

**Sobre los requisitos formales de la comunicación extintiva:  
explicación del criterio de selección.**

Almudena Jiménez Batista  
Abogado laboralista  
Cuatrecasas, Gonçalves Pereira

***Abstract***

Tras la reforma laboral operada por el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, posteriormente confirmada por la Ley 3/2012, se han equiparado las formalidades de la comunicación extintiva a los trabajadores afectados por un despido colectivo a las de un despido objetivo individual, al realizarse una remisión expresa desde el artículo 51.4 ET a lo dispuesto en el artículo 53.1 ET. El objeto del presente artículo es analizar la necesidad de incluir o no en la comunicación extintiva –tanto en supuestos de despidos objetivos individuales, como en casos de extinciones derivadas de despidos colectivos- la explicación del criterio de selección del trabajador. En concreto, se analizará si, dentro del concepto “causa” al que se refiere el artículo 53.1 a) ET, como requisito formal del despido, cabe incluir el motivo de afectación particular del trabajador como la “causa próxima” o “causa subjetiva”.

***Sumario***

1. Introducción: evolución legislativa e impacto de la reforma laboral en las formalidades de la comunicación extintiva.
2. Inclusión del criterio de selección en supuestos de despidos objetivos individuales.
  - 2.1. Previsión legal.
  - 2.2. Interpretación judicial de la “causa”.
  - 2.3. Facultad de elección del empresario.
  - 2.4. Doctrina judicial reciente.
  - 2.5. Recapitulación.

3. Inclusión del criterio de selección en la comunicación extintiva en supuestos de despido colectivo.

3.1. Jurisprudencia y doctrina judicial anterior a la reforma laboral.

3.1.1.1. Doctrina judicial tradicional.

3.1.1.2. Cambio de doctrina.

3.1.1.3. Recapitulación.

3.2. Tesis actuales de los tribunales.

3.2.1.1. Tesis a favor de la inclusión del criterio de selección.

3.2.1.2. Tesis que no considera necesaria la inclusión del criterio de selección.

4. Conclusión.

## **1. INTRODUCCIÓN: EVOLUCIÓN LEGISLATIVA E IMPACTO DE LA REFORMA LABORAL EN LAS FORMALIDADES DE LA COMUNICACIÓN EXTINTIVA.**

Las actuaciones legislativas en materia laboral llevadas a cabo por los dos últimos gobiernos han tenido un gran impacto en la configuración de la extinción del contrato por circunstancias empresariales, tanto en su vertiente individual como colectiva. En concreto, y por lo que respecta a las formalidades de la comunicación extintiva, la modificación más relevante fue introducida por el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral ("RD-ley 3/2012"), posteriormente confirmada en la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral ("Ley 3/2012").

Esta reforma laboral tiene como principal novedad, en su vertiente colectiva, suprimir la autorización administrativa por parte de la autoridad laboral competente para proceder a la realización de despidos colectivos y la equiparación de las formalidades de la comunicación extintiva en los casos de despidos colectivos y despidos objetivos individuales. Así, hasta ese momento, la regulación de una y otra figura eran totalmente independientes<sup>1</sup> y, a partir de entonces, el empresario que realice un despido colectivo no requiere una autorización administrativa para aplicar la medida (aun cuando no haya alcanzado un acuerdo con la representación legal de los trabajadores) y para ello deberá comunicar a los trabajadores afectados la extinción de su contrato, de acuerdo con los requisitos establecidos en el artículo 53.1 del Estatuto de los Trabajadores ("ET"), esto es, los requisitos formales del despido objetivo individual. Todo ello, por remisión expresa del artículo 51.4 ET.

Dada la actual equiparación de las formalidades de la comunicación extintiva en uno y otro supuesto, iniciaremos el presente análisis resumiendo la jurisprudencia y doctrina judicial existente en los casos de despidos objetivos individuales y, en particular, su interpretación del artículo 53.1 a) ET sobre la exigencia de la concreción de la "causa" del despido, dado que la redacción de este apartado a) del citado precepto no ha variado<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> El despido colectivo regulado en el artículo 51 ET y el despido objetivo regulado en los artículos 52 c) ET y 53 ET. Sin embargo, tras la reforma laboral operada en primer lugar por el Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, confirmada posteriormente por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, se produjo una primera aproximación entre ambas figuras, al dejar de estar previstas en el apartado c) del artículo 52 ET las causas por las que podía realizarse un despido objetivo, pasando a remitirse a las causas indicadas en el artículo 51.1 ET ("*cuando concorra alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 de esta Ley y afecte a un número inferior al establecido en el mismo*") –esto es, del despido colectivo–.

<sup>2</sup> El artículo 53 ET regula la forma y efectos de la extinción por causas objetivas y establece en su apartado 1 la observancia de tres requisitos formales, siendo el primero de ellos "a) comunicación escrita al trabajador expresando la causa".

De hecho, como veremos, al existir una remisión expresa desde el artículo 51.4 ET al 53.1 ET, sería razonable pensar que los pronunciamientos judiciales interpretasen las formalidades de la comunicación extintiva en los casos de despido colectivo de forma análoga a los despidos objetivos individuales. Sin embargo, mientras que en estos últimos la doctrina judicial resulta bastante pacífica respecto de la necesidad de incluir o no los criterios de selección en la carta de despido, en los casos de extinciones derivadas de despidos colectivos los pronunciamientos existentes hasta el momento son divergentes.

El análisis se centra exclusivamente en si esta información debe formar parte de la comunicación extintiva, no abarcando, por tanto, a qué posibles criterios pueden ser aplicados por el empresario en un despido, puesto que ello requeriría otro estudio pormenorizado.

Esta cuestión resulta de especial transcendencia por el impacto que tiene en la ejecución de los despidos colectivos, dado que, aun cuando en el período de consultas se haya alcanzado un acuerdo, las distintas interpretaciones de las exigencias formales del artículo 53.1 a) ET de la comunicación extintiva pueden dar lugar a pronunciamientos contradictorios (procedencia o improcedencia) en procedimientos individuales derivados del mismo despido colectivo. Por tanto, en aras a la seguridad jurídica -tanto de los empresarios que efectúan el despido colectivo, como el de los propios trabajadores a la hora de configurar su defensa y obtener un pronunciamiento judicial homogéneo al resto de empleados afectados por el mismo proceso-, debe llegarse a una interpretación unificada de este precepto.

## **2. INCLUSIÓN DEL CRITERIO DE SELECCIÓN EN SUPUESTOS DE DESPIDOS OBJETIVOS INDIVIDUALES.**

### **2.1 Previsión legal.**

Las formalidades del despido individual por causas objetivas del artículo 52 c) ET (económicas, organizativas, productivas o técnicas) están previstas en el artículo 53.1 ET, que establece como la primera de ellas, en su apartado a), la "*comunicación escrita al trabajador expresando la causa*", indicándose a continuación que su incumplimiento determinará la improcedencia de la decisión extintiva. Así, resulta necesario para poder calificar un despido objetivo como procedente verificar que la decisión le fuera notificada al trabajador, en forma escrita, y que dicha comunicación "expresara la causa" del despido.

Como hemos adelantado, aun cuando se ha visto modificada la definición legal de las causas del despido objetivo, que pasó de tener una redacción propia en el

artículo 52 c) ET<sup>3</sup> a realizarse una remisión a las causas previstas en el artículo 51.1 ET –aplicable a los despidos colectivos–, la redacción del artículo 53.1 a) ET no se ha visto alterada por las reformas del ET operadas desde el año 2010 ni, por tanto, se ha producido ningún cambio jurisprudencial en la interpretación del concepto “causa” por este motivo.

## **2.2 Interpretación judicial de la “causa”.**

Hasta la fecha, el Tribunal Supremo no ha unificado doctrina en relación al contenido mínimo de la carta de despido objetivo ya que, como se desprende, entre otros, del Auto del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2008 (JUR 2009/24932), para ello es necesario que exista una coincidencia de hechos y de redacción de las cartas que difícilmente concurren en la realidad.

Sin embargo, el Alto Tribunal sí se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre la exigencia de la expresión de la causa, equiparando el contenido de la comunicación extintiva de un despido por causas objetivas del artículo 52 c) ET a la carta de despido disciplinario y, por tanto, a las formalidades del artículo 55.1 ET, declarando que *“aunque [el citado artículo 55 ET] no impone una pormenorizada descripción de aquéllos, sí exige que la comunicación escrita proporcione al trabajador un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de los hechos que se le imputan para que, comprendiendo sin dudas racionales el alcance de aquéllos, pueda impugnar la decisión empresarial y preparar los medios de prueba que juzgue convenientes para su defensa y esta finalidad no se cumple, según reiterada doctrina de la Sala<sup>4</sup> [...], cuando la aludida comunicación sólo contiene imputaciones genéricas e indeterminadas”<sup>5</sup>.*

Por tanto, se requiere una explicación completa de la causa extintiva, asimilable a la que se contendría en una carta de despido disciplinario. Esta explicación adquiere mayor relevancia en el primer caso dado que, a diferencia del despido disciplinario, cuya causa tiene que ver con la actuación del trabajador, las

---

<sup>3</sup> La redacción del artículo 52 c) ET previa a la reforma introducida por el RD-ley 10/2010 era: “c) Cuando exista la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo por alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 de esta Ley y en número inferior al establecido en el mismo. A tal efecto, el empresario acreditará la decisión extintiva en causas económicas, con el fin de contribuir a la superación de situaciones económicas negativas, o en causas técnicas, organizativas o de producción, para superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa, ya sea por su posición competitiva en el mercado o por exigencias de la demanda, a través de una mejor organización de los recursos”.

<sup>4</sup> Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1985 (RJ 1985/6133), 11 de marzo de 1986 (RJ 1986/1298), 20 de octubre de 1987 (RJ 1987/7088) y de 19 de enero de 1988 (RJ 1988/14), entre otras.

<sup>5</sup> En palabras del Tribunal Supremo en su sentencia de 30 de septiembre de 2010 (RJ 2010/7795), citada posteriormente, entre otras, en las sentencias del TSJ de Extremadura nº 608/2012 de 5 de noviembre (AS 2013/83) y nº 249/2013 de 26 de julio (AS 2013/2046).

razones económicas, organizativas, técnicas o de producción le resultan en principio desconocidas al afectado<sup>6</sup>.

Por su parte, el Tribunal Supremo también ha establecido de forma pacífica que la "expresión de la causa" que exige la norma se refiere a las concretas dificultades que justifican la decisión extintiva. En este sentido son especialmente relevantes las sentencias de nuestro Alto Tribunal de 30 de marzo de 2010 (RJ 2010/2482), de 1 de julio de 2010 (RJ 2010/6777), de 19 de septiembre de 2011 (RJ 2011/7056) y de 10 de noviembre de 2011 (RJ 2012/1344), que establecen:

*«El significado de la palabra "causa" en el contexto de la regulación de las causas del despido objetivo por necesidades de la empresa se refiere normalmente no al tipo genérico de causa de despido (por ejemplo, la reestructuración de la plantilla, el cambio en los productos o en los procesos de producción) o a la causa remota que genera las dificultades o situaciones negativas de la empresa en la que se produce el despido (por ejemplo, la crisis económica o las nuevas tecnologías) sino precisamente, como dice repetidamente el art. 51 ET , a las concretas dificultades o situaciones económicas negativas de la empresa alegadas por el empresario para justificar su decisión extintiva. Son estas dificultades o situaciones económicas negativas las que constituyen, en terminología del art. 51 ET [al que, como ya se ha dicho, remite este aspecto de la regulación el art. 52 c) ET sobre el despido objetivo] las "causas motivadoras" (art. 51.3 ET, art. 51.4 ET art. 51.12 ET) que pueden justificar el acto de despido. Por tanto, no es solamente una causa abstracta la que tiene que expresarse en la carta de despido, sino también la causa concreta y próxima motivadora de la decisión extintiva, que refleja la incidencia en la empresa de un determinado tipo de causa o de una posible causa remota»*

En la misma línea, se pronuncian nuestros Tribunales Superiores de Justicia ("TSJ"). Cabe citar, entre muchas otras, la sentencia del TSJ de Cataluña de 11 de octubre de 2012 (JUR 2012/397707) reiterando la anterior doctrina<sup>7</sup>, o bien la sentencia del TSJ de Asturias de 30 de marzo de 2012 (AS 2012/1034)<sup>8</sup>. La

---

<sup>6</sup> Sentencia del STJ de Castilla y León nº 1856/2013 de 7 de noviembre (AS 2013/3021) con cita de otras previas: SSTSJ Cataluña de 10 de enero de 2000 (AS 2000/1580), 8 de febrero de 1999 (AS 1999/1115) y 18 de abril de 2001 (AS 2002/1912).

<sup>7</sup> "En orden a solventar la cuestión relativa a la insuficiencia de la carta de despido debe recordarse lo manifestado sobre el particular por la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 2011 (RJ 2011, 7056)".

<sup>8</sup> "La citada expresión legal de "causa" viene referida propiamente no a la mera manifestación de aquella o aquellas de las causas (económicas, o técnicas, organizativas o de producción) en las que legalmente puede fundarse la decisión extintiva, sino "que equivale a expresión concreta de los

doctrina de suplicación también ha concretado que, en los casos de despido objetivo por causas económicas, para cumplir con la exigencia del artículo 53.1 a) ET, deben reflejarse las pérdidas o reducción de ingresos o ventas de la empresa en la carta de despido –sin que ello signifique que sea exigible un detalle pormenorizado a modo de una auditoría- y, si se alega una previsión de pérdidas, debe además indicarse los motivos que justifican dicha previsión<sup>9</sup>.

Por tanto, de conformidad con la citada jurisprudencia, la carta de despido debe contener una descripción de la causa, entendida ésta como las concretas circunstancias económicas, productivas, organizativas o técnicas que justifican la decisión extintiva (no sólo la enumeración del tipo de causa).

### **2.3 Facultad de elección del empresario.**

Parece bastante claro que dentro del concepto “causa” del despido objetivo no se está incluyendo el “criterio de selección”. De hecho, es pacífica la jurisprudencia que establece que la determinación de los trabajadores afectados por la medida “*corresponde al empresario y su decisión sólo será revisable por los órganos judiciales cuando resulte apreciable fraude de Ley o abuso de derecho o cuando la selección se realice por móviles discriminatorios*” (en palabras del Tribunal Supremo en sentencia de 15 de octubre de 2003 [RJ 2004/4093])<sup>10</sup>.

En consecuencia, en los despidos objetivos individuales, se ha venido exigiendo que la comunicación extintiva contenga una explicación suficiente de la causa económica, productiva, organizativa o técnica y, en su caso, que existiera una conexión de funcionalidad entre la causa alegada y la decisión extintiva (conexión que ni siquiera exige la actual redacción de la Ley)<sup>11</sup>.

Sin embargo, esto es muy distinto a la exigencia de la explicación de un criterio de afectación, entendiendo como tal la motivación de por qué se ha despedido a un empleado en lugar de a otro compañero. La conexión de funcionalidad que tradicionalmente se venía exigiendo era un concepto más amplio, esto es, si la causa alegada (productiva y organizativa, por ejemplo) afectaba al descenso de

---

*hechos que la constituyen en términos similares a los requeridos por el artículo 55.1 del mismo cuerpo legal” (sentencia del Tribunal Supremo de 10 marzo 1987 (RJ 1987, 1371))*.

<sup>9</sup> Por ejemplo, las sentencias del TSJ de Extremadura nº 608/2012 de 5 de noviembre (AS 2013/83) y nº 249/2013 de 26 de julio (AS 2013/2046).

<sup>10</sup> En el mismo sentido cabe citar la reciente sentencia del TSJ de Extremadura nº 345/2013 de 26 de julio (JUR 2013/275563) y la de TSJ de C. Valenciana núm. 288-2013 de 6 febrero (JUR 2013/157847), entre otras.

<sup>11</sup> En este sentido se pronuncian, por ejemplo, el TSJ de Madrid en su sentencia núm. 475/2012 de 11 julio (AS 2012/1965) o el TSJ de Cantabria en sentencia nº 708 de 26 de septiembre de 2012, ambas posteriores al RD-ley 3/2012.

actividad en un departamento concreto, que el puesto amortizado perteneciese a dicho departamento. Ello no suponía tener que incluir una explicación de por qué entre todos los puestos del departamento afectados por la causa alegada, el empresario había optado por amortizar uno u otro.

De hecho, en el caso de la concurrencia de causas económicas, el ejemplo aún es más claro, puesto que la jurisprudencia ha venido entendiendo que la causa, *per se*, afecta a cualquier empleado de la plantilla, dado que la misma se manifiesta a nivel de empresa, sin que se exigiera una determinación específica de ningún trabajador en concreto. Máxime cuando la jurisprudencia previa a la reforma laboral –y en concreto al RD-ley 3/2012- venía estableciendo que toda amortización de puestos de trabajo contribuye a superar la situación económica negativa –lo que ni siquiera ya es exigible con la actual redacción de la Ley-<sup>12</sup>.

Así, la jurisprudencia en despidos objetivos por causas económicas, señala que, cuando se está ante una situación económica negativa en los términos exigidos legalmente, el empresario puede proceder al despido sin necesidad de dar una justificación más allá de la acreditación de la situación económica. En este sentido son destacables las sentencias posteriores a la reforma laboral operada por la Ley 35/2010 y, posteriormente la Ley 3/2012, dado que la redacción actual de la norma ya contiene una definición expresa de una situación económica negativa, bastando que esto sea lo que se acredite.

En este sentido, es muy ilustrativa la sentencia del TSJ de Castilla y León núm. 675/2012 de 3 octubre (JUR 2012/347850), que, tras incluir la definición legal de la causa económica dada por el RD-ley 3/2012<sup>13</sup>, concluye que<sup>14</sup>:

*"La valoración del Juzgador debe centrarse, en las causas concretas alegadas, siempre que concurren los presupuestos exigidos para dotar a la decisión extintiva de la automaticidad que se desprende del Texto Legal, ausente de toda justificación y conexión con el volumen de empleo, resultados económicos y mantenimiento de la viabilidad de la empresa.[...]"*

---

<sup>12</sup> En este sentido se pronuncian las sentencias del TSJ de Madrid de 28 de octubre de 2011 (JUR 2011/415637) y de 22 de febrero de 2012 (AS 2012/275), entre muchas otras. A pesar de ello, otras sentencias posteriores a la reforma entienden que puede continuar aplicándose la doctrina tradicional, como por ejemplo, la sentencia del TSJ de Galicia de 6 de julio de 2012 (AS 2012/1677).

<sup>13</sup> "Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos".

<sup>14</sup> En términos similares se pronuncia la sentencia TSJ de Galicia núm. 3967/2012 de 6 julio (AS 2012/1677), la del TSJ de Asturias núm. 513/2013 de 1 marzo (JUR 2013/131213) o la del TSJ de Cataluña núm. 1197/2013 de 19 febrero (AS 2013/912), entre otras.



*Es más que suficiente para declarar la procedencia del despido operado, pues de acuerdo a la nueva regulación antes descrita, la simple acreditación de la disminución de ingresos durante tres trimestres consecutivos, autoriza al empresario para acudir al despido objetivo sin necesidad de justificar su decisión.”*

En conclusión, tanto los pronunciamientos judiciales anteriores a la reforma laboral iniciada en 2010, como los posteriores, han mantenido de forma constante que la carta de despido objetivo debe tener una explicación concreta de la causa del despido, pero en ningún caso ha exigido como requisito formal del despido ex artículo 53.1 a) ET, una explicación del criterio de selección<sup>15</sup>.

#### **2.4 Doctrina judicial reciente.**

Las sentencias más recientes sobre despido objetivo que se pronuncian de forma expresa sobre esta cuestión (la inclusión o no del criterio de selección en la carta de despido ex artículo 53.1 a) ET) llegan a la conclusión de que esta información no es exigible como requisito formal de la comunicación extintiva. Por tanto, no son equiparables los conceptos “causa” y “criterio”.

En concreto, la sentencia del TSJ de C. Valenciana núm. 288-2013 de 6 febrero (JUR 2013/157847) declara cumplido el requisito establecido en el artículo 53 ET dado que la carta contenía una explicación de las causas económicas y productivas que motivaban el despido del trabajador y manifiesta que la falta de explicación de las concretas referencias a los criterios seguidos por la empresa para amortizar su puesto de trabajo (esto es, el criterio de selección), no constituye una omisión de las formalidades previstas en el citado artículo 53 ET.

En la misma línea se pronuncia la sentencia del TSJ de Extremadura núm. 345-2013 de 26 de julio (JUR 2013/275563), que declara expresamente que “*ni el art. 53 ET ni en ningún otro precepto se exige que en la comunicación escrita del despido se haga constar el criterio de selección, si ha existido alguno, ni las razones por las que resulta elegido el trabajador a quien se despide, pues solo se exige que se exprese la causa en que se funda la extinción*”.

#### **2.5 Recapitulación.**

En los casos de despidos objetivos individuales, la carta de despido debe concretar la causa (económica, productiva, organizativa o técnica) que justifica

---

<sup>15</sup> Esta cuestión del criterio selectivo se analiza tradicionalmente en los casos en que se alega discriminación en la selección de los afectados, pero no como un requisito formal del artículo 53.1 a) ET.

el despido del trabajador, si bien no es exigible la explicación del criterio de selección del trabajador de entre todos los potencialmente afectados por la medida, ex artículo 53.1 a) ET, residiendo en el empresario la facultad de elección (salvo, fraude de Ley, abuso de derecho o discriminación). Parece claro, por tanto, que en estos supuestos no es equiparable el concepto "causa" con "criterio".

### **3. INCLUSIÓN DEL CRITERIO DE SELECCIÓN EN LA COMUNICACIÓN EXTINTIVA EN SUPUESTOS DE DESPIDOS COLECTIVOS.**

Los criterios de selección, indudablemente, suponen una información clave en el despido colectivo, dado que forman parte de la información preceptiva que debe aportar el empresario a la representación legal de los trabajadores cuando inicia el período de consultas, ex artículo 51.2 e) ET y artículo 3.1 e) del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, que aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada.

Sin embargo, y partiendo de la premisa de que tal obligación ha sido cumplida y que los criterios han sido adecuadamente fijados tanto al inicio del período de consultas como, en su caso, en el acuerdo alcanzado, la cuestión es si dichos criterios deben también recogerse en la comunicación extintiva del trabajador afectado.

La redacción actual del artículo 51.4 ET, operada tras la aprobación de la Ley 3/2012, establece, en relación a la comunicación individual de extinción del contrato de trabajo en el marco de un procedimiento de despido colectivo, que: *"comunicada la decisión a los representantes de los trabajadores, el empresario podrá notificar los despidos individualmente a los trabajadores afectados, lo que deberá realizar conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de esta Ley"*.

Se trata de un cambio fundamental no sólo en la forma de tramitar un despido colectivo, sino en el modo de llevar a cabo la comunicación extintiva al empleado afectado. Hasta entonces, para llevar a cabo un despido colectivo, el empresario necesitaba una autorización administrativa que le permitiera llevar a cabo los despidos y la comunicación por la que se informaba al trabajador de su despido no estaba prevista de forma expresa en ningún precepto, sino que era objeto de análisis por los tribunales. Ahora, por primera vez, el empresario es quien decide implementar la medida –haya alcanzado o no un acuerdo durante el período de consultas con la representación legal de los trabajadores- pero, sin embargo, sí se exige legalmente el cumplimiento de unas determinadas formalidades en la comunicación extintiva a los empleados afectados. Esto es, la

comunicación extintiva debe contener las mismas exigencias formales que en los casos de despidos objetivos individuales.

Como consecuencia de ello, podría entenderse que la jurisprudencia analizada en el apartado anterior resulta directamente aplicable en los supuestos de despido colectivo. A pesar de ello, como veremos, existen elementos particulares que determinan que existan posiciones contrapuestas al respecto.

Sin embargo, antes de analizar cada una de ellas, conviene recordar la jurisprudencia existente en supuestos de expedientes de regulación de empleo ("ERE") sujetos a autorización administrativa, puesto que algunos tribunales están rescatando esa doctrina –principalmente aquellas dictadas en los denominados "EREs innominados o abiertos"- para defender su tesis.

### **3.1 Jurisprudencia y doctrina judicial anterior a la reforma laboral.**

Los pronunciamientos judiciales existentes en supuestos de EREs sujetos a autorización administrativa, solían diferenciar los casos en los que el ERE era nominativo, esto es, incluía una lista de afectados identificados, o bien un ERE abierto o innominado, en el que la resolución administrativa autorizaba al empresario a realizar un determinado número de extinciones de conformidad con los criterios pactados y recogidos en la propia resolución<sup>16</sup>.

En los casos en los que los EREs eran nominativos, la jurisprudencia venía entendiendo que bastaba con entregar al trabajador afectado una comunicación en la que se le despedía en aplicación del citado expediente, aportando una copia de la resolución administrativa que lo autorizaba.

Sin embargo, especial relevancia tienen para el objeto de este análisis, los supuestos de EREs innominados, donde cobra importancia el criterio de selección, al no estar identificados cada uno de los afectados en la resolución o acuerdo alcanzado con la representación legal de los trabajadores. La doctrina judicial existente en relación a este tipo de expedientes sufrió un cambio importante a partir de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2005 (RJ 2006/812).

---

<sup>16</sup> Una distinción importante entre un tipo de ERE y otro era la jurisdicción competente: si la resolución contiene la relación de afectados, la exclusión de un trabajador debe ventilarse en la jurisdicción Contencioso-Administrativa, mientras que si solamente se establecen en la resolución administrativa los criterios de selección (ERE abierto), el orden social tiene jurisdicción para que debatir si dichos criterios concurren o no en un trabajador concreto.

### 3.1.1 Doctrina judicial tradicional.

Hasta la citada sentencia del Tribunal Supremo, los tribunales venían declarando en los EREs abiertos que, dado que la resolución administrativa no contiene una lista de afectados, la extinción de los contratos deriva de la conjunción de dos factores: (i) la autorización administrativa y (ii) el acto empresarial que, en el marco de dicha autorización, concreta a los afectados y que, por ello, en la carta extintiva se debe contener una explicación de *“la causa objetiva particular que justifica la amortización del concreto puesto de trabajo”* y por tanto, se venía entendiendo que es *“necesario, para que la comunicación de la extinción finalmente decidida por la patronal sea formalmente ajustada a derecho, que cumpla los requisitos que el Estatuto de los Trabajadores establece como imprescindibles para su validez, esto es que sea escrita y que exprese la causa o los hechos que la motivan (artículo 53.1), tanto la sometida a la consideración de la Autoridad Laboral como la particular que de su autorización se deriva, ambas igualmente objetivas, porque en otro caso el trabajador no podrá saber porqué se le incluye a él en el expediente”*<sup>17</sup>.

Por tanto, se venía exigiendo que la comunicación extintiva en un ERE abierto tuviera un contenido equiparable a la de un despido objetivo e, incluso, una mayor precisión sobre la afectación del trabajador, puesto que la inclusión del trabajador era la única cuestión que el trabajador podría impugnar en la jurisdicción social. Así, había sentencias que incluso declaraban que la carta de despido debía contener los criterios valorativos individualizados para evitar la indefensión y la arbitrariedad empresarial<sup>18</sup> y que era necesario exigir una mínima alusión a los criterios pactados en el acuerdo y aprobados por la resolución administrativa puesto que, en caso contrario, quedaría vacío de contenido el control judicial de la decisión individualizada empresarial<sup>19</sup>.

### 3.1.2 Cambio de doctrina.

El anterior criterio fue rebatido por el Tribunal Supremo a partir de su sentencia de 20 de octubre de 2005 (RJ 2006/812), que supuso un cambio de doctrina<sup>20</sup>. Esta resolución concluye que los requisitos del artículo 53 ET están pensados únicamente para el despido objetivo del artículo 52 c) ET, y que no podían aplicarse, ni siquiera por analogía, a los supuestos de despidos colectivos, por tratarse de instituciones totalmente diferenciadas, sin que entre ellas exista ni

---

<sup>17</sup> STSJ de Madrid núm. 34-2001 de 16 enero (AS 2001/544), núm. 1043-2004 de 23 noviembre (AS 2004/3394) y de núm. 1044-2004 de 23 noviembre (JUR 2005/12425). En términos similares la SSTJ Madrid núm. 734-2004 de 13 julio (AS 2004/2867), entre otras.

<sup>18</sup> STSJ Cataluña de 25 de noviembre de 2004 (AS 2004/4035).

<sup>19</sup> STSJ Cataluña de 15 de marzo de 2005 (AS 2005/1254).

<sup>20</sup> Reiterada en sentencias posteriores, como la STS de 10 de julio de 2007 (RJ 2007/822).

siquiera una "identidad de razón"<sup>21</sup>. Y ello, debido principalmente a que el despido objetivo se lleva a cabo por decisión unilateral del empresario, sin que exista ningún control previo a ese acto extintivo sobre la concurrencia de las causas en las que se justifica ese despido, llevándose a cabo dicho control en el acto de juicio (a posteriori); y sin embargo, en los despidos colectivos, la decisión del empresario de cesar a cada trabajador afectado, no se lleva a cabo sino después de haberse realizado y cumplido un conjunto de trámites en los que se ha debatido y negociado, y tras los cuales, o bien se ha llegado a un acuerdo con los representantes de los trabajadores -corroborado por la correspondiente resolución administrativa-, o bien, si tal acuerdo no se ha logrado, la Autoridad ha estimado que concurren las causas citadas y ha autorizado la extinción de los correspondientes contratos de trabajo en unas determinadas condiciones (esto es, el control de la concurrencia de las causas se realiza con carácter previo a la extinción de los contratos).

A partir de dicha sentencia, se crea una nueva línea jurisprudencial en la que los requisitos de la comunicación extintiva de un despido colectivo no resultaban equiparables a los del despido objetivo individual<sup>22</sup>, bastando entregar una comunicación sucinta al afectado adjuntando copia de la resolución administrativa -aun cuando el ERE fuera abierto- pues en ella también debía constar los criterios de selección a aplicar<sup>23</sup>.

De hecho, el Tribunal Supremo llegó a declarar que *"en esta clase de despidos [colectivos] no hay realmente carta de despido, ni tiene que cumplirse lo que dispone el art. 53 del ET, que, como ya se dijo, nada tiene que ver con ellos."*

En el mismo sentido se pronuncian las sentencias posteriores de suplicación<sup>24</sup>. Entre las mismas, es destacable la sentencia del TSJ de Navarra núm.

---

<sup>21</sup> De hecho, manifiesta que las diferencias entre ambas figuras son tales que ni siquiera era competente la misma jurisdicción: *"la impugnación de los despidos colectivos, como regla general, se somete a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y en cambio las acciones que se ejerciten contra los despidos objetivos son conocidas por la Jurisdicción Social."*

<sup>22</sup> *"el art. 51 del ET que regula con detalle todos los trámites que se han de cumplir en los despidos colectivos, no exige ni establece que el empresario entregue al trabajador una comunicación escrita expresiva de las causas del despido, como en cambio sí exige el art. 53-1-a) para el despido objetivo. Deduciéndose de todo lo que se deja explicado que no existe, a tal respecto, «identidad de razón» de ningún tipo que justifique la aplicación de este último precepto al despido colectivo."*

<sup>23</sup> *"al tener que estar las causas del despido colectivo expresadas y consignadas en la resolución administrativa que lo autoriza, bastará con que el trabajador afectado conozca esta resolución, para tener noticia de cuales son las mismas, con lo que no es necesario que la empresa entregue al trabajador un escrito, en el que reproduzca las causas del despido." [...] "esos criterios y reglas para la determinación de los empleados incluidos en el despido colectivo, tienen que recogerse y expresarse en la propia resolución administrativa que lo autoriza."*

<sup>24</sup> Por ejemplo, SSTJ Madrid núm. 661-2007 de 22 de octubre (AS 2008/772) y núm. 737-2010 de 26 de octubre (JUR 2011/34920), TSJ de Cataluña núm. 7784-2010 de 29 de noviembre (AS 2011/293), TSJ de Aragón núm. 508-2010 de 5 de julio (AS 2011/247), entre muchas otras.

397/2012, de 27 de noviembre (JUR 2013/178292)<sup>25</sup> puesto que se aclara que el recurrente yerra cuando alega que la causa del despido es la justificación de la selección, concluyendo que *“la causa del despido son las circunstancias económicas, organizativas y de producción de la empresa demandada y la justificación de la selección es la motivación de la preferencia en la selección que se perfila en nuestro ordenamiento como discrecional, y que solo debe ser explicitada en orden a evitar la tacha de arbitrariedad, pero que basta con que se determine en sus criterios generales en la resolución administrativa (...) porque, como se ha dicho, la selección está justificada en el mismo poder organizativo del empresario”*.

### 3.1.3 Recapitulación.

La jurisprudencia más reciente existente antes de la reforma laboral de 2012 concluía que el contenido de la carta extintiva no era equiparable a las cartas de despido objetivo individual y que, ni siquiera en los EREs abiertos o innominados, existía ninguna obligación de incluir la explicación del criterio de selección en dicha comunicación, sino que bastaba con que se entregara copia de la resolución administrativa o acuerdo en el que se hubieran fijado esas pautas o criterios generales<sup>26</sup>.

## **3.2 Tesis actuales de los tribunales.**

Tal y como avanzábamos, el hecho de que, tras la reforma laboral, se haya equiparado el contenido de la carta de despido en los casos de despidos colectivos y extinciones objetivas individuales, podría hacer pensar que la jurisprudencia existente y ya analizada respecto de los despidos objetivos ex artículo 52 c) ET resulta directamente aplicable a los casos de despidos colectivos, y que la conclusión debería ser la misma: no se requiere la inclusión del criterio de selección en la carta extintiva al amparo del artículo 53. 1 a) ET.

Sin embargo, veremos que la doctrina judicial –hasta ahora no demasiado abundante por ser muy reciente la reforma laboral de 2012- no ha considerado esta cuestión como pacífica, existiendo dos posiciones totalmente contrapuestas,

---

<sup>25</sup> En esta línea se pronuncian las sentencias de la misma Sala núm. 351-2012 de 19 de octubre (JUR 2013/14751) y núm. 353/2012, de 19 de octubre (JUR 2013/15304) que señalan que *“no existe una obligación por parte de la empresa de entregar al trabajador una carta de despido con expresión de los criterios empleados para su selección dentro del contexto operativo del despido colectivo, no existiendo tampoco una previa obligación de comunicación o puesta en conocimiento de esos criterios que implique la necesidad de su manifestación a la plantilla”*.

<sup>26</sup> Tal y como determinó el Tribunal Supremo en sus sentencias de 20 de octubre de 2005 (RJ 2006/812) y de 10 de julio de 2007 (RJ 2007/822), si tales criterios no aparecían incluidos en la resolución administrativa, éste era un defecto de la resolución que, al no contener los elementos o datos necesarios para determinar cuáles son los trabajadores afectados, carecería de virtualidad para justificar los ceses.

dado que, aunque existe una remisión legal expresa a la aplicación de las formalidades del despido objetivo, hay tribunales que consideran que la remisión se realiza respecto de la "causa" en sentido estricto, que no al criterio de selección.

### 3.2.1 Tesis a favor de la inclusión del criterio de selección.

Las sentencias de suplicación que se pronuncian a favor de esta tesis –inclusión del criterio de selección en la carta de despido- no son muy numerosas hasta la fecha, si bien no es descartable que continúe incrementándose esta tendencia, por existir abundantes sentencias de juzgados de lo social en este sentido<sup>27</sup> –y por tanto, susceptibles de ser posteriormente confirmadas por los Tribunales Superiores de Justicia-.

Este sector doctrinal defiende que debe incluirse dentro del concepto "causa" previsto en el artículo 53.1 a) ET, las razones concretas por las que se despide al trabajador, esto es, el criterio de selección.

Para llegar a tal conclusión, algunas sentencias realizan un análisis de la evolución jurisprudencial sufrida en los supuestos de EREs innominados, explicando que, la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de octubre de 2005 (RJ 2006/812) -en la que se establecía que la comunicación extintiva en un ERE no era equiparable a la carta de despido-, está ya superada pues la actual redacción de la Ley indica lo contrario, al establecer una remisión expresa desde el artículo 51.4 ET al 53.1 ET. En consecuencia, razonan que debe volverse a aplicar las sentencias existentes en EREs innominados previos a la citada sentencia del Tribunal Supremo, en las que sí se venía indicando que era necesario que el trabajador conociera los criterios de selección<sup>28</sup>.

Entre estas sentencias resulta destacable la del TSJ de Madrid (Sección 2ª) núm. 78/2014 de 22 de enero (JUR 2014/40725), que confirma la del Juzgado Social

---

<sup>27</sup> Existen numerosas sentencias de Juzgados de lo Social en la Comunidad de Madrid que siguen esta tesis, si bien veremos en el apartado siguiente que el TSJ de Madrid ya ha armonizado su criterio a este respecto. Sin embargo, existen numerosos pronunciamientos en esta línea por parte de Juzgados de otras provincias, por ejemplo: sentencia del Juzgado Social nº 1 de Toledo de 9 de abril de 2014 (nº 206/14), Juzgado Social nº 2 de A Coruña de 6 de mayo de 2014 (autos 964/13), Juzgado Social nº 7 de Alicante de fecha 7 de mayo de 2014 (nº 216/14), Juzgado Social nº 2 de Murcia de 17 de mayo de 2014 (nº 189/14), Juzgado Social nº 1 de Ciudad Real de 2 de julio de 2014 (nº 411/14), Juzgado Social nº 2 de Elche de 7 de julio de 2014 (nº 273/14) y Juzgado Social nº 33 de Barcelona de 10 de septiembre de 2014 (nº 386/14).

<sup>28</sup> STSJ de Madrid núm. 34-2001 de 16 enero (AS 2001/544), núm. 734-2004 de 13 julio (AS 2004/2867), núm. 1043-2004 de 23 noviembre (AS 2004/3394) y núm. 1044-2004 de 23 noviembre (JUR 2005/12425), STSJ Cataluña de 25 de noviembre de 2004 (AS 2004/4035) y 15 de marzo de 2005 (AS 2005/1254), entre otras.

nº 31 de Madrid de fecha 9 de julio de 2013. En este procedimiento se analizaba el despido de un trabajador afectado por el despido colectivo promovido por Bankia S.A., en el que se acordó como criterio de afectación, la valoración de los trabajadores en la evaluación del rendimiento realizada con carácter previo al inicio del despido colectivo. La sentencia de instancia precisamente basa su decisión de declarar la improcedencia en las sentencias de TSJ dictadas con carácter previo a la del Tribunal Supremo citada, para concluir que se ha vulnerado el artículo 53.1 ET al no concretarse en la carta de despido la *"la causa que motiva su despido individual"* o *"causa subjetiva"*, esto es, la nota obtenida por el trabajador en su evaluación.

La citada sentencia del TSJ no sólo confirma la sentencia de instancia –y, por tanto, dicha tesis–, sino que además aplica de forma analógica la jurisprudencia existente en supuestos de despidos disciplinarios<sup>29</sup>, según la cual la carta de despido debe contener los hechos que lo motivan y que, aun cuando no se exija una descripción pormenorizada, *"sí exige que la comunicación escrita proporcione al trabajador un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de los hechos que se le imputan para que, comprendiendo sin dudas racionales el alcance de aquéllos, pueda impugnar la decisión empresarial y preparar los medios de prueba que juzgue convenientes para su defensa y (...) esta finalidad no se cumple, cuando la aludida comunicación sólo contiene imputaciones genéricas e indeterminadas"*. Así, la sentencia concluye que en el caso enjuiciado la carta contiene una alusión genérica sobre los motivos por los que se ha afectado al demandante y, por tanto, que se incumple con el deber de concreción que exige la jurisprudencia.

En la misma línea se pronuncian las sentencias del TSJ de Castilla y León núm. 12-2014 de 16 enero (AS 2014/335), núm. 445-2014 de 2 de julio (AS 2014/1815) y núm. 463-2014 de 10 de julio (JUR 2014/200978), enjuiciando otros despidos derivados del mismo despido colectivo, concluyendo todas ellas que la *"empresa debería haber consignado en la carta comunicando el despido al actor, cuáles han sido dichos criterios de valoración y evaluación, que han llevado a la anterior a considerar el despido de este trabajador concreto, frente a otros posibles, en base al propio acuerdo colectivo de 8-2-13. Al no haberlo hecho así, ello supone una privación al actor de tener el necesario conocimiento de todos los elementos concurrentes, en orden a impugnar, o no, el despido efectuado, incumpliendo, con ello, el requisito que exige el Art. 53.1.a) ET, lo cual conlleva, conforme al Art. 122.3 LRJS, la consecuencia de declaración de dicho despido efectuado como improcedente."*

---

<sup>29</sup> Entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2000 (RJ 2000/1059).



La posterior sentencia del TSJ de Madrid –de la misma Sala y Sección (2ª)-núm. 308/14 de fecha 9 de abril (JUR 2014/133911), enjuiciando otro despido derivado del despido colectivo de la misma empresa, no sólo concluye nuevamente que el despido es improcedente por la misma causa, sino que va más allá, cuestionando que no sólo la valoración no estaba contenida en la carta extintiva –esto es, el criterio de selección-, sino que tampoco se le dio dicha información a los empleados antes de proceder a los despidos, para que pudieran valorar las alternativas que le correspondieran (como, por ejemplo, haberse adherido voluntariamente al expediente, lo que conllevaba el abono de una indemnización superior). Por tanto, esta sentencia, *de facto*, no sólo impone al empresario una obligación de información en la comunicación extintiva, sino también en un momento previo incluso a la decisión de extinguir el contrato de trabajo.

Sin embargo, debemos adelantar, sin perjuicio de su posterior desarrollo en el siguiente apartado, que, ante la disparidad de criterios dentro del TSJ de Madrid, el Ilmo. Sr. D. Juan Miguel Torres Andrés convocó a todos los magistrados de la Sala en Pleno el pasado día 17 de junio de 2014 *“a fin de lograr la necesaria armonización de criterios que exige el principio constitucional de la seguridad jurídica”*. El resultado de dicho Pleno fue la sentencia del TSJ de Madrid núm. 564/14 de 25 de junio (JUR 2014/227673), que ha llegado a la solución contraria a esta tesis, por mayoría de la Sala, entendiendo que no es exigible la inclusión del criterio de selección en la carta de despido. Sin embargo, debe mencionarse que la sentencia contiene un voto particular suscrito por 7 magistrados<sup>30</sup>, que precisamente reitera los argumentos expuestos en las sentencias indicadas de fechas 22 de enero y 9 de abril de 2014 del TSJ de Madrid.

Por otro lado, son destacables las sentencias dictadas por el TSJ de País Vasco de fecha 8 de abril de 2014, núm. 670/2014 (AS 2014/830) y núm. 677/2014 (AS 2014/1181), respectivamente, que enjuician dos reclamaciones por despido interpuestas por trabajadores afectados por el despido colectivo tramitado por la empresa Bridgestone Hispania S.A. En ambos casos se analiza la necesidad de incluir en la comunicación extintiva una explicación de los criterios de selección y se concluye que *“la referencia de la norma legal a la “expresión de la causa”, debe entenderse en el sentido de dejarle expuesta la concreta razón por la que se le despide, sin que el término causa deba entenderse como mención únicamente de la causa económica, técnica, organizativa o de producción invocada por el empresario. A este respecto es relevante destacar la razón de*

---

<sup>30</sup> Voto particular formulado los magistrados Ilmos. Sres. por D. Enrique Juanes Fraga y D. Manuel Ruiz Pontones, al que se adhirieron los magistrados Ilmos. Sres D. Miguel Moreiras Caballero, D. Fernando Muñoz Esteban, D. Benedicto Cea Ayala y las magistradas Ilmas. Sras Dª Alicia Catalá Pellon y Dª María Emilia Ruiz-Jarabo Quemada.

*ser de este requisito, que es permitir la adecuada defensa del trabajador, lo cual exige conocer las razones de su despido y, éstas, en los despidos colectivos en los que se han de fijar los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados (como es obligado: art. 51.2.e ET), impone conocerlos adecuadamente". Sin embargo, la Sala, aun cuando exige que la carta suministre una información clara, suficiente e inequívoca de los criterios por los que el trabajador fue designado, también recuerda que la información no tiene que ser exhaustiva ni pormenorizada y, en concreto, se considera que el contenido de la misma era suficiente aun cuando no se incluyó en la misma la nota de su valoración del rendimiento (uno de los criterios de afectación pactados en el despido colectivo), declarando la procedencia de los respectivos despidos.*

A mayor abundamiento, esta misma Sala, en su posterior sentencia núm. 1445-2014 de 15 de julio, esta vez enjuiciando un despido derivado del despido colectivo de Bankia S.A., declara su improcedencia, por entender que no se ha incluido un detalle suficiente en la carta de despido sobre el criterio de designación de la trabajadora afectada, sin que pueda realizarse tal explicación en el acto de juicio. Es destacable que esta resolución hace constar de forma expresa el conocimiento que tiene de la sentencia dictada por el TSJ de Madrid en Pleno y, por tanto, su disconformidad con dicho criterio –que ha sido discutido por esta Sala en un plenario no jurisdiccional-, invitando a las partes a que planteen su discusión y posible unificación doctrinal.

Por tanto, este sector está equiparando los términos "causa" y "criterio de selección", como requisito de la comunicación extintiva en un despido colectivo.

### 3.2.2 Tesis que no considera necesaria la inclusión del criterio de selección.

Por otro lado, existe un número relevante de sentencias que precisamente avalan la tesis contraria, entendiendo que el concepto "causa" al que se refiere el artículo 53.1 a) ET se refiere a las causas objetivas (económicas, técnicas, organizativas o de producción), sin que pueda exigirse como requisito formal del despido, la inclusión en la carta de despido la explicación del criterio de selección del trabajador afectado por el despido colectivo.

Entre las sentencias de suplicación<sup>31</sup>, es destacable la del TSJ de Asturias nº 57/2014, de 10 de enero (AS 2014/389), dictada en un procedimiento seguido

---

<sup>31</sup> Existen también muchas sentencias de instancia en este sentido, como, por ejemplo, las del Juzgado Social nº 41 de Madrid de 4 de diciembre de 2013 (nº 503/13), Juzgado Social nº 6 de Madrid de fecha 12 de diciembre de 2013 (nº 449/13), Juzgado Social nº 9 de Madrid de 20 de enero de 2014 (nº 98/14), del Juzgado Social nº 26 de Madrid de 20 de enero de 2014 (nº 10/14) y

frente a la empresa Constructora los Álamos, S.A., en la que se establece lo siguiente:

*"Tratándose de un despido colectivo posterior a la reforma del Real Decreto Ley 3/2012, y en este caso lo es, aunque en el mismo existe una previsión de comunicación al trabajador de la decisión que adopte en el despido colectivo la empresa, con remisión a las previsiones del artículo 53 ET, no existe precepto alguno que imponga a la empresa la obligación de expresar qué concretas razones han determinado la elección del trabajador afectado. Lo anterior, en definitiva, implica que el control judicial queda reducido, en esta materia de los criterios de selección de los trabajadores afectados, a aquellos casos en que el trabajador afectado aporte indicios de la concurrencia de discriminación o vulneración de cualquier derecho fundamental, con la correlativa inversión de la carga de la prueba, o a los casos en que no se han respetado las preferencias de permanencia en la empresa, sean legales o convencionales, o, sencillamente, la empresa actúa con criterios de mera arbitrariedad, concurriendo fraude de ley o abuso de derecho.*

En la misma línea existen varios pronunciamientos por parte del TSJ de Madrid. En concreto, se pronuncia en términos muy claros en su sentencia núm. 1103/2013, de 30 de diciembre (AS 2014/229)<sup>32</sup>, dictada por la Sección 3ª en un procedimiento instado frente a la empresa Ingeniería de Trazados y Estructuras S.A., en la que, tras reproducir el párrafo anteriormente transcrito, continúa diciendo que: *"recae sobre el trabajador no solo la alegación sino también la carga de la prueba de la arbitrariedad o del abuso o desviación en la selección pues no debe olvidarse que la causa del despido son las circunstancias económicas, organizativas y de producción de la empresa lo que es muy distinto de la justificación de la selección que no es otra cosa que la motivación de la preferencia empresarial en la selección que se perfila en nuestro ordenamiento como discrecional, y que solo debe ser explicitada en orden a evitar la tacha de*

---

17 de enero de 2014 (nº 9/14), Juzgado Social nº 39 de Madrid de 10 de febrero de 2014 (nº 44/14), Juzgado Social nº 29 de Madrid de 25 de febrero de 2014 (nº 68/14), del Juzgado Social nº 28 de Madrid de 7 de marzo de 2014 (nº 92/14) y 10 de marzo de 2014 (nº 95/14), Juzgado Social nº 1 de Albacete de 5 de febrero de 2014 (nº 47/2014), Juzgado Social nº 2 de Cádiz de 14 de abril de 2014 (nº 114/2014), Juzgado Social nº 2 de Ciudad Real de 22 de abril de 2014 (nº 166/2014), Juzgado Social nº 14 de Valencia de 7 de mayo de 2014 (nº 160/2014), Juzgado Social nº 8 de Sevilla de 15 de mayo de 2014 (nº 246/2014), Juzgado Social nº 2 de Santiago de Compostela de 16 de mayo de 2014 (nº 226/14), Juzgado Social nº 2 de Palma de Mallorca de 22 de abril de 2014 (nº 137/2014), Juzgado Social nº 2 de Barcelona de 30 de julio de 2014 (nº 339/14) y Juzgado Social nº 4 de Murcia de 25 de agosto de 2014 (nº 257/14), entre muchas otras.

<sup>32</sup> Cita también la sentencia dictada en su supuesto de despido objetivo individual, enjuiciado por el TSJ de Extremadura en fecha 26 de julio de 2013 (nº 345/2013), que declaraba que *"ni el art. 53 ET ni en ningún otro precepto se exige que en la comunicación escrita del despido se haga constar el criterio de selección, si ha habido alguno, ni las razones por las que resulta elegido el trabajador a quien se despide, pues solo se exige que se exprese la causa en que se funda la extinción"*.

*arbitrariedad, pero que basta con que se determine en sus criterios generales, (...) porque como se ha indicado la facultad de selección se incardina en el mismo poder de organización empresarial."*

Por tanto, se diferencia de forma clara el concepto "causa" –entendida como la causa de índole económica, técnica, organizativa o de producción-, del "criterio de selección"; no siendo ambos equiparables.

Por otro lado, es llamativo que el propio TSJ de Madrid, en sentencia núm. 8/14 de 9 de enero (JUR 2014/34537), enjuiciando también el despido de un trabajador afectado por el despido colectivo de Bankia S.A., confirma la procedencia del despido y, por tanto, llega a la solución contraria que las sentencias de la misma Sala y Sección de fechas de 22 de enero de 2014 (JUR 2014/40725) y fecha 9 de abril de 2014 (JUR 2014\133911). En esta ocasión, el TSJ de Madrid confirma la sentencia del Juzgado de lo Social nº 33 de fecha 22 de julio de 2013 –dictada por el Ilmo. Sr. D. José Pablo Aramendi, actualmente magistrado de la Audiencia Nacional-, desestimando el motivo de impugnación basado a la alegada infracción del artículo 53.1 a) ET en relación con el 51.4 ET, sobre el contenido de la carta y la explicación de la causa. La sentencia de instancia del Juzgado Social nº 33 de Madrid señala expresamente que la "causa" se refiere en este caso a la causa económica<sup>33</sup>.

Asimismo, cabe mencionar que las Secciones 1ª y 3ª del TSJ de Madrid –que se han pronunciado en supuestos de despidos derivados del mismo ERE-, también se han posicionado a favor de esta tesis. Así, la sentencia nº 150/14 del TSJ de Madrid (Sección 1ª) de 14 de febrero de 2014 (JUR 2014/81125) también confirma la sentencia de instancia (del Juzgado nº 33 de Madrid de 23 de julio de 2013) en la que se declaró la procedencia del despido, y considera cumplidos los artículos 53.1 y 51.4 ET ya que estaba "*concretada en la comunicación extintiva la causa económica que se invocaba*", y declara que "*corresponde a la actora la carga de probar que no concurren en su caso los criterios de selección que se hubiesen seguido, o que estos no se correspondían con lo acordado*".

Es aún más clara la sentencia del TSJ de Madrid núm. 358/14 (Sección 3ª) de fecha 22 de abril de 2014 (JUR 2014/167393) que reitera que la expresión de la "causa" del despido se refiere a la causa económica, organizativa o productiva, no siendo equiparable al "criterio de selección". Así, recoge en el apartado B) del Fundamento de Derecho Tercero que:

---

<sup>33</sup>En términos de la sentencia de instancia: "*De este modo si BANKIA ha decidido despedir a la actora en el marco del despido colectivo, el art. 53.1 ET al que el 51 se remite cumplió con la expresión de la causa: negativa situación económica, pérdidas de la entidad superiores a 19.000 millones de euros y las sabidas ayudas comunitarias para su recapitalización, todo lo cual en dicha comunicación se expresa*".

*"El cualquier caso recae sobre el trabajador no sólo la alegación sino también la carta de la prueba de la arbitrariedad o del abuso o desviación en la selección pues no debe olvidarse que la causa del despido son las circunstancias económicas, organizativas y de producción de la empresa lo que es distinto de la justificación de la selección que no es otra cosa que la motivación de la preferencia empresarial en la selección y/o su aplicación, que se perfila tanto en nuestra jurisprudencia como en nuestro ordenación inicialmente y a la vista del art. 53 no como absoluta pero sí con grandes dosis de discrecionalidad".*

Por tanto, tal y como adelantaba en el apartado anterior, nos encontrábamos ante una disparidad de criterios dentro del TSJ de Madrid entre las distintas Secciones, llegándose a soluciones contrarias en supuestos idénticos (muchas de ellas dictadas en procedimientos individuales derivados del mismo despido colectivo e, incluso, llegando a dictarse por una misma Sección -2ª- sentencias con criterios contrapuestos). Por ello, el STJ de Madrid fue convocado en Pleno, armonizando su criterio –por seguridad jurídica-, que se expone en su sentencia núm. 564/14 de 25 de junio (JUR 2014/227673). Dicha sentencia, concluye –por mayoría de la Sala- que el artículo 53.1 a) ET no exige la explicación del criterio de selección, "sin que por tanto [la "causa"] pueda equipararse a la obligación de que en la comunicación extintiva individual se haga mención expresa y pormenorizada a los criterios de selección convenidos en el período de consultas con los representantes de los trabajadores y su aplicación concreta en cada caso, de lo que nada dice el artículo 53.1 a) del Estatuto de los Trabajadores. En efecto, tal exigencia es una formalidad que, en principio, no se contiene en el mandato de este precepto legal, máxime cuando el 122.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social habla de "conurrencia de la **causa legal** indicada en la comunicación escrita" (el énfasis es nuestro), dando a entender pues que es ésta -la legal- la única que es preciso hacer constar en la comunicación singular de despido objetivo."

De hecho, esta sentencia –que es la que analiza con mayor grado de detalle esta cuestión hasta la fecha- continúa argumentando que exigir la inclusión del criterio de selección en la carta de despido "contradiría la jurisprudencia en esta materia y no es, además, lo que se deduce de la normativa que disciplina los despidos objetivos individuales o plurales que no lleguen a los umbrales numéricos del artículo 51.1 del mismo texto legal, ni de aquellos otros que provengan de despido colectivo en el que no hubo pacto durante el período de consultas".

De hecho, y reiterando la jurisprudencia del Tribunal Supremo expuesta en su sentencia de 15 de octubre de 2003 (RJ 2004/4093), manifiesta que "lo que tiene que acreditar el empresario en el despido económico se limita, por tanto, en principio, a que la actualización de la causa económica afecta al puesto de

*trabajo amortizado*", pues corresponde al empresario la elección del trabajador afectado (salvo fraude de ley, abuso de derecho o discriminación).

Por todo ello, armoniza criterio, determinando que el criterio de selección no es exigible ex artículo 53.1 a) ET, sino que este precepto impone la obligación de concretar la causa del despido objetivo o causa "legal", esto es, la causa económica (organizativa, productiva o técnica), sin que, por tanto, quepa hablar de indefensión.

De hecho, la sentencia aclara que, esta interpretación no vulnera el artículo 105.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social –esto es, la alegación en juicio de motivos distintos para justificar el despido de los alegados en la comunicación extintiva-, puesto que si el trabajador es quien invoca su desacuerdo con su inclusión teniendo en cuenta los criterios de afectación pactados, ello permite que el empresario despliegue la actividad probatoria conducente a acreditar la adecuada afectación del actor.

Esta sentencia tiene una importantísima relevancia para los futuros procesos por despido tramitados en la Comunidad de Madrid en los que se ponga en tela de juicio el cumplimiento del artículo 53.1 a) ET. De hecho, todas las sentencias dictadas por el TSJ de Madrid tras este Pleno, siguen, como no podía ser de otro modo, el criterio expuesto por la mayoría de la Sala en dicha sentencia<sup>34</sup>.

Por otra parte, sobre esta cuestión también se ha pronunciado el TSJ de Aragón, en sentencia núm. 412-2014 de 30 de junio (JUR 2014/192211), en un proceso instado frente a Banco de Valencia S.A. y Caixabank S.A., declarando que una eventual omisión o defecto en la exposición de los criterios de afectación no contraviene el mandato del artículo 53.1 ET, que no contiene tal exigencia.

Asimismo, y en esta misma línea, se han pronunciado el TSJ de C. Valenciana, por ejemplo, en su sentencia núm. 1919-2014 de 17 de julio, en un procedimiento instado frente a Bankia, S.A., reiterando que el artículo 53 ET no exige la inclusión del criterio de selección en la carta de despido, "*salvo que se amplíe el concepto de causa a unos términos distintos y extraños de los que recoge el artículo 51.1 ET*", confirmando la procedencia del despido.

Por otro lado, cabe mencionar la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 2 de junio de 2014 (RJ 2014/4218) –dictada en un procedimiento seguido frente a la empresa Capgemini España S.L.–, que, con base en sus sentencias previas de 1 de julio de 2010 (RJ 2010/6777) y de 30 de marzo de 2010 (RJ 2010/2482),

---

<sup>34</sup> Entre otras, las sentencias del TSJ Madrid de 18 de julio de 2014, 21 de julio, 23 de julio, 24 de julio, 29 de julio y 8 de septiembre, 11 de septiembre, 15 de septiembre y 19 de septiembre de 2014.

concluye que el contenido de la comunicación extintiva es suficiente y cumple con los requisitos del artículo 53 ET, cuando ésta únicamente indicaba que se extinguía el contrato del trabajador de conformidad con el acuerdo alcanzado en el ERE<sup>35</sup>. Por tanto, si esta explicación –genérica- cumple con los requisitos de suficiencia exigidos legalmente, parece que no sería exigible el criterio de selección del trabajador. Sin embargo, esta sentencia en realidad no realiza un análisis jurídico del concepto “causa” que, por tanto, sigue pendiente de unificación.

Por último, cabe destacar que algunas sentencias se pronuncian también de forma expresa sobre el hecho de que esta información (criterio de selección), no conste en la carta de despido, no genera indefensión al trabajador puesto que la misma puede ser obtenida por el propio afectado, ya sea solicitándola a la empresa, o a través del Juzgado –como diligencias preliminares o como prueba documental para aportar al acto de juicio o con carácter anticipado-<sup>36</sup> o bien cuando el trabajador ha podido tener dicha información a través de las Secciones Sindicales, por ejemplo<sup>37</sup>. A esta conclusión llega el Ilmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro, actualmente magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en relación con las recientes sentencias dictadas en su publicación en esta materia<sup>38</sup>.

#### **4. CONCLUSIÓN.**

En la actualidad, los requisitos de la comunicación extintiva se han equiparado en los casos de extinciones derivadas de despidos colectivos y despidos objetivos individuales. En ambos casos, debe cumplirse con lo dispuesto en el artículo 53.1 ET y, en particular, entregarse al trabajador una comunicación escrita que explique la causa del despido.

---

<sup>35</sup> La comunicación extintiva contenía la siguiente redacción: “*Por medio de la presente esta Dirección le comunica la extinción de su contrato de trabajo con fecha de efectos del próximo 9 de abril de 2012, de conformidad con el Acuerdo alcanzado con las Secciones Sindicales dentro del marzo del Expediente de Regulación de Empleo presentado ante la Dirección General de Empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social el 5 de marzo de 2012*”.

<sup>36</sup> En este sentido son destacables las sentencias del TSJ de Asturias nº 57/2014, de 10 de enero (AS 2014/389) y TSJ Navarra nº 351/2012 de 19 de octubre (JUR 2013/14751).

<sup>37</sup> STSJ Cataluña núm. 3872/2013 de 31 de mayo (AS 2013/2739).

<sup>38</sup> Revista Aranzadi Doctrinal núm. 10/2014 parte Comentario. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2014. “*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 caso, 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)*”.

Parece que la interpretación del concepto "causa" es bastante pacífica en los supuestos de despidos objetivos del artículo 52 c) ET, y que ésta es entendida como la explicación concreta de las causas de índole económica, productiva, organizativa o técnica. No se equipara, por tanto, al "criterio de selección", que no es un requisito formal de la comunicación extintiva en estos supuestos.

Sin embargo, sorprendentemente, las sentencias posteriores a la reforma laboral operada por el RD-ley 3/2012, dictadas en supuestos de extinciones derivadas de despidos colectivos, no se pronuncian de manera homogénea: mientras que unas exigen la explicación del criterio de selección en la carta de despido, otras entienden que no es exigible su inclusión.

En mi opinión, la expresión "causa" es clara y, por tanto, debe ser interpretada ex artículo 1.281 Código Civil<sup>39</sup> de conformidad con su tenor literal, que se refiere a las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Esta interpretación es la que ha realizado el Tribunal Supremo en sus sentencias de 30 de marzo de 2010 (RJ 2010/2482), de 1 de julio de 2010 (RJ 2010/6777), de 19 de septiembre de 2011 (RJ 2011/7056) y de 10 de noviembre de 2011 (RJ 2012/1344) y así ha venido interpretándose en los casos de despidos objetivos individuales. De hecho, no comparto el fundamento de aquellas sentencias que, para justificar la exigencia del criterio de afectación, hacen referencia a la jurisprudencia existente en el caso de EREs innominados o abiertos –previos a la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2005 (RJ 2006/812)<sup>40</sup>-. En lugar de retomar una doctrina judicial dictada en supuestos radicalmente distintos (esto es, en supuestos de expedientes de regulación de empleo sujetos a autorización administrativa), que incluso fue rechazada por el propio Tribunal Supremo, debería acudirse por analogía a la jurisprudencia existente en casos de despidos objetivos individuales, pues a dichas formalidades expresamente se remite ahora la Ley.

Así, la jurisprudencia existente en casos de despidos objetivos del artículo 52 c) ET no considera equiparables el concepto "causa" y "criterio de selección". Sí que se exige una explicación de la causa (objetiva), suficiente y concreta, puesto que las causas de esta naturaleza son a priori desconocidas por el trabajador (no así en los casos de despido disciplinario, en los que el trabajador tiene un conocimiento directo de los hechos imputados). Pero exigir una información concreta de la causa –sin que ello signifique un detalle pormenorizado-, no es equivalente a exigir la explicación de por qué se ha afectado a un concreto trabajador.

---

<sup>39</sup> "Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas."

<sup>40</sup> Determinaba que no son equiparables ni siquiera por analogía las formalidades del despido objetivo y el despido colectivo.



De hecho, es reiterada jurisprudencia la que determina que el criterio de afectación reside en la empresa (salvo fraude de ley, discriminación o abuso de derecho) y, por tanto, que si la causa alegada afecta a un potencial número de empleados, la decisión sobre cuál de ellos en concreto es despedido es facultad del empresario. Máxime, en los supuestos de despidos por causas económicas, en los que cualquier empleado está afectado por dicha causa –que concurre a nivel de empresa-.

En mi opinión, por tanto, no pueden confundirse los conceptos “causa” y “criterio de selección”. De hecho, si la Ley hubiera querido exigir que la comunicación extintiva tuviera que contener –como requisito *sine qua non* para declarar la procedencia del despido- la explicación del “criterio de selección”, podría haberlo hecho y no ha sido así, a pesar de haberse modificado recientemente los requisitos de la notificación individual a los trabajadores afectados por un despido colectivo.

Por ello, considero que los tribunales que están incluyendo dentro del concepto “causa” del artículo 53.1 a) ET el criterio de selección (como la “causa subjetiva” o “causa próxima”), están realizando una interpretación amplia y extensiva de la norma, que carece de apoyo legal. De hecho, están realizando, *de facto*, una diferenciación entre el contenido de la comunicación extintiva en los casos de extinciones derivadas de despidos colectivos y de los despidos objetivos individuales –cuando la norma no lo hace-, para dar una mayor protección a los empleados afectados por un despido colectivo cuando, precisamente, es un proceso *per se* más garantista. Así, en el despido colectivo el empresario está obligado a comunicar a la representación legal de los trabajadores los criterios de selección cuando inicia el período de consultas y dichos criterios pueden ser objeto de negociación y acuerdo, cosa que no acontece en los despidos objetivos individuales, en los que únicamente es el empresario quien decide qué empleado se ve afectado por la medida.

El legislador ha querido equiparar las formalidades de la comunicación extintiva en los casos de despido colectivo e individual por lo que el tratamiento diferenciado que realiza este sector doctrinal no tiene cabida en la actual redacción de la Ley. Por ello, salvo que se lleve a cabo una nueva modificación legislativa, la norma debería ser interpretada en sus propios términos, exigiéndose la explicación de la “causa” en sentido estricto, y no del criterio de selección.

Sin perjuicio de lo anterior, lo más relevante, por seguridad jurídica, es que se llegue a un criterio unificador de cómo debe ser interpretado el artículo 53.1 a) ET. Hasta el momento, hemos visto que los distintos tribunales se vienen

posicionando de forma contrapuesta en los casos de extinciones derivadas de despidos colectivos. Así, parece que hasta el momento, el TSJ de Castilla y León y el TSJ de País Vasco sí exigen inclusión del criterio de selección en la carta de despido en este tipo de supuestos y, por el contrario, el TSJ de Madrid (tras el Pleno que armonizó su criterio por mayoría de la Sala), el TSJ de Asturias, el TSJ de Aragón y el TSJ de C. Valenciana no lo exigen.

Por tanto, y a pesar de que la citada sentencia del Tribunal Supremo de fecha 2 de junio de 2014 (RJ 2014/4218) parece abrir la puerta a la interpretación de que no es exigible la inclusión del criterio de selección ex artículo 53.1 a) ET, lo cierto es que no se analiza en la misma el alcance del concepto "causa", por lo que esta cuestión tan controvertida sigue pendiente de unificación doctrinal.