

LOS DESPIDOS COLECTIVOS EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: ANÁLISIS DE LAS CAUSAS JUSTIFICATIVAS, LOS CRITERIOS DE SELECCIÓN DE LOS TRABAJADORES Y LA INTERRELACION CON LA SUCESIÓN DE EMPRESA*

Carolina Gala Durán**
Universidad Autónoma de Barcelona

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LAS CAUSAS JUSTIFICATIVAS DE LOS DESPIDOS COLECTIVOS EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. EN ESPECIAL LA CAUSA ECONÓMICA. –1. La definición de las causas. –2. La causa económica y su compleja configuración (legal y judicial). –3. Los efectos colaterales de la aplicación de la causa económica. –4. Las otras causas justificativas: técnicas, organizativas ¿y productivas? III. LOS CRITERIOS DE SELECCIÓN DE LOS TRABAJADORES AFECTADOS POR EL DESPIDO COLECTIVO. –1. Aspectos generales. –2. El alcance de la preferencia del personal laboral fijo. –3. El alcance de los otros tipos de prioridades de permanencia. –4. Las vías de reclamación en el caso de incumplimiento de las prioridades de permanencia. –5. Los posibles criterios de selección de los trabajadores y las vías de reclamación. IV. LA INTERRELACIÓN ENTRE EL DESPIDO COLECTIVO Y LA FIGURA DE LA SUCESIÓN DE EMPRESA EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. V. CONCLUSIONES FINALES.

RESUMEN

Una de las novedades incorporadas por la reforma laboral de 2012 es la posibilidad de que las Administraciones Públicas lleven a cabo despidos colectivos justificados en causas económicas, técnicas o organizativas. Sin embargo, tal posibilidad presenta algunos interrogantes, especialmente a la hora de definir las causas justificativas (particularmente la causa económica, vinculada con la insuficiencia presupuestaria), fijar los criterios de selección de los trabajadores afectados (con una preferencia legal a favor de los trabajadores fijos) y de resolver la interrelación que se establece entre el despido y la figura de la sucesión de empresa. El objetivo de este trabajo es analizar tales cuestiones, teniendo en cuenta no sólo los nuevos parámetros legales sino también la interpretación –no siempre uniforme– que están llevando a cabo los Tribunales.

ABSTRACT

One of the new features incorporated by the labor reform of 2012 is the possibility that the public administration carry out collective dismissals justified in economic, technical or organizational reasons. However, such a possibility has some questions, especially defining the proper reasons (particularly the economic cause, linked to budget failure), set the selection criteria of

*Recibido el 8 de febrero 2016, aceptado 16 de marzo 2016

** Profesora Titular (acreditada a cátedra) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

the workers concerned (with a legal preference for workers fixed) and to resolve the interrelation of established between the dismissal and the figure of the succession company. The aim of this paper is to analyze such issues, taking into account not only new legal parameters but also the interpretation –not always uniformly– are conducting the courts.

Palabras clave: despido colectivo, Administración Pública, causas.

Key words: collective dismissal, Public Administration, causes.

I. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, tras años en los que se debatió con una cierta intensidad, tanto doctrinal como jurisprudencialmente¹, sobre la posibilidad de que las Administraciones Públicas pudieran acudir a la fórmula de los despidos colectivos para reestructurar su plantilla, una de las novedades que trajo la reforma laboral de 2012 fue precisamente el reconocimiento expreso de tal posibilidad, mediante la incorporación de la disposición adicional 20^{a2} del ET³ (actualmente disposición adicional 16^{a4} del TRET⁵) y su posterior desarrollo a través del RD 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada⁶.

Por tanto, tal y como se admite actualmente de forma expresa por los Tribunales⁷, cualquier Administración Pública, si se dan los requisitos exigidos legalmente, puede acudir a un despido colectivo. Sin embargo, a pesar de tal constatación y de la normalización que ello supone, como también ha ocurrido en el sector privado, la aplicación de los despidos colectivos en las Administraciones Públicas ha venido acompañada de dudas, vacíos, nulidades e interpretaciones judiciales no siempre coincidentes o constantes en el tiempo. Así, desde una perspectiva general, puede afirmarse que:

¹ Al respecto, CRUZ VILLALÓN, J., “Los expedientes de regulación de empleo en las Administraciones Públicas”, *Revista de Derecho Social* nº 49, 2010, pág. 21 y ss.; ROQUETA BUJ, R., *La reestructuración de las plantillas laborales en las Administraciones Públicas*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 208, 2013, pág. 106 y ss.; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Despidos y otras medidas de reestructuración de plantillas laborales en el sector público*, lustel, 2013, pág. 51 y ss.; BOLTAINA BOSCH, X., *El personal laboral y medidas de adecuación a la crisis en la administración local*, CEMCI, 2013, pág. 462 y ss.; y GUALDA ALCALÁ, F.J., “La problemática aplicación del procedimiento de despido colectivo en las Administraciones Públicas”, *Informes de la Fundación 1º de Mayo* nº 32, 2011, pág. 2 y ss.

² RD-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral; modificada posteriormente por la Ley 3/2012, de 6 de julio.

³ RD Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

⁴ Disposición calificada como “extrasistemática” por MARTÍN VALVERDE, en “Reestructuración laboral de las Administraciones y entidades públicas”, *Documentación Laboral*, nº 97, 2013 pág. 98.

⁵ RD Legislativo 2/1995, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

⁶ En relación con su papel, BOLTAINA BOSCH, X., *El personal...*, op.cit. pág. 483 y ss.

⁷ Entre otras, SSTSJ de Islas Canarias/Las Palmas de 13 de mayo de 2014 (AS 2207) y Madrid de 5 de junio de 2013 (RJCA 704) donde se afirma: “... hoy en día ya nadie cuestiona la aplicación del despido económico en el sector público. Digamos que la crisis ha desatado una marea de medidas similares, sobre todo en el ámbito local, y una vez más, la realidad ha tomado la delantera. Así, de una primera construcción que giraba en torno a la admisibilidad de la aplicación de este tipo de despido en las Administraciones Públicas, ahora ya superada por la vía de los hechos, nos situamos en otra cuestión como es la referida a la aplicación e interpretación de las causas...”.

1º) Desde la vertiente legal, cabe destacar que la normativa aplicable suscita algunos problemas y dudas, no sólo en la interpretación, como veremos más adelante, de las causas justificativas del despido colectivo, sino también en otros ámbitos, como son los criterios de selección de los trabajadores afectados o algunos aspectos del procedimiento aplicable para proceder al despido (así, entre otros, el matizado alcance del deber de buena fe⁸, el desarrollo del período de consultas⁹, la documentación mínima requerida...). De hecho, como veremos, recientemente la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo ha declarado incluso la nulidad parcial del RD 1483/2012.

Es más, por otra parte, no cabe olvidar que la Directiva 98/59, sobre aproximación de legislaciones en materia de despidos colectivos excluye de su ámbito de aplicación a los empleados de las Administraciones Públicas o de las instituciones de Derecho Público; obstáculo que se ha salvado, de forma acertada, entendiéndose que esa inaplicación no impide que los ordenamientos jurídicos de cada Estado miembro puedan establecer en su ámbito la aplicación del despido colectivo en el sector público. Por tanto, la exclusión de la Directiva supone que no existe la obligación por parte de los Estados miembros de aplicarla en el sector público pero no supone que no puedan prever expresamente dicha aplicación en ese marco si así lo estiman conveniente¹⁰.

2º) Como también ha pasado en el sector privado, no puede ignorarse el claro empeño del legislador de facilitar la aplicación de los despidos colectivos en las Administraciones Públicas, si bien, como ya hemos adelantado, esa voluntad no ha podido evitar confusiones y problemas, lo que, por otra parte, ha dado lugar a la intervención judicial y ello a pesar de la también clara voluntad del legislador de condicionar y limitar el alcance del control judicial de estos despidos colectivos.

En efecto, hasta ahora se ha producido una activa intervención de los Tribunales en la cuestión que nos ocupa, que se caracteriza, a nuestro entender, al menos en algunas cuestiones, por una cierta ambigüedad, una reinterpretación incluso “a la carta” del texto legal (es el caso, por ejemplo, de la interpretación de la causa económica, tal y como veremos más adelante), una cierta protección de las Administraciones Públicas implicadas al verlas no sólo como empresarias sino también como gestoras de los intereses generales, y por ser claramente permisiva con el hecho de que sólo ciertos colectivos de trabajadores –los contratados temporales, interinos e indefinidos no fijos– sean los sujetos afectados principalmente por los despidos colectivos en las Administraciones Públicas. Se ha instaurado y consolidado, desde la perspectiva legal y judicial, una clara distinción entre el personal funcionario y el personal laboral por un lado y, por otro, entre el personal laboral fijo y el personal laboral no fijo.

3º) Por otra parte, en cuanto al alcance material de los despidos colectivos, a pesar de la, un tanto confusa, redacción de la disposición adicional 16ª del TRET, debemos diferenciar claramente dos ámbitos: a) las Administraciones Públicas –en el sentido del artículo 3.2¹¹ del texto

⁸ Entre otras, SSTs de 18 de febrero de 2014 (RJ 3267) y 23 de septiembre de 2014 (RJ 6420) y STSJ de Islas Canarias/Las Palmas de 13 de mayo de 2014 (AS 2207). Vid también ROQUETA BUJ., R., *La reestructuración...*, op.cit. págs. 144-146 y “Los despidos...”, ob.cit. págs. 120-121.

⁹ Entre otras, STSJ de Islas Canarias/Las Palmas de 13 de mayo de 2014 (AS 2207).

¹⁰ GIL PLANA, J., “Despido colectivo: aspectos sustantivos”, en MONTOYA MELGAR y GARCÍA MURCIA (Dir.), *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Civitas, 2012, pág. 203.

¹¹ Se consideran Administraciones Públicas: a) la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las entidades que integran la Administración Local; b) las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social; c) los organismos autónomos; d) las universidades públicas; e) las entidades de derecho público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad; f) las entidades de derecho público vinculadas a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas que cumplan alguna de las características siguientes: 1. Que su actividad principal no consista en

refundido de la Ley de Contratos del Sector Público¹²—, que se rigen en esta materia por la citada disposición adicional y por el Título III del RD 1483/2012, esto es, por una regulación específica, sin perjuicio de la aplicación adicional de la normativa general sobre despidos colectivos, en aquello que no se oponga, contradiga o sea incompatible con dicha regulación específica¹³, circunstancia ésta última que es plenamente asumida por los Tribunales¹⁴; y, b) el resto de los entes y organismos que conforman el sector público según el artículo 3.1 de la Ley de Contratos del Sector Público pero que no están integrados en su artículo 3.2 (al no tener la consideración de Administraciones Públicas), que se regulan directamente por lo establecido en el artículo 51 del TRET y en el Título I del RD 1483/2012 así como el artículo 64.5.a) del TRET, aplicándoseles, pues, a todos los efectos, la lógica del sector privado¹⁵. En este trabajo nos centraremos exclusivamente en el caso de las Administraciones Públicas.

Y a lo anterior cabe añadir que, conforme a la disposición adicional 17ª del TRET, mientras que las Administraciones Públicas no pueden recurrir (opción legal del todo discutible) a las fórmulas de la suspensión del contrato de trabajo o de la reducción temporal de la jornada de trabajo vía artículo 47 del TRET, sí pueden hacerlo aquellas entidades que se financian mayoritariamente con ingresos obtenidos como contrapartida de operaciones realizadas en el mercado (diferencia de trato que, muy acertadamente, ha sido discutida por la doctrina¹⁶, dado que estas últimas entidades han sido utilizadas en la práctica no por razones de eficacia sino como una vía de “huida” de la rigidez del Derecho Administrativo). Exclusión de las Administraciones Públicas que, con una visión muy limitada, parece fundamentada únicamente en la voluntad de reducir costes vía reducción de los gastos de personal y de protección social (en el marco de la protección por desempleo)¹⁷.

Y, 4º) desde una perspectiva más práctica, también cabe realizar algunas consideraciones generales:

la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin ánimo de lucro, o, 2. Que no se financien mayoritariamente con ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o a la prestación de servicios. No obstante, no tendrán la consideración de Administraciones Públicas las entidades públicas empresariales estatales y los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y Entidades locales; g) los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Consejo General del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas, del Defensor del Pueblo, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo; y, h) las Diputaciones Forales y las Juntas Generales de los Territorios Históricos del País Vasco.

¹² RD Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Se ha criticado acertadamente la elección de esta norma como referencia a estos efectos, considerándose más adecuadas otras como la Ley General Presupuestaria o el TREBEP, en RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P., “Medidas de flexibilidad interna en el empleo público: Suspensiones del contrato y reducciones de jornada”, Documentación Laboral, pág. 132.

¹³ Entre otras, SSTS de 18 de febrero de 2014 (RJ 3267) y 15 de abril de 2014 (RJ 3276).

¹⁴ En tal sentido se manifiesta el artículo 34.4 del RD 1483/2012. También, entre otras, STS de 18 de febrero de 2014 (RJ 3267).

¹⁵ Al respecto, ROQUETA BUJ, R., *La reestructuración...*, op.cit. pág. 117 y ss. y “Los despidos...”, op.cit. pág. 110.

¹⁶ ROQUETA BUJ, R., *La reestructuración...*, op.cit. pág. 121. Vid también MARTÍN VALVERDE, A., “Reestructuración...”, op.cit. pág. 96; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Despidos...*, op.cit. pág. 155 y ss.; BOLTAINA BOSCH, X., *El personal...*, op.cit. pág. 511 y ss.; RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P., “Medidas...”, op.cit. pág. 126 y ss.; ALFONSO MELLADO, C.L., *Despido, suspensión contractual y reducción de jornada por motivos económicos y reorganizativos en la Administración Pública*, Bomarzo, 2013, pág. 93; y TRILLO PÁRRAGA, F., “El despido del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas”, *Revista de Derecho Social*, nº 57, 2012, pág. 181.

¹⁷ RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P., “Medidas...”, op.cit. págs. 126 y 129.; y MONEREO PÉREZ, J.L., “El régimen jurídico de los despidos colectivos después de la reforma de 2012”, *Temas Laborales*, nº 115, 2012, pág. 332.

a) Se ha vencido la reticencia inicial por parte de los gestores de recursos humanos de las Administraciones Públicas a utilizar la figura del despido colectivo, si bien esta vía se sigue viendo con una cierta desconfianza, por su complejidad y por los interrogantes que suscita, así como por la importante repercusión que una medida de este estilo tiene, especialmente cuando se trata de Ayuntamientos.

En todo caso, tal y como han señalado los Tribunales, en el caso del despido colectivo la Administración no actúa como sujeto de derecho administrativo, aplicando normas administrativas, sino como un empleador sujeto a la normativa laboral, sin perjuicio del proceso administrativo de formación de su voluntad¹⁸.

b) La realidad de fondo de las Administraciones Públicas presenta diferencias respecto a las empresas privadas, por cuanto es más habitual encontrarse –ya sea por motivos políticos, de inercia o de forma de funcionamiento–, plantillas mal diseñadas, infladas o sin fórmulas de evaluación del desempeño y con unos gestores políticos no siempre fuertes, junto con un importante poder sindical (panorama que resulta particularmente preocupante en el marco de las entidades locales, especialmente las de menor dimensión).

c) La aplicación práctica de los despidos colectivos ha tenido, hasta el momento, un claro impacto territorial, ya que se ha recurrido más a ellos en determinadas zonas del país (Andalucía, Canarias, Galicia...) y menos o nada en otras. En estas otras zonas todavía se siguen utilizando las fórmulas alternativas y, por tanto, una vez agotada la flexibilidad que comporta la recolocación o la reclasificación profesional, la no renovación de los contratos temporales o la reducción o la supresión de las contrataciones externas con empresas de servicios, se recurre a la figura del despido por causas objetivas del artículo 52.c) del TRET.

Y también cabe tener presente que los despidos colectivos han afectado mayoritariamente a los Ayuntamientos y Diputaciones, y en el marco de las Comunidades Autónomas a agencias, consorcios o entidades encargadas de actividades o servicios que, en muchos casos, han retornado a la Administración de origen, lo que lleva a entrelazar la problemática del despido colectivo con la también compleja figura de la sucesión de empresa del artículo 44 del TRET. Sobre esta cuestión volveremos más adelante.

Y, d) finalmente, cabe destacar que, incluso con un mayor impacto que en el sector privado, las reglas que rigen los despidos colectivos tienen una influencia distinta según la dimensión que tiene la Administración Pública afectada. Y ello se debe, principalmente, a la forma como se definen legalmente las causas justificativas del despido colectivo en las Administraciones Públicas y la propia manera –muy rígida y *ad futurum* (el presupuesto anual)– como se organizan financieramente aquéllas.

A nuestro entender, el factor de la dimensión tiene una mayor relevancia en el marco del despido colectivo en las Administraciones Públicas que en el sector privado, por cuanto menor es la dimensión de una Administración Pública menos margen de maniobra tiene ante una situación de insuficiencia presupuestaria (a lo que cabe añadir los problemas vinculados con la forma de financiación de las entidades locales, muy relacionada en los últimos años con los ingresos extraordinarios, particularmente aquéllos provenientes del sector de la construcción¹⁹).

Y junto a ello, cabe tener muy presente que las Administraciones Públicas, sea cual sea su dimensión, están obligadas a atender servicios a los que, aunque quisieran o fuera razonable renunciar, legalmente no pueden hacerlo. Es más, en el caso concreto de las entidades locales, éstas se convierten, por su mayor cercanía al ciudadano, en las llamadas a dar respuesta a ne-

¹⁸ STSJ de Islas Canarias/Las Palmas de 13 de mayo de 2014 (AS 2207).

¹⁹ CRUZ VILLALÓN, J., "Los expedientes...", op.cit. pág. 18.

cesidades que no son atendidas por otras Administraciones Públicas, tengan o no esas entidades locales específicas competencias sobre la materia²⁰ o recursos suficientes y/o permanentes para hacerles frente.

Partiendo de estas consideraciones generales, en este trabajo nos centraremos en analizar tres cuestiones relacionadas con los despidos colectivos en las Administraciones Públicas: 1ª) el alcance –legal y judicial– de las causas justificativas y particularmente de la causa económica; 2ª) los criterios de selección de los trabajadores afectados por el despido; y, 3ª) la interrelación, antes apuntada, entre el despido colectivo y la figura de la sucesión de empresa.

II. LAS CAUSAS JUSTIFICATIVAS DE LOS DESPIDOS COLECTIVOS EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. EN ESPECIAL LA CAUSA ECONÓMICA

1. LA DEFINICIÓN DE LAS CAUSAS

Desde la perspectiva legal, cabe partir del hecho de que en la disposición adicional 16ª párrafo 2º del TRET sólo se citan y definen, en relación con las Administraciones Públicas, las causas económicas, técnicas y organizativas. Ello implica, por un lado, que existe una definición específica de esas tres causas justificativas aplicable en dicho ámbito (excluyéndose a todos los efectos lo previsto al respecto en el artículo 51 del TRET) y, por otro, que no se cita ni se define la causa productiva, planteándose, en consecuencia, la duda sobre su posible aplicación en este marco.

En relación con la definición de las causas, se entiende que concurren causas económicas cuando se produce en una Administración Pública una situación de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de los servicios públicos correspondientes. Y en todo caso, se entenderá que la insuficiencia presupuestaria es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos.

Por otra parte, se entenderá que concurren causas técnicas, cuando se producen cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de la prestación del servicio público de que se trate, y causas organizativas, cuando se producen cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal adscrito al servicio público.

Cabe tener presente, no obstante, que el artículo 35.3 del RD 1483/2012 también hace referencia a la definición de las causas justificativas del despido colectivo, reproduciendo, por un lado, lo ya señalado por la citada disposición adicional 16ª en el caso de las causas técnicas y organizativas y, por otro, desarrollando la causa económica.

En efecto, en relación con la causa económica el citado artículo 35.3 no solo recoge lo ya señalado en la disposición adicional sino que también añade –en un claro intento de objetivar dicha causa– que se entenderá que existe insuficiencia presupuestaria cuando concurren las circunstancias siguientes: a) que en el ejercicio anterior la Administración Pública en la que se integra el Departamento, órgano, ente, organismo o entidad hubiera presentado una situación de déficit presupuestario; y, b) que los créditos del Departamento o las transferencias, aportaciones patrimoniales al órgano, ente, organismo o entidad, o sus créditos, se hayan minorado en un 5 por ciento en el ejercicio corriente o en un 7 por ciento en los dos ejercicios anteriores. A estos efectos, se tendrán en cuenta tanto las minoraciones efectuadas en el presupuesto inicial como, respecto del ejercicio en curso, las realizadas en fase de ejecución presupuestaria.

Aun cuando también nos referiremos a las otras causas justificativas, así como a la aplicación o no en el marco de las Administraciones Públicas de la causa productiva, sin duda, la causa que plantea más interrogantes es la económica, por lo que nos centraremos en primer lugar en ella.

²⁰ CRUZ VILLALÓN, J., “Los expedientes...”, op.cit. pág. 18.

2. LA CAUSA ECONÓMICA Y SU COMPLEJA CONFIGURACIÓN (LEGAL Y JUDICIAL)

Con carácter previo, surge la duda de si, al margen de la regulación legal que hemos mencionado, resulta aceptable que una Administración Pública pueda basarse exclusivamente en una causa “económica” para fundamentar el despido colectivo de su personal laboral, por cuanto aquélla se rige en su actuación por principios muy distintos a los aplicables a las empresas privadas. A nuestro entender, esa alternativa es plenamente viable por las razones siguientes:

a) Si bien un despido colectivo puede responder más en una Administración Pública al principio constitucional de eficacia administrativa –recogido en el artículo 103 de la Constitución– que al de eficiencia económica –artículo 38 de la Constitución–, tal y como ha declarado la Audiencia Nacional²¹, la regulación vigente de los despidos colectivos en las Administraciones Públicas no vulnera el mencionado artículo 103, ya que el presupuesto para que los servicios públicos alcancen sus fines es que se puedan financiar, ya que si no hay medios para su despliegue, quebraría frontalmente el principio de eficacia predicado por dicho artículo.

En otras palabras, el principio de eficacia supone que las Administraciones Públicas cuando se encuentren con una situación de gestión ineficiente de sus recursos humanos deben llevar a cabo las medidas necesarias en orden a corregir tal escenario y, con ello, introducir los cambios que la hagan eficaz²².

b) Es cierto que los Tribunales han señalado que las Administraciones Públicas no justifican su actuación en el lucro, en la rentabilidad del negocio, sino en la satisfacción del interés general, máxime cuando los problemas financieros de las mismas no ponen en peligro su supervivencia, que está garantizada por la Ley. Sin embargo, no puede olvidarse tampoco que una de las manifestaciones más inmediatas del principio de eficacia es justamente que las Administraciones Públicas deben gestionar los servicios públicos con calidad pero también con eficiencia económica.

En palabras de la STSJ de Madrid de 5 de junio de 2013²³: “... ciertamente, las Administraciones no se mueven en su actividad diaria, ni en el objetivo de su gestión, por la lógica de los mercados, por la búsqueda de un lucro mercantil que no es, ni representa, la razón de su funcionamiento. Sin embargo, el principio de eficacia que rige la actuación de las Administraciones Públicas debe entenderse, también, como sinónimo de una buena gestión y de un planteamiento de su funcionamiento que garantice el cumplimiento de sus fines, pues de otro modo se podría estar comprometiendo hasta la necesaria prestación de los servicios públicos. El hecho de actuar sin fines lucrativos no es obstáculo para reconocer la necesidad de mantener unas estructuras saneadas que aseguren el buen funcionamiento, pues, en caso contrario, se vería truncado el mismo cumplimiento de sus fines. Tal vez valdría la pena interrogarnos acerca de si defender lo público no pasa también por examinarlo críticamente y revisarlo...”.

c) No es posible olvidar que las dificultades económicas de las Administraciones Públicas afectan a la cantidad y calidad de los servicios prestados a los ciudadanos, es decir, a la eficacia administrativa, de modo que una disminución importante de los ingresos es un factor de primer orden a la hora de valorar la continuidad o no de determinadas actividades, como lo es también para disminuir el personal adscrito a las mismas, máxime cuando, por ejemplo, en el ámbito de la Administración Local el artículo 90.1 de la Ley de Bases de Régimen Local obliga a las entidades locales a adecuar sus plantillas a los principios de racionalidad, economía y eficiencia.

d) No puede ignorarse el impacto del artículo 135 de la Constitución, al consolidar el principio de equilibrio presupuestario y diseñar una nueva lista de prioridades, según la cual el pago de

²¹ SAN de 26 de abril de 2013 (AS 1735).

²² CRUZ VILLALÓN, J., “Los expedientes...”, op.cit. pág. 27.

²³ RJCA 704.

los intereses y del principal de las deudas contraídas por las Administraciones Públicas goza de una preferencia absoluta en el capítulo de los gastos y condiciona por completo su capacidad de decisión. Por tanto, la necesidad de lograr un equilibrio presupuestario exige y habilita la toma de decisiones que supongan la extinción de los contratos del personal laboral de la Administración Pública afectada.

e) A pesar de lo señalado, no podemos olvidar tampoco que, para determinadas actividades, las Administraciones Públicas están obligadas legalmente a prestar ciertos servicios públicos a los ciudadanos, y éstos no los podrán suprimir nunca en base a razones de eficiencia económica. Por naturaleza los servicios públicos pueden ser deficitarios económicamente, con lo cual no cualquier desequilibrio entre ingresos y gastos puede justificar la interrupción del servicio público y, por consiguiente, el despido de los trabajadores vinculados al mismo²⁴. Consideración ésta reiterada recientemente por nuestros Tribunales, tal y como veremos posteriormente.

Y, f) por último, cabe recordar que, por razones evidentes, los indicadores de la presencia de una situación económica negativa establecidos para el sector privado en el artículo 51.1 del TRET (“pérdidas”, “pérdidas previstas”, “ingresos ordinarios o ventas”) no pueden referirse a las Administraciones Públicas. Respecto de ellas, la situación económica negativa habrá de detectarse atendiendo a otros síntomas que el legislador localiza en el estado de las fuentes financieras²⁵.

Sin embargo, cosa diferente a lo ya señalado es que la conformación legal de la causa económica sea la más acertada. Y no lo es, ya que en su configuración actual surgen, como veremos, algunos problemas, no siempre resueltos por nuestros Tribunales conforme a una interpretación literal del TRET sino que más bien, como ya hemos adelantado, llevan a cabo una reinterpretación del texto legal. En todo caso, se trata de un concepto de causa económica por completo diferente del que emplea el artículo 51 del TRET, concretándola exclusivamente en la insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente²⁶.

Si nos basamos en una interpretación literal de lo señalado en la disposición adicional 16ª del TRET y en el artículo 35.3 del RD 1483/2012, cabe destacar que la causa económica viene caracterizada por los siguientes elementos:

1) Como hemos visto, se requiere una situación de insuficiencia presupuestaria que, además, sea sobrevenida y persistente, para la financiación de los servicios públicos correspondientes (no para otros objetivos o para el funcionamiento ordinario de la correspondiente Administración Pública).

2) En un intento de objetivar la causa, en todo caso se entiende que la insuficiencia presupuestaria es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos (aquí se realiza un cierto paralelismo con el artículo 51 del TRET, innecesario a nuestro entender).

3) Con el mismo objetivo anterior, se entenderá que existe insuficiencia presupuestaria cuando concurren las circunstancias previstas en el párrafo 2º del artículo 35.3 del RD 1483/2012, esto es: a) que en el ejercicio anterior la Administración Pública en la que se integra el Departamento, órgano, ente, organismo o entidad hubiera presentado una situación de déficit presupuestario; y, b) que los créditos del Departamento o las transferencias, aportaciones patrimoniales al órgano, ente, organismo o entidad, o sus créditos, se hayan minorado en un 5 por ciento en el ejercicio corriente o en un 7 por 100 en los dos ejercicios anteriores. Por su propia conformación interna, este elemento no resulta aplicable en el caso de la Administración Local.

²⁴ CRUZ VILLALÓN, J., “Los expedientes...”, op.cit. pág. 34.

²⁵ MARTÍN VALVERDE, A., “Reestructuración...”, op.cit pág. 97.

²⁶ STS de 18 de febrero de 2014 (RJ 3267).

Y, 4) finalmente, cabe tener presente que el parámetro de referencia esencial es la concreta Administración Pública de que se trate (territorial, institucional, etc.), salvándose el principio de personalidad jurídica única de la Administración Pública. Por tanto, en el momento de delimitar si concurre o no la causa económica se tendrá en cuenta, exclusivamente, la situación presupuestaria de la Administración Pública u organismo de que se trate. A estos efectos, no es posible olvidar que cada organismo cuenta con su propio presupuesto y personalidad jurídica²⁷.

Es evidente que cada uno de los tres primeros elementos plantea dudas, ya que, por ejemplo, cabe preguntarse: ¿la insuficiencia presupuestaria siempre implicará un déficit presupuestario?, el que la insuficiencia presupuestaria sea sobrevenida ¿debe interpretarse en un sentido estricto o amplio?, ¿la persistencia de la insuficiencia presupuestaria sólo puede identificarse siguiendo la regla de los tres trimestres consecutivos? O, en fin, ¿la concreción de la causa económica que lleva a cabo el mencionado artículo 35.3 párrafo 2º del RD 1483/2012 constituye un *ultra vires*?

Desde una perspectiva teórica podría entenderse que, efectivamente, una insuficiencia presupuestaria implica, de por sí, un déficit presupuestario; que el carácter sobrevenido implica inmediatez y, en consecuencia, debe llevarse a cabo una interpretación restrictiva de tal circunstancia; que la persistencia de la insuficiencia presupuestaria puede identificarse de diversas maneras y no sólo utilizando el parámetro de los tres trimestres consecutivos —que será lo menos habitual en la práctica, por otra parte— y que, ciertamente, el párrafo 2º del artículo 35.3 debe considerarse *ultra vires*, al ir más allá de lo establecido en la disposición adicional 16ª del TRET.

Sin embargo, como veremos a continuación, la interpretación judicial de esta causa económica se caracteriza, hasta el momento, por su amplitud y su adaptación a las circunstancias presentes en cada caso, habiéndose procedido, a nuestro entender, a una clara ampliación del concepto “insuficiencia presupuestaria” como causa justificativa del despido colectivo del personal laboral de las Administraciones Públicas. Se trata, además, de una interpretación que puede calificarse como *pro Administración*. De este modo, esa interpretación judicial se caracteriza por los siguientes elementos:

1º) En primer lugar, por insuficiencia presupuestaria cabe entender un desequilibrio entre los ingresos previstos y los gastos conformados en el presupuesto, es decir, una situación de déficit. Y esta situación puede derivar tanto de una disminución de los ingresos previstos —recaudados por la vía impositiva por la propia Administración Pública o provenientes de los fondos comprometidos o transferidos por otras Administraciones Públicas—, como de un incremento de los gastos programados.

Sin embargo, la mera disminución de los ingresos no es equivalente a una situación de insuficiencia presupuestaria, ya que de la misma no se puede inferir necesariamente una situación de déficit si no se consideran también los gastos presupuestados y su ejecución. Se han de tener en cuenta, pues, los binomios ingresos/gastos y déficit/superávit, a fin de verificar si una Administración mantiene o no un presupuesto equilibrado.²⁸ Únicamente cabe invocar esta causa de despido cuando, una vez aprobados los presupuestos, existen dificultades económicas diferentes a las que se pudieran haberse tenido en consideración en el momento de elaboración de los mismos²⁹. En palabras de la STSJ de Castilla y León/Valladolid de 8 de enero de 2015³⁰ por insuficiencia presupuestaria ha de entenderse la desviación en la ejecución del presupuesto

²⁷ STS de 15 de abril de 2014 (RJ 3276).

²⁸ ROQUETA BUJ, R., *La reestructuración...*, op.cit. pág. 114; y, “Los despidos colectivos en el sector público: Causas y procedimiento”, *Documentación Laboral*, nº 97, 2013, pág. 105.

²⁹ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Despidos...*, op.cit. pág. 67; y TRILLO PÁRRAGA, F., “El despido...”, op.cit. pág. 169.

³⁰ AS 149.

o el desajuste que se genera como consecuencia de un incremento de los gastos o una disminución de los ingresos respecto de los inicialmente proyectados o previstos, de suerte tal que devenga imposible la ejecución del presupuesto inicialmente elaborado, so pena de incrementarse los créditos o aumentarse los ingresos por la vía financiera de que se trate.

Ello implica, asimismo, que no es tampoco suficiente alegar que un servicio no es rentable económicamente, ya que las Administraciones Públicas están obligadas a prestar muchos servicios que son rentables socialmente pero no económicamente, porque son servicios de prestación obligatoria que se sufragan con cargo a impuestos que pagan para ello los ciudadanos o a cargo de las subvenciones. Por tanto, no puede aceptarse como base de un despido colectivo el déficit de un servicio (por cuanto particularmente en tiempos de crisis dicho servicio puede ser deficitario o de hecho los servicios sociales tienden a serlo al cubrir las necesidades sociales a las que no llega la iniciativa privada por falta de rentabilidad), pero lo que sí es correcto es, ante una insuficiencia presupuestaria de toda la Administración Pública implicada, definir las prioridades y cubrir los servicios básicos obligatorios, suprimiendo o reduciendo aquellos que no son propios, o que no son básicos, al tener que decidir las prioridades en ejercicio de las competencias políticas que le incumben. La razón del despido no puede ser la no rentabilidad del servicio sino la situación de grave crisis económica que atraviesa esa Administración Pública³¹.

Por tanto, una situación de déficit presupuestario constituye, si se cumple el resto de los requisitos, una insuficiencia presupuestaria a los efectos de un posible despido colectivo en una Administración Pública, pero también cabe tener muy presente que, para nuestros Tribunales, la insuficiencia presupuestaria no siempre implica un déficit presupuestario en sentido estricto, ya que también lo es la pérdida definitiva de una subvención finalista.

En efecto, en la STS de 15 de abril de 2014³² se califica directamente como una insuficiencia presupuestaria la finalización de una subvención otorgada por el Estado al servicio de empleo de una Administración autonómica, cuando, además, se cumplen los requisitos exigidos en el artículo 35.3 párrafo 2º del RD 1483/2012³³. Con ello se está incorporando en el marco de la disposición adicional 16ª lo anteriormente dispuesto –hasta la Ley 3/2012– en el artículo 52.e)³⁴ del TRET como causa de despido en relación con las Administraciones Públicas, si bien la definición de la causa económica allí prevista es más amplia.

De este modo, se distingue entre una insuficiencia presupuestaria genérica o general –la definida en la disposición adicional 16ª y el artículo 35.3 del RD 1483/2012, que afecta a la financiación de los servicios públicos con carácter general y donde caso de proceder la Administración a extinguir contratos políticamente tomará la decisión de donde desea recortar–, y una insuficiencia presupuestaria más específica –que se concretaría, por ejemplo, en la pérdida automática de los recursos derivados de una subvención finalista, esto es, se vincularía a la desaparición o disminución de ingresos afectados o finalistas de los que previamente se disponía y con los que se financiaba un determinado gasto, en cuyo caso la insuficiencia presupuestaria sólo puede justificar los despidos de los trabajadores directamente vinculados a ese gasto financiado total o sustancialmente con ingresos afectados–. Sin embargo, cabe tener presente que esta última inclusión, aunque resulte útil en ciertas circunstancias, distorsiona y flexibiliza el propio concepto de insuficiencia presupuestaria, especialmente, como veremos, a la hora de

³¹ STSJ de Islas Canarias/Las Palmas de 13 de mayo de 2014 (AS 2207).

³² RJ 3276. También, STSJ de Castilla y León/Valladolid de 28 de mayo de 2013 (AS 2995).

³³ En el mismo sentido, la STSJ de Castilla y León/Valladolid de 28 de mayo de 2013 (AS 2995) señala que: "... la finalización de los ingresos afectados con los que se financiaban los contratos extinguidos constituye una situación de insuficiencia presupuestaria, al excepcionarse la norma general sobre la naturaleza no afectada de los ingresos...".

³⁴ Sobre el mismo, RODRÍGUEZ-ESCANCIANO, S., *Despidos...*, op.cit. pág. 139 y ss.; y BOLTAINA BOSCH, X., *El personal...*, op.cit. pág. 437 y ss.

interpretar su carácter sobrevenido y persistente. A nuestro entender, hubiera sido más acertado “resucitar” la redacción anterior a la Ley 3/2012 del citado artículo 52.e) e incorporar nuevamente a las Administraciones Públicas, diferenciando así las dos vías, ya que la incorporación del supuesto del artículo 52.e) en la disposición adicional 16ª no ha implicado hacer más difícil el despido en esos casos, al exigirse requisitos más rigurosos vinculados con la insuficiencia presupuestaria de toda la Administración Pública implicada, sino que, por el contrario, sólo ha servido para distorsionar y hacer más confusa la definición en sí de insuficiencia presupuestaria.

2º) En segundo lugar, como hemos señalado, la insuficiencia presupuestaria debe ser “sobrevvenida”, pero, ¿qué es sobrevvenida? En principio, se entendería que lo sería respecto a la aprobación del presupuesto inicial de esa Administración Pública, es decir, constituiría una situación imprevista. Esto es, sería una insuficiencia no previsible en términos de razonabilidad en el momento de la elaboración de los correspondientes presupuestos.

Sin embargo, nuevamente, la interpretación judicial es más amplia, ya que se ha considerado como sobrevvenida una situación de déficit presupuestario que se prolonga durante dos ejercicios, es decir, durante más de tres trimestres consecutivos, habiéndose reconocido incluso por el representante del Ayuntamiento que se trataba de una situación persistente pero no sobrevvenida³⁵; se valora como sobrevvenida, por varias sentencias del Tribunal Supremo³⁶, la existencia de un déficit presupuestario a lo largo de varios años, normalmente dos; se considera prueba de una insuficiencia presupuestaria sobrevvenida la aprobación de un Plan de ajuste económico en el marco del Real Decreto-ley 4/2012³⁷ donde se asume el compromiso de rebajar los gastos de personal³⁸; o se califica como sobrevvenida la pérdida definitiva de una subvención, señalándose que lo es porque obedece a una decisión del Estado que ha venido manteniendo la financiación de unos puestos de trabajo durante años y en un momento determinado decide que, para el ejercicio siguiente, la misma ya no seguirá manteniéndose³⁹. Y, en fin, yendo incluso más allá, en alguna sentencia del Tribunal Supremo (STS de 16 de abril de 2014⁴⁰, Ayuntamiento de Gáldar) se llega a afirmar que la insuficiencia presupuestaria “... es a todas luces sobrevvenida porque cuando contrató a los trabajadores su situación económica era favorable, hasta el punto de que llegó a negociarse no sólo su fijeza sino también su posible funcionarización...”.

En definitiva, a diferencia de lo que parece derivarse de una interpretación literal de la disposición adicional 16ª del TRET, los Tribunales se decantan en general por entender que el parámetro de referencia no es necesariamente el del presupuesto anual sino la continuidad, durante al menos dos ejercicios, de una situación de déficit presupuestario en esa concreta Administración Pública, si bien flexibilizando y distorsionando sin duda dicho requisito, también se califica como tal la pérdida de una subvención finalista⁴¹.

3º) En tercer lugar, cabe entender que la insuficiencia presupuestaria ha de ser cierta y actual, no prevista o pro futuro. Por tanto, la decisión sobre el despido colectivo se toma sobre la base de lo ya pasado y no en función de las perspectivas de futuro.

Cabe tener presente, no obstante, que esta posición se matiza en algún caso, ya que el Tribunal Supremo, nuevamente en el caso de la pérdida de una subvención⁴² valora la situación

³⁵ STS de 16 de abril de 2014 (RJ 3079).

³⁶ Entre otras, STS de 16 de abril de 2014 (RJ 3079). También STSJ de Andalucía/Sevilla de 6 de marzo de 2014 (AS 972).

³⁷ De 24 de febrero, por el que se determinan obligaciones de información y procedimientos necesarios para establecer un mecanismo de financiación para el pago a los proveedores de las entidades locales.

³⁸ SSTSJ de Andalucía de 25 de octubre de 2012 y 6 de marzo de 2014 (AS 972) y de Islas Canarias/Las Palmas de 13 de mayo de 2014 (AS 2207).

³⁹ STS de 15 de abril de 2014 (RJ 3276) y STSJ de Castilla y León/Valladolid de 28 de mayo de 2013 (AS 2995).

⁴⁰ RJ 3079.

⁴¹ STS de 15 de abril de 2014 (RJ 3276).

⁴² STS de 15 de abril de 2014 (RJ 3276).

pro futuro, esto es, valora pro futuro que esa subvención ha desaparecido. Esta interpretación amplía y distorsiona el marco de actuación de la causa económica en las Administraciones Públicas.

4º) Se requiere que la insuficiencia presupuestaria sea persistente, sin que legitime el despedido colectivo una deficiencia presupuestaria de carácter transitorio o coyuntural, pues se exige la concurrencia de la nota de la persistencia, que se cifra en un parámetro de tres trimestres consecutivos (si bien se echa de menos el que se hubiera introducido algún criterio de concreción adicional como en el caso del artículo 51 del TRET⁴³). Esto es, en ese caso *ex lege* se entiende concurrente la insuficiencia presupuestaria. A lo que cabe añadir que esa referencia a tres trimestres hablando de Administraciones Públicas resulta cuanto menos chocante cuando los presupuestos por Ley son anuales, de manera que los créditos autorizados por la misma se refieren a todo un año natural y no a concretos trimestres. Por otra parte, la cuenta que resume la ejecución presupuestaria es igualmente anual, no conociéndose definitivamente hasta varios meses después de la finalización del ejercicio presupuestario⁴⁴.

Sin embargo, nuevamente, los Tribunales han reinterpretado este requisito, señalando que la referencia a los tres trimestres consecutivos es sólo una forma de probar su existencia, y por tanto la nota de persistencia:

- También está presente cuando al menos durante los dos ejercicios anteriores se mantuvo una situación de déficit presupuestario⁴⁶.

- El dato de los tres trimestres es difícil de aquilatar, habida cuenta que, como decíamos antes, la ejecución del presupuesto tiene dimensión anual y no está compartimentada en períodos trimestrales, tratándose de un dato que ha de entenderse en todo caso como de mínimos, de suerte tal que existirá una persistente insuficiencia presupuestaria cuando la misma se manifieste a lo largo de todo un ejercicio. Se considera suficiente, pues, un solo ejercicio⁴⁷.

- Y en un sentido totalmente contradictorio y distorsionador, como venimos señalando, el Tribunal Supremo⁴⁸ también entiende que existe “persistencia” en el caso de la pérdida de una subvención que venía prorrogándose anualmente, ya que no es necesario que esa persistencia lo sea de pasado cuando las circunstancias que rodean esa pérdida de la subvención muestran claramente que no es ocasional o temporal a la espera del cumplimiento de los requisitos necesarios para su recuperación (es persistente, pues, porque es definitiva y los presupuestos tienen carácter anual). A lo que se añade que la referencia a que “en todo caso, se entenderá que la insuficiencia presupuestaria es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos” constituye un plus de generalidad para todos aquellos supuestos en los que no ha habido una drástica supresión de los medios destinados a un fin concreto, sino que la Administración Pública afectada padece un estado de pérdidas en condiciones análogas a las de una empresa privada, sirviendo la mención de tres trimestres como fórmula objetiva, si bien menos exigente que la de tres trimestres impuesta al sector privado. Por tanto, para el Tribunal Supremo, esa persistencia también cabe pro futuro.

Es evidente que, también en este caso, la jurisprudencia ha ampliado y reinterpretado el alcance del tenor legal.

⁴³ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Despidos...*, op.cit. pág. 70.

⁴⁴ STSJ de Castilla y León/Valladolid de 28 de mayo de 2013 (AS 2995).

⁴⁵ STSJ de Castilla y León/Valladolid de 28 de mayo de 2013 (AS 2995).

⁴⁶ STS de 16 de abril de 2014 (RJ 3079), donde se afirma: “... es decir durante más de tres trimestres consecutivos se mantuvo una situación de déficit presupuestario...”.

⁴⁷ STSJ de Castilla y León/Valladolid de 8 de enero de 2015 (AS 149).

⁴⁸ STS de 15 de abril de 2014 (RJ 3276). También STSJ de Castilla y León/Valladolid de 28 de mayo de 2013 (AS 2995).

5º) En relación con lo establecido en el artículo 35.3 párrafo 2º del RD 1483/2012, cuya plena adecuación a lo dispuesto legalmente suscitó tempranamente dudas en la doctrina⁴⁹, cabe señalar que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha intervenido en varias ocasiones para concretar sus límites, así: a) si bien en algún caso sólo ha exigido la presencia de uno de los requisitos allí previstos⁵⁰, en otros casos ha ratificado que los dos requisitos son acumulativos y deben darse conjuntamente, ya que el objetivo es establecer pautas de seguridad sobre la concurrencia de la causa económica (se trata, pues, de unas exigencias no siempre fácilmente entendibles pero claramente encaminadas a evitar que por el simple déficit presupuestario introducido unilateralmente por una Administración, es decir, por su propia y unilateral decisión se pueda fundar posteriormente un despido colectivo⁵¹); y, b) el porcentaje del 7 por ciento debe darse en cada uno de los dos ejercicios anteriores, sin que puedan acumularse⁵². Y también ha manifestado que el artículo 35.3 viene a concretar el déficit de los supuestos genéricos, amparados por el inciso “en todo caso” de la disposición adicional 16ª y siempre unida al estado deficitario general, sin que resultase aplicable cuando la insuficiencia presupuestaria se concreta en la pérdida de una subvención finalista⁵³.

Cabe tener muy presente, no obstante, que la STS –Sala Contencioso-administrativa– de 19 de mayo de 2015 ha anulado finalmente lo dispuesto en el citado artículo 35.3 párrafo 2º al considerar que supone una desviación del criterio legal, fundamentándose en lo siguiente: a) en dicho precepto se refleja una situación de insuficiencia presupuestaria, mientras que lo que la disposición adicional 16ª del TRET configura como causa justificativa del despido colectivo no es la mera insuficiencia presupuestaria, sino la insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente; b) esa adjetivación está ausente del artículo 35.3 y, sobre todo, este precepto reglamentario no responde a la exigencia legal de que la insuficiencia presupuestaria sea persistente: el simple déficit presupuestario de la Administración Pública de referencia en el ejercicio anterior no implica forzosamente tal persistencia, y en cuanto a la minoración de créditos, aun cuando pueda a veces ser indicio de dicha situación, no conduce ineluctablemente a ella; y, c) el criterio reglamentario supone una desviación del criterio legal, consistente en un dato material o sustantivo –como es la imposibilidad de financiar los servicios públicos encomendados– sustituyéndolo por un dato puramente formal.

6º) Los Tribunales recuerdan que, tal y como establece la propia disposición adicional 16ª del TRET, el despido colectivo debe enmarcarse en el ámbito de los mecanismos preventivos y correctivos regulados en la Ley Orgánica 2/2012, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. Esta norma, que vincula a todo el sector público territorial e institucional (artículo 2), define la estabilidad presupuestaria como “la situación de equilibrio o superávit estructural” en el caso de las Administraciones Públicas y la Seguridad Social, y como la situación de “equilibrio financiero” para el resto de entes del sector público (artículo 3), es decir, como la prohibición absoluta de déficit⁵⁴.

⁴⁹ ROQUETA BUJ, R., “Los despidos...”, op.cit. pág. 106. BOLTAINA BOSCH habla de “ultra vires”, en *El personal...*, op.cit. págs. 475 y 488.

⁵⁰ STS de 23 de septiembre de 2014.

⁵¹ STS de 23 de mayo de 2014 (RJ 4358), donde se afirma también que: “... Y en cualquier caso, el hecho de que el precepto reglamentario exija la concurrencia de las circunstancias a) y b) no la a) o la b) abonan esa interpretación con una exégesis del precepto meramente literal...”; añadiendo que: “... la recurrente considera absurda dicha interpretación en cuanto la estima contraria a cualquier adecuada gestión del presupuesto de cualquier administración pública, pero en el supuesto no totalmente descartable de que su posición sea la más razonable, lo que no puede hacer quien interpreta una norma concreta es tergiversar lo que en ella se dispone al hilo de una situación concreta que pueda no coincidir con lo en ella dispuesto. Es el legislador específico en la materia el que ha dispuesta tal cosa y al que hay que respetar en sus previsiones...”.

⁵² STS de 23 de mayo de 2014 (RJ 4358): “... esta Sala debe seguir la tesis de la sentencia por ser la que más se acomoda a la literalidad de lo que el precepto recoge, y porque es, además la que más se aproxima al déficit presupuestario <persistente> al que se refiere la adicional vigésima del ET de la que este art. 35 del Real Decreto es desarrollo...”.

⁵³ STS de 15 de abril de 2014 (RJ 3276).

⁵⁴ ROQUETA BUJ, R., *La reestructuración...*, op.cit. pág. 114.

Dentro de esta lógica, en la STS de 18 de febrero de 2014⁵⁵ se señala que el marco general a tener en cuenta no es otro sino la obligación de “equilibrio presupuestario” (artículo 135.2) que la Constitución Española impone a las Administraciones Públicas de forma expresa y categórica. Y en el mismo sentido, la STSJ de Cataluña de 22 de abril de 2015⁵⁶ manifiesta que debe tenerse en cuenta lo preceptuado en el artículo 135.1, 2 y 5 de la Constitución y citada Ley Orgánica 2/2012.

7º) La insuficiencia presupuestaria se vincula a la imposibilidad de financiar los servicios públicos, no pudiéndose utilizar como parámetro los gastos de gestión ordinaria.

Y, 8º) finalmente, es particularmente importante destacar que, tal y como también ha ocurrido en los despidos colectivos en el sector privado, si bien con el actual tenor legal no se exige que la situación financiera de la Administración Pública pueda afectar a su viabilidad o a su capacidad para mantener el volumen de empleo, ni que tenga que acreditar los resultados alegados y justificar que de los mismos se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva, el Tribunal Supremo no lo ve así, atribuyendo un papel sustancial al control judicial también en el ámbito de las Administraciones Públicas.

De este modo, en la STS de 23 de septiembre de 2014⁵⁷, se recuerda que la justificación del despido colectivo tiene que realizarse a través de tres pasos: a) acreditar la existencia de una situación económica negativa; b) establecer el efecto de esa situación sobre los contratos, en la medida que aquélla provoca la necesidad de una amortización total o parcial de los puestos de trabajo; y, c) examinar la adecuada proporcionalidad de las medidas extintivas adoptadas para responder a esa necesidad. Y en relación con este tercer paso, el Tribunal Supremo declara que si bien no le corresponde a los Tribunales un juicio de oportunidad, que pertenece a la gestión del empleador, sí les compete no sólo emitir un juicio de legalidad en torno a la existencia de la causa alegada, sino también de razonable adecuación entre la causa acreditada y la decisión extintiva acordada; aparte, por supuesto, de que el Tribunal podría apreciar –si concurría– la posible vulneración de derechos fundamentales. Razonabilidad que no ha de entenderse en el sentido de exigir que la medida adoptada sea la óptima para conseguir el objetivo perseguido con ella (lo que es privativo de la dirección empresarial) sino en el de que también se adecue idóneamente al mismo (juicio de idoneidad).

En definitiva, compete a los Tribunales comprobar si las causas además de reales tienen entidad suficiente como para justificar la decisión extintiva y, además, si la medida es razonable en términos de gestión empresarial, es decir, si se ajusta o no al estándar de un buen comerciante al igual que se venía sosteniendo antes de la reforma de 2012. Corresponde a los órganos jurisdiccionales no sólo emitir un juicio de legalidad en torno a la existencia de la causa alegada, sino también de razonable adecuación entre la causa acreditada y la medida acordada. Una situación económica negativa cualquiera y por sí misma no basta para justificar el despido. Ahora bien, no corresponde a los Tribunales fijar la medida idónea, ni censurar su oportunidad en términos de gestión empresarial, por ejemplo reduciendo el número de trabajadores afectados. El control judicial, para el supuesto de que la medida se estime desproporcionada, ha de limitarse a enjuiciar la adecuación del despido producido dentro de los términos expuestos.

Es muy relevante (y totalmente necesario a nuestro entender), que los Tribunales mantengan esa capacidad de control sobre la razonabilidad de los despidos colectivos acordados en las Administraciones Públicas.

⁵⁵ RJ 3267.

⁵⁶ AS 971. También SSTS de 2 de diciembre de 2014 (RJ 2015/1254) y 24 de febrero de 2015 (RJ 1010).

⁵⁷ RJ 6420. También, entre otras, SSTS de 16 de abril de 2014 (RJ 3079) y SSTSJ de Islas Canarias/Las Palmas de 13 de mayo de 2014 (AS 2207), de Castilla-La Mancha de 24 de febrero de 2015 (AS 1190) y de Cataluña de 22 de diciembre de 2014 (AS 2015/1313) y 22 de abril de 2015 (AS 971).

Tres últimos apuntes en relación con la causa económica. En primer lugar, como hemos visto, los Tribunales han ampliado el alcance del tenor legal, interpretando en un sentido amplio lo que debe entenderse como una insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente, adaptando casi esa definición a las circunstancias presentes en la Administración Pública involucrada en cada caso. Esta tendencia ha servido para facilitar el despido colectivo en las Administraciones Públicas, pero a la vez, al sobrepasar claramente el tenor legal, lleva a pensar que es necesario modificar la norma para concretarlo todavía más. A nuestro entender, se ha flexibilizado excesivamente el ámbito de aplicación del despido colectivo en las Administraciones Públicas.

En segundo lugar, la inclusión, como hemos visto, de la pérdida de una subvención como causa de insuficiencia presupuestaria resulta discutible ya que, en el fondo, supone solucionar por la vía del despido colectivo lo que anteriormente resolvía el derogado artículo 52.e) respecto de las Administraciones Públicas, previsto en su momento para la extinción de los contratos en el caso de la no renovación de las subvenciones. A nuestro entender, lo acertado sería rescatar dicho artículo y reservar el despido colectivo para los supuestos para los que está realmente pensado, esto es, aquéllos vinculados con una insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente de la correspondiente Administración Pública.

Y en tercer lugar, es importante constatar que, como hemos visto, los Tribunales han declarado que su control sobre los despidos colectivos en las Administraciones Públicas alcanza también a la valoración de su razonabilidad. Criterio absolutamente acertado y claramente garantista para los derechos de los trabajadores afectados por el despido, máxime en un marco como el sector público.

3. LOS EFECTOS COLATERALES DE LA APLICACIÓN DE LA CAUSA ECONÓMICA

En los últimos años, al margen de la delimitación de la propia causa económica, ésta también ha planteado algunas cuestiones colaterales, de especial interés algunas de ellas.

En primer lugar, en relación con la documentación exigida para justificar la causa económica en el caso de las Administraciones Públicas, se aplica la normativa general, y, en consecuencia, aquélla debe ser suficientemente expresiva para conocer la causa o causas del despido y poder afrontar el período de consultas adecuadamente (se trata, pues, de procurar a la parte social una información suficiente de las razones de los despidos que permitan negociar sobre bases sólidas)⁵⁸. Sin embargo, también cabe tener presente que la enumeración de los documentos previstos en el RD 1483/2012⁵⁹ no tiene un valor *ad solemnitatem*, no se trata de una enumeración exhaustiva y, en todo caso, no toda ausencia documental ha de llevar necesariamente a la declaración de nulidad del despido colectivo, sino sólo cuando los documentos excluidos se revelen trascendentes o decisivos. En esta línea cuando se trata de documentación adicional pedida por las partes, una vez entregada la obligatoria o legal, sólo tiene relevancia la no puesta a disposición si la misma es fundamental para conocer y examinar la causa, de tal manera que si es intrascendente carece de eficacia jurídica la negativa del empleador a entregarla⁶⁰.

En otras palabras, la documentación a tener en cuenta para la posible nulidad prevista por esta causa en el artículo 124 de la LRJS es la que resulte necesaria para que los representantes del personal tengan suficiente información sobre la causa del despido y para poder afrontar el período de consultas de una forma adecuada⁶¹.

⁵⁸ SSTS de 18 de febrero de 2014 (RJ 3267) y 23 de mayo de 2014 (RJ 4358) y STSJ de Islas Canarias/Las Palmas de 13 de mayo de 2014 (AS 2207).

⁵⁹ Artículos 38 y 39 en relación con el artículo 3 del RD 1483/2012. En cuanto al papel y contenido de esta documentación vid BOLTAINA BOSCH, X., *El personal...*, op.cit. págs. 476-478 y 490-491.

⁶⁰ STSJ de Islas Canarias/Las Palmas de 13 de mayo de 2014 (AS 2207).

⁶¹ STS de 23 de mayo de 2014 (RJ 4358).

Asimismo, invocada una causa económica, y aportadas las cuentas y los informes de la intervención así como el informe de la auditoría de cuentas, pedir, por ejemplo, los informes de la ejecución del Plan de ajuste (cuando no se alegan pérdidas previstas o futuras) aparece como una actuación discutible dirigida a poder invocar luego que no se ha entregado la documentación. También se valora el hecho de que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social haya declarado en su informe que la Administración ha aportado la documentación preceptiva⁶².

Sin embargo, también cabe señalar que, en algún caso, el Tribunal Supremo, de una forma discutible, ha mostrado una actitud muy benevolente frente a la Administración Pública, declarando que, a pesar de que un Ayuntamiento entregó una escasa e incompleta información inicial, habiendo sido incluso necesaria la intervención de la autoridad laboral, al haberla completado con posterioridad y no haber concretado los representantes de los trabajadores qué otros datos consideraban relevantes, ello no invalidaba la existencia de un verdadero período de consultas⁶³.

En segundo lugar, cabe recordar que aunque ha sido un tema debatido, desde una perspectiva cronológica, la decisión de despido colectivo es previa al acuerdo de amortización de los correspondientes puestos de trabajo en la plantilla y en los presupuestos de la Administración Pública implicada⁶⁴.

En tercer lugar, cabe tener presente que prevalece la existencia de una causa económica sobre lo dispuesto en un convenio colectivo del personal laboral donde se prevé expresamente la funcionarización –tras un proceso selectivo de promoción interna por el sistema de concurso oposición- de los trabajadores afectados por el despido colectivo, al considerarse que en realidad más que un derecho es una expectativa de derecho, que no puede suponer un límite para que la Administración Pública, de concurrir causa legal suficiente, pueda extinguir los contratos, no habiéndose acreditado que, en el momento de tomar la medida extintiva, el proceso de funcionarización cuando menos se hubiera iniciado. Y tal situación tampoco vulnera el derecho al acceso a la función pública (artículo 23.2 de la Constitución)⁶⁵. Solución que, a nuestro entender, dado el cambio de circunstancias y la existencia de una causa objetiva, parece razonable.

Y finalmente, cabe tener en cuenta que también prevalece la causa económica sobre un convenio colectivo que establece que, si concurren las causas de un despido colectivo o de un despido por causas objetivas del artículo 52.c) del TRET, la Administración Pública se compromete a adscribir a los trabajadores a otro centro de trabajo. Y ello se debe a que el artículo 32 del TREBEP prevé que se garantiza el cumplimiento de los convenios salvo cuando excepcionalmente y por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas, los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas suspendan o modifiquen el cumplimiento de convenios colectivos o acuerdos ya firmados en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público⁶⁶.

4. LAS OTRAS CAUSAS JUSTIFICATIVAS: TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS ¿Y PRODUCTIVAS?

En relación con el resto de las causas que pueden justificar, conforme a la disposición adicional 16ª del TRET, un despido colectivo en una Administración Pública, éstas son, sin duda,

⁶² STSJ de Islas Canarias/Las Palmas de 13 de mayo de 2014 (AS 2207).

⁶³ STS de 18 de febrero de 2014 (RJ 3267), donde se concluye: "... en otras palabras, existía base para poder llegar, en su caso, a soluciones pactadas, por lo que la parca o incluso incompleta información inicial no afectó en el presente caso a la realidad de la existencia de un verdadero período de consultas..."

⁶⁴ STS de 16 de abril de 2014 (RJ 3079).

⁶⁵ STS de 16 de abril de 2014 (RJ 3079).

⁶⁶ STS de 23 de septiembre de 2014 (RJ 6420).

bastante menos problemáticas que la causa económica, no sólo ahora sino también antes de la reforma laboral de 2012, y están claramente vinculadas con la mejora de la eficiencia del servicio público. A lo que cabe añadir que, en su definición y con la correspondiente adaptación al ámbito público, se sigue claramente la estela del artículo 51 del TRET.

En efecto, la definición de las causas técnicas, de carácter abierto, es casi idéntica a la del mencionado artículo 51, ya que sólo se diferencian en la referencia, por un lado, a la “prestación de servicio público” y, por otro, a la “producción empresarial”. Puede recurrirse a esta vía en cualquier momento, cuando resulte obligado un cambio fundamentado en la necesidad de hacer más operativa la prestación de un servicio público que haga necesaria una reducción de la plantilla adscrita a dicho servicio (por ejemplo, puede tratarse de un cambio vinculado al uso de nuevas tecnologías)⁶⁷.

Respecto a las causas organizativas, también de carácter abierto, los Tribunales admiten como tales las modificaciones en la estructura interna de las Administraciones Públicas, como, por ejemplo, la supresión o externalización de un servicio público deficitario, el sobredimensionamiento de la plantilla de un Ayuntamiento que se deriva de la subrogación de éste en el personal laboral de las sociedades municipales disueltas, o la disolución de un consorcio por dejar de ser su actividad una finalidad asumible para uno de los entes consorciados en el marco de un plan de racionalización y simplificación de una Administración autonómica⁶⁸. Y también cabe entender incluido el caso de la supresión o reducción de la dispensa de determinados servicios o la reorientación de los mismos hacia ámbitos de mayor trascendencia social o que se consideran prioritarios⁶⁹ o la reorganización de un servicio derivada del incumplimiento de las exigencias administrativas⁷⁰. Aquí se atiende, pues, a los sistemas y métodos de trabajo del personal laboral adscrito a un servicio público, sin efectuar alusión alguna al modo de organizar la producción⁷¹.

Por otra parte, como elemento común a ambas causas justificativas, cabe señalar que resultará necesario que la Administración Pública no sólo justifique la causa sino también que pruebe su razonabilidad a la hora de contribuir a prevenir una evolución negativa o a mejorar la situación interna a través de una más adecuada organización de los recursos, que favorezca la posición competitiva o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda (una mejora, pues, cuantitativa y/o cualitativa del servicio público). A lo que cabe añadir que estas causas técnicas u organizativas sólo podrán alegarse si se justifican en los principios de la Ley Orgánica 2/2012, con los mecanismos establecidos en la misma o con los objetivos de estabilidad presupuestaria que allí se marcan⁷². Y, en fin, también cabe tener presente que estas causas no gozan de capacidad, en principio, de modificar la cantidad y calidad de los servicios públicos, conectando la extinción contractual con la mejora de dichos servicios⁷³.

En cuanto a las causas productivas, éstas no se definen en el párrafo 2º de la disposición adicional 16ª del TRET, referido a las Administraciones Públicas, lo que ha llevado a la doctrina⁷⁴, posición que compartimos, a entender que las mismas no resultan aplicables en dicho ámbito

⁶⁷ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Despidos...*, op.cit. pág. 73.

⁶⁸ ROQUETA BUJ, R., *La reestructuración...*, op.cit. págs. 116-117.

⁶⁹ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Despidos...*, op.cit. pág. 74.

⁷⁰ STSJ de Cataluña de 7 de mayo de 2015 (AS 1377).

⁷¹ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Despidos...*, op.cit. pág. 74.

⁷² BOLTAINA BOSCH, X., *El personal...*, op.cit. pág. 479.

⁷³ TRILLO PÁRRAGA, F., “El despido...”, op.cit. pág. 170.

⁷⁴ ROQUETA BUJ, R., *La reestructuración...*, op.cit. pág. 117 y “Los despidos...”, op.cit. pág.107; y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Despidos...*, op.cit. pág. 74. A favor de la aplicación de esta causa, BOLTAINA BOSCH, X., “El personal...”, op.cit. págs. 471 y 478 y ss.; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “El procedimiento de despido colectivo en la Administración Pública”, *Relaciones Laborales*, nº 7-8, pág. 52; y TRILLO PÁRRAGA, F., “El despido...”, op.cit. pág. 170.

y sí en el sector público empresarial y fundacional. Y, en consecuencia, los meros cambios en la demanda de los bienes o servicios que las Administraciones Públicas ofrecen a los ciudadanos no serán suficientes para justificar un despido colectivo, si no van acompañados de una insuficiencia presupuestaria o de cambios en el marco de los medios o instrumentos de la prestación del servicio público o de los sistemas y métodos de trabajo del personal adscrito al servicio público.

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

1. ASPECTOS GENERALES

Sin duda, uno de los elementos más complicados en todo despido colectivo es la selección de los trabajadores que van a ser despedidos, por lo que la propia norma se refiere a esta cuestión, tanto con carácter general para todo despido colectivo (exigiéndose que en la comunicación de la apertura del período de consultas se incluya el número y la clasificación profesional de los trabajadores afectados⁷⁵ así como los criterios tenidos en cuenta para su designación⁷⁶), como de una forma más específica vinculada exclusivamente a las Administraciones Públicas, al establecer la propia disposición adicional 16^a in fine del TRET que tendrá prioridad de permanencia el personal laboral fijo que hubiera adquirido esta condición, de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, a través de un procedimiento selectivo de ingreso convocado al efecto, cuando así lo establezca la correspondiente Administración Pública⁷⁷.

Como desarrollo de lo anterior, se exige que la comunicación de inicio del período de consultas debe contener, en su caso, los criterios tenidos en cuenta en relación con el establecimiento de la prioridad de permanencia del personal laboral fijo⁷⁸ y que la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas o autoridad equivalente en el ámbito de las Comunidades Autónomas, podrá establecer la aplicación de dicha prioridad en los procedimientos que afecten al personal laboral de sus respectivos ámbitos, aun cuando el Departamento, Conserjería, organismo o entidad que promueva el despido colectivo no lo hubiera previsto, si, a la vista del expediente, entendiéndose que es aplicable dicha prioridad, por ser adecuada a las circunstancias concurrentes, teniendo en cuenta la ordenación general en materia de recursos humanos y el interés público⁷⁹.

Y, en fin, no cabe olvidar que el artículo 41.3 del RD 1483/2012 señala que también resulta aplicable a las Administraciones Públicas la prioridad de permanencia recogida en el artículo 13, donde se reconoce dicha prioridad a los representantes legales del personal (representación unitaria, delegados de personal, delegados de prevención y miembros del comité de seguridad y salud)⁸⁰ y se prevé que la misma favorecerá igualmente a los trabajadores pertenecientes a otros colectivos cuando así se hubiera pactado en convenio colectivo o en el acuerdo alcanzado durante el período de consultas, tales como los trabajadores con cargas familiares, mayores de una determinada edad o personas con discapacidad (previsiones convencionales muy poco frecuentes en el sector público).

⁷⁵ Artículo 38 en relación con el artículo 3.1.b) del RD 1483/2012, que añade que cuando el procedimiento de despido colectivo afecte a más de un centro de trabajo, esta información deberá estar desglosada por centro de trabajo y, en su caso, provincia y Comunidad Autónoma.

⁷⁶ Artículo 38 en relación con el artículo 3.1.e) del RD 1483/2012.

⁷⁷ En el mismo sentido se manifiesta el artículo 41.1 del RD 1483/2012.

⁷⁸ Artículo 38.b) del RD 1483/2012.

⁷⁹ Artículo 41.2 del RD 1483/2012.

⁸⁰ Artículos 51.5 y 68.b) del TRET, 10.3 de la LOLS y 30.4 y 37.1 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

En todo caso, la Administración Pública debería justificar en la decisión final del despido colectivo la afectación de trabajadores con prioridad de permanencia⁸¹.

Teniendo en cuenta ese marco legal, plenamente avalado por los Tribunales, se plantean algunos interrogantes.

2. EL ALCANCE DE LA PREFERENCIA DEL PERSONAL LABORAL FIJO

En primer lugar, en relación con esta concreta preferencia, que no está presente de forma expresa para el caso del sector privado, cabe interpretar que su fundamento se halla en el diferente régimen jurídico aplicable, por un lado, al personal laboral fijo frente al temporal, y, por otro, al personal laboral fijo frente al personal laboral indefinido no fijo. En el primer caso, la preferencia se basa en el vínculo fijo o temporal con la Administración (basado éste último, por tanto, en necesidades simplemente temporales) y en el segundo supuesto en el hecho de que el personal indefinido no fijo no ha superado el correspondiente proceso selectivo de ingreso, exigido constitucional y legalmente.

En la práctica esta previsión legal facilita (y es lo que, sin duda, pretende) que, en caso de recurrirse a un despido colectivo, los afectados –tal y como ha ocurrido en la práctica– sean muy mayoritariamente el personal laboral temporal (incluidos los interinos) y los trabajadores indefinidos no fijos existentes en esa Administración Pública. Y ello a pesar de que, fundamentando la decisión extintiva en criterios exclusivamente técnicos, resultase más lógico despedir a trabajadores fijos que a trabajadores temporales o indefinidos no fijos. O en otras palabras, esta opción del legislador, al desechar otros factores como los resultados alcanzados en los sistemas de provisión de los puestos de trabajo o en la evaluación del desempeño no garantiza que la Administración Pública vaya a quedarse con los servicios de los trabajadores más capaces y meritorios⁸².

Se blindo relativamente, pues, a aquellos trabajadores que hayan realizado pruebas selectivas y hayan acreditado el mérito y la capacidad siquiera sea formalmente. Se les otorga un genérico derecho de prioridad en la permanencia⁸³. Valdrá, por tanto, con justificar la realización de tales pruebas para que obre tal preferencia⁸⁴. Esta regla está inspirada en los principios rectores del acceso al empleo público (igualdad, mérito y capacidad) establecidos en los artículos 103.3 de la Constitución y 55 del TREBEP, principios que es lógico extender al mantenimiento de la relación de servicios en los despidos económicos que afectan a un determinado grupo de trabajadores⁸⁵.

En todo caso, a pesar de estar fundamentada esa diferencia de trato, ¿podría considerarse que la disposición adicional 16^a in fine del TRET vulnera el artículo 14 de la Constitución y resulta contraria al principio de igualdad? Máxime cuando dicho principio adquiere en las Administraciones Públicas su sentido más profundo y una exigencia superior de aplicación en cuanto que, como poder público, queda sujeto al principio de interdicción de cualquier arbitrariedad como dispone el artículo 9.3 de la Constitución en relación con todos los poderes públicos y con sumisión estricta al principio de legalidad como se recoge en el artículo 103.1 in fine del texto constitucional⁸⁶.

⁸¹ Artículo 13.3 en relación con el artículo 12 del RD 1483/2012.

⁸² ROQUETA BUJ, R., *La reestructuración...*, op.cit. pág. 152.

⁸³ BOLTAINA BOSCH, X., *El personal...*, op.cit. pág. 499.

⁸⁴ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Despidos...*, op.cit. pág. 101, que cita a Jiménez Asensio.

⁸⁵ MARTÍN VALVERDE, A., "Reestructuración...", ob.cit. pág. 97.

⁸⁶ STS de 23 de mayo de 2014 (RJ 4358).

A nuestro entender, esta preferencia no vulnera el principio de igualdad, ya que, como ha reiterado el Tribunal Constitucional⁸⁷, aquél sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, así como también que supere un juicio de proporcionalidad sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida. Y en este caso, los dos colectivos implicados (personal laboral fijo frente al personal laboral temporal e indefinido no fijo) no son iguales, ya que aparecen debidamente singularizados y diferenciados en sus normas reguladoras (el propio artículo 8.2 del TREBEP los distingue, así como el artículo 11.1), incluida la forma concreta de extinguir su vínculo. Por tanto, al ser dos colectivos diferentes no es contrario al principio de igualdad el que se les aplique una distinta solución. Asimismo, la diferencia de trato no es arbitraria o caprichosa, sino que obedece a sólidas razones, respondiendo a exigencias objetivas y superando el test de proporcionalidad contemplado en la doctrina constitucional.

Es más, si bien tanto la jurisprudencia constitucional –entre otras STC 104/2004– como el artículo 17 del TRET exigen un trato igual y no diferenciado entre los trabajadores fijos y temporales, que alcanzaría también a los trabajadores indefinidos no fijos, en lo que se refiere a los derechos laborales durante la vigencia de la relación laboral, esa garantía de igualdad de trato no puede extenderse al momento de la extinción del vínculo contractual. Siendo por ello por lo que la disposición adicional 16ª del TRET in fine ha fijado la prioridad de permanencia del personal laboral fijo⁸⁸.

En relación con los trabajadores indefinidos no fijos, en la STS de 23 de mayo de 2014⁸⁹ se declara, con total claridad y siguiendo un criterio que compartimos, que: "... para poder apreciar la existencia de una situación de desigualdad contraria al art. 14 de la Constitución es del todo punto preciso que concurra el principio básico sobre el que se asienta esta exigencia de igualdad de trabajo cual es que nos encontremos ante situaciones <sustancialmente iguales>. Pues bien, esta exigencia de igualdad de situaciones no puede sostenerse que concurra entre los... "trabajadores indefinidos no fijos" y los "trabajadores fijos", y no existe tal igualdad porque los primeros son trabajadores contratados sin cubrir las exigencias que la propia Constitución requiere para el ingreso en la función pública como es que el ingreso se produzca a través de un procedimiento sujeto a las exigencias de igualdad, mérito y capacidad –artículo 103.3 de la Constitución–, de donde deviene que su estatuto jurídico sea distinto del de los fijos propiamente dicho que al haber accedido a la función pública conforme a las exigencias constitucionales gozan de una situación de empleado público con todas las garantías; el indefinido no fijo pudo tener en origen su justificación en una necesidad temporal determinada de empleados por parte de una Administración que cuando la misma desaparece lo sitúa en una situación de precariedad que no puede alcanzar al que fue contratado por las vías legales para una actividad con visos de permanencia. Todo ello se traduce en una diferencia de situaciones que no justifican la aplicación del principio de igualdad...".

En definitiva, ese trato de "favor" respecto al personal laboral fijo puede ser injusto pero no es ilegal o inconstitucional tomar tal decisión. Igual que tampoco lo es la preferencia de permanencia que, de por sí, tiene el personal funcionario; vinculada, por otra parte, al derecho a la inamovilidad recogido en el artículo 14 del TREBEP.

En efecto, no podemos ignorar que la plena apertura de la posibilidad de despedir al personal laboral por la vía que estamos examinando ha generado, en la práctica, una cierta frustración en dicho colectivo, por cuanto, a pesar de no resultar objetivamente necesario su puesto de trabajo, una decisión extintiva no puede afectar nunca al personal funcionario de una Administración Pública. Pensemos, por ejemplo, en el caso de los Ayuntamientos, donde la crisis

⁸⁷ Entre otras, SSTC 200/2001 y 119/2002.

⁸⁸ STS de 23 de mayo de 2014 (RJ 4358).

⁸⁹ RJ 4358.

económica de los últimos años sólo se ha podido hacer recaer sobre el personal laboral (y prioritariamente, como hemos visto, sobre el personal laboral temporal o indefinido no fijo), cuando igual, en ciertos supuestos, la decisión más eficiente desde una perspectiva técnica u organizativa hubiera llevado a prescindir también del personal funcionario. Como decíamos antes, el distinto régimen jurídico avala tal situación, pero ello no hace que sea más entendible desde una perspectiva individual e incluso organizativa. En todo caso, no cabe olvidar que si bien el régimen jurídico vigente aplicable a los funcionarios públicos no recoge la posibilidad de extinguir su relación por causas económicas (o técnicas, organizativas o productivas), tampoco impide que la recojan las leyes de función pública que se dicten en desarrollo del TREBEP⁹⁰, sobre la base de lo dispuesto en su artículo 85.2.a) (circunstancia que no se ha producido, de momento, en la práctica y que es muy difícil que se materialice en el panorama actual).

En segundo lugar, respecto a la dinámica práctica de esta preferencia cabe señalar que la misma no necesariamente tiene que aplicarse siempre ya que, tal y como prevé la propia disposición adicional 16ª del TRET, la misma se actualiza cuando así lo decida la correspondiente Administración Pública⁹¹ y, en ese caso, conforme al artículo 38.b) del RD 1483/2012, se incluirán en la comunicación de apertura del período de consultas los criterios tenidos en cuenta en relación con el establecimiento de dicha prioridad. De ello se deduce que, en caso de ejercerse tal prioridad, deberá hacerse conforme a unos criterios, de carácter objetivo lógicamente, al tratarse de una Administración Pública. No puede decidirse sin más la preferencia del personal laboral fijo, sino que esta decisión debe fundamentarse en algún criterio. Pero cabe tener presente que no se exige que, para ejercer esta prioridad, lo más lógico o acertado sea mantener el personal laboral fijo frente al personal laboral temporal o indefinido no fijo sino que simplemente exista una mínima justificación objetiva de tal decisión (por ejemplo, dicha justificación puede basarse en una Ley autonómica que así lo establece⁹²).

En definitiva, en este ámbito no nos encontramos ante una facultad discrecional de la Administración Pública implicada, sino con una habilitación a su favor para que en función de los principios constitucionales de mérito y capacidad y de eficacia administrativa adopte la solución más acertada para el interés general⁹³.

Cabe tener presente, por otra parte, que, como vimos, a nivel estatal y de las Comunidades Autónomas, el artículo 41.2 del RD 1483/2012 recoge la posibilidad de que cuando inicialmente el Departamento u órgano que decide recurrir al despido colectivo no se acoge a esta prioridad, ésta se aplique porque así lo estima conveniente ya sea la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas o la autoridad equivalente en el marco de la correspondiente Comunidad Autónoma si, a la vista del correspondiente expediente, se entiende que tal prioridad resulta adecuada a las circunstancias concurrentes, teniendo en cuenta la ordenación general en materia de recursos humanos y el interés público. En este caso se ejerce un principio de autoridad. No obstante, esta excepción no resulta aplicable en el ámbito de la Administración Local, dados sus términos generalistas y la garantía constitucional del derecho a la autonomía local⁹⁴.

A lo que cabe añadir que el artículo 43.2.a) del RD 1483/2012 señala que el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas o autoridad equivalente puede acordar antes de la finalización del período de consultas la aplicación de la prioridad de permanencia que nos ocupa,

⁹⁰ ROQUETA BUJ, R., *La reestructuración...*, op.cit. pág. 104.

⁹¹ STS de 23 de septiembre de 2014 (RJ 6420).

⁹² STS de 23 de septiembre de 2014 (RJ 6420), donde se establece: "... por lo tanto, la empleadora ha procedido a la tramitación del despido colectivo siguiendo los criterios de selección previamente fijados en una Ley de la Comunidad de Madrid que, a su vez, respeta la prioridad de permanencia establecida para los despidos colectivos de los entes públicos en la DA vigésima del Estatuto de los Trabajadores y en el RD 1483/12...".

⁹³ ROQUETA BUJ, R., "Los despidos...", op.cit. pág. 154.

⁹⁴ BOLTAIÑA BOSCH, X., *El personal...*, op.cit. pág. 501.

que tendrá carácter vinculante en los términos que figuren en el acuerdo o resolución que se dicte, en cuyo caso dicho órgano remitirá al Departamento, Consejería, organismo o entidad promotora del despido colectivo, a la representación de los trabajadores y a la autoridad laboral, antes de la finalización del período de consultas, una copia de la resolución en la que se establezca esa prioridad.

En tercer lugar, es evidente que esta prioridad de permanencia puede ejercerse de una forma parcial, esto es, incorporar en la lista de los trabajadores afectados por el despido tanto a trabajadores fijos como temporales o indefinidos no fijos y mantener en el empleo a trabajadores de ambos colectivos.

En cuarto lugar, cabe tener presente que la disposición adicional 16ª del TRET no impone que la garantía de la preferencia deba quedar limitada al ámbito de afectación de la causa extintiva. Por el contrario, aquélla se refiere al despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción del personal laboral al servicio de los entes, organismos y entidades que conforman el sector público y éstos serán en principio el ámbito de afectación, aunque ello obligue a que, por la lógica de la sustitución, pueda resultar afectado quien en principio no lo estaría, pues si para respetarse la garantía hay que emplear al trabajador fijo en otra unidad o departamento, esto llevará consigo normalmente que un trabajador temporal o indefinido no fijo de esa unidad o departamento resulte excedente, si no hay vacante y su puesto de trabajo es asignado al trabajador fijo⁹⁵.

Por otra parte, es lógico pensar que esta preferencia sólo resultará aplicable cuando no desaparecen todos los puestos de trabajo. Esta alternativa, pues, se produce cuando existen varios puestos afectados por el despido.

Finalmente, cabe señalar que, como ya apuntamos, el Tribunal Supremo ha avalado esta prioridad de permanencia a favor del personal laboral fijo, declarando que la misma no vulnera el principio de igualdad de trato ni resulta discriminatoria; manifestándose en la STS de 23 de septiembre de 2014⁹⁶ que "... los dos colectivos no son iguales, aparecen debidamente singularizados en sus normas reguladoras, entre otras el EBEP, luciendo su distinta regulación tanto en el sistema de acceso a la Administración Pública como en la duración de su contrato. En efecto, si bien el acceso de ambos colectivos ha de respetar los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad... es lo cierto que los procesos selectivos a los que se somete a uno y a otro son diferentes... La extinción del contrato de uno y otro colectivo es también diferente ya que, el contrato del personal temporal se extingue cuando concurra la causa prevista en el mismo, anudada a su carácter temporal, en tanto tal previsión de extinción no aparece en el contrato del personal laboral fijo... Por lo tanto, al ser dos colectivos diferentes no es contrario a los principios constitucionales de igualdad y no discriminación que se les aplique distinta solución en el despido colectivo efectuado, es decir, que se proceda a la extinción de los contratos del personal temporal y no del personal fijo...".

3. EL ALCANCE DE LOS OTROS TIPOS DE PRIORIDADES DE PERMANENCIA

Como ya hemos señalado, el resto de los tipos de prioridad de permanencia previstos en el artículo 13 del RD 1483/2012 también resultan invocables cuando es una Administración Pública la que recurre a un despido colectivo.

En el caso de los representantes legales de los trabajadores les afecta dicha prioridad tanto si son personal laboral fijo como temporal o indefinido no fijo, si bien la Administración Pública puede despedirlos siempre que justifique –muy bien– en la comunicación final del despido porque ha decidido incluirlos en su decisión extintiva. Cabe recordar aquí que dicha prioridad de

⁹⁵ ROQUETA BUJ, R., *La reestructuración...*, op.cit. págs. 153-154.

⁹⁶ RJ 6420. Vid también STSJ de Castilla y León/Valladolid de 28 de mayo de 2013 (AS 2995).

permanencia no es absoluta, ya que se aplica en relación al resto de los trabajadores del mismo grupo profesional. Sin embargo, dicha prioridad decae cuando el despido afecta a todos los trabajadores de ese grupo.

Por otra parte, el artículo 13.2 también establece que si así se recoge en el convenio colectivo o en el acuerdo alcanzado durante el período de consultas, pueden fijarse otras prioridades de permanencia tales como las vinculadas a factores como las cargas familiares, el hecho de ser mayor de una determinada edad o ser una persona con discapacidad. Se trata, no obstante, de una lista abierta, pudiéndose incorporar éstas u otras preferencias.

En este punto, cabe entender –al margen de lo que fijase el correspondiente convenio colectivo o acuerdo– que, por cargas familiares, se interpreta el tener responsabilidades familiares no sólo vinculadas al cuidado de los hijos sino también de personas con discapacidad, mayores o en situación de dependencia. Asimismo, la preferencia relacionada con “ser mayor de una determinada edad” puede interpretarse como la voluntad de mantener en el empleo a aquellos trabajadores que, dada la situación actual del mercado de trabajo, por su edad (mayor de 45, 50, 55...) les va a ser muy difícil o imposible reincorporarse al mismo. Y, en fin, en el caso de las personas con discapacidad, nos encontramos ante una clara medida de acción positiva, dado su escaso nivel de inserción laboral.

Si bien el establecimiento de este tipo de preferencias podría suscitar ciertas dudas en el marco de las Administraciones Públicas –ligadas, como sabemos, a los principios de igualdad y legalidad–, el hecho de que en las mismas subyazca una razón objetiva, que esté prevista su aplicación en el propio RD 1483/2012 y que en las mismas se recoja –de una forma directa o indirecta– una medida de acción positiva, justifica suficientemente, a nuestro entender, el recurso a las mismas.

4. LAS VÍAS DE RECLAMACIÓN EN EL CASO DE INCUMPLIMIENTO DE LAS PRIORIDADES DE PERMANENCIA

Cabe preguntarse qué ocurre si una Administración Pública incumple, a la hora de seleccionar a los trabajadores afectados por el despido colectivo, las prioridades de permanencia antes mencionadas.

En este punto la vía de reclamación, tras el agotamiento de la vía administrativa, consistiría en la interposición de una acción individual por el trabajador afectado por la vía del artículo 124.13 de la LRJS en relación con sus artículos 120 a 123 (modalidad prevista para el despido por causas objetivas), no siendo causa suficiente, según el Tribunal Supremo, para interponer una demanda contra el despido colectivo por el procedimiento previsto en el artículo 124.1 y ss. de la LRJS, por cuanto, el propio apartado 2 in fine de dicho precepto señala que “en ningún caso podrán ser objeto de este proceso las pretensiones relativas a la inaplicación de las reglas de prioridad de permanencia previstas legal o convencionalmente o establecidas en el acuerdo adoptado en el período de consultas. Tales pretensiones se plantearán a través del procedimiento individual al que se refiere el apartado 11 del presente artículo (ahora apartado 13)”. Es más, en opinión del Tribunal Supremo, de no entenderlo así, el proceso colectivo se transformaría improcedentemente en un litigio plural, con el insalvable inconveniente de que los afectados no habrían estado nunca legitimados para impugnar la decisión colectiva. Solo si los criterios, con carácter general, entrañaran una vulneración de derechos fundamentales o libertades públicas, o pudieran suponer un injustificado trato desigual de todo el colectivo afectado respecto al resto de los trabajadores de la Administración cabría analizarlos en el proceso colectivo y entonces, además, la decisión procedente ya no sería la de declararlos no ajustados a derecho sino nulos⁹⁷.

⁹⁷ En la STS de 23 de septiembre de 2014 (RJ 6420) se afirma: “... a la vista de que el fundamento de la alegada vulneración de la libertad sindical es la inaplicación de las reglas de permanencia, no cabe su reclamación a

La vía de impugnación es, pues, aunque, a nuestro entender, resulte discutible ya que los criterios de selección de los trabajadores afectados tienen también una trascendencia colectiva, el procedimiento individual. Y como hemos visto podrá reclamarse ante el incumplimiento de cualquier tipo de prioridad de permanencia ya tenga su base en la ley —la preferencia de los representantes legales de los trabajadores o la del personal laboral fijo si la concreta Administración Pública afectada la ha ejercido—, en un convenio colectivo o en el acuerdo alcanzado en el período de consultas.

Si prosperase dicha reclamación individual el efecto sería la declaración de nulidad de ese despido, si bien tal nulidad no afectará a las extinciones que dentro del mismo despido colectivo hubieran respetado las prioridades de permanencia⁹⁸.

En fin, desde otra perspectiva, si el despido colectivo no hubiera sido impugnado por la vía del procedimiento colectivo y el objeto del debate de la acción individual versase sobre las preferencias atribuidas a determinados trabajadores, éstos también deben ser demandados⁹⁹. Igualmente deberían ser demandados los representantes de los trabajadores cuando el despido colectivo contase con su conformidad, siempre que no se hubiera impugnado el despido colectivo por los representantes de los trabajadores no firmantes del acuerdo.

En cuanto a los efectos de la cosa juzgada en caso de impugnación por la vía colectiva del artículo 124.1 y ss., cabe diferenciar tres situaciones: a) si la sentencia declara que el despido colectivo es ajustado a derecho, en los procesos individuales sí podrá discutirse sobre el régimen de preferencias legal o convencional, lo que llevará a una sentencia individual de procedencia o de nulidad; b) si la sentencia colectiva señala que el despido no es ajustado a derecho, el proceso individual podrá finalizar con un pronunciamiento de nulidad o de improcedencia; y, c) si la sentencia colectiva declara nulo el despido colectivo, las sentencias individuales deberán declarar la nulidad. En todo caso, como vimos antes, en el primer caso la nulidad no afectará a las extinciones que dentro del mismo despido colectivo hubieran respetado las prioridades de permanencia.

5. LOS POSIBLES CRITERIOS DE SELECCIÓN DE LOS TRABAJADORES Y LAS VÍAS DE RECLAMACIÓN

Al margen de las prioridades de permanencia previstas legalmente y aquéllas que pudiesen establecerse, como hemos visto, vía convenio colectivo o acuerdo, al igual que en cualquier procedimiento de despido colectivo, la Administración Pública debe fijar y seguir unos criterios de selección de los trabajadores afectados que sean objetivos y razonables. Y esos criterios deben ser, como hemos visto, comunicados a los efectos de poder negociar con los representantes del personal sobre su congruencia o no con la decisión a adoptar a la vista de la causa justificativa alegada¹⁰⁰.

En este punto cabe señalar que, tal y como ha manifestado la doctrina¹⁰¹, en estos criterios de selección a la Administración Pública se le exige más que a una empresa privada, ya que mientras que para ésta el único límite es el correspondiente a que la selección no puede incurrir en tratamientos constitucionalmente discriminatorios, la Administración ha de ceñirse a criterios estrictamente (y rigurosamente) objetivos, que debe precisar a los efectos de fundamentar su

través del cauce de la impugnación del despido colectivo, tal y como dispone el último inciso del apartado 2 del artículo 124 de la LRJS, pudiendo impugnar el despido, en su caso, en el correspondiente procedimiento individual, regulado en el artículo 124.13 LRJS...". También, SSTs de 25 de junio de 2014 (RJ 4763) y 24 de febrero de 2015 (RJ 1010) y STSJ de Castilla y León/Valladolid de 28 de mayo de 2013 (AS 2995).

⁹⁸ Artículo 124.13 a) 4ª y b) 3ª de la LRJS.

⁹⁹ Artículo 124.13.a).2ª de la LRJS.

¹⁰⁰ STS de 23 de mayo de 2014 (RJ 4358).

¹⁰¹ CRUZ VILLALÓN, J., "Los expedientes...", op.cit. pág. 38.

decisión. De este modo, la Administración Pública no sólo debe respetar el principio de no discriminación (artículo 14 de la Constitución), las preferencias reconocidas legalmente a los representantes de los trabajadores y aquéllas derivadas, en su caso, del convenio colectivo o del acuerdo durante el período de consultas, sino también la prohibición del fraude de ley.

En palabras de la STSJ de Castilla y León/Valladolid de 10 de diciembre de 2014¹⁰²: "... de ahí que en el caso de las Administraciones Públicas los criterios de selección de trabajadores despedidos hayan de estar penetrados por esos principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, han de declararse nulos cuando se alejen de tales criterios y además deben ser lo suficientemente precisos como para permitir su aplicación directa, de manera que pueda establecerse en función de los mismos qué trabajador ha de ser despedido con preferencia a otros, excluyendo toda posible arbitrariedad...".

En todo caso, los criterios de selección deben estar relacionados con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad (artículo 103.3 de la Constitución) y de eficacia administrativa (artículo 103.1 de la Constitución). A estos efectos, se admiten como criterios selectivos los siguientes¹⁰³: a) como ya hemos señalado, la temporalidad o el carácter indefinido no fijo del vínculo contractual, distinguiendo, a su vez, en este ámbito en base a criterios objetivos como la ocupación del puesto de trabajo por un trabajador fijo, la antigüedad o la puntuación alcanzada en el correspondiente concurso de provisión de los puestos de trabajo o de acceso, a no ser que la Administración Pública implicada pudiera justificar suficientemente otros criterios de selección. También se incluirían aquí los restantes trabajadores con irregularidades contractuales, aunque no se haya efectuado la declaración previa de indefinidos; b) los trabajadores que ocupen los puestos de trabajo a suprimir; c) los resultados obtenidos por los trabajadores afectados en la evaluación del desempeño y, en su defecto, por la valoración de otros criterios –paga de productividad, etc.– o la puntuación alcanzada en el correspondiente concurso de provisión de los puestos de trabajo o de acceso; y, d) la antigüedad (con preferencia de permanencia de la mayor antigüedad).

Por su parte, los Tribunales han dado el visto bueno a criterios como: 1) el orden de puntuación obtenido en una prueba de selección, la antigüedad, el puesto de trabajo y las cargas familiares;¹⁰⁴ 2) la discapacidad o la cercanía a la edad de jubilación¹⁰⁵; 3) reducir el personal allí donde hubiera varios hasta dejar a uno solo o que se trate de un puesto no necesario según la Ley de Bases de Régimen Local y sus funciones puedan ser desarrolladas por la Administración autonómica u otros servicios¹⁰⁶; 4) la realización de una prueba específica así como los resultados obtenidos en dicha prueba¹⁰⁷; y, 5) la antigüedad, la situación familiar, la naturaleza del vínculo contractual, la mayor o menor carga económica de la retribución, la cercanía a la jubilación, el mayor o menor rendimiento en el trabajo o la mayor o menor carga de trabajo¹⁰⁸. Y no han admitido un criterio que permite seleccionar libremente entre los trabajadores de la plantilla aquéllos que serán despedidos, bajo la condición de no aplicar criterios discriminatorios ilícitos, puesto que este criterio no opera en las Administraciones Públicas, sujetas a un estricto deber de igualdad y de interdicción de la arbitrariedad, así como a los principios de mérito y capacidad¹⁰⁹.

¹⁰² AS 3294.

¹⁰³ Al respecto, ROQUETABUJ, R., *La reestructuración...*, op.cit. pág. 151; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Despidos...*, op.cit. pág. 100; BOLTAÍNA BOSCH, X., *El personal...*, op.cit. págs. 504-505; y LALAGUNA HOLZWARTH, E., "Despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas en la Ley 3/2012", *Revista doctrinal Aranzadi Social*, nº 6, 2012, págs. 182-183.

¹⁰⁴ STS de 15 de abril de 2014 (RJ 3276).

¹⁰⁵ STS de 23 de mayo de 2014 (RJ 4358).

¹⁰⁶ STSJ de Andalucía/Sevilla de 6 de marzo de 2014 (AS 972).

¹⁰⁷ STSJ de Castilla y León/Valladolid de 28 de mayo de 2013 (AS 2995).

¹⁰⁸ STSJ de Castilla-La Mancha de 24 de julio de 2014 (AS 2729) y 25 de julio de 2014 (AS 2854).

¹⁰⁹ STSJ de Castilla y León/Valladolid de 10 de diciembre de 2014 (AS 3294).

En fin, la decisión no puede depender de “una valoración personal, subjetiva y arbitraria, carente de la aplicación de cualquier parámetro objetivo”, que implique que “fueron determinados los trabajadores afectados por la decisión extintiva, sin tenerse en cuenta ni su competencia técnica, ni su formación, ni su experiencia, ni la polivalencia...”¹¹⁰.

Sin embargo, sorprende que, en algún caso, los Tribunales hayan aceptado como válidas decisiones de una Administración Pública que en nada se parecen a la imparcialidad u objetividad, admitiendo, por ejemplo, como válido un despido donde el criterio de selección básico fue la realización de un informe de suficiencia por parte del jefe inmediato, habiéndose probado en el juicio que en algunos casos ni siquiera se realizó dicho informe o lo hizo otra persona, o que en otros casos no se siguió el resultado de dicho informe.

Y también cabe tener en cuenta que el Tribunal Supremo ha admitido como criterio exclusivo de la elección el que los contratos de trabajo afectados estuvieran financiados por una subvención estatal finalista (un plan extraordinario de medidas de orientación formación profesional e inserción laboral)¹¹¹, con lo que la causa económica alegada se convierte, a la vez, en un criterio de selección de los trabajadores afectados por el despido. En este ámbito se considera que no existe un trato desigual ya que la comparación no puede extenderse ni a los trabajadores ajenos a ese concreto organismo público ni a los trabajadores que, siendo personal de ese organismo, no perciben sus retribuciones a cargo de la subvención, sin que dichos trabajadores o la función que desempeñan dependa de ese impulso económico. Esta circunstancia —el hecho, pues, de que el contrato se financie a cargo de la subvención que se extingue— sirve para establecer una diferencia razonable de trato entre unos y otros trabajadores, por lo que no cabe apreciar un quebranto en el principio de igualdad recogido en el artículo 14 de la Constitución.

Finalmente, cabe señalar que la vía de reclamación para el caso de que se considere que se ha incumplido el criterio de selección fijado inicialmente es, nuevamente y una vez agotada la vía administrativa, la acción individual prevista en el artículo 124.13 de la LRJS, no pudiéndose entrar a valorar esta cuestión en el procedimiento colectivo. Esta solución ha sido ratificada por los Tribunales¹¹².

IV. LA INTERRELACIÓN ENTRE EL DESPIDO COLECTIVO Y LA FIGURA DE LA SUCESIÓN DE EMPRESA EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

La crisis económica de los últimos años ha traído como consecuencia la eliminación de entidades y organismos públicos de diverso tipo y el retorno de sus funciones a la Administración Pública de origen. Ello da lugar, como señalábamos páginas atrás, a una interrelación entre el despido colectivo y la figura de la sucesión de empresa del artículo 44 del TRET, por cuanto se plantea la cuestión de si los trabajadores que prestaban servicios en dicha entidad u organismo tienen derecho o no a reincorporarse a la correspondiente Administración Pública y, en su caso, en qué términos. Y ello siempre y cuando resulte de aplicación lo señalado en dicho precepto, al producirse, tal y como exigen los Tribunales, como regla general la transmisión de un conjunto de elementos organizados dotados de autonomía productiva. En caso contrario operaría el fenómeno subrogatorio si lo establece el convenio colectivo o así se determina en las previsiones adoptadas para la reestructuración¹¹³.

Esta cuestión ha sido tratada en los últimos años por varias sentencias del Tribunal Supremo principalmente en relación con la supresión de agencias o consorcios vinculados con las Administraciones Públicas autonómicas¹¹⁴.

¹¹⁰ STSJ de Andalucía/Sevilla de 20 de marzo de 2013 (AS 277).

¹¹¹ STS de 15 de abril de 2014 (RJ 3276).

¹¹² STSJ de Castilla y León/Valladolid de 28 de mayo de 2013 (AS 2995).

¹¹³ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Despidos...*, op.cit. pág. 338.

¹¹⁴ SSTs de 16 de abril de 2014 (RJ 3079), 20 de mayo de 2014, 21 de mayo de 2014, 26 de junio de 2014 y 23 de septiembre de 2014.

En primer lugar, cabe destacar que la decisión de suprimir una determinada agencia u organismo público constituye obviamente una decisión libre y voluntaria del órgano competente de la correspondiente Administración Pública. Sin embargo, a pesar de ello, lo que no resulta admisible es precisamente tomar esa decisión no porque sea lo más eficiente o acertado desde una perspectiva organizativa, sino exclusivamente con la finalidad de justificar el despido colectivo del personal laboral adscrito a ese organismo y evitar así la subrogación de ese personal por parte de la Administración de la que depende dicho organismo, actuando así en un claro fraude de ley.

Y tampoco resulta admisible que, ante una reducción drástica de los ingresos, se decida no disolver un consorcio y se proceda al despido colectivo de todos sus trabajadores con el objetivo de evitar su subrogación en la Administración autonómica, conforme a lo previsto en la correspondiente normativa. Ésta última es precisamente la situación presente en varias sentencias relacionadas con el servicio andaluz de empleo, donde no se procedió a disolver los consorcios creados –lo que no suponía coste alguno para las entidades locales implicadas ya que el personal se incorporaría en la Administración autonómica–, se decidió el despido colectivo –que sí suponía un evidente coste económico en indemnizaciones– y todo ello para impedir la subrogación del personal en el servicio andaluz de empleo tal y como preveía una norma autonómica. El Tribunal Supremo califica dicha situación como un fraude de ley y declara la nulidad de los despidos y la condena solidaria de las entidades implicadas¹¹⁵.

En definitiva, el primer requisito es que la decisión de extinguir o no la correspondiente agencia, consorcio u organismo público tiene que fundamentarse realmente en motivos de eficiencia y eficacia administrativa y no perseguir un fraude de ley. De haberse producido un fraude de ley, el efecto será la nulidad del despido colectivo y la responsabilidad solidaria de las entidades implicadas.

En segundo lugar, también cabe tener presente que esa decisión extintiva debe adoptarse no sólo por el órgano competente sino siguiendo el procedimiento correspondiente y debe recogerse en la resolución o norma exigida por la normativa que regula este tipo de situaciones. Si no es así, esa decisión no puede fundamentar válidamente el despido colectivo del personal de dicho órgano. De este modo, el Tribunal Supremo, ha señalado que no es válido un despido colectivo cuando la decisión de extinguir la correspondiente agencia aún es sólo un proyecto de ley¹¹⁶ o se encuentra simplemente fundamentada en una resolución administrativa¹¹⁷. Nuevamente, el efecto será la nulidad del despido y la correspondiente responsabilidad solidaria.

En tercer lugar, cabe señalar que la extinción de un organismo –que, como hemos visto, debe ser adoptada sobre la base de un criterio de eficacia administrativa, por el órgano competente y siguiendo el cauce procedimental correcto– puede justificar un despido colectivo, pero ello no excluye que se pruebe la presencia de una o varias de las causas justificativas del despido, no siendo suficiente la invocación de argumentos genéricos, como la situación de la economía en general, la necesidad de reducir el gasto público o el ahorro que supone la extinción de los contratos de trabajo. Y obviamente, tampoco una resolución administrativa que impide la subrogación del personal es causa justificativa de un despido colectivo¹¹⁸.

Por tanto, se tiene la facultad de iniciar un despido colectivo pero deben cumplirse todos los requisitos, causas y procedimiento exigidos legalmente¹¹⁹. De no cumplirse esas exigencias el efecto será la nulidad del despido.

¹¹⁵ Entre otras, SSTS de 17 de febrero de 2014 (RJ 2070 y 2071), 19 de febrero de 2014 (RJ 3269), 20 de mayo de 2014 (RJ 4355), 18 de julio de 2014 (RJ 4437), 23 de septiembre de 2014 (RJ 5564 y 5223), 21 de octubre de 2014 (RJ 2015/3), 10 de diciembre de 2014 (RJ 6769) y 24 de marzo de 2015 (RJ 1823).

¹¹⁶ STS de 26 de junio de 2014.

¹¹⁷ STS de 21 de mayo de 2014.

¹¹⁸ STS de 21 de mayo de 2014.

¹¹⁹ STS de 26 de junio de 2014.

Por otra parte, cabe tener en cuenta que si se extingue un organismo público –siguiendo lo ya señalado– y la Administración de origen continúa desarrollando las mismas funciones, el efecto inmediato, derivado del propio artículo 44 del TRET¹²⁰ y cumplidos sus requisitos, es la subrogación del personal adscrito a aquél¹²¹, si bien la jurisprudencia admite que, mediante una ley autonómica, se limite el personal que se integra en dicha Administración, excluyéndose, por ejemplo, al personal laboral temporal. De este modo, si existe una causa económica preexistente a la subrogación, aquélla permitirá justificar la extinción de los contratos del personal laboral temporal y la subrogación operaría exclusivamente respecto del resto del personal –laboral fijo y personal funcionario–¹²².

Se admite, pues, que mediante una ley autonómica o que mediante la propia norma –con un rango suficiente– que extingue la correspondiente agencia u organismo se limite el alcance de la subrogación del personal. Sin embargo, tal capacidad no la tiene una simple resolución administrativa¹²³ o un mero proyecto de ley¹²⁴. Y, en todo caso, la limitación de la subrogación del personal se articulará a través de un despido colectivo que debe fundamentarse siempre en la correspondiente causa justificativa. Si no existe esa causa esa limitación en la subrogación no es admisible y se producirá la subrogación de la totalidad del personal de la agencia u organismo extinguido.

Obviamente, puede sorprender el que sea posible, tal y como ha ratificado el Tribunal Supremo¹²⁵, prever expresamente que la Administración Pública subrogante asuma sólo parte de las obligaciones laborales de la agencia u organismo suprimido. Tal solución se fundamenta en el hecho de que tal posibilidad no es extraña en nuestro ordenamiento jurídico, al estar prevista, por ejemplo, en el artículo 149.2 de la Ley 22/2003, Concursal, donde se dispone que “cuando, como consecuencia de la enajenación a que se refiere la regla 1ª del apartado anterior, una entidad económica mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesoria, se considerará, a los efectos laborales y de Seguridad Social, que existe sucesión de empresa. En tal caso, el juez podrá acordar que el adquirente no se subrogue en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial, de conformidad con el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores”.

Sin embargo, a nuestro entender, tal posibilidad tiene un límite evidente: la subrogación del personal deriva automáticamente del artículo 44 del TRET, y su limitación a través del recurso a un despido colectivo tiene que fundamentarse siempre en una causa justificativa y reflejarse en una norma con el rango suficiente, como ya hemos señalado. No resultaría admisible, por tanto, por constituir un fraude de ley, que sin existir una causa justificativa –organizativa, técnica, económica– se decidiera sencillamente –aunque sea a través de una norma con rango de Ley– limitar la subrogación a sólo una parte del personal.

Cabe tener presente, asimismo, que el que se admita que una norma condicione el alcance de la subrogación del personal implica que la decisión de despido colectivo adoptada por la

¹²⁰ STS de 23 de septiembre de 2014 (RJ 6420).

¹²¹ SSTSJ de Asturias de 5 de diciembre de 2014 (AS 2015/556 y 294).

¹²² STS de 23 de septiembre de 2014 (RJ 6420), donde se afirma: “... el despido colectivo enjuiciado no se pone en marcha para burlar una subrogación querida por el legislador, sino precisamente para que opere en los términos impuestos por la norma. Se produce la subrogación, pues, pero con el alcance que la Ley ha diseñado, no burlándolo. Las causas económicas que se invocan son preexistentes, por lo que su concurrencia, en los términos legalmente exigibles, justificaría la extinción de los contratos operada y la subrogación operaría exclusivamente en los términos previstos en la propia norma de extinción de la Agencia...”.

¹²³ STS de 21 de mayo de 2014.

¹²⁴ STS de 26 de junio de 2014.

¹²⁵ SSTSJ de 21 de mayo de 2014 y 23 de septiembre de 2014 (RJ 6420).

agencia u organismo que se extingue está condicionada por la futura Administración subrogante, y, en consecuencia, la selección del personal afectado la adopta, en el fondo, aquélla. En otras palabras sí, por ejemplo, existe una causa económica que permite despedir a los trabajadores temporales de una agencia que se va a extinguir por decisión del órgano competente, la elección de esos trabajadores viene condicionada por la decisión de la propia Administración que se va a subrogar en el personal y de la que depende, por otra parte, la agencia u organismo que se extingue, lo que hace a aquélla copartícipe de la decisión extintiva.

Y esto último lleva a otro debate, planteado en alguna sentencia del Tribunal Supremo¹²⁶, que se centra en determinar quién tiene que tomar la decisión extintiva y desarrollar el correspondiente procedimiento de despido colectivo. Es evidente que la normativa vigente no permite una “cotitularidad” en dicho papel, pero nos encontramos, no podemos olvidarlo, ante una situación peculiar. En todo caso, a nuestro entender, por el factor temporal y de presencia de la causa justificativa y por el respeto al principio de personalidad jurídica separada, cabe diferenciar dos situaciones: si la causa del despido colectivo es económica, el proceso de despido colectivo corresponde desarrollarlo a la agencia u organismo que se va a extinguir y que presenta una situación de insuficiencia presupuestaria, estando condicionado el mismo, en cuanto a la elección de los trabajadores afectados, por la norma que limita el ámbito subjetivo de la subrogación del personal, y dicho proceso será previo a la extinción de la agencia u organismo y antes de la subrogación del personal restante. En cambio, si la causa del despido colectivo es organizativa o técnica, la decisión extintiva deberá tomarla la Administración que se subroga en la totalidad del personal, sin que pueda adoptarse previamente, ya que la causa justificativa no se dará en la agencia u organismo extinguidos sino en la propia Administración Pública subrogante.

Y en todo caso, una vez producida la sucesión de empresa –que se producirá en la fecha de la extinción de la agencia u organismo– se produce la subrogación automática de todo el personal por la aplicación del artículo 44 del TRET y, a partir de ese momento, cualquier decisión extintiva corresponde a la Administración Pública subrogante y debe fundamentarse exclusivamente en su situación económica u organizativa.

Por último, si no se cumplen los requisitos que determinan la aplicación del artículo 44 del TRET ni tampoco prevén la subrogación ni el convenio colectivo ni la norma que reguló la correspondiente reestructuración, se abren tres posibilidades: a) recurrir al despido colectivo o al despido por causas objetivas del artículo 52.c) del TRET; b) la rescisión de los contratos por la vía del artículo 49.1.g) in fine del TRET, referida a la extinción de la personalidad jurídica del contratante, respecto de la cual se efectúa una remisión a los artículos 51 y 52.c); y, c) con menor probabilidad, podría acudir al despido por fuerza mayor entendida ésta como *factum principis*, derivada de la supresión de una competencia administrativa o actividad pública por una decisión del legislador, en cuyo caso los trámites son los del artículo 51.7 del TRET¹²⁷.

V. CONCLUSIONES FINALES

Sin reiterar lo ya señalado en los apartados anteriores, sí resulta conveniente hacer hincapié en tres elementos:

1) La “flexibilidad” incorporada por los Tribunales en la interpretación de la causa económica como justificación del despido colectivo en las Administraciones Públicas, junto con la declaración de nulidad del artículo 35.3 párrafo 2º del RD 1483/2012, introducen no sólo amplitud en la definición de dicha causa sino también una clara inseguridad aplicativa. A nuestro entender,

¹²⁶ STS de 23 de septiembre de 2014 (RJ 6420).

¹²⁷ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Despidos...*, op.cit. págs. 338-339.

al margen de, en su caso, una mayor concreción legal de esta causa, resultaría conveniente resucitar la referencia que en el artículo 52.e) del TRET se hacía a las Administraciones Públicas para los casos de supresión de las subvenciones finalistas. En fin, se ha aceptado plenamente la aplicación de la causa económica como justificación para un despido colectivo en las Administraciones Públicas pero sus contornos siguen siendo difusos.

2) Al tratarse de Administraciones Públicas, los criterios de selección de los trabajadores afectados por un despido deben tener un fundamento aún más objetivo y vincularse con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, circunstancia que no siempre se está dando en la práctica. Se admiten criterios no del todo objetivos o, en todo caso, difícilmente comprobables, lo que resulta discutible. A lo que cabe añadir que también es discutible que la impugnación de la aplicación de tales criterios, así como de las preferencias previstas legal o convencionalmente, deban reclamarse exclusivamente a través de una acción judicial individual.

Y, 3) finalmente, resulta preocupante el condicionamiento de la subrogación del personal en los casos en que, cumplidos los requisitos para la aplicación del artículo 44 del TRET, se produce la extinción de una agencia, consorcio u organismo público. Se requeriría una intervención expresa del legislador que especificase, en el marco concreto de las Administraciones Públicas, los efectos de la interrelación entre el despido colectivo, la reversión de un servicio público y la subrogación del personal adscrito.