

Selección de trabajadores afectados por un ERE (Criterios prácticos)

Antonio V. Sempere Navarro

Coordinador del Área de Laboral de Gómez-Acebo & Pombo
Catedrático de la Universidad Rey Juan Carlos

Carolina San Martín Mazzucconi

Consejera Académica de Gómez-Acebo & Pombo
Profesora Titular de la Universidad Rey Juan Carlos

El art. 51.2 ET obliga a la empresa que pone en marcha el preceptivo período de consultas a comunicarlo por escrito, tanto a los representantes de los trabajadores como a la autoridad laboral, debiendo constar en esta comunicación, entre otros extremos, los "criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos". Por su parte, el RD 1483/2012 extiende esta obligación también a los procesos de suspensión del contrato o de reducción de la jornada (art. 17).

Tales preceptos quieren evitar que las medidas de reestructuración se utilicen de forma torticera para encubrir discriminaciones u otro tipo de conductas ilegítimas; las empresas, a su vez, desean aprovechar esas decisiones para prescindir de los empleados menos eficientes o implicados. ¿Cómo puede saberse si en cada caso se actúa conforme a Derecho?

La respuesta solo puede construirse conociendo a fondo tanto las normas cuanto las decisiones reales (pactadas o no) y los principales pronunciamientos judiciales que van recayendo. A resumirlos se dedican estas Notas.

Necesaria propuesta empresarial

ESPECIFICIDAD. La obligación empresarial de explicitar los criterios de referencia ha de cumplirse en sus propios términos; suele entenderse que no basta con aportar la relación nominal de los trabajadores afectados¹, ni con remitirlos a lo que se establezca en el período de consultas².

AUSENCIA. Sin la aportación referida el período de consultas será insuficiente pues no cabe negociar la retirada o limitación de efectos de la medida impulsada por el empleador si los trabajadores desconocen por qué incide más sobre unos que sobre otros³. En caso de despido es posible incluso que no pueda apreciarse si hay causa justificativa, pues ésta ha de ponerse en relación con los contratos que pierden utilidad para la empresa⁴.

CONGRUENCIA. Si los representantes de los trabajadores no discuten los criterios de selección propuestos, pierde fuerza su posterior impugnación en vía judicial⁵.

¹ STSJ País Vasco 11-12-13 (AS 2013\60) *Corrugados Azpeitia*; SAN 22-7-13 (JUR 2013\272976) *Train Automatic Solutions In and Out*; STSJ Castilla y León, Valladolid, 17-7-13 (AS 2013\2098) *Ayuntamiento de León*.

² SAN 22-7-13 (JUR 2013\272976) *Train Automatic Solutions In and Out*.

³ STSJ Cataluña 23-5-12 (AS 2012/1049) *Dopec*; SAN 26-7-12 (AS 2012/1678) *Distribuidora Uribe*; SAN 15-10-13 (AS 2013\2) *Patric Sport*.

⁴ SAN 10-6-13 (AS 2013\2536) *Oesia*; STSJ Andalucía, Granada, 29-11-13 (AS 2013\2788) *Editorial Granadina de Publicaciones*.

⁵ SAN 26-11-13 (proc. 324/2013) C.I.S.; STSJ País Vasco 11-12-13 (AS 2013\60) *Corrugados Azpeitia*; SAN 15-10-13 (AS 2013\2) *Patric Sport*.

Concreción de los criterios

CASUISMO. Más allá de que los criterios de afectación no puedan ser genéricos⁶, los Tribunales suelen recurrir a la ponderación de todas las circunstancias para pronunciarse. De hecho, mientras que causas organizativas demandan criterios que permitan establecer la relación de causalidad entre lo sucedido y la afectación al trabajador, en supuestos de razones económicas basta que permitan “controlar la ausencia de discriminaciones o diferenciaciones por motivos ilícitos”⁷.

IMPRECISIÓN. Se aprecia vaguedad cuando la selección de trabajadores se basa en la “pertenencia a una de las áreas de mayor afectación de la caída de la actividad”⁸; la “versatilidad, recursos disponibles en la sección/departamento, coste económico y coste indemnizatorio”⁹; la adscripción del puesto de trabajo que vaya a ser eliminado o redimensionado, la experiencia profesional, la formación relativa al puesto, la polivalencia funcional, las buenas prácticas profesionales, la situación de excedencia voluntaria y el menor absentismo, así como el mayor coste del correspondiente contrato de trabajo o las aptitudes de gestión de equipo y habilidades de interacción social¹⁰.

SUFICIENCIA. Diversas resoluciones han validado la selección de trabajadores por el mantenimiento de la máxima capacidad de producción para atender a las demandas de los clientes; la corrección de las disfuncionalidades y desequilibrios de la plantilla originados por el Plan de Extinciones incentivadas autorizadas en el ERE previo; y, finalmente, parámetros de idoneidad y polivalencia”; todo ello acompañado del número de trabajadores que se consideran precisos en cada departamento, y una relación nominativa del personal afectado¹¹.

O bien cuando los criterios atienden a la funcionalidad, perfil profesional, capacidades técnicas, adaptación a los servicios asignados por la

empresa y especialización de tareas, así como los basados en la evaluación continua del empleado por parte de los mandos intermedios y en la pérdida efectiva de ubicación laboral por disminución del volumen de negocio contratado por los clientes¹².

También la pertenencia a las concretas categorías profesionales directamente afectadas por el descenso de la actividad, o a tiendas que cierran por la falta de ventas, o a centros en los que la merma del negocio determina que permanezcan solo ciertas actividades, viéndose afectados los trabajadores adscritos a las restantes¹³.

Objetividad

Los criterios utilizados para designar a los trabajadores afectados por la medida no pueden esconder discriminaciones ni decisiones arbitrarias por parte de la empresa.

ILEGALIDAD. No vale seleccionar trabajadores por su adscripción del puesto de trabajo que vaya a reestructurarse pues basta con una decisión de movilidad funcional para incluir o excluir de la medida¹⁴.

Tampoco se ha considerado del todo objetivo atender a la formación específica y polivalencia, valorada con un arco de 0 a 20 puntos pues podría presentar algún componente subjetivo, aunque pierde fuerza combinada con otros criterios de perfil objetivo¹⁵.

VALIDEZ. Se considera adecuado seleccionar a los trabajadores por la disminución o desaparición de la carga de trabajo en cada línea de trabajo¹⁶; por la formación reglada, la antigüedad, las cargas familiares, la edad, y el cuidado hijos con enfermedades graves¹⁷.

Lo mismo si se aplican varios criterios, en este orden de prelación: 1º desempeño de funciones

⁶ STSJ Cataluña 23-5-12 (AS 2012/1049) *Dopec*; STSJ País Vasco 11-12-13 (AS 2013\60) *Corrugados Azpeitia*.

⁷ STSJ Castilla y León, Valladolid, 17-7-13 (AS 2013\2098) *Ayuntamiento de León*.

⁸ STSJ Cataluña 23-5-12 (AS 2012/1049) *Dopec*.

⁹ STSJ Andalucía, Granada, 29-11-13 (AS 2013\2788) *Editorial Granadina de Publicaciones*.

¹⁰ STSJ Comunidad Valenciana 4-11-13 (JUR 2013\347598) *Radio Televisión Valenciana*

¹¹ STSJ País Vasco 11-12-13 (AS 2013\60) *Corrugados Azpeitia*.

¹² SAN 26-11-13 (proc. 324/2013) *C.I.S.*

¹³ SAN 15-10-13 (AS 2013\2) *Patric Sport*.

¹⁴ STSJ Comunidad Valenciana 4-11-13 (JUR 2013\347598) *Radio Televisión Valenciana*

¹⁵ STSJ Andalucía, Málaga, 14-10-13 (JUR 2013\350470) *Isofoton*.

¹⁶ STSJ Aragón 11-6-13 (AS 2013\2016) *Sarga*.

¹⁷ STSJ Andalucía, Málaga, 14-10-13 (JUR 2013\350470) *Isofoton*.

comerciales; 2º condición de personal fijo; 3º mayor cualificación profesional (nivel de estudios oficiales acreditados, relacionados con las funciones desempeñadas); 4º mayor antigüedad en el área comercial; 5º mayor antigüedad en la empresa; 6º mayor edad; 7º mayor experiencia profesional; 8º mayores cargas familiares; 9º mayor grado de discapacidad¹⁸. O bien, con la siguiente cadencia: 1º reducción del servicio de adscripción; 2º voluntariedad; 3º productividad y rendimiento¹⁹.

Se acepta la selección atendiendo al rendimiento de los trabajadores, de modo que se vean afectados aquellos cuya capacidad y productividad sea menor que las de la mayoría, de acuerdo con una evaluación del desempeño realizada con anterioridad a la ejecución de la medida²⁰.

Desde luego, es válida la adhesión voluntaria, conexión con el puesto de trabajo amortizado, productividad, especialización o polivalencia, mayor coste operativo, falta de adecuación al puesto, imposibilidad de reubicación, posibilidad de acceso a la jubilación, empleabilidad y evaluación del desempeño²¹.

O la desasignación a proyectos o servicios, dada la falta o volumen ínfimo de empleo vinculado a los mismos²²; la exclusión de los jubilados parciales y sus relevistas (para evitar la responsabilidad empresarial por las prestaciones), y de los mayores de 50 años (por el coste añadido y la mayor dificultad de su recolocación)²³.

La menor antigüedad en la empresa se admite como criterio de afectación "residual", dado que su indemnización también será menor²⁴; la polivalencia y especialidad sólo son objetivos si se definen previamente en términos objetivos²⁵; la arbitrariedad empresarial queda neutralizada cuando la concreta afectación se controla a través de una comisión mixta²⁶.

Aplicación

ESPECIFICIDAD. La ejecución de los despidos es potestad de la empresa, de modo que a ella compete aplicar los criterios de selección para identificar a los concretos trabajadores²⁷.

CONGRUENCIA. Incluso aunque el período de consultas finalice sin acuerdo, los criterios de selección de los afectados sólo pueden ser los negociados en su seno, de modo que, a la hora de aplicarlos, la empresa no puede alterarlos, ocasionando con ello la inclusión o exclusión de trabajadores²⁸.

CARTA DE DESPIDO. La mayoría de sentencias consideran que no hace falta que en la carta de despido se identifique el criterio de inclusión en el ámbito del despido, pero mientras unas entienden que ello es así en todo caso²⁹, otras lo limitan al caso en que el trabajador ha tenido la posibilidad de conocer los motivos de afectación por otra vía (por ejemplo, a través de las Secciones sindicales firmantes del acuerdo)³⁰.

¹⁸ STSJ Comunidad Valenciana 12-3-13 (AS\2013\1682) *Agencia Valenciana de Movilidad*.

¹⁹ SAN 30-9-13 (JUR 2013\323677) *Unitono*.

²⁰ SAN 11-3-13 (AS 2013/1138) *Bridgestone*.

²¹ SAN 15-7-13 (AS 2013\2641) *NH*.

²² SAN 28-10-13 (JUR 2013\334082) *Cap Gemini*.

²³ STSJ País Vasco 9-7-13 (AS 2013\2784) *FCC Ámbito*.

²⁴ STSJ País Vasco 9-7-13 (AS 2013\2784) *FCC Ámbito*.

²⁵ STSJ País Vasco 9-7-13 (AS 2013\2784) *FCC Ámbito*.

²⁶ SAN 30-9-13 (JUR 2013\323677) *Unitono*.

²⁷ SAN 11-3-13 (AS 2013/1138) *Bridgestone*.

²⁸ STSJ Comunidad Valenciana 4-11-13 (JUR 2013\347598) *Radio Televisión Valenciana*; STSJ Comunidad Valenciana 23-4-13 (AS 2013\2779) *Vaersa*; SAN 26-7-12 (AS 2012/1678) *Distribuidora Uribe*; STSJ Madrid 8-5-13 (AS 2013\2396) *Uralita Iberia*.

²⁹ STSJ Navarra 19-10-13 (JUR 2013\14751) *KYB Steering Spain*. El Tribunal razona que cualquier alegación de indefensión derivada del desconocimiento de los criterios aplicados queda neutralizada por el hecho de que el trabajador puede conocerlos "a través de actos preparatorios o de prueba anticipada, de modo que pueda proponerse prueba que desvirtúe la aplicación realizada por la empresa".

³⁰ STSJ Cataluña 31-5-13 (AS 2013\2739) *Cap Gemini*.

IMPUGNACIÓN. Las disfunciones concretas en la aplicación de los criterios establecidos no son revisables en procedimientos judiciales colectivos sino individuales³¹.

Administraciones Públicas

Los criterios han de ser lo suficientemente concretos como para permitir su aplicación directa, excluyendo toda posible arbitrariedad e incluso discrecionalidad de la Administración³².

Los principios propios del acceso al empleo público (igualdad, mérito, capacidad) también deben operar sobre los criterios de afectación, de modo que estos últimos han de valorar el mérito y la capacidad de los trabajadores³³. Por ejemplo, se admite que se tomen como referencia los resultados obtenidos en una prueba específica para realizar determinados cometidos laborales³⁴.

³¹ SAN 11-3-13 (AS 2013/1138) *Bridgestone*; SAN 11-7-13 (AS 2013\2637) *Caser*; SAN 30-9-13 (JUR 2013\323677) *Unitono*; STSJ Andalucía, Granada, 29-11-13 (AS 2013\2788) *Editorial Granadina de Publicaciones*; STSJ País Vasco 11-12-13 (AS 2013\60) *Corrugados Azpeitia*; STSJ Castilla y León, Valladolid, 17-7-13 (AS 2013\2098) *Ayuntamiento de León*; STSJ Andalucía, Málaga, 14-10-13 (JUR 2013\350470) *Isofoton*.

³² STSJ Castilla y León, Valladolid, 17-7-13 (AS 2013\2098) *Ayuntamiento de León*.

³³ STSJ Castilla y León, Valladolid, 17-7-13 (AS 2013\2098) *Ayuntamiento de León*.

³⁴ STSJ Castilla y León, Valladolid, 28-5-13 (JUR 2013\218196) *Servicio Público de Empleo de Castilla y León*.