2020 <i>Rosa Rodríguez Martín-Retortillo</i>	1059

CRITERIOS DE SELECCIÓN SUBJETIVA DE LOS
TRABAJADORES AFECTADOS POR UN DESPIDO COLECTIVO

ANA MARÍA CASTRO FRANCO

Universidad de León

anacastrofranco7@gmail.com

I. LA PRIORIDAD DE PERMANENCIA DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES Y SUS LÍMITES

La selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo debe respetar las reglas de prioridad de permanencia. Actualmente, los representantes de los trabajadores conforman el único colectivo protegido por el privilegio legal de permanencia —expresamente contemplado para los despidos colectivos— *ex art. 51.5 ET*. La finalidad eminentemente garantista consiste en evitar “posibles represalias empresariales por el desempeño de su labor representativa, por lo que hacen o por lo que potencialmente pudieran hacer en defensa del interés colectivo de los trabajadores”¹. Además, esta protección permite a los representantes de los trabajadores, de un lado, negociar el despido colectivo con la tranquilidad de no estar afectados, y de otro, asegurar que aquellos trabajadores, que continúan en la empresa después de proyectarse el despido colectivo, conservan la protección de sus representantes².

El reconocimiento de la prioridad de los representantes respecto de su continuación en el empleo en caso de reducción del personal aparece en la Recomendación núm. 143 de la OIT, sobre la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en la empresa, trasladándose al ordenamiento laboral español por medio del art. 68.b) ET. De manera que, tienen prioridad de permanencia los miembros del comité de empresa y los delegados de personal en la empresa o centro de trabajo respecto de los demás trabajadores, en los supuestos de suspensión o extinción por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción “a salvo de lo que se disponga en los convenios colectivos”. La antecitada referencia entrecomillada alude a que los convenios colectivos podrán establecer otras garantías para los representantes que aumenten las establecidas legalmente, pero en ningún caso podrán restringirlas.

Asimismo, y sin perjuicio de incluir otras prioridades de permanencia en convenio colectivo o acuerdo alcanzado en el periodo de consultas, esta

¹ VIVERO SERRANO, J.B.: “La designación de los trabajadores objeto de despido colectivo”, *Aranzadi Social*, Vol. 6, núm. 7, 2013, pág. 9.

² SAN 12 junio 2013 (Proc. 143/2013).

garantía legal también resulta de aplicación a los delegados sindicales que no formen parte del comité de empresa, en atención al art. 10.3 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (LOLS), a los delegados de prevención, dada su condición de representantes de los trabajadores, según el art. 37.1 de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), a los trabajadores designados por el empresario para ocuparse de las tareas de prevención y a los miembros del servicio de prevención en virtud del art. 30 LPRL. En relación con los delegados de prevención, la garantía les alcanza, aunque su designación no haya sido la determinada por el art. 35 LPRL, sino en virtud de lo acordado en el convenio colectivo, pues la norma permite que el convenio determine una forma alternativa de designación siempre y cuando se garantice su elección por los trabajadores³.

Examinando brevemente a qué sujetos resulta aplicable la garantía de prioridad de permanencia cabe destacar las siguientes puntualizaciones: primero, en los casos en que un convenio colectivo contemple su creación, los miembros del comité intercentros serán beneficiarios de dicha garantía, pues son designados directamente de entre los miembros del comité de centro; segundo, la protección alcanzará a los delegados sindicales “legales” (art. 10.1 LOLS), elegidos entre los afiliados en la empresa o centro de trabajo como representantes de las secciones sindicales en empresas o centros con más de 250 trabajadores; tercero, los Tribunales consideran que la garantía, extendida también a los trabajadores designados por el empresario *ex art.* 30 LPRL para desempeñar tareas de prevención, “alcanza a los trabajadores designados por la empresa y a los trabajadores integrantes del servicio de prevención cuando la empresa decida constituirlo, (...) y esos trabajadores gozan de la misma garantía de prioridad de permanencia que los representantes de los trabajadores”⁴; en fin, la norma legal guarda silencio sobre la posibilidad de aplicar la preferencia a los miembros de la comisión negociadora nombrada *ad hoc* en ausencia de representantes legales de los trabajadores y la mayoría de la doctrina se ha inclinado por considerar que la garantía no se extiende a ellos⁵.

Es preciso insistir en cómo la garantía de prioridad de permanencia pone de relieve los distintos intereses en juego en el despido colectivo. De un lado, el contexto del despido colectivo implica una decisión discrecional del empresario en atención al principio de libertad de empresa recogido en el art. 38 CE; por otro lado, deben ponderarse distintos intereses sociales, como son el derecho al trabajo del art. 35 CE (sin que sea posible efectuar un despido sin justa causa), o el derecho a la libertad sindical *ex art.* 28.1 CE. En consecuencia, las reglas de prioridad de permanencia tienen un marcado amparo constitucional, en tanto que entroncan con el derecho fundamental a la

³ STSJ Cataluña, 3 febrero 2000 (Rec. 997/2000).

⁴ STSJ Asturias, 20 diciembre 2013 (Rec. 1868/2013).

⁵ GOÑI SEIN, J.L.: “El nuevo modelo normativo de despido colectivo implantado por la Ley de reforma laboral de 2012”, *Documentación Laboral*, núm. 95-96, 2012, pág. 47.

libertad sindical (art. 28.1) en los supuestos donde están sindicalizados los órganos representativos. De este modo, la prioridad de permanencia supone una garantía –que no privilegio–, de la representación de los trabajadores⁶. Si bien la prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores les protege del despido, ello entraña un mayor peligro de afectación para los trabajadores que no lo son. Opera, por tanto, la llamada “lógica de sustitución”, por la cual los trabajadores que ostentan la garantía de permanencia quedan excluidos de la selección, con el consecuente perjuicio para otros trabajadores no beneficiados de la misma y que en un principio podrían no haber estado afectados por el despido colectivo⁷.

A) **Ámbito funcional**

En referencia a la prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores en los supuestos de despido colectivo del art. 51 ET cabe señalar que la prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores constituye una limitación expresa a la facultad empresarial para seleccionar a los trabajadores afectados por el despido colectivo, lo cual ha determinado que dicha figura reciba un tratamiento expreso por la doctrina⁸. De este modo, la prioridad de permanencia implica conceptualmente la concurrencia de dos o más trabajadores para un mismo puesto de trabajo que subsiste, siendo inherente a ella la idoneidad profesional para su desempeño, en cuyo caso se impone la preferencia del representante con un marcado carácter instrumental como medio facilitador de sus funciones representativas, no pudiendo desconectarse de tal finalidad y realidad social a la que sirve.

Dicha garantía tiene carácter “relativo”, por lo que no puede actuar cuando desaparecen todos los puestos de trabajo ante la inexistencia de alternativa de selección. Por tanto, la posibilidad del empresario de seleccionar entre un trabajador u otro solo mantiene su virtualidad cuando existan varios puestos de trabajo sobre los que se proyecta el efecto de la causa extintiva⁹. La extensión del concepto de idoneidad profesional va más allá del grupo profesional y, de este modo, la prioridad jugará respecto a dos o más trabajadores que desempeñan las mismas funciones o bien funciones equivalentes u homogéneas¹⁰, puesto que la empresa no podría aplicar la prioridad de permanencia cuando los trabajadores realizan funciones completamente diferentes.

⁶ STC 26 noviembre 1996(Recs. 1804/1994 y 483/1995).

⁷ STS 30 noviembre 2005 (Rec. 1439/2004).

⁸ TORMOS PÉREZ, J.A.: “La garantía de prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores en el despido colectivo”, *Labos*, Vol. 1, núm. 3, 2020, pág. 129.

⁹ BLASCO PELLICER, A.A.: *La extinción del contrato de trabajo en la reforma laboral de 2012*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2013, pág. 81.

¹⁰ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: *Expedientes de regulación de empleo*, Madrid (Trotta), 1993, págs. 190 y 191.

Por consiguiente, esta garantía puede ejercerse cuando es posible su efectividad acudiendo a la movilidad de puestos de trabajo, siempre que exista idoneidad del titular del derecho de prioridad de permanencia para obtener una ocupación efectiva mediante el ejercicio de las funciones correspondientes¹¹. En efecto, la preferencia del representante de los trabajadores puede implicar la aplicación de la movilidad funcional con la necesidad de extinguir (o suspender) el contrato de otro trabajador para preservar la permanencia del representante, pues la garantía opera cuando subsiste un puesto semejante en el que se desempeñen las mismas funciones¹². Entenderlo vinculado a la idoneidad del trabajador en relación con las características del puesto de trabajo resulta una exigencia razonable de organización de la empresa que no restringe el núcleo del derecho de prioridad, que es relativo en esencia¹³.

La prioridad de permanencia no es un derecho de “últimidad”¹⁴ y, además, se configura como un derecho irrenunciable y de aplicación directa, “siendo suficiente, por tanto, ostentar la condición de representante de los trabajadores en el momento en el cual la prioridad deba actuar, la cual no será en la fecha de la resolución administrativa, sino en la de aquella en la cual la decisión ha sido adoptada por quien ostenta tal facultad”¹⁵. Ahora bien, el empresario no queda obligado por la garantía de prioridad de permanencia a crear un nuevo puesto de trabajo adaptado a la categoría profesional del representante de los trabajadores, ni a adjudicarle funciones diferentes que impliquen la modificación sustancial de sus condiciones de trabajo¹⁶.

A su vez, la protección de los derechos fundamentales, en relación con la garantía de prioridad de permanencia, obliga a la empresa a justificar en el expediente de regulación la concurrencia de razones organizativas o productivas de entidad que justifiquen la exclusión de aquel derecho¹⁷. De ahí que no concorra ninguna circunstancia que permita declarar la nulidad de la medida adoptada cuando no existiendo ningún motivo que pueda implicar la existencia de discriminación en la elección de los trabajadores afectados (incluyendo a los representantes de los trabajadores), dicha designación venga motivada por las necesidades productivas afectadas¹⁸.

En definitiva, existe consenso en la doctrina y jurisprudencia al considerar que la garantía de prioridad de permanencia no opera con carácter absoluto,

¹¹ STS 4 mayo 2004 (Rec. 3687/2001).

¹² STSJ Galicia, 9 julio 2012 (Rec. 2021/2012).

¹³ STS 6 mayo 2003 (Rec. 7034/1998).

¹⁴ ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M. E.: *Derecho del Trabajo*, Madrid (Civitas), 2007, pág. 308.

¹⁵ POQUET CATALÁ, R.: “Criterios de selección de los trabajadores afectados por despidos colectivos tras la reforma laboral de 2012”, *Aranzadi Social*, núm.7, 2013, pág. 207.

¹⁶ STSJ Asturias, 16 noviembre 2012 (Rec. 2065/2012).

¹⁷ SJS Valencia, 2 junio 2020 (Proc. 91/2020).

¹⁸ SJS Burgos, 1 junio 2020 (Proc. 95/2020).

sino relativo. Esto es, que, ante la extinción total de los puestos de trabajo, o la inexistencia de un puesto con funciones similares no habrá lugar a la aplicación de la garantía¹⁹. Así, por ejemplo, no procede aplicar dicha garantía ante el cierre total de un centro de trabajo en el que presta servicios el representante de los trabajadores cuando su ámbito de representación queda circunscrito al centro de trabajo en vez de a la empresa²⁰. De igual forma, si la extinción del contrato de trabajo se extiende a la generalidad de aquellos sujetos que desempeñan igual o análoga actividad en la empresa, la razón de esta prioridad legal desaparece, sin que pueda ejercitarse frente a aquellos trabajadores de distinta cualificación cuya permanencia resulte conveniente para la subsistencia de aquella²¹.

B) Ámbito de afectación

Respecto al ámbito de afectación de dicha garantía, será la empresa o centro de trabajo, en función del ámbito de representación del trabajador. La jurisprudencia considera que la operatividad de la garantía, y por tanto de la lógica de la sustitución, se produce en un marco que puede ser superior al del ámbito de afectación de la causa del despido colectivo y conecta con el ámbito de la representación del titular de la garantía. En consecuencia, la prioridad de permanencia no se limita al ámbito parcial de afectación de la causa, en el supuesto de incidir la misma en un departamento, centro o unidad productiva, sino que puede extenderse a toda la empresa.

Ninguna regla establece que la prioridad de permanencia deba quedar restringida al ámbito de afectación del despido colectivo y, por esto, la conservación del puesto de trabajo que resulta de la aplicación de las reglas de prioridad de permanencia se extiende a la empresa o al centro de trabajo y éste será en principio el ámbito de afectación; aunque este binomio –empresa/centro de trabajo– constituye un punto de referencia “a la conexión entre la garantía y el ámbito de la representación del trabajador, de manera que si éste se extiende a la empresa dentro de esta deberá operar la garantía, mientras que si se trata del centro de trabajo tendrá que limitarse a este”²². Por tanto, en el supuesto de hecho en el que la representación del trabajador está circunscrita a un centro de trabajo, dicha garantía se limita a dicho centro y ello con independencia del ámbito de afectación de la causa extintiva.

¹⁹ VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La designación de los trabajadores afectados por despidos económicos: el laberinto de la desregulación”, *Relaciones Laborales*, núm. 11, 1999, pág. 86.

²⁰ STSJ Asturias, 16 noviembre 2012 (Rec. 2065/2012).

²¹ STSJ Madrid, 5 abril 2019 (Rec. 1084/2018).

²² STS 30 noviembre 2005 (Rec. 1439/2004).

C) **Ámbito temporal**

El mandato del representante de los trabajadores deberá encontrarse en vigor para que opere la garantía de prioridad de permanencia. Los tribunales discrepan sobre si la garantía se extiende a los representantes legales elegidos durante su mandato y durante el año siguiente a la expiración de este²³, o, si la prioridad no se extiende más allá del mandato representativo²⁴. No obstante, dentro de la variada casuística que maneja la doctrina judicial cabe extraer las siguientes aclaraciones: por un lado, los candidatos proclamados, pero no electos, no son titulares de la garantía, aunque quedan protegidos por el derecho a la libertad sindical y las normas antidiscriminatorias²⁵; por otro lado, la protección pierde virtualidad en el momento de expiración del mandato, pues el trabajador pierde la condición de representante, a salvo de previsión convencional al respecto por la cual se reconozca una eventual extensión temporal de la garantía de prioridad de permanencia²⁶; por último, cabe matizar que transcurrido el periodo de mandato efectivo, el representante de los trabajadores podrá continuar siendo beneficiario de la garantía en tanto continúe en funciones y hasta el momento de celebración de nuevas elecciones en virtud de lo dispuesto en el art. 67 ET.

Como lógica consecuencia de lo expuesto el momento del procedimiento de despido colectivo en el que debe apreciarse si el mandato del representante está en vigor y, por ende, queda protegido por la garantía, es el momento de efectuar el despido²⁷. Por tanto, el mandato del representante de los trabajadores deberá estar vigente en el momento de comunicar el despido, pues es cuando el empresario adopta la decisión de despedir, y no al momento en el que el mismo es efectivo²⁸.

II. LÍMITES A LA CAPACIDAD DE SELECCIÓN DEL EMPRESARIO DIFERENTES A LA PRIORIDAD DE PERMANENCIA

La decisión de selección de los trabajadores afectados por un despido colectivo es otra manifestación más del poder de dirección del empresario recogida en el art. 20 ET y, por consiguiente, se encuentra sujeta a límites. De esta manera, la selección de los trabajadores afectados corresponderá al empresario, sin perjuicio de que su decisión sea objeto de revisión judicial cuando concurran en ella motivos discriminatorios²⁹, resulte patente la existencia de fraude de ley o abuso de derecho, o bien, cuando atente contra un

²³ STSJ Andalucía, 30 marzo 2001 (Rec. 81/2001).

²⁴ STSJ Castilla y León, 19 diciembre 2000 (Rec. 2441/2000).

²⁵ STC 23 diciembre 1981 (Rec. 189/1981).

²⁶ STSJ Madrid, 3 febrero 2017 (Rec. 1006/2016).

²⁷ STS 13 septiembre 1990 (Rec. 1990/7004).

²⁸ STSJ Galicia, 16 julio 2012 (Rec. 1894/2012).

²⁹ STS 19 enero 1998 (Rec. 1460/1997).

derecho fundamental o incumpla el plan de viabilidad de la empresa³⁰. Sin perjuicio, no obstante, de la prioridad de permanencia reconocida legalmente a los representantes de los trabajadores o, de igual modo, de las eventuales previsiones recogidas por la negociación colectiva o acuerdo alcanzado en periodo de consultas. Estos límites a la capacidad empresarial –analizados a continuación–, requieren poner la atención en las circunstancias personales y familiares de los trabajadores a la hora de seleccionar a aquellos afectados por el despido colectivo proyectado en la empresa. En definitiva, el Derecho del Trabajo dedica la mayor parte de sus normas a reconocer derechos de los trabajadores, que operan lógicamente como límites al poder de los empresarios y, es precisamente, el respeto a los mismos lo que determina la regularidad del ejercicio del poder.

a. Prohibición de discriminación

Desde una perspectiva constitucional, la ponderación entre los intereses sociales, esto es, el derecho al trabajo del art. 35 CE, así como los derechos fundamentales incardinados al marco del despido colectivo, en contraposición a la libertad empresarial del art. 38 CE esbozan un panorama de difícil solución³¹. Si bien la facultad empresarial está limitada por los arts. 14 CE y 17.1 ET³², pues la determinación de los trabajadores afectados por un despido colectivo no puede vulnerar el principio de no discriminación –tanto directa, como indirecta–, dicho precepto entra habitualmente en conflicto con el poder de dirección del empresario, ya que la selección de los empleados afectados obedece a motivos discriminatorios en numerosas ocasiones³³. Pues bien, la designación de los trabajadores perjudicados por un despido colectivo no puede fundamentarse en alguna de las circunstancias personales o sociales previstas en dichos preceptos (raza, sexo, religión, opinión, edad, discapacidad, etc.)³⁴. Para ilustrar mejor lo dicho, resulta de interés mencionar los siguientes supuestos:

- I) Obedece a una causa discriminatoria el proceder por parte del empresario a la selección para el despido de aquellos trabajadores afiliados a un determinado sindicato frente a los que no lo están³⁵,

³⁰ STS 4 mayo 2004 (Rec. 1777/2002).

³¹ POQUET CATALÁ, R.: “Criterios de selección de los trabajadores afectados por despidos colectivos tras la reforma laboral de 2012”, cit., págs. 193-196.

³² GOERLICH PESSET, J.M.: “Libertad de empresa y extinción del contrato de trabajo”, en AA.VV. (PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., Dir.): *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, Madrid (Instituto de Estudios Económicos), 2005, pág. 234.

³³ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: “La selección de los trabajadores afectados por un expediente de regulación de empleo y su control (I) y (II)”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1989, pág. 5 (versión La Ley digital).

³⁴ GINÉS I FABRELLAS, A.: “Criterios de selección de los trabajadores afectados por un despido colectivo”, *Aranzadi Social*, núm.14, 2010, pág. 96.

³⁵ STSJ Cataluña, 5 de octubre 2011 (Rec. 6244/2011).

como represalia cuando estos no suscriben el acuerdo³⁶, pues indiscutiblemente constituye una conducta antisindical. Debe estarse al caso concreto para saber si el empresario sabía de la condición de afiliado al sindicato de modo que, cuando quede probado que el empresario conocía de la afiliación de los trabajadores afectados por el despido colectivo al sindicato, ya sea por el descuento de la cuota sindical, porque el sindicato proporciona un listado a la empresa o porque fueron candidatos por el sindicato en elecciones, cabe deducir la existencia de discriminación y vulneración del derecho a la libertad sindical³⁷. Por el contrario, si queda demostrado el desconocimiento de la afiliación de los trabajadores afectados por el despido no existirá discriminación por esta causa³⁸.

- II) Otro supuesto interesante viene dado por la discriminación a causa de la edad. La Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, prohíbe la discriminación directa o indirecta por razón de la edad. A tenor de la Directiva antecitada, la discriminación directa existe cuando, una persona, a causa de la edad, recibe un trato menos favorable que otra en situación comparable. Asimismo concurre discriminación indirecta cuando una “disposición, criterio o práctica, en apariencia neutra, puede ocasionar un perjuicio a personas de una edad determinada, con respecto a otras”³⁹.

Sin embargo, el art. 6.1 de la Directiva permite a los Estados miembros justificar diferencias de trato por razón de edad cuando constituyan un medio necesario y justificado para alcanzar objetivos legítimos de la política de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional⁴⁰. De este modo, la jurisprudencia europea viene realizando una interpretación flexible de las limitaciones de edad máxima en el acceso al empleo al incluir requisitos dirigidos a salvaguardar los intereses empresariales como es la fuerza física para desempeñar el puesto de trabajo⁴¹.

El análisis de la edad como causa de discriminación es un tema complejo puesto que se encuentra en permanente mutación. Si bien es cierto que, es más habitual la discriminación por razón de edad madura, en numerosas ocasiones la discriminación perjudica a los jóvenes, en aspectos como salario, tipo de contratación o representa-

³⁶ STSJ Cataluña, 18 mayo 2007 (Rec. núm. 3683/2007).

³⁷ POQUET CATALÁ, R.: “Criterios de selección de los trabajadores afectados por despidos colectivos tras la reforma laboral de 2012”, cit., pág. 194.

³⁸ STSJ Andalucía, 21 febrero 2013 (Rec. 3338/2012).

³⁹ POQUET CATALÁ, R.: “Selección de trabajadores afectados por despido colectivo y discriminación por razón de edad”, *Temas Laborales*, núm. 131, 2015, págs. 245 y 246.

⁴⁰ Siguiendo otra línea, STJUE 22 noviembre 2005 (C-144/04), asunto *Mangold*, apartado 78.

⁴¹ Vid. STJUE 12 enero 2010 (C-229/08), asunto *Wolf*, apartado 46.

tividad en puestos de responsabilidad. La discriminación por razón de edad está asociada a estereotipos sociales, como son la menor competitividad o fuerza física, en el primer caso, y la falta de experiencia, en el segundo⁴².

Por otra parte, en el ámbito interno, la prohibición de discriminación por edad queda comprendida en la cláusula general con la que concluye el art. 14 CE. Mientras, los arts. 4.2 c) y 17. 1 ET prohíben la discriminación directa o indirecta desfavorable por razón de la edad, dejando abierta la posibilidad de una discriminación favorable. Además, la discriminación encubierta a través de las prejubilaciones, sustituyendo mediante puestos de trabajo más baratos, con gente más joven, a los trabajadores de mediana edad que reciben una compensación económica por su salida prematura del mundo laboral, pone de manifiesto una regulación aún débil en este sentido.

- III) Algo semejante sucede con los despidos discriminatorios por razón de la condición de discapacidad⁴³, o por el hecho de despedir a más mujeres que hombres⁴⁴. Del mismo modo, las trabajadoras víctimas de violencia de género tienen una mayor protección en la normativa laboral, por lo que sorprende que no ostenten mayores garantías respecto a su posible selección como afectadas por un despido colectivo. Actualmente, la inclusión de una trabajadora de este colectivo entre los afectados por el despido no implica una conducta discriminatoria, salvo que su inclusión constituya un supuesto de discriminación por razón de género⁴⁵.

b. Principio de igualdad

El principio de igualdad constituye un límite positivo recogido en el art. 14 CE a la decisión empresarial de selección de los trabajadores afectados por un despido colectivo. A nivel internacional, el art. 26 del Convenio núm. 111 de la OIT, de 25 de junio de 1958, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, recoge el principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato en el empleo y la ocupación. De este modo, la selección de los trabajadores afectados por un despido colectivo no podrá ser arbitraria, deberá ser coherente con los fines buscados, cumpliendo con un concepto de

⁴² STSJ Cantabria, 28 de marzo 2007 (Rec. 249/2007).

⁴³ STSJ Cataluña, 10 abril 2007 (Rec. 2489/2007).

⁴⁴ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: "La conciliación de la vida laboral y familiar en Castilla y León", *Revista de Investigación Económica y Social de Castilla y León*, núm. 7, 2004, pág. 247.

⁴⁵ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: "La selección de los trabajadores afectados por un expediente de regulación de empleo y la prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores", *Diario La Ley*, núm. 7414, 2002, pág. 20 (versión La Ley digital).

igualdad dinámico, en opinión de la doctrina⁴⁶. La decisión empresarial deberá apoyarse, por tanto, en criterios de razonabilidad explícitos para permitir su control judicial, respetando “el principio de que la amortización de puestos de trabajo se materialice del modo en que ocasione el menor sacrificio de intereses ajenos posible”⁴⁷.

c. Ausencia de fraude de ley y abuso de derecho

La selección subjetiva de los trabajadores afectados por un despido colectivo está sometida a los límites genéricos previstos en el art. 7 RD de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil, referidos a las exigencias de la buena fe y las prohibiciones de fraude de ley o abuso de derecho. La determinación de los trabajadores corresponde en principio al empresario y su decisión será revisable por los órganos judiciales cuando resulte apreciable fraude de ley, abuso de derecho o cuando la selección se realice por motivos discriminatorios⁴⁸. Estas limitaciones constituyen un recurso residual para la jurisprudencia con el objetivo último de prohibir decisiones empresariales que, de otro modo, quedarían amparadas por el poder de dirección⁴⁹. Dado que el fraude es causa legal de impugnación de la decisión empresarial (art. 124.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social), su acreditada existencia podría dar lugar, en principio, a un pronunciamiento en cualquiera de los dos siguientes sentidos: o bien, de decisión no ajustada a derecho, o bien, de decisión nula. Resulta contrario a toda lógica que ciertos defectos procedimentales determinen la nulidad de la decisión empresarial y que esta consecuencia, no se produzca cuando la extinción pretende burlar la estabilidad en el empleo⁵⁰. Pues bien, la consecuencia del afirmado fraude de ley es precisamente la nulidad de la decisión extintiva.

d. Negociación colectiva

La decisión empresarial puede estar limitada por lo dispuesto en la negociación colectiva o en el periodo de consultas. Primero, en el ámbito de la negociación de un convenio colectivo podrán acordarse criterios de selección aplicables ante la eventualidad de un despido colectivo. Dicha fuente de re-

⁴⁶ GARCÍA MORILLO, J.: *Derecho Constitucional*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 1994, pág. 171.

⁴⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: “La selección de los trabajadores afectados por un expediente de regulación de empleo y su control (I) y (II)”, cit., pág. 5 (versión La Ley digital).

⁴⁸ STS 19 enero 1998 (Rec. 1460/1997).

⁴⁹ GUTIERREZ COLOMINAS, D.: “La facultad empresarial de selección de trabajadores afectados por un despido colectivo. Especial consideración a la prioridad de permanencia de las personas con discapacidad”, en XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2014, pág. 10.

⁵⁰ STS 17 febrero 2014 (Recs. 142 y 143/2013).

gulación es idónea para la individualización de los trabajadores afectados en caso de reducción de plantilla o para fijar un sistema de preferencias entre los trabajadores, ya que los sujetos negociadores tienen una comprensión más cercana del problema empresarial concreto y de las necesidades del personal para la viabilidad futura del proyecto empresarial⁵¹. Segundo, el periodo de consultas permite limitar el poder empresarial en la selección de los trabajadores afectados por un proceso de despido colectivo. *ex art.* 51.2 ET⁵².

Dicho lo anterior, el papel que juega la negociación colectiva para limitar la decisión empresarial todavía no se ha hecho notar. Son pocos los convenios colectivos que efectivamente prevén criterios de selección ante un posible y futuro despido colectivo, pues la negociación colectiva no ha aprovechado la oportunidad de suplir las deficiencias del Estatuto de los Trabajadores e introducir criterios de selección atendiendo a las circunstancias y características personales y familiares de los trabajadores⁵³. No obstante, la negociación colectiva sí es utilizada con mayor acierto en el periodo de consultas como mecanismo limitativo de la determinación de los trabajadores afectados incorporando habitualmente la antigüedad o la edad como criterios de selección⁵⁴.

c. Límite formal u objetivo

La jurisprudencia exige para la justificación del despido la conexión de funcionalidad entre la medida extintiva y la finalidad que se le asigna. La selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo estará condicionada por las causas, que obligarán al empresario a fijar criterios de designación razonables y, en consecuencia, se reducirá el margen de arbitrariedad inherente al poder de dirección empresarial⁵⁵. La determinación de los trabajadores afectados por la extinción depende de la relación entre la causa extintiva y los contratos potencialmente afectados por esta⁵⁶. En definitiva, no será lo mismo que concurra una causa económica o que la invocada por la empresa sea de carácter técnico, organizativo y/o de producción.

⁵¹ SERRANO GARCÍA, J. M^a.: *El plan social en los despidos colectivos*, Valladolid (Lex Nova), 2002, pág. 371.

⁵² VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La designación de los trabajadores afectados por despidos económicos: el laberinto de la desregulación”, cit., pág. 86.

⁵³ POQUET CATALÁ, R.: “Criterios de selección de los trabajadores afectados por despidos colectivos tras la reforma laboral de 2012”, cit., pág. 199.

⁵⁴ SERRANO GARCÍA, J. M^a.: *El plan social en los despidos colectivos*, cit., pág. 373.

⁵⁵ BLASCO PELLICER, A.: *Los expedientes de regulación de empleo*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2009, pág. 112.

⁵⁶ STS 19 enero 1998 (Rec. 1460/97).

f. Finalidad de reducir o limitar los costes sociales derivados del despido

Para que la empresa siga siendo competitiva y se mantenga en el mercado puede optar por acometer cambios organizativos o estructurales en la misma a través de ajustes en la plantilla. Ante esta situación, el diseño de un plan de acompañamiento social es clave para resolver de manera ordenada las eventuales reestructuraciones en la plantilla. La decisión empresarial debe tener como finalidad reducir o limitar los costes sociales derivados del despido⁵⁷, pues la facultad del empresario quedará restringida cuando el despido supone un gran coste social y, además, debe ajustarse al plan de recolocación externa o a las medidas de acompañamiento social que deben adjuntarse al acuerdo de despido colectivo *ex art.* 51.2 ET.

Por un lado, las empresas de cincuenta o más trabajadores deben adoptar un plan de acompañamiento social; por otro, las empresas de menos de cincuenta trabajadores negociarán con los representantes de los trabajadores posibles medidas para evitar o reducir los efectos del despido colectivo. Acorde con lo expuesto anteriormente, entre estas medidas se encuentran los criterios de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo, ya que la selección tiene como objetivo reducir o limitar los costes sociales consecuencia del despido. Las circunstancias subjetivas de los trabajadores afectados por el despido determinan la mayor o menor probabilidad de estos de reincorporarse en el mercado de trabajo y, por consiguiente, los mayores o menores costes sociales derivados del despido colectivo⁵⁸.

g. Control judicial y administrativo

En principio, la valoración de las circunstancias relativas a la viabilidad de la empresa corresponde al empleador⁵⁹, pues exceden, normalmente, el ámbito del control judicial, ya que este es un control de legalidad de los concretos despidos enjuiciados y limitado a juzgar sobre la razonabilidad del mismo, aplicando el estándar de conducta del buen empresario⁶⁰. Dicho control judicial no tiende a convertirse, por tanto, en una valoración global o conjunta de la política de personal de la empresa⁶¹. Ahora bien, las dos principales vías de impugnación son, por un lado, la modalidad de impugnación colectiva por parte de los representantes de los trabajadores y, por otro, la modalidad de impugnación individual por parte del trabajador afectado. La impugnación colectiva pretende efectuar un control sobre la legalidad de la

⁵⁷ STSJ Madrid, 9 abril 2013 (Rec. 191/2013).

⁵⁸ SERRANO GARCÍA, J. M^º.: *El plan social en los despidos colectivos*, cit., págs. 372 y 373.

⁵⁹ STS 27 octubre 2009 (Rec. 5906/07).

⁶⁰ STS 14 junio 1996 (Rec. 3099/95).

⁶¹ STS 15 octubre 2003 (Rec. 1205/03).

fase colectiva del despido, mientras que la impugnación individual controla la ejecución individual de dicho despido colectivo⁶².

Por otra parte, la determinación de los trabajadores afectados por el despido colectivo encuentra un último límite en el control de la autoridad administrativa. En virtud del art. 51.2 ET el empresario está obligado a solicitar la autorización de la autoridad laboral cuando pretenda efectuar un despido, sin que esta autorización quede reducida a un mero control de las razones alegadas por el empresario para justificar el despido colectivo, sino que debe velar por los intereses de los trabajadores analizando la adecuación entre la causa o causas alegadas por la empresa, el número de despidos y las medidas de acompañamiento social⁶³. Es más, tras la reforma laboral de 2012, la LRJS sigue manteniendo el proceso de impugnación oficio en los términos del art. 148 b) LRJS a instancias de la autoridad laboral⁶⁴. Sin embargo, el control administrativo pierde virtualidad cuando existe un acuerdo entre los representantes de los trabajadores y la empresa, dado que procederá a dictar resolución según lo dispuesto en el art. 51.5 ET.

III. CRITERIOS DE SELECCIÓN DE LOS TRABAJADORES AFECTADOS POR EL DESPIDO COLECTIVO

En el proceso de tramitación de un despido colectivo el art. 51.2 ET obliga al empresario a determinar los criterios tenidos en cuenta para la determinación de los trabajadores afectados por el despido. Como norma general, no se utiliza un único criterio de selección, sino varios. El ordenamiento jurídico español no fija los criterios concretos de selección, tan solo exige que no sean discriminatorios ni vulneren derechos fundamentales. A este respecto, la jurisprudencia y la doctrina han considerado diversas soluciones⁶⁵:

- i. En primer lugar, un criterio objetivo es el de la adscripción de los trabajadores a los puestos de trabajo que resulten amortizados. No obstante, la objetividad de este criterio puede verse afectada previa movilización de la plantilla, asignando a un trabajador a un puesto de trabajo específico para encajarle, o no, en el puesto a amortizar⁶⁶.

⁶² TORMOS PÉREZ, J.A.: “Impugnación jurisdiccional del despido colectivo: especial referencia a los criterios de selección”, *Lex Social*, Vol. 11, núm. 1, 2021, pág. 247.

⁶³ OLMEDA FREIRE, G.B.: “Algunos efectos perversos de la intervención administrativa en los despidos colectivos. La revisión judicial de la selección de los trabajadores afectados por el expediente, una mención especial”, *Actualidad Laboral*, Tomo 3, núm. 1, 2000, págs. 757 y 758.

⁶⁴ SÁEZ LARA, C.: *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2015, págs. 290-293.

⁶⁵ ROQUETA BUJ, R.: *La selección de los trabajadores afectados por los despidos colectivos*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2015, pág. 200.

⁶⁶ STSJ Comunidad Valenciana, 4 noviembre 2013 (Proc. 17/2012).

Además, la selección deberá realizarse dentro de cada categoría o grupo profesional⁶⁷.

- ii. En segundo lugar, es válido el criterio de incluir en el despido colectivo a los trabajadores adscritos al centro de trabajo afectado sin extender el problema a otros centros de trabajo⁶⁸, sin perjuicio de que el acuerdo de consultas “podrá otorgar al empresario la libertad para rebasar los centros de trabajo o, por el contrario, restringir la selección al ámbito en el que se manifiesta la causa extintiva o se produce el ajuste de la producción”⁶⁹.
- iii. En tercer lugar, el criterio de producción permite seleccionar a los trabajadores a razón de una mayor o menor productividad, siendo su fin mejorar la competitividad de la empresa. Igualmente, puede atenderse al rendimiento y, de este modo, quedarán afectados los trabajadores cuya capacidad sea menor que la de la mayoría. El problema viene dado por la medición de dicha productividad o del rendimiento, pues constituye una tarea difícil en numerosas ocasiones⁷⁰. De manera similar, los criterios basados en la polivalencia⁷¹, funcionalidad, adaptación a los servicios asignados o especialización de los trabajadores, en principio, tienen carácter objetivo, pues permiten priorizar a los trabajadores con mayor preparación y conocimientos.
- iv. En cuarto lugar, la selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo según la menor antigüedad, pues está justificado este criterio desde el punto de vista social interno al imposibilitar la arbitrariedad empresarial⁷². No obstante, son los trabajadores de mayor antigüedad los que suponen un mayor coste salarial sin ser necesariamente los más cualificados, y, por tanto, este criterio ha perdido peso a favor del criterio de mayor especialización, productividad etc.⁷³.
- v. En quinto lugar y, de manera inversa, el criterio de mayor antigüedad, en la medida en que la selección de estos trabajadores con salarios mayores supone un mayor ahorro económico para la empresa –especialmente cuando el empresario alegue causas económicas–,

⁶⁷ VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La designación de los trabajadores afectados por despidos económicos: el laberinto de la desregulación”, cit., pág. 91.

⁶⁸ STSJ Castilla y León, 4 febrero 2015 (Rec. 41/2015).

⁶⁹ POQUET CATALÁ, R.: “Criterios de selección de los trabajadores afectados por despidos colectivos tras la reforma laboral de 2012”, cit., pág. 197.

⁷⁰ STS 14 octubre 2014 (Rec. 3054/2013).

⁷¹ STSJ Cataluña, 12 abril 2011, (Rec. 2672/2011).

⁷² RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, M.: “La selección de los trabajadores afectados por un expediente de regulación de empleo y su control (I)”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1989, pág. 32.

⁷³ POQUET CATALÁ, R.: “Criterios de selección de los trabajadores afectados por despidos colectivos tras la reforma laboral de 2012”, cit., pág. 198.

siempre y cuando dichos salarios estén ligados a complementos de antigüedad.

- vi. En sexto lugar, también es válida la utilización del criterio de absentismo⁷⁴. Asimismo, mencionar que, aunque la aplicación como criterio de selección de la situación de baja médica de larga duración no es necesariamente discriminatoria, sí puede serlo cuando afecte a trabajadores que sufran enfermedades estigmatizadas o cuando afecte a trabajadores cuya situación pueda calificarse de discapacidad, en el sentido de enfermedad que produzca una imposibilidad de integración en la vida laboral a largo plazo⁷⁵.
- vii. En séptimo lugar, la edad como criterio de selección no puede vulnerar la prohibición de discriminación por razón de la edad recogida –entre otras normas–, en la Directiva 2000/78/CE en los términos expresados anteriormente en este ensayo.
- viii. Por último, el criterio de adhesión voluntaria al despido colectivo no presenta dudas en cuanto a su objetividad e idoneidad, pues cumple satisfactoriamente con el principio de reducción de daños el hecho de que se seleccione prioritariamente a quienes manifiesten mayor predisposición para salir de la empresa⁷⁶.

IV. CRITERIOS DE SELECCIÓN EN VÍA DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA O ACUERDO EN PERÍODO DE CONSULTAS

Como se afirmó anteriormente, existen trabajadores que, por sus circunstancias personales o familiares, son más vulnerables en el supuesto de quedar afectados por un despido colectivo, puesto que tales situaciones van a dificultar su reincorporación al mercado laboral⁷⁷. Con este fin, el artículo 51.5. del ET determina la posibilidad de establecer prioridades de permanencia para otros colectivos distintos a los representantes de los trabajadores, bien por vía de convenio colectivo, o bien mediante acuerdo alcanzado en el periodo de consultas. Este es el caso de los trabajadores con cargas familiares, discapacitados o mayores de determinada edad.

En relación a otros posibles colectivos, concretamente, con los trabajadores con cargas familiares, la Ley 40/2003, de 18 de noviembre de 2003, de protección a las familias numerosas dispone en su art. 10.1 que los convenios colectivos podrán incluir medidas para la protección de los trabajadores cuya

⁷⁴ STSJ Castilla y León, 20 abril 2010 (Rec. 433/2010).

⁷⁵ SAN de 11 de noviembre de 2014 (Proc. 251/2014).

⁷⁶ SAN 12 junio 2014 (Proc. 79/2014).

⁷⁷ GINÈS I FABRELLAS, A.: “Criterios de selección de los trabajadores afectados por un despido colectivo”, cit., págs. 89-92.

familia tenga la consideración legal de familia numerosa, en particular en materia de extinción del contrato de trabajo.

Cosa parecida sucede con la posibilidad de que mediante convenio colectivo o acuerdo alcanzado en el periodo de consultas se establezca la prioridad de permanencia de trabajadores con discapacidad. No obstante, trasladar a las partes de la negociación esta cuestión resulta inaceptable, dado que la integración y el mantenimiento del empleo de los trabajadores con discapacidad es un mandato constitucional cuyos destinatarios son los poderes públicos.

Ahondado más en la problemática, dicha garantía es de carácter eminentemente temporal, en el supuesto del convenio colectivo, o su operatividad no podrá extenderse más allá del momento temporal de la ejecutividad de la decisión extintiva, en el caso de los acuerdos en periodo de consultas. Además, se suma la escasa influencia que la cuota de reserva de puestos de trabajo destinados a las personas con discapacidad genera respecto a la prioridad de permanencia de estas⁷⁸. La solución pasa por establecer la prioridad de permanencia de los trabajadores con discapacidad como medida de acción positiva *ex arts.* 67 y 68 del RDL 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social⁷⁹.

En fin, la negociación colectiva o acuerdo en periodo de consultas permite proteger, entre otros casos, a quienes tengan su trabajo suspendido por razones de maternidad o sean víctimas de violencia de género, la conciliación de la de vida laboral y familiar y, muy especialmente, merece la pena destacar la casuística en torno a las trabajadoras embarazadas. Pues bien, según el art. 10 de la Directiva 92/85, de 19 de octubre, sobre 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 esté en periodo de lactancia, si bien no otorga el reconocimiento automático de una prioridad de permanencia, sí refuerza la necesidad de que la razonabilidad y objetividad de la medida resulten justificadas⁸⁰. En síntesis, ante un despido colectivo de una trabajadora embarazada se produce la inversión de la carga de la prueba de modo que es la empresa la obligada a probar la razonabilidad de la medida extintiva⁸¹.

Asimismo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea considera que el despido de la trabajadora embarazada por causas relacionadas con su estado puede derivar en consecuencias perjudiciales sobre su salud física y psíquica.

⁷⁸ ESTEBAN LEGARRETA, R.: “Relación laboral ordinaria de las personas con discapacidad” en AA.VV. (ROMERO RÓDENAS, M.J., Coord.): *Trabajo y protección social del discapacitado*, Albacete (Bomarzo), 2003, págs. 92 y 93.

⁷⁹ GUTIERREZ COLOMINAS, D.: “La facultad empresarial de selección de trabajadores afectados por un despido colectivo. Especial consideración a la prioridad de permanencia de las personas con discapacidad”, en XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2014, pág. 14.

⁸⁰ STSJ Cataluña, 29 noviembre 2013 (Rec. 2718/2013).

⁸¹ STS 14 enero 2015 (Rec. 104/2014).

Así, el art. 10.1 de la Directiva 92/85 prohíbe el despido de las trabajadoras durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad, salvo casos excepcionales no inherentes a su estado⁸².

Es más, según la interpretación del Alto Tribunal, los Estados miembros están obligados a dispensar a la trabajadora embarazada una protección reforzada, pues la antecitada Directiva opera una distinción expresa entre la protección contra el despido en sí mismo, con carácter preventivo, y la protección contra las consecuencias del despido, en concepto de reparación. La protección que nuestro marco jurídico otorga a las trabajadoras embarazadas no resulta acorde con la Directiva, al no prohibir con carácter preventivo el despido de trabajadoras embarazadas, limitándose a su control *ex post*, esto es, una vez realizado el despido, puede ser declarado nulo⁸³. Por tanto, la reincorporación, abono de salarios de tramitación y, en su caso, indemnización adicional, como medidas de reparación ante la nulidad del despido de una empleada embarazada, no son suficientes para adecuar esa protección a los mandatos comunitarios⁸⁴.

V. REFLEXIÓN FINAL

Como conclusión a este ensayo se desprende que la selección de los trabajadores afectados por un despido colectivo está ampliamente limitada, pues la normativa jurídico-española obliga, indirectamente, al empresario a observar las circunstancias personales y familiares de los trabajadores; sin embargo, la introducción en el Estatuto de los Trabajadores de criterios de selección de los trabajadores afectados por un despido colectivo, siguiendo los modelos del estado francés o alemán, supondría el reconocimiento expreso de la existencia de dichos criterios de selección y permitiría reducir los costes sociales derivados de un despido colectivo.

⁸² STJUE 22 febrero 2018 (C-103/2016), asunto *Porras Guisado*, apartado 66.

⁸³ PERE VIDAL, A.: “Europa cuestiona la protección de las trabajadoras embarazadas en los despidos colectivos”, *Actualidad Jurídica*, núm.939, 2018, pág. 2.

⁸⁴ NAVARRO CONTRERAS, C.C.: “Despido colectivo y trabajadoras embarazadas: adecuación de la normativa española a la normativa comunitaria”, *Actualidad Jurídica*, núm.939, 2018, pág. 3.

Como es de sobra conocido, la devastadora irrupción de la crisis sanitaria COVID-19 en un contexto de lenta recuperación económica ha tenido como consecuencia una situación de crisis global sin precedentes. De ahí que el tema elegido por la Junta Directiva de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social como denominador común de su XXXI Congreso anual y, por ende, de la presente publicación (en la que se recogen las numerosas Comunicaciones presentadas al mismo) haya sido el de las reestructuraciones empresariales.