

Boletín Digital | ENERO 2010

1º DE MAYO

LOS DÍAS 21 Y 22 DE ENERO DE 2010 SE REALIZARON EN EL "AUDITORIO MARCELINO CAMACHO" DE CCOO DE MADRID

Jornadas de estudio sobre el despido objetivo

Intervinieron **Rodolfo Benito**, Secretario Confederal de Estudios de CCOO y Presidente de la Fundación 1º de Mayo; **Emilio Palomo** Magistrado del TSJ del País Vasco; **Fernando Salinas**, Magistrado Sala IV del tribunal Supremo; **Carlos A. Mellado**, Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Valencia; **José Luis Asenjo**, Magistrado del TSJ del País Vasco y **María Fernanda Fernández**, Catedrática de Derecho del trabajo de la Universidad de Sevilla.

La primera ponencia trató sobre **Políticas de Empleo y Mercado de trabajo** tenía por objeto recoger la visión sindical de esta materia y corrió a cargo de **Rodolfo Benito Valenciano**, Secretario Confederal de Estudios de CC.OO y Presidente de la Fundación 1º de Mayo.

Rodolfo Benito señaló que **la actual crisis económica internacional ha devenido en una profunda crisis social del empleo**. Aseguro que es prioritario extraer conclusiones de esta crisis, de sus raíces, de los estrepitosos fallos del mercado, de la falta de regulación y supervisión de la economía financiera.

Señalo igualmente que la crisis no esta al margen de las desigualdades sociales que se han venido produciendo a escala internacional y de la perdida de peso del trabajo en la renta global. Manifestó igualmente los riesgos más que evidentes de que **la elite mundial que ha venido dirigiendo la economía liberal, este cogiendo nuevamente fuerza para influir de manera decisiva en la salida a la crisis**.

Se refirió a la Presidencia española de la Unión Europea y de las prioridades para este semestre de la Confederación Europea de Sindicatos. La prioridad es el empleo, afirmó, y de manera especifica el desempleo de los jóvenes, que



Las jornadas tuvieron un total de 464 inscripciones, y a los asistentes se les entregó diversas publicaciones jurídico-laborales: "Memento Expertos: Despido Objetivo", de Editorial Francis Lefebvre, 2010, "La causa del Contrato de obra o servicio determinado: caracterización legal y práctica judicial", de Francisco José Gualda Alcalá, Gabinete de Estudios Juridicos CC.OO., Edit. Bomarzo, 2010, y "Los derechos sociales como derechos justiciables", obra colectiva, Edit. Bomarzo, 2009.



“La elite mundial que ha venido dirigiendo la economía liberal, este cogiendo nuevamente fuerza para influir de manera decisiva en la salida a la crisis.

esta avanzando el doble del ritmo del desempleo de los trabajadores de más edad.

Se manifestó a favor de mantener los estímulos fiscales en la economía, subrayando que la prioridad es el empleo y con él el crecimiento de la economía.

Abordo la última Cumbre de Copenhague sobre cambio climático y reclamo un nuevo modelo económico y un mayor liderazgo de la Unión Europea, reclamo un mayor nivel de participación sindical y de diálogo social a escala europea, un espacio de negociación colectiva transnacional y el fortalecimiento del modelo social europeo.

Para España afirmó, CCOO apuesta por la recuperación del diálogo social bipartito y tripartito, después del fiasco de julio de 2009 y enumero las propuestas del movimiento sindical en materia de empleo y negociación colectiva.

“Estamos proponiendo un Acuerdo Plurianual sobre salarios, beneficios empresariales, empleo y eliminación de la temporalidad injustificada”, indico, además de un gran acuerdo sobre reducción temporal de la jornada de trabajo para empresas en dificultades.



Concluyo con la propuesta de un acuerdo sobre Transición Laboral de la Población Joven, sobre empleo y formación, manifestándose a favor de **un nuevo marco laboral para un nuevo modelo económico y productivo.**

La segunda ponencia trató de los “Requisitos formales del despido objetivo y consecuencias de su inobservancia”, y fue llevada a cabo por **Emilio Palomo Balda**, Magistrado de la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco, que comenzó poniendo en evidencia el aumento de afectados por los despidos objetivos económicos, pues los datos estadísticos así lo evidencian, siendo un dato revelador el número de órdenes de pago del FOGASA (art. 33.8 ET) en empresas de menos de 25 trabajadores. **La crisis ha propiciado la flexibilidad judicial a la hora de interpretar las causas del art. 52 ET, y los trabajadores se sienten desprotegidos ante el proceso laboral en caso de despido objetivo** por diferentes factores: la posición de las partes sobre las fuentes de prueba (a diferencia del despido disciplinario); los costes, ya que la prueba pericial toma un papel muy importante al favorecer al empresario; problemas que plantea el procedimiento oral (la celeridad y su inmediatez repercute en que no se tenga la suficiente atención que merecen estos juicios), así como la dinámica del Recurso de Suplicación, con márgenes muy limitados de revisión fáctica.

Desde un punto de vista sistemático, se analizaron los requisitos de forma que lejos de un carecer meramente superficial, representan importantes garantías para los trabajadores. Cuatro son los requisitos que al despido objetivo se le exigen y cuyo incumplimiento implica la nulidad, al tener valor constitutivo.

En relación con la comunicación escrita al trabajador, expresando la causa de la extinción, recordó la importancia del Voto Particular de la STS 16/1/2009. El TS en relación al grado de determinación de la causa del despido utiliza los criterios de “suficiencia” y “finalidad” pues basta con que la información sea suficiente para articular la defensa del trabajador. La carta adolece de ausencia de datos y esto crea indefensión. Aun cuando pueda existir dificultad a la hora de declarar contradicción

ante el TS en relación a la carta de despido, pues no hay dos cartas iguales y las circunstancias concurrentes son muy diferentes, el Ponente reconoce la contradicción a fortiori (cuando la carta del recurso sea más expresiva que la contenida en la Sentencia de contraste) y puede no haber circunstancias concu-

FUNDACIÓN

Boletín Digital

1º DE MAYO

rrentes (STS 22/2/1993, establece que la tarea del RCUd es que la Sentencia no se aparte de manera llamativa de lo que es el criterio de la suficiencia. Se señaló que en relación a los grupos de empresas, si se entra a valorar las causas económicas del grupo en su conjunto se crea indefensión al trabajador.

El abono de la indemnización legal de 20 días por año con el límite de 12 meses y simultaneidad en la puesta a disposición de aquélla en la carta de despido. Debe ser una disposición efectiva y no meramente formal. El TS ha sido tajante en Sentencia de 13/10/2005, pues basta una demora de tres días para que se entienda incumplido el requisito sin que sea subsanable posteriormente.

Otro requisito que se analizó fue el plazo de preaviso de 30 días, que según STS 13/5/2008 tiene carácter de derecho irrenunciable, existiendo múltiple doctrina en Suplicación, sin que sea, por regla general, un requisito problemático.

Y a propósito de la comunicación de la carta de despido a los representantes de los trabajadores, se recordó la Sentencia del Tribunal Supremo de 18/4/2007 que reconoce se debe entregar copia del cese de los trabajadores para asegurar las garantías de los umbrales del despido, dado que el art. 53 del ET nada expresa en relación al momento de tal comunicación, así como el criterio que sostiene el TSJ del País Vasco señala que debe ser simultánea.

En el debate se trataron temas como los contratos en empresas públicas de subvención directa, sin que se tengan en cuenta los contratos temporales para el cálculo de la antigüedad; de la figura de los indefinidos no fijos en la Administración, a los que la cobertura reglamentaria de la plaza produce el efecto de su cese sin ningún derecho a indemnización y de los despidos objetivos encubiertos y la calificación como nulo de un segundo despido en un grupo de empresas por causas económicas al causar indefensión al trabajador al eludir a los datos económicos de una sola de las empresas y privar a éste de articular medios de defensa.

La sesión de tarde comenzó con la ponencia sobre **La valoración judicial de las causas del despido objetivo**, a cargo de **Fernando Salinas Molina**, Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, y que fue presentado por Bartolomé Ríos Salmerón, exMagistrado de la misma Sala.

El ponente comenzó su exposición hablando de las notas diferenciadoras entre despido objetivo y despido disciplinario, ya que esta distinción tiene una gran trascendencia desde el punto de vista práctico puesto que las consecuencias difieren mucho para los trabajadores en uno u otro caso. Así, por ejemplo, **el incumplimiento de los requisitos formales genera, en el despido disciplinario, improcedencia, mientras que en el objetivo produce su nulidad**, con la consiguiente re-



“La crisis ha propiciado la flexibilidad judicial a la hora de interpretar las causas del art. 52 ET, y los trabajadores se sienten desprotegidos ante el proceso laboral en caso de despido objetivo

admisión del trabajador. En apoyo de estas ideas, hizo alusión a pronunciamientos tales como la STSJ País Vasco de 12 de mayo de 2009 (sobre despido tácito por cierre de la empresa) o la STS de 15 de julio de 2009 (sobre contrato para obra o servicio en fraude de ley, en la que se aplican las normas del despido disciplinario).

En segundo lugar, se refirió a una serie de sentencias sobre las demás causas de despido objetivo distintas de las económicas, técnicas, organizativas

y de producción, como el supuesto del absentismo que consagra el art. 52.d) del ET, a propósito del cual citó la STS de 27 de noviembre de 2008. Pero el punto central fue el despido objetivo económico, también hizo alusión a la problemática que plantean los grupos de empresa en este contexto. Así, la STS de 27 de enero de 2007 reconoce que hay que valorar la situación de todas las empresas integrantes.

En tercer lugar, el ponente también quiso detenerse en la diferencia, no siempre nítida, entre despido colectivo y despido objetivo y citó la STS de 29 de junio de 2006, sobre un caso de error inexcusable al incluir a un trabajador en IT en un ERE o la STS de 3 de marzo de 2009 en la que se concluye que el control judicial de los ERES debería encomendarse al orden social en vez de al contencioso-administrativo.

A continuación, centró su análisis en la carta de despido y su contenido: debe ser suficiente para que no se genere indefensión al trabajador, como refleja la STS de 21 de mayo de 2008 (en un supuesto de despido disciplinario), pero también cabe la posibilidad de ampliar los hechos con otros posteriores: en este sentido, destacó la STS de 27 de febrero de 2009.

Relacionado con todo lo anterior, pasó a referirse al tema del control judicial del despido, donde la labor del Juez es singularmente importante, principalmente en los despidos objetivos en los que, a diferencia de otros casos, como en los colectivos, no hay un filtro previo por el que deba pasar la decisión del empresario, por lo que la “necesidad objetivamente acreditada de amortizar el puesto de trabajo” a que alude expresamente el art. 52 del ET debe examinarse minuciosamente en cada supuesto ante él planteado. Finalmente, valoró determinados problemas como el del despido objetivo por pérdida de contrata,

FUNDACIÓN Boletín Digital 1º DE MAYO

momento en el cual citó pronunciamientos tales como la STS de 12 de diciembre de 2008 o de 28 de abril de 2009. Finalmente, analizó las últimas sentencias sobre el concepto de “pérdidas sustanciales y cuantiosas”, como justificativas del despido objetivo económico y citó, entre otras, las STS de 10 de mayo de 2006, de 31 de mayo de 2006, de 2 de marzo de 2009 o de 29 de septiembre de 2008.

El despido objetivo vinculado a la subcontratación de obras o servicios fue la última ponencia de la tarde, que corrió a cargo de **Carlos Alfonso Mellado**, Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Valencia, que fue presentado por Luis Collado, Profesor de la Universidad de Castilla la Mancha, realizó un análisis crítico

sobre los problemas que plantea en el panorama laboral actual una deficiente regulación normativa que delimite el campo de la subcontratación o externalización: inestabilidad en el empleo, menoscabo de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores que repercuten en peores condiciones de condiciones de trabajo, favoreciendo incluso el fraude de ley que traspasa la ambiguo limite de la subcontratación laboral con la figura de la cesión ilegal o las relaciones administrativas o mercantiles. En el núcleo de la ponencia se recopilaban los supuestos admitidos por el jurisprudencia del Tribunal Supremo que legitiman despido objetivo en el seno de la subcontratación: la pérdida de contrata y la externalización de la actividad de la empresa, analizando de manera detallada los términos exigidos en cada caso según la doctrina jurisprudencial, así como el carácter oscilante que ha mantenido esta doctrina a lo largo del tiempo. Con especial referencia a la externalización de la actividad, se concluyó que no es causa en sí misma de despido objetivo, sino que debe responder a una verdadera necesidad, actual y demostrable, así como ser proporcional a dicha necesidad, cuando no exista una alternativa menos drástica que al extinción, estando todo ello al control judicial.

Durante el debate se plantearon cuestiones como la forma de afrontar la creación de una empresa por la administración para contratar a trabajadores mediante contrataciones temporales, sometidos a las directivas de la Administración pero a través de un encargado que impide para evitar la declaración de cesión ilegal de trabajadores. Se planteó igualmente si podía considerarse causa legal que legitime el despido objetivo la reducción, que no la pérdida de una contrata; la no renovación de una concesión o contrata por voluntad del empresario, así como un supuesto especial de venta de la producción agrícola no recolectada, corriendo a cargo de la empresa compradora su recolección.

La calificación del despido objetivo. Criterios de preferencia y selección de trabajadores, fue analizada por **José**



Luis Asenjo Pinilla, Magistrado del TSJ del País Vasco, presentado por Jordi Agustí Julia, Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Comenzó analizando el régimen de la nulidad de los despidos objetivos, ésta será declarada por el incumplimiento de los requisitos formales, y en los supuestos del art. 122.2 de la LPL, es decir, por fraude en los límites del despido colectivo, así como la nulidad por motivos comunes, se habla de los supuestos de discriminación, vulneración de Derechos Fundamentales, maternidad y supuestos asimilados (art. 53.4 ET), que se producirá la nulidad cuando la notificación del mismo se produzca en la fecha que coincida con la fecha del vencimiento.

En ocasiones, la empresa pone a disposición del trabajador una cantidad inferior a la que le correspondería y posteriormente lo comunica así al trabajador. En estos supuestos, tal y como acoge la STSJ del País Vasco de 9/12/09 el despido ha de declararse nulo pues el error no es excusable, sin que deba devolverse el preaviso.

Deja claro que en relación al despido improcedente el art. 56.2 ET es aplicable tanto al despido objetivo de 45 días por año como al de 33 días/año, incluso la propia Ley 12/01 así lo dice; por tanto, si el empresario opta por el despido objetivo, éste debe seguir todas las reglas y requisitos, pues es él quien tiene al opción, por lo que lo debe ejercitar con todas sus consecuencias. (A favor cita la STSJ del País Vasco de 14/7/09, y en contra la del propio TSJ de 2/6/09). Y otro detalle importante, a criterio del Ponente, es que la indemnización por preaviso hay que abonarla, aun cuando se declare improcedente el despido o a pesar del incumplimiento de todos los requisitos.

Respecto al tema del derecho de opción, no se limita a los representantes de los trabajadores, unitarios o sindicales, delegados de prevención e integrantes del Servicio de prevención, pues habrá que estar a lo que el convenio colectivo o pactos individuales establezcan para el resto de trabajadores (STS de 24/3/09).

Un detalle importante es el hecho de la fiscalidad de los despidos objetivos. La Ley 27/09 establece la exención fiscal de la indemnización de los 20 días/año hasta los 45 días/año, equiparándose al despido disciplinario improcedente; finalizando este punto hablando del supuesto de Desempleo (art. 209.5 b de la LGSS), poniéndolo en relación con la readmisión o no del trabajador; si ésta no se produce se tratará de una indemnización indebida que el trabajador debe devolver; producida la readmisión es el empresario quien debe ingresar estas cantidades.

Aborda igualmente la Ponencia los criterios de preferencia, señalando que los artículos 51.7 y 52 c) de ET dan prioridad de permanencia a ciertos colectivos pero no es una garantía absoluta, hablándose de los representantes unitarios y sindicales, representantes de prevención e incluso los integrantes del Servicio de Prevención, y es la empresa quien tiene la carga de probar que el representante no es idóneo. Respecto al resto de

FUNDACIÓN Boletín Digital 1º DE MAYO

trabajadores, sólo se plantean problemas cuando el despido afecta a varios trabajadores pues en ausencia de pacto, la Ley 40/03 de Familias Numerosas (art. 10.1) se remite a la negociación colectiva, incluso también tendrían preferencia a la hora de la readmisión los trabajadores con algún tipo de discapacidad, aun cuando el TS en su Sentencia de 11/6/2001 señala que estas preferencias tienen una serie de matizaciones por lo que no puede existir preferencia en la readmisión de minusválidos, e incluso también se puede declarar la preferencia de los trabajadores fijos frente a los temporales, no así la circunstancia de la antigüedad, trabajadores mayores de 45 años o supuestos de maternidad (aunque cuestión distinta es su protección por vulneración de derechos fundamentales). Y en relación a los criterios de selección se señala que no es admisible el fraude de Ley ni el abuso de derecho.

En el debate se trataron temas como el hecho de que el empresario, una vez realizado el despido, no puede retractarse, y debe atenerse a las consecuencias del mismo; de la aplicación del EBEP a los trabajadores de Paradores Nacionales en relación al despido por causas objetivas; sobre la reclamación de la indemnización por despido cuando no se está de acuerdo con su importe y qué jurisdicción es la competente para reclamar cuando las empresas no presenten en los EREs nominación de afectados.

María Fernanda Fernández López, que fue presentada por Enrique Lillo, abogado de CCOO, es Catedrática de Derecho del Trabajo de la Universidad de Sevilla, y expuso la última ponencia de estas jornadas, relativa a los **"Límites entre el despido objetivo y el despido colectivo. Despido objetivo y procedimiento concursal"**. Partió desde la perspectiva del derecho Comunitario y el acomodo del derecho nacional en la búsqueda de los elementos delimitadores del despido colectivo y el despido objetivo, llegando a la conclusión de la identidad de causas entre una y otra modalidad de extinción del contrato de trabajo, restando como único elemento diferenciador el número de trabajadores afectados. A raíz de esta premisa y con apoyo en la doctrina jurisprudencial sobre las cuestiones analizó qué extinciones son las que computan a la hora de determinar la existencia de un despido colectivo, el ámbito en el que debe producirse el cómputo (empresa, o centro de trabajo), así como la determinación del cómputo del tiempo de los períodos de noventa días en los que se deben producir las extinciones que determinan la existencia de un despido colectivo. La segunda parte de la ponencia trató las cuestiones relativas a la incidencia



del concurso de acreedores sobre la prueba de la causa del despido objetivo y colectivo, con especial atención a las causas económicas; así como la coordinación de las competencias del Juez de lo Mercantil y del Juez de lo Social en la extinción de los contratos.

Entre otras de las cuestiones planteadas en el debate, se plantearon los efectos de la negativa de la administración concursal a negociar medidas alternativas a los despidos de una empresa viable, para lo que se alegaba que se iba a solicitar la liquidación de la misma. La posibilidad de transformar en el seno del concurso un expediente de regulación de extinción de los contratos en un expediente de suspensión, cuando se ha abierto una negociación de compra de la empresa concursada. Así como si sería factible reconocer la indemnización de 45 días de salario por año de servicios cuando la resolución judicial de extinción del contrato de trabajo del art. 50 se había dictado expresamente con posterioridad al Auto del Juez de lo Mercantil que autorizaba el despido colectivo. ♦