



Universidad Miguel Hernández

Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de
Orihuela

Grado en Ciencias Políticas y Gestión Pública

Trabajo Fin de Grado

El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva tras la Reforma
Laboral del año 2012. Caso práctico Bankia

Curso académico 2016/2017

ROBERTO FUENTES SEANO

Tutores:

José María Martín de la Leona

Paloma Arrabal Platero

Francisco Javier Sanjuán Andrés



UNIVERSITAS
Miguel
Hernández

*Enseñar es dejar en la vida
de una persona una huella.*

Gracias Chema.

AGRADECIMIENTOS

Este Trabajo de Fin de Grado realizado en la Universidad Miguel Hernández ha sido el resultado de un esfuerzo en el que han participado distintas personas, dirigiendo, corrigiendo, dando ánimos y consejo e incluso acompañando en los instantes difíciles que algunas veces han salpicado estos últimos años. Personas a las que en este apartado se lo deseo agradecer.

En primer lugar, al Profesor Martín de la Leona, director y tutor del mismo, al que quiero agradecer su valiosa dirección, conocimientos, sabiduría y paciencia. Por su importante involucración en el mismo y apoyo recibido durante todo el camino recorrido. Sirva este trabajo como mi humilde homenaje póstumo y sincero, lamentando que ya no se encuentre entre nosotros y que no haya podido disfrutar de este merecido momento del que es total protagonista.

Al Profesor Sanjuán por su inestimable colaboración y valentía, no permitiendo que me quedara solo en estos últimos y difíciles momentos.

A la Profesora Arrabal por sus sabios consejos y su aportación al presente trabajo.

A mis compañeros Pedro y Laura con los que he compartido conocimientos y han soportado estoicamente preguntas e interrogatorios. A mi amigo Ángel con el que he compartido innumerables charlas, siendo siempre su opinión muy valiosa.

Por último y no por ello menos importante, quiero agradecer a mi esposa M^a José y a mis hijas Victoria y Elena su amparo incondicional y el cariño que siempre me han dado. Ellas entendieron mis ausencias y comprendieron mis malos momentos, estando siempre a mi lado en este proceso que se inició hace cuatro años y que ahora culmina. Las palabras difícilmente podrán manifestar mi agradecimiento.

Gracias a todos, y mi mayor gratitud.

Índice

I. MARCO TEÓRICO/PLANTEAMIENTO	8
II. HIPOTESIS Y METODOLOGIA.....	11
III. CASO PRACTICO BANKIA.....	13
3.1. INTRODUCCIÓN.....	13
3.2. PLANTEAMIENTO.....	15
IV. INDEFENSIÓN CREADA POR LA CARTA DE DESPIDO, DIVERSOS DICTÁMENES AL RESPECTO CON REFERENCIA A LA “CAUSA” Y PROCESO DE SELECCIÓN. IGUALDAD DE LAS PARTES.....	16
V. PAPEL DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES EN RELACION A LA CARTA DE DESPIDO.....	25
VI. TUTELA EN TRÁMITE DE RECURSO, INCORPORACIÓN DE NUEVOS DOCUMENTOS Y RESOLUCIONES RAZONADAS Y BASADAS EN DERECHO. .	27
VII. APORTACION DE SENTENCIA. OMISION DE CRITERIO DEL TRIBUNAL SUPREMO.....	37
VIII. UN APUNTE SOBRE POLÍTICA PÚBLICA: “VOTO PARTICULAR SENTENCIA BANKIA	41
IX. CONCLUSIONES.....	45
X. FUENTES CONSULTADAS.....	50
10.1. BIBLIOGRAFÍA.....	50
10.2 RECURSOS WEB.....	50
10.3 LEGISLACIÓN.....	51
10.4 JURISPRUDENCIA, SENTENCIAS Y OTRAS PROVIDENCIAS JUDICIALES.....	52
10.5 OTRA DOCUMENTACIÓN.....	52

RESUMEN

La Reforma Laboral del Año 2012, ha cumplido ya sobradamente 4 años desde su entrada en vigor. Llegados a este punto todavía continúan sin resolverse las incógnitas más profundas que originaron su nacimiento. ¿Ha contribuido dicha reforma a la creación de empleo, o ha sido la suavización de la crisis económica junto a otros factores externos como la bajada de tipos de interés o el precio del petróleo quienes han obrado el milagro? Todas estas cuestiones el tiempo se encargará de desvelar y darnos las respuestas pertinentes.

En este trabajo no vamos a tratar la Reforma Laboral desde este punto de vista, sino más bien cómo ha sido abordada esta reforma por jueces y tribunales, y la posible incidencia que haya podido tener sobre la vulneración de uno de los artículos más emblemáticos de la Constitución Española -en adelante, CE-. Obviamente nos estamos refiriendo a su Artículo -en adelante, Art.- 24 o Derecho a la Tutela Judicial Efectiva del que vamos a hablar en el ámbito del despido individual procedente de un Procedimiento de Despido Colectivo -en adelante, PDC-.

En este sentido dicho cuando hablamos de Tutela Judicial Efectiva, hacemos referencia a esas garantías judiciales que los trabajadores deben mantener durante todo el itinerario procesal. Como es sabido y nuestro Tribunal Constitucional ha indicado en varias ocasiones que, en los procesos laborales, hay un desequilibrio entre las partes y al proteger otro principio estructural de nuestra CE como es el Derecho al Trabajo es necesario reforzar las motivaciones en cuanto a las decisiones judiciales.

Observaremos los diferentes planteamientos jurídicos que se han suscitado en torno a cuestiones como contenido de la carta de despido, papel de los interlocutores sociales tras la firma del acuerdo y otras cuestiones igualmente importantes.

A la hora de realizar el presente estudio, hemos cogido diferentes sentencias que se han producido sobre los trabajadores de Bankia. Esto se ha realizado así por dos razones principales: En primer lugar, se trata de uno de los PDC que ha afectado a un colectivo de trabajadores más importante desde que se aprobó dicha reforma laboral (4500 trabajadores). Sentado lo anterior, en el mismo se manifiesta con toda crudeza lo que ha sido la aplicación de dicha reforma en el ámbito judicial, lo que ha supuesto para los trabajadores y como se ha ido moldeando la legislación laboral. En estos momentos hemos llegado a preguntarnos si ciertos derechos que los trabajadores habían consolidado y que prácticamente se habían constitucionalizado han sido desmontados peldaño a peldaño, llegando a convertirse en una Reforma Constitucional encubierta.

El análisis contradictorio y belicoso de las sentencias, que se han ido produciendo principalmente en los diferentes Tribunales Superiores de Justicia, así como, ciertas validaciones que ha realizado el Tribunal Supremo en lo que ya se ha bautizado como “Sentencia Bankia” y otras adyacentes, no dan lugar a la menor duda sobre los fines reales que se querían conseguir con dicha reforma. Nos encontramos ante lo que ciertos magistrados del Tribunal Supremo han calificado como “cambio de criterio, sin decir que lo estamos cambiando” y un paso atrás en el control judicial sobre el despido de los trabajadores.

Desde el punto de vista de las Políticas Públicas nos cuestionaremos si, a la vista de las resoluciones judiciales emitidas, se están cumpliendo los fines que originaban esta reforma en la que, no debemos olvidar que, entre ellos y los más importantes se encontraba el establecer una flexibilidad para garantizar medidas contrarias a los despidos. A la vista de los resultados, más bien parece que dicha reforma se haya utilizado para facilitar las desvinculaciones laborales, así como para limitar el papel del poder judicial en los procedimientos de despido colectivo.

PALABRAS CLAVE: *Derecho Laboral, Tutela Judicial Efectiva, Reforma Laboral 2012, ERE Bankia, Políticas Públicas.*

ABREVIATURAS

<u>ABREVIATURA</u>	<u>SIGNIFICADO DE LA ABREVIATURA</u>
Art/art.....	Artículo
BOE.....	Boletín Oficial del Estado
CE.....	Constitución Española
ERE.....	Expediente de Regulación de Empleo
ET.....	Estatuto de los Trabajadores
HP.....	Hecho Probado
LEC/LECiv.....	Ley de Enjuiciamiento Civil
LOPJ.....	Ley Orgánica del Poder Judicial
LRJS.....	Ley Reguladora de la Jurisdicción Social
OIT.....	Organización Internacional Trabajo
PDC.....	Procedimiento de Despido Colectivo
Rco.....	Recurso
RD.....	Real Decreto
SAN.....	Sentencia Audiencia Nacional
STC.....	Sentencia Tribunal Constitucional
STS/SSTS.....	Sentencia/s del Tribunal Supremo
TC.....	Tribunal Constitucional
TS.....	Tribunal Supremo
TSJ.....	Tribunal Superior de Justicia

I. MARCO TEÓRICO/PLANTEAMIENTO

El Título I de nuestra Constitución abarca los Derechos Fundamentales, porque entendemos que son indispensables para la convivencia cotidiana de la ciudadanía en una sociedad, plural y democrática y, por ello, gozan de especial protección. Aquí nos encontramos con el Derecho a la Vida, Libertad de Expresión, Asociación y Reunión etc. Dentro de ellos y pivote principal de cualquier sistema democrático se encuentra el Art. 24 o Tutela Judicial Efectiva. Este derecho defiende a personas físicas o jurídicas, que son titulares de derechos e intereses legítimos, son defendidos contra otros o contra la Administración y es el Derecho que mayor número de Recursos de Amparo provoca.¹

De lo que no cabe la menor duda es que el Art. 24 de nuestra Constitución, es piedra angular de nuestro sistema de convivencia y nuestro Estado de Derecho.

Si cogemos el texto literal de nuestra Carta Magna nos indica claramente:

“1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”².

Seguidamente, hacemos una breve referencia al contenido y características del mismo, manifestando que sobre este derecho hay una extensa jurisprudencia.

Se trata de un Derecho en el que el Estado debe propiciar todas las condiciones para que pueda ser disfrutado. Se trata de un derecho de configuración legal³, es decir, es el imperio normativo el que lo irá tallando tanto en forma como en fondo y todo el procedimiento y proceso judicial debe basarse en la defensa de este derecho.

¹ Datos extraídos de la conferencia de Andrés Ollero, Magistrado del Tribunal Constitucional español, impartida el 7 de julio de 2016 en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo (UCLM), en el marco del “Título de especialista en justicia constitucional, interpretación y tutela de los derechos fundamentales”

² Constitución Española. Boletín Oficial del Estado. BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

³ España. Tribunal Constitucional. Sentencia 99/1985 de 30 de septiembre. BOE núm. 256, de 5 de noviembre de 1985.

Desde el punto de vista positivo incluye el acceso a la justicia siendo parte del proceso dentro del orden jurisdiccional correspondiente y por supuesto el acceso a los recursos que en cada momento fije la ley. Por otro lado, tenemos el derecho a obtener un fallo sobre el fondo del asunto, aunque este no tiene por qué ser conforme a nuestras pretensiones, hablamos de un fallo razonado y fundado en Derecho. Igualmente incluye la ejecución del mismo de la misma forma que el órgano judicial lo ha dictado⁴.

Desde el punto de vista negativo y tal vez más importante, es que el derecho prohíbe taxativamente que se pueda producir indefensión ya sea producida por el órgano judicial correspondiente o alguna norma de derecho procesal⁵.

Junto con todo esto, nos encontramos una serie de garantías procesales como son el derecho de defensa y asistencia letrada, un proceso público y sin dilaciones indebidas y la utilización de pruebas que se estimen pertinentes. Hemos dejado para el final de manera concienzuda una de las garantías procesales que tal vez como la desarrollaremos con posterioridad ahora solamente vamos a realizar un breve esbozo. Nos estamos refiriendo al Derecho al Juez Ordinario por Ley dentro de los diferentes órdenes judiciales y a la manifestación más importante que es la imparcialidad y sobre todo independencia del juez y por añadidura de todo el poder judicial⁶.

No obstante, como bien dice nuestro Tribunal Constitucional:

“(...) Los derechos y garantías previstos en el artículo 24 CE no garantizan, ciertamente, la justicia de la decisión o la corrección jurídica de la actuación o interpretación llevada a cabo por los órganos judiciales comunes, pues no existe un derecho al acierto (...). Y tampoco aseguran la satisfacción de la pretensión de ninguna de las partes del proceso (...).

(...) Ahora bien, lo que en todo caso sí garantiza el expresado precepto es el derecho a que las pretensiones se desenvuelvan y conozcan en el proceso establecido al efecto, con observancia de las garantías que permitan el derecho de defensa, y a que finalice con una resolución fundada en Derecho, la cual podrá ser favorable o adversa a las pretensiones ejercitadas (...)”⁷.

⁴ Álvarez E. & Tur, R. (2016). Derecho Constitucional. Editorial Tecnos. Madrid. Pp. 447-460.

⁵ España. Tribunal Constitucional. Sentencia Nº 48/1984 de 4 de abril. Citado en Página Oficial del Congreso de los Diputados. (2003, actualiz. 2011). ORTEGA GUTIÉRREZ, D. Sinopsis artículo 24, Consultada el 14 de agosto de 2016. Disponible en: <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=24&tipo=2>

⁶ Álvarez, E. & Tur, R. (2016). Derecho Constitucional. Editorial Tecnos. Madrid. Pp. 447-460.

⁷ España. Tribunal Constitucional. Sala 2ª. Sentencia Nº 173/2002, de 9 de octubre. BOE núm. 225, de 24 de octubre.

Ahora bien, en estos momentos nuestro Art. 24 CE está siendo limitado por varios frentes y cada vez de una forma más enérgica, estamos hablando que cada vez nos encontramos con más sentencias cuya fundamentación jurídica es deficiente o cuanto menos hacen una interpretación cambiante en función del momento o de otros factores sociales o económicos.

Sin embargo, en el caso que nos ocupa, es la propia Ley la que hace que el Derecho a la Tutela Judicial Efectiva se vea seriamente amenazado, utilizando como excusas la situación económica, la crisis o el problema del desempleo. En definitiva, estamos economizando los Derechos Fundamentales al vaciarlos prácticamente de su contenido esencial por la vía del Real Decreto Ley.

El Real Decreto 3/2012⁸ sobre la Reforma Laboral, es sin duda una de esas Leyes, que se dictó aprovechando la tesitura económica y por presiones externas. Dicha Ley en su preámbulo comienza dando una serie de indicadores de la situación del mercado laboral en nuestro estado.

La debilidad del mercado laboral queda patente en que España ha destruido más empleo, y más rápidamente, que las principales economías europeas. Según los datos de la última Encuesta de Población Activa, la cifra de paro se sitúa en 5.273.600 personas, con un incremento de 295.300 en el cuarto trimestre de 2011 y de 577.000 respecto al cuarto trimestre de 2010. La tasa de paro que sube se sitúa en el 22,85%.

La destrucción de empleo ha sido más intensa en ciertos colectivos, especialmente los jóvenes cuya tasa de paro entre los menores de 25 años alcanza casi el 50%, por lo que muchos de ellos están emigrando al extranjero. El desempleo de larga duración en España es también más elevado que en otros países, con una duración media de 14,8 meses. Mantenemos una tasa de temporalidad de casi el 25% (en la UE es del 14%). El número de afiliados a la Seguridad Social ha disminuido en casi 2,5 millones desde diciembre de 2007. El gasto medio mensual en prestaciones por desempleo se ha duplicado con respecto a 2007 -1.280 millones de € - 2.584 millones, en diciembre de 2007 y 2011, respectivamente⁹.

De todos los parámetros explicados con anterioridad, la Ley manifiesta la insostenibilidad del mercado laboral español y nos plasma una serie de reformas de

⁸ Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. (Convalidado y tramitado como Proyecto de Ley) desde 08/03/2012 hasta 14/03/2012. Disponible en www.congreso.es/portal/page/portal/.../Iniciativas?_...

⁹ Real Decreto Ley 3/2012. de 10 de febrero. de medidas de urgentes para la reforma laboral. Publicado en BOE núm. 36, de 11 de febrero de 2012. Preámbulo.

calado, algunas muy contestadas, para invertir dicha tendencia y que a continuación y provenientes de la exposición de motivos vamos a reflejar.

Dentro del Real Decreto 3/2012 -en adelante RD-, el cual es muy extenso en cuanto a justificaciones y la determinación de una serie de medidas encaminadas a resolver dicha insostenibilidad queremos hacer hincapié en los siguientes argumentos que utilizaremos en la concreción de nuestras hipótesis:

La ley en un principio nos marca como cuestiones muy importantes establecer un marco de plasticidad y seguridad dentro de las empresas, aceptando y tomando medidas como reducciones de jornada, cambios de puestos etc. Siempre con el fin primordial de no acudir a los despidos.

Esta reforma, decide suprimir la autorización administrativa, para los procedimientos de despido colectivo, si bien permanece el periodo de consulta, pero sin necesidad de acuerdo entre empresa y sindicatos para comenzar con los despidos. Lo más peligroso son las delimitaciones y el encorsetamiento que entendemos que realiza la Ley cuando indica: *“(...) ahora queda claro que el control judicial de estos despidos debe ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas. Esta idea vale para el control judicial de los despidos colectivos cuanto para los despidos por causas objetivas ex artículo 52.a) del Estatuto de los Trabajadores (...)”*¹⁰.

II. HIPOTESIS Y METODOLOGIA

De todo lo anteriormente expuesto parte una de las hipótesis del presente trabajo. Queremos contrastar si realmente el Real Decreto 3/2012 ha supuesto en realidad una suavización de los requisitos empresariales en cuanto a elementos clave dentro de la jurisprudencia laboral como es la carta de despido o el papel de los Agentes Sociales, lapidando el Art. 24 CE.

De igual forma, hemos de plantearnos si la reforma ha servido para motivar esa maleabilidad dentro de las empresas, si se han frenado los despidos gracias a la Ley o si, por el contrario, las empresas se han servido de la misma para mediante un aligeramiento de requisitos deshacerse de lo que ellos suponen un lastre laboral.

Por otro lado, constataremos si los tribunales tienen la misma capacidad de juzgar los hechos o si la Ley ha coartado de alguna forma la labor de jueces y magistrados en la labor que les establece la Constitución Española en su Título VI, Art.

¹⁰ Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de Febrero de medidas de urgentes para la reforma laboral. Publicado en BOE núm. 36, de 11 de febrero de 2012. Exposición de motivos.

117 indica: *"la justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por jueces y magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley"*. Dicho de otra forma, si los jueces pueden juzgar e interpretar todo lo necesario para averiguar si lo que marca la Ley se cumple o al final se dedican a dar testimonio de una serie de hechos que inexcusablemente van a dar lugar a un veredicto predeterminado. En este sentido se manifiesta el profesor Ángel Arias cuando indica: *"(...) De entre ellos -objetivos- el de potencialidad más demoledora es el intento del legislador de extirpar el juicio de razonabilidad del escenario jurisdiccional, pretendiendo convertir despidos colectivos para la consecución del fin para el que se ha acudido a este expediente (...)"*¹¹.

Dentro del campo de la evaluación de las políticas públicas nos cuestionaremos si la Reforma Laboral ha producido el "impacto" que pretendía o más bien lo que se ha conseguido es lo anteriormente indicado. A lo que podríamos añadir si realmente los trabajadores despedidos en virtud de la misma conocen la verdadera y concreta causa de su despido.

Todo esto se ha realizado mediante la investigación y metodología del derecho comparado en el que se ha analizado una misma cuestión por diferentes Tribunales Superiores de Justicia, se han observado como tratan un mismo asunto estos organismos judiciales y se ha prestado atención a las soluciones que aportaban ante el problema. Todo esto en consonancia con el Art. 24 CE. De igual forma hemos escogido las Sentencias del Tribunal Supremo más representativas para el planteamiento de nuestra hipótesis y la posterior elaboración de conclusiones.

Como vehículo necesario y epicentro de nuestro análisis se ha escogido la carta de despido utilizada en el Expediente de Regulación de Empleo más importante que se ha planteado en España en los últimos años, principalmente por el volumen de trabajadores afectados y por las particularidades de la misma.

Nos encontraremos algunos fragmentos de sentencias que se encuentran subrayados, esto se ha señalado de esta forma estimando que eran parte fundamental en las distintas argumentaciones que ofrecían los distintos tribunales y de igual forma era una forma de central al lector para lo que estimamos más importante.

¹¹ Arias, A. (2015). Tres años de Reforma del despido colectivo. Editorial Dykinson. P.18

III. CASO PRACTICO BANKIA.

3.1. INTRODUCCIÓN.

En plena crisis Bancaria y Financiera y tras el fracaso de medidas iniciales se optó por la realización de una serie fusiones frías¹² de diversas entidades financieras. Inicialmente con estas uniones se iban a conseguir unas ayudas que iban a permitir salvar la situación. Es obvio que en la formación de Bankia en la que participaron siete cajas de ahorros capitaneadas por Cajamadrid y Bancaja lo único que consiguió fue agrandar un problema que ya en su inicio tenía difícil solución.

Con el ánimo de conseguir capital Bankia realizó su salida a bolsa protagonizada por Rodrigo Rato¹³ con la que se quería conseguir miles de millones de euros para intentar salvar la situación de quiebra en la que se encontraba la entidad.

La dimisión de éste se produce al no querer la firma auditora validar las cuentas anuales, ya que no reflejaban la imagen fiel de la entidad, propicia la llegada de una nueva Presidencia a la entidad, que a las pocas semanas realiza una reformulación de cuentas en las que Bankia pasaba de tener beneficios a incorporar miles de millones de pérdidas en su balance. Todo esto demostraba que los datos económicos con los que Bankia había salido a bolsa eran falsos.

Los fines de la falsedad documental y de los estados financieros cometida era múltiple, de entre ellos podemos destacar: asegurar que se realizaba la fusión, ocultar otros delitos (administración desleal, apropiación indebida, etc.) y las actuaciones irregulares en la gestión de la Entidad que han sido puestas de manifiesto en los informes periciales como el pésimo seguimiento del crédito, operaciones irregulares, refinanciaciones etc.

Se debe agregar que la cúpula directiva quería mantener su estatus, sus privilegios, aun a sabiendas que la Entidad estaba en quiebra técnica. Además de captar dinero de clientes de la entidad, salir a bolsa y se tomaron decisiones relacionadas con la misma (cesión de activos, precio de la acción), con la certeza de que el dinero que se

¹² En el campo de las finanzas, se denomina Sistema Institucional de Protección (SIP) o fusión fría a una unión en la que las entidades financieras que lo conforman mantienen su marca, su forma jurídica, órganos de gobierno y por consiguiente su poder de decisión. Sin embargo, suelen tener servicios comunes con el fin de abaratar costes. También se utiliza esta forma jurídica para compartir riesgos ya que las distintas entidades suelen tener problemas económicos. En el caso de Bankia la fusión fría se convirtió rápidamente en una fusión de hecho.

¹³ Vicepresidente del Gobierno y Ministro de Economía bajo el Gobierno de José M^a Aznar, Director Gerente del Fondo Monetaria Internacional y desde enero de 2010 Presidente de Caja Madrid y posteriormente de Bankia.

podría captar sería insuficiente para cubrir el agujero y salvar la Entidad, como se demostró posteriormente.

No debemos olvidar que, junto al presunto delito de Falsedad Documental, se imputan otra serie de delitos económicos entre otros como los de “apropiación indebida y administración desleal”¹⁴. Los delitos económicos que se imputan a los querellados trajeron consigo consecuencias económicas notorias: el rescate bancario, y con él las condiciones impuestas por los rescatadores para inyectar dinero en la entidad: los despidos entre otras medidas.

Gracias al proceso de instrucción sobre la salida a bolsa de Bankia se han puesto de manifiesto una serie de actuaciones que apoyan estas afirmaciones:

Se han ratificado las implicaciones políticas dentro de las Cajas de Ahorro y su impacto económico como se desprende del Auto dictado en estas Diligencias Previas que establece: “(...)el escrito de la querrela describe y documenta la existencia de un perjuicio económicamente evaluable a todos y cada uno de los accionistas de BANKIA, debido a la denunciada disposición fraudulenta de los bienes de la sociedad realizada mediante una gestión social en la que habría prevalecido el favor político al rendimiento económico, mediante una serie interminable de ruinosas inversiones, que a la postre provocaron la descapitalización de la Sociedad, que los propios consejeros se habrían ocupado de ocultar mediante diversas técnicas de manipulación contable.(...)”¹⁵.

Además de las consideraciones realizadas, los presuntos delitos han sido ratificados por informes periciales, por lo que a priori, no cabe duda de su veracidad y, tal como indican los mismos, han tenido un impacto decisivo en la solvencia de la entidad apoyando y clarificando la existencia de los delitos imputados a los dirigentes de la entidad. No podemos obviar el impacto económico de las Tarjetas Black, por ejemplo, aunque, como igualmente indicamos, lo preocupante son las consecuencias indirectas y presuntas compra de voluntades que se produjeron con las mismas.

Todas las decisiones referentes a la salida a Bolsa como la cesión de activos, precio de la acción, entre otros, hundieron definitivamente a Bankia necesitando para sobrevivir el famoso rescate. “(...) Actuaciones como el malísimo seguimiento del

¹⁴ Querrela interpuesta por UPyD por la salida a Bolsa de Bankia que es aceptada en su totalidad e Instruida en el Juzgado N°4 de la Audiencia Nacional. Recurso Web <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/06/11/economia/1339419529.html> _consultada 14 enero 2017

¹⁵ España. Juzgado Central de Institución N° 4 Audiencia Nacional. Auto Admisión. Diligencias Previas N° 59/2012.

*crédito, refinanciaciones, operaciones aprobadas sin los informes correspondientes de los departamentos de riesgos, condonaciones crediticias a sindicatos, partidos políticos(...)*¹⁶ hicieron de Bankia una entidad “en disolución” como señalaba la auditora Deloitte . Estas actuaciones, lejos de ser simple consecuencia de la impericia de los gestores de la entidad, han causado perjuicios a una generalidad de personas, entre otras los trabajadores afectados por el Expediente de Regulación de Empleo -en adelante ERE- de Bankia.

3.2. PLANTEAMIENTO.

En el contexto expuesto en los antecedentes anteriores y como requisito indispensable para el rescate, se negocia y aprueba con la firma de los sindicatos el Expediente de Regulación de Empleo que afecta a miles de trabajadores.

En dicho Convenio, ANEXO III, se manifiesta que “(...)Como consecuencia de las necesidades de reducción general del tamaño de la Entidad y reordenación de su presencia territorial, derivadas de la recapitalización cuyo objetivo es solucionar la negativa situación económica registrada, el proceso de reestructuración de la red incorpora medidas encaminadas a resolver las ineficiencias económicas y mejorar la rentabilidad por un lado y a satisfacer las exigencias regulatorias derivadas de la percepción de ayudas públicas.(...)”¹⁷.

Estas necesidades de resolver ineficiencias económicas, cuyas causas no son explicadas en este Convenio, llevaron al “adelgazamiento” de la entidad, con el cierre de 1.138 oficinas y el consiguiente despido de un máximo de 3.700 empleados de las Oficinas de la Red Minorista y de Empresas y otros 800 en servicios centrales. Curiosamente no ha habido ni un solo despedido con categoría superior a director de oficina, cuando la situación de quiebra técnica de la entidad no ha sido causada por la ineficiencia de las oficinas ni de los trabajadores de las mismas, sino por la gestión de los directivos querellados de la entidad.

Así, en la carta de despido enviada a los trabajadores establece: “(...) Como Vd. Conoce, el día 28 de noviembre de 2012, se aprobó por parte de la Comisión Europea

¹⁶ Informe pericial Diligencias Previas 59/2012. Juzgado Central de Instrucción Nº 4. Peritos Banco de España. Consultada 14 marzo de 2016. Disponible en <http://www.lavanguardia.com/economia/20141204/54421086805/informe-pericial-completo-sobre-las-cuentas-de-bankia.html>

¹⁷ 2013. Texto del acuerdo definitivo del Expediente de Regulación de Empleo en Bankia, 2 de enero de 2017 de CGT Bankia. Consultada 22 junio 2016. Disponible en <http://www.cgtbody.com/documentaci%C3%B3n/eres/>

el Plan de Recapitalización de BANKIA sobre el que la entidad ha definido su Plan Estratégico para los años 2012-2015. La aprobación y puesta en práctica de los referidos planes obedecen a la negativa situación económica por la que atraviesa el Grupo en su conjunto y que se traducen en unas pérdidas provisionales para el ejercicio 2012 de 19.000 millones de euros, que se unen a los más de 4.950 millones de euros de pérdidas que la Entidad padeció en el año 2011. Asimismo, el día 27 de diciembre de 2012 se llevaron a efecto las operaciones para la recapitalización del Grupo y reforzamiento del solvencia del Grupo BFA-BANKIA, aprobadas por el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB), que han supuesto una inyección de capital de 13.459 millones de euros, que se suman a los 4.500 millones de abandono de actuaciones y actividades que han influido directamente en la situación actual (crédito promotor), o a la venta de las participaciones industriales, entre otras. euros que se recibieron el día 12 de septiembre de 2012. Los planes citados contemplan un plan de ajuste y reestructuración que afecta a todas las actividades y áreas de negocio y organización y que van desde la reducción general del tamaño y actividad, al Tales medidas afectan directamente al volumen de empleo dentro del grupo BANKIA, siendo necesarios la salida de 6.000 personas y el cierre de más de 1.000 oficinas. Sobre la base de las causas económicas expuestas, la Entidad inicio de manera formal con la representación de los trabajadores, el pasado 9 de enero de 2013, un proceso de negociación al amparo de lo establecido en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores para la articulación de un procedimiento de despido colectivo. (...)”¹⁸.

IV. INDEFENSIÓN CREADA POR LA CARTA DE DESPIDO, DIVERSOS DICTÁMENES AL RESPECTO CON REFERENCIA A LA “CAUSA” Y PROCESO DE SELECCIÓN. IGUALDAD DE LAS PARTES.

A modo de introducción del presente apartado hemos de señalar que nos encontramos ante un Expediente de Regulación de Empleo no nominado. Es decir, ni afecta a toda la plantilla, ni existía una lista predeterminada con los despidos forzosos que se iban a producir, ya que estos, en teoría, irían en función de las bajas indemnizadas que se realizasen. Además, la empresa pactó con los representantes de los trabajadores el sistema para designar a los posibles trabajadores objeto de despido forzoso.

¹⁸ Modelo de la Carta de Despido entregada por Bankia.

En el Acuerdo se establecía que la empresa tenía la potestad de denegar a un empleado la solicitud de baja indemnizada, indicando los sindicatos firmantes que la empresa argumentó esta medida para posibles casos excepcionales por las que la empresa quisiera mantener a un trabajador en concreto. No obstante, lo que ocurrió fue todo lo contrario: se denegaron más de 1200 bajas voluntarias y se despidió forzosamente a un número considerable de trabajadores. Es el primer ERE en España en el que se despide forzosamente a unos trabajadores manteniendo forzosamente a otros, que han indicado que voluntariamente se quieren marchar.

Simultáneamente, las secciones sindicales firmantes del acuerdo han actuado al margen de las actuaciones de la empresa, limitándose a lanzar circulares informativas que indicaban que la empresa no estaba cumpliendo con el espíritu del acuerdo. Realmente, esto no es de extrañar, ya que incluso algunos delegados sindicales firmantes del Acuerdo gozaban de las célebres Tarjetas Black¹⁹. Como ejemplo, señalar que todos los despidos producidos hasta mayo de 2013 -Comunidad de Madrid y Valencia, donde más despidos hubieron-, no se comunicaron hasta finales de septiembre a la comisión de seguimiento del ERE, en la que la empresa envió un correo electrónico con el nombre de los despedidos y una copia genérica de una carta de despido.

A lo anterior, hemos de añadir que la carta de despido era un “formulario”, que sirvió para despedir a todos los trabajadores, en los que los únicos datos individualizados eran la cuantía de las indemnizaciones, nombre y poco más. Algunos de estos datos se rellenaron a mano en el momento del despido.

Con referencia al proceso de evaluación que serviría para designar los despidos forzosos, Bankia indica que, como consecuencia del proceso de fusión de diversas cajas y entidades financieras, en la entidad financiera se llevó a cabo en 2012 un plan de evaluación de todos los empleados en el que inicialmente intervenía el técnico de Recursos Humanos adscrito a cada empleado. Posteriormente, se llevaba a cabo una revisión de contraste en el Departamento de Gestión de Personas, y otra posterior y definitiva por la Dirección de Zona. Los empleados nunca tuvieron información de esa evaluación, ni que habían sido evaluados hasta el momento del juicio.

Otro rasgo digno de mención es que Bankia utilizó el resultado de esa presunta evaluación, fabricada a posteriori, para señalar que empleados debían abandonar

¹⁹ Proceso abierto en la Audiencia Nacional contra Consejeros y Directivos de Caja Madrid y Bankia por la entrega y uso de Tarjetas de Crédito opacas fiscalmente, y que produjeron un quebranto a la entidad de más de 12 millones de euros.

forzosamente la entidad. Existen correos del Departamento de Recursos Humanos en los que indican a determinados empleados que la última evaluación existente es del año 2010. Es más, no hay tiempo material de valorar a 20.000 empleados.

Sentado lo anterior, los Gestores de la Entidad -categoría superior a Director de Oficina- aparecen como no evaluados o con notas excelentes. Casualmente, como hemos manifestado con anterioridad, ningún empleado con categoría superior a la mencionada ha sido despedido, teniendo en cuenta que ellos han sido los comprometidas de la situación que llevó a Bankia al rescate.

Transcribiendo una carta de despido en referencia al tema que vamos a tratar,

“(...) En este sentido, se ha establecido que, dentro del ámbito provincial o agrupación/unidad funcional, la designación por parte de Bankia se efectuará, de conformidad con el perfil profesional, la adecuación a los puestos de trabajo y la valoración llevada a cabo por la Entidad con carácter general. La designación se producirá una vez descontadas las bajas producidas por la aceptación de la Entidad de las propuestas de adhesión en dicho ámbito y la consideración de las personas que, en su caso, se vean afectadas por procesos de movilidad geográfica y cambio de puesto de trabajo. De conformidad con la aplicación de dichos criterios de afectación dentro del ámbito provincial o agrupación/unidad funcional en la que Vd. presta servicios y como consecuencia de las razones expuestas, le comunico que se ha decidido proceder a la extinción de su contrato de trabajo con efectos del día 11-5-2013. (...)”²⁰.

Las sentencias de los juzgados de instancia declaran la improcedencia del despido, entre otros motivos, por la insuficiencia informativa de la carta de despido en cuanto a que vulnera los fines de la misma y la igualdad de las partes, además de atentar contra la defensa de los trabajadores.

No obstante, hemos elegido, para que se observe el contraste de las resoluciones judiciales, la Sentencia Nº 495/2015 TSJ País Vasco Sala de lo Social por su total similitud y claridad expositiva, señalando igualmente la misma, no sabemos las razones, no ha sido recurrida por Bankia, por lo que ha adquirido el carácter de sentencia firme. En lo que refiere a la carta de despido, transcribimos los argumentos en apoyo de la inclusión de los criterios subjetivos en la misma:

“(...) En el supuesto de autos la literalidad de la carta de despido y su reproducción, se acerca a una definición de carta de despido genérica, en la que tan

²⁰ Modelo de la Carta de Despido entregada por Bankia.

solo el encabezamiento con el nombre de la trabajadora y el lugar y fecha de su concreción (estos últimos realizados a mano) delimitan una individualización que finaliza con la mera reproducción de la aplicación en conjunto de criterios que no se individualizan al caso concreto, aportando finalmente como único detalle particular los abonos indemnizatorios y sus liquidaciones, más allá de pautas genéricas reproducidas.

Resulta evidente que la carta comunicada no especifica ni concreta las circunstancias para con la trabajadora, su motivo de selección, al margen de los criterios amplios, no cuestionados, sin individualizar los elementos que solo posteriormente han sido comentados en pleito judicial de la instancia (cierre de la oficina, peor puntuación u otros), pero que no constan en la carta de despido que se pretende completar ex novo, aun cuando con un entendimiento amplio lo considere la instancia, entendiendo que la trabajadora conoció y pudo conocer aquellos y el porqué de su elección al margen de la carta de despido y bajo los parámetros del contexto del acuerdo o del expediente colectivo que ciertamente existen, pero que no se pueden preconizar para con la exigencia de individualización, su rigurosa explicación, que no incurra en discriminación, arbitrariedad o preferencias desafortunadas, donde el mimetismo del acuerdo colectivo del expediente de despido global solo debe pautar la introducción para con los despidos individuales, que traen causa de aquellos pero que deben estipularse en determinaciones concretas, aceptando las pautas genéricas como mantenidas pero exigiendo la integración de las particularidades que derivan de la amortización individual en la práctica de la selección concreta para el trabajador afectado, que debe conocer con expresión puntual y comunicada la concreción de sus datos y circunstancias para la evaluación y definición de su extinción individual, que justifica la causalidad del despido y solo es suficiente en su integridad, no admitiéndose en el acto de juicio ni en la discusión judicial otro motivos de oposición a la demanda que los contenidos en la comunicación escrita de dicho despido (art.105.2 de la LRJS), cuyo incumplimiento acarrea la calificación de improcedencia (art. 123.3 de la LRJS, en relación al 53.1 del ET) (...)”²¹.

Absolutamente, en sentido contrario a lo manifestado por el fallo de TSJ del País Vasco, la Sentencia TSJ Valencia Sala de lo Social 1631/2015 revoca los

²¹ España. Tribunal Superior de Justicia País Vasco (Sala de lo Social. Sección 1º). Sentencia 495/2015, de 17 de marzo.

dictámenes de primera instancia de los juzgados de esta comunidad, argumentando que la inclusión de dichos criterios no es exigible:

“(…) Como se razona en la primera de ellas, "entendemos que no existe precepto alguno que imponga a la empresa la obligación de expresar qué concretas razones han determinado la elección del trabajador afectado con los detalles que indica el juez a quo, pues los criterios de selección eran conocidos por los representantes de los trabajadores al haberse pactado en el propio ERE y, fundamentalmente, porque el artículo 53 del ET no exige, salvo que se amplíe el concepto de causa a unos términos distintos y extraños de los que recoge el artículo 51.1 del ET, que en la comunicación escrita del despido consten las razones por las que resulta elegido el trabajador a quien se cesa, pues solamente se requiere la expresión de la causa en que se funda la extinción, causa que en los despidos individuales derivados de un despido colectivo es la propia existencia del ERE. La circunstancia de que no se especifique en las comunicaciones individuales los detalles precisos de la elección de los trabajadores no ocasiona la insuficiencia y la indefensión que se predica en la sentencia recurrida, pues el trabajador conoció o pudo conocer los criterios y el porqué de su elección, como tampoco hay razones que obliguen a la empresa a comunicar la información relativa a la valoración en momento anterior al despido, es decir, a la selección, para de este modo permitir que el trabajador valore la decisión de acogerse al sistema de baja incentivada, al no desprenderse esa obligación de los acuerdos firmados en su momento. Por ello se concluye que se han puesto de manifiesto en la carta de despido de forma suficiente los criterios de selección que se entendieron conformes por los negociadores firmantes del acuerdo, no habiéndose probado tampoco arbitrariedad, abuso o desviación en el ejercicio del poder empresarial de selección y aplicación de aquellos”. Por consiguiente, si conforme a lo que se acaba de razonar la empresa no tenía obligación de concretar en la carta de despido las razones –la puntuación- de selección de la demandante, es evidente que no se ha producido la vulneración del artículo 105.2 de la LRJS y debe prosperar este motivo, toda vez que la empresa no adujo en el acto del juicio “otros motivos de oposición a la demanda”, sino que se limitó a señalar y a probar que la extinción del contrato de trabajo de la demandante se había ajustado a los criterios de selección pactados con los representantes de los trabajadores. De modo, que se podrá discutir el cumplimiento o no de tales criterios, pero su concreción en el acto del juicio ni supone vulneración del mencionado precepto ni causó indefensión a la parte actora.

Habiéndose establecido en la sentencia de 2 de diciembre de 2014, de esta Sala, recogiendo otras precedentes, en las que se ha considerado “que la circunstancia de que no se especifique en las comunicaciones individuales los detalles precisos de la elección de los trabajadores no ocasiona indefensión y, en consecuencia, no vulnera la previsión del artículo 53.1 del ET, pues los trabajadores pudieron conocer esos criterios y las razones de su elección. (...)”²².

No obstante, ante estos razonamientos quisiéramos hacer las siguientes consideraciones que perturban notablemente los argumentos de los mismos extraídos del estudio de las sentencias y del acuerdo firmado:

Estamos analizando un despido colectivo algo inusual ya que había un acuerdo con los sindicatos y la empresa se había comprometido a seguir unas pautas en cuanto a la elección de los trabajadores que iban a ser despedidos. No es un Expediente de Regulación de Empleo en el que se ve afectado la totalidad del personal.

Como consecuencia de lo anterior y haciendo un cierto ejercicio de lógica, resulta razonable entender, que si la propia empresa se establece dichos condicionamientos o límites en la negociación -proceso de evaluación del personal para designar los despidos-, sea necesario reflejar en la carta la causa concreta de por qué es elegido dicho trabajador y no otro en concreto. Además, al estar contemplado en el acuerdo sindical, no se puede impugnar la forma establecida para escoger a los trabajadores, pero el trabajador afectado puede estar disconforme con su resultado e impugnarlo.

Todo lo anterior, hay que ponerlo en el contexto del Derecho a la Tutela Judicial Efectiva y derecho a no sufrir indefensión en la que Bankia está obligada a informar sobre la selección de los afectados, para que el propio trabajador lo sepa y pueda controlar y verificar el resultado del proceso de evaluación y prestar su conformidad o oposición al mismo, es decir, señalar la causa concreta. Es curiosa la interpretación que tiene el TSJ Valencia de lo que llama “concreción en el acto del juicio” hasta ahora la jurisprudencia lo llamaba hechos nuevos, ya que no se habían manifestado en la carta extintiva y por lo tanto debían haber sido guillotizados en el acto del juicio.

Para simplificar, no se puede entender que sea la propia empresa en la negociación colectiva quien establezca las reglas del juego y que luego los resultados de esa negociación no puedan ser revisados jurídicamente en los Tribunales.

²² España. Tribunal Superior de Justicia de Valencia Sala de lo Social. Sentencia núm. 163/2015 de 22 de Julio.

Ante la disparidad de criterios manifestados por los diferentes Tribunales Superiores de Justicia esta tesis se interpone Recursos de Casación de Doctrina ante la Sala Social del Tribunal Supremo. Sentencia que ha sido bautizada como “Sentencia Bankia” y a la que seguidamente nos referimos.

Como bien indica el TS en el inicio de la sentencia: “(...) *El núcleo del debate. - Como es colegible de las precedentes indicaciones, la cuestión debatida en autos se reduce a decidir si se ajusta a derecho -suficiencia- el contenido de la carta de despido individual comunicada a los trabajadores afectados por el PDC de autos, lo que impone examinar la exigencia legal al respecto, para acto continuo ponerla en relación con la comunicación extintiva a la que el debate se refiere. (...)*”²³.

Tras realizar una interpretación sobre la exigencia informativa de la carta y los requisitos antes y después de la Reforma Laboral, para nuestro entender con el único fin de ir preparando el fallo y llegar a la conclusión que no es necesario la inclusión de los detalles concretos de la elección de los trabajadores, realiza una serie de argumentos formalistas -tamaño de la carta, necesidad que sea el trabajador quien incluya esas cuestiones mediante solicitud de pruebas anticipadas etc.- que nos presentan una serie de incertidumbres:

“(...) *Desde una perspectiva eminentemente práctica, tampoco resultaría en absoluto razonable pretender que en cada comunicación individual del cese se hagan constar -de manera expresa y pormenorizada- los prolijos criterios de selección que normalmente han de utilizarse en los PDC que afecten -como es el caso- a grandes empresas y numerosos afectados, dándole así a la indicada carta de despido una extensión tan desmesurada como -por lo dicho- innecesaria. (...)*.

(...) Inexigible constancia -en la carta de despido- de la concreta aplicación de los criterios al personal afectado. - Por estas mismas consideraciones -y alguna más- también excluimos la necesidad de que en la referida comunicación se lleve a cabo la justificación individualizada del cese que se comunica, con detallada referencia a la singular aplicación de los criterios de selección utilizados en el PDC de que se trate. (...).

(...) En primer lugar porque -reiteramos lo dicho a propósito de los criterios de selección en sí mismos considerados- el precepto nada indica al respecto y la pretensión excede del mandato legal, que se limita a la expresión de la causa.

²³ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Pleno. Sentencia núm. 219/2016, de 15 de marzo.

(...) Además, el adecuado cumplimiento de la exigencia -de proceder- supondría no sólo relatar la valoración individual del concreto trabajador notificado, sino también la de sus restantes compañeros con los que precisamente habría de realizarse el juicio de comparación, lo que en la mayor parte de los supuestos daría lugar a que la carta de despido tuviese -cuando menos tratándose de un PDC- una dimensión ajena a toda consideración razonable.

(...) En último término, porque el derecho de defensa que corresponde al hipotético trabajador demandante, queda en todo caso garantizado con la posibilidad que el mismo tiene de reclamar a la empresa los datos que considere necesarios para presentar la correspondiente demanda [si duda de la legalidad de los criterios y/o de su correcta aplicación], acudiendo -a tales efectos- a los actos preparatorios y diligencias preliminares que regula la normativa procesal [arts. 76 y 77 LRJS ; y art. 256 LECiv], así como a la solicitud de oportuna aportación documental por parte de la empresa, para de esta forma acceder a todos los datos que le permitan comparar su concreta situación con la de sus compañeros no despedidos y -en su caso- poder combatir la concreta aplicación de los criterios de selección llevado a cabo por la demandada.(...)''²⁴.

Desde una perspectiva eminentemente práctica le solicitaremos al TS que formule dos modelos de carta de despido, una que sirva para poder realizar ese juicio comparativo que por extensión solamente sería aplicable a pequeñas empresas y otra evidentemente para grandes empresas como la que estamos tratando en la que por un simple formalismo -tamaño de la carta- no se indicarían en la misma.

Es más, desde el punto de vista administrativo y aplicando el mismo criterio formalista nos preguntamos si no ocasiona mayores quebraderos de cabeza a la mercantil que cada uno de los miles de afectados en el PDC empiece a solicitar estos datos en relación con su situación y con todos los empleados que siguen trabajando o que la mercantil los incluya directamente.

Sobre esta cuestión, no debemos olvidar que el art. 124.13 Ley Reguladora de la Jurisdicción Social -en adelante, LRJS- regla específica 2ª indica claramente que cuando el asunto verse sobre preferencias sobre determinados trabajadores estos igualmente deberán ser demandados, lo que supone realizar un ejercicio de información hacia el

²⁴ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Pleno. Sentencia 219/2016 de 15 de marzo.

trabajador²⁵. ¿Dónde ponemos el umbral de trabajadores para solicitar la información y cuando lo aporta la empresa?

Seguramente, como indica el voto particular de dicha sentencia el tema en cuestión es que no hay que indicar esos criterios y aceptar un formulario de carta que ha servido para despedir a cientos de trabajadores y sobre la que, ni el más experto de los juristas, es capaz de explicar los motivos por los que se extingue la relación laboral de un trabajador concreto. Lo único que se tiene claro es que Bankia tuvo problemas económicos. Tememos que obviar la amplia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Tribunal Constitucional y propia del Tribunal Supremo a la que sin saber los motivos ya no se hace referencia en la sentencia y si el voto particular del fallo señalado.

Evidentemente tampoco podemos estar conforme con la argumentación de que sea el trabajador quien deba proveer esas pruebas introduciendo hechos nuevos que no constan reflejados en la carta de despido. Nos encontramos ante un despido causal y es obligación de la empresa informar y con posterioridad probar que el despido no es contrario a Derecho. Esto debe realizarlo en el documento que hasta ahora ha sido tanto la base del empresario y del trabajador que no es otro que la carta extintiva²⁶.

El TS parece olvidar que el artículo 105 LRJS en su apartado 1º indica que corresponde al empresario “*la carga de probar la veracidad de los hechos imputados en la carta de despido como justificativos del mismo*”, requisito que claramente ha sido incumplido, ya que en este caso la carta debe mostrar las razones por las que se incluye al trabajador en el ERE. Además, dejando a un lado la inclusión de los famosos criterios subjetivos de selección. No debemos olvidar que la mercantil en ningún momento ha informado del número de empleados que había en la provincia antes del despido, si se han cerrado y cuando lo han hecho las bajas incentivadas, los empleados adscritos a dichas bajas, cuantos se han visto afectados por movilidades geográficas y por último, cuando se ha dado por finalizado el proceso. En base a la situación económica de la empresa no se ha informado de cuantos eran necesarios para mantener la estructura de la empresa.

²⁵ Agustí, J. (2014). “La exigencia informativa en la comunicación individual de la extinción por despido colectivo ex artículo 51.4 et una reflexión respecto de las recientes –y contradictorias- sentencias del TSJ Madrid 9/1/2014 y del TSJ Castilla-León 16/1/2014 relativas al despido de Bankia”. *Revista Ius Labor*, n° 1/2014. Consultada 22 septiembre de 2016. Disponible en Web https://www.upf.edu/iuslabor/_pdf/2014-1/Agusti.pdf

²⁶ Sánchez, C. & Galindo, E. (2015). *El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la encrucijada: Retos para la Disciplina Laboral*. Editorial Laborum S.L. Capítulos XXIII y XXIV.

Todas estas afirmaciones validan que, con la independencia de la discusión sobre la inclusión de los criterios subjetivos, Bankia no ha demostrado en su carta que estaba perfectamente legitimada a iniciar con los despidos y si ha cumplido con los criterios que inicialmente se pactaron con el ERE y que una vez cumplidos podía comenzar a realizar despidos forzosos dejando al trabajador en una situación de indefensión que no ha sido salvada por los Tribunales²⁷.

V. PAPEL DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES EN RELACION A LA CARTA DE DESPIDO.

Una vez analizado el contenido de la carta de despido quisiéramos analizar la obligación por parte de la empresa de entregar copia de la carta de despido a los representantes de los trabajadores en el Procedimiento de Despido Colectivo.

Hay abundante Jurisprudencia sobre todo de Tribunales Superiores de Justicia en relación con esta cuestión en la que se indica la obligatoriedad de cumplir con dicha tesis, siendo uno de los defectos formales que en primera instancia y en algunos Tribunales Superiores de Justicia originaban más despidos improcedentes sobre todo hasta el año 2014.

En este sentido, el Tribunal Superior de Extremadura, en todos los despidos de Bankia que juzgó, dio la improcedencia exclusivamente por este motivo, realizando un análisis jurídico bastante interesante, dictaminando en la entrega de copia de la carta a los representantes de los trabajadores que era totalmente necesaria.

No obstante, queremos realizar una breve reflexión, hemos observado como en la Sentencia Bankia que hemos tratado con anterioridad, el TS realiza un gran esfuerzo de razonamiento para justificar que la precisión de la carta y el contenido de la misma están fuertemente ligados a esas conversaciones y al acuerdo alcanzado con los sindicatos firmantes. Con esto se desea librar de ese peso al documento, además que el TS le otorga un papel primordial a los representantes de los trabajadores en la misma, así indica: el comité de empresa tiene la competencia de “(...) *informar a sus representados en todos los temas y cuestiones señalados en este artículo en cuanto directa o indirectamente tengan o puedan tener repercusión en las relaciones laborales.* (...)”²⁸.

²⁷ España. Tribunal Superior de Justicia Cataluña. Sala de lo Social. Sentencia Recurso 7364/2014, de 27 de febrero de 2015.

²⁸ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Pleno. Sentencia núm. 219/2016, de 15 de marzo.

Sin embargo, el mismo Tribunal Supremo quebranta el papel de los sindicatos cuando en referencia al mismo punto se manifiesta de la siguiente forma señalando la sentencia que señalamos a continuación, que sin corresponder a ningún empleado de Bankia, la coloca como ejemplo para no admitir los sucesivos recursos de casación señalando que esa cuestión ya se encuentra arbitrada:

“(...) Claro que puede ser razonable que los representantes legales de los trabajadores posean una información exacta de las extinciones contractuales que dimanen de un despido colectivo. De hecho, es usual que cuando el procedimiento de despido colectivo concluye con acuerdo se contempla la existencia de una Comisión de seguimiento, cual aquí sucede (cf. el HP 7º).

Probablemente la fiscalización del cumplimiento de las normas laborales (art. 64.7.a.1 º) requiere que se le informe de las extinciones producidas, lo que puede contribuir a erradicar criterios selectivos que sean discriminatorios o, en general, contrarios a Derecho.

Pero aquí no se trata de examinar esa dimensión institucional o colectiva de la representación legal de los trabajadores y su seguimiento de las extinciones adoptadas por la empresa sino de aquilatar las exigencias legales del despido derivado de un procedimiento colectivo, en cuanto acto de individualización.

Lo cierto es que las garantías formales que el ET ha introducido en los casos de despido objetivo (individual, plural) no se trasladan de manera absoluta, sino que existen determinados matices cuando se trata de extinciones contractuales enmarcadas en un despido colectivo. La copia a los representantes de los trabajadores, por expreso mandato legal, solo procede entregarla en los supuestos del artículo 52.c) ET y no en los de despido colectivo (...)”²⁹.

En este sentido cabe preguntarse ¿Qué ocurre cuando Bankia ningunea a esa Comisión de Seguimiento? Y además, queda ratificado por pruebas testificales y documentales que constan como hechos probados en la sentencia de instancia y el Tribunal Supremo no lo tiene en cuenta.

Pongamos un ejemplo; en los casos que estamos observando principalmente en todos los de la Comunidad Valenciana todos los despidos se realizaron con efecto de abril/mayo 2013. Consta en la mayoría de las sentencias de instancia que Bankia informó de los despidos a la Comisión de Seguimiento mediante una relación de

²⁹ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sección 1ª Sentencia núm. 281/2016, de 7 de abril.

trabajadores y un modelo de la carta de despido por un correo electrónico fechado en septiembre de 2013. Así como pruebas testificales de los representantes de los trabajadores que ratifican lo dicho con anterioridad.

Dicho de otra forma, los representantes de los trabajadores se enteran de los despidos aproximadamente cuatro meses después de que ocurran los mismos, incluso cuando ha transcurrido el plazo para interponer la posible demanda por despido. Realmente entendemos que es bastante difícil como indica la sentencia cumplir con la “competencia” señalada.

Entendemos que nuevamente se le infunde al trabajador indefensión por dos razones principales:

En un primer momento, fuera de la jurisdicción social se ven mermados claramente sus medios de defensa, hecho que no es subsanado por el poder judicial. Para algunas cosas como nos hemos manifestado con anterioridad utiliza la negociación colectiva para aligerar formalismos, pero por otro lado pone trabas a las medidas de control. En este sentido como dice la sentencia si se cumple la formalidad de esa forma no se van a poder erradicar cualquier cuestión arbitraria o discriminatoria, en definitiva, contraria a Derecho.

Se vulnera el Derecho a la Tutela Judicial Efectiva en cuanto que el Tribunal Supremo no tiene en cuenta estos factores, marcando una sentencia desde el aspecto más riguroso de la Ley, creemos que le lleva a adoptar una decisión que va en contra de los hechos relatados rotundamente en los juzgados de instancia, y, además, no tiene en cuenta otros valores reflejados en nuestra Constitución relacionados con otros Principios Constitucionales como es el Derecho al Trabajo.

VI. TUTELA EN TRÁMITE DE RECURSO, INCORPORACIÓN DE NUEVOS DOCUMENTOS Y RESOLUCIONES RAZONADAS Y BASADAS EN DERECHO.

A la hora de analizar este tema, como cuestión previa hemos de señalar, para la perfecta comprensión del mismo, parte de la carta de despido con la que Bankia extinguía la relación laboral con los empleados.

“(…) En este sentido, se ha establecido que, dentro del ámbito provincial o agrupación/unidad funcional, la designación por parte de BANKIA se efectuará, de conformidad con el perfil profesional, la adecuación a los puestos de trabajo y la valoración llevada a cabo por la Entidad con carácter general. La designación se

producirá una vez descontadas las bajas producidas por la aceptación de la Entidad de las propuestas de adhesión en dicho ámbito y la consideración de las personas que, en su caso, se vean afectadas por procesos de movilidad geográfica y cambio de puesto de trabajo. (...)³⁰.

Poniéndolo en relación con el Art. 233 de la LRJS³¹, transcribimos dicho artículo porque su conocimiento consideramos es de vital importancia para lo que vamos a tratar ya que regula la posibilidad de aportar nuevos documentos decisivos en sede de recurso.

Artículo 233 LRJS Admisión de documentos nuevos (en sede de Recurso)

“1. La Sala no admitirá a las partes documento alguno ni alegaciones de hechos que no resulten de los autos. No obstante, si alguna de las partes presentara alguna sentencia o resolución judicial o administrativa firmes o documentos decisivos para la resolución del recurso que no hubiera podido aportar anteriormente al proceso por causas que no le fueran imputables, y en general cuando en todo caso pudiera darse lugar a posterior recurso de revisión por tal motivo o fuera necesario para evitar la vulneración de un derecho fundamental, la Sala, oída la parte contraria dentro del plazo de tres días, dispondrá en los dos días siguientes lo que proceda, mediante auto contra el que no cabrá recurso de reposición, con devolución en su caso a la parte proponente de dichos documentos, de no acordarse su toma en consideración. De admitirse el documento, se dará traslado a la parte proponente para que, en el plazo de cinco días, complemente su recurso o su impugnación y por otros cinco días a la parte contraria a los fines correlativos.

*2. El trámite al que se refiere el apartado anterior interrumpirá el que, en su caso, acuerde la Sala sobre la inadmisión del propio recurso”*³².

En la Intranet de Bankia, y con fecha 10/06/2014, aparece el siguiente aviso para todos los trabajadores activos de la entidad a esa fecha que juzgamos de importancia ya que quebranta el iter procedimental que se había negociado en el ERE y que venía reflejado en la carta de despido -bajas voluntarias, movilidades geográficas y por último despidos forzosos-.

³⁰ Carta de despido entregada por Bankia

³¹ Nuñez P. (2015, noviembre 4). ¿Puedo alegar hechos o proponer medios de prueba nuevos después del juicio? y ¿aportar un recorte de prensa. El laboralista. Consultada el 11 septiembre de 2016 en <http://blog-ellaboralista.blogspot.com.es/2015/11/puedo-alegar-hechos-o-proponer-medios.html>

³² Ley 36/2011 de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. Publicado en BOE núm. 245, de 11 de octubre de 2011.

“Abierto un nuevo plazo para realizar las propuestas de adhesión al programa de bajas indemnizadas

10/06/2014 - Recursos Humanos

En el ámbito de la red de oficinas de las provincias de Madrid, Valencia, Castellón, Alicante y Baleares.

Una vez realizadas las fases de reestructuración correspondientes a los cierres de oficinas, de haber efectuado la consecuente reordenación del negocio, oficinas y personas, y tras proceder a la medición de las cargas de trabajo de las oficinas que permanecen, se pone en marcha una nueva fase de reestructuración derivada de dicha medición de cargas, de la que resulta un excedente de 310 puestos, distribuidos de la siguiente manera:

PROVINCIA/ N° PUESTOS DE TRABAJO A AMORTIZAR

<i>Madrid</i>	<i>225</i>
<i>Valencia</i>	<i>67</i>
<i>Castellón</i>	<i>12</i>
<i>Alicante</i>	<i>2</i>
<i>Baleares</i>	<i>4</i>
<i>Total</i>	<i>310</i>

A tal efecto, desde el día 11 de junio de 2014 y hasta el día 20 de junio de 2014, ambos inclusive, se encuentra abierto un nuevo plazo para realizar las propuestas de adhesión al programa de bajas indemnizadas para la red de oficinas en los ámbitos territoriales de Madrid, Valencia, Castellón, Alicante y Baleares, que serán tramitadas conforme a lo previsto en el acuerdo referido.

Dado que el acuerdo de 8 de febrero de 2013 limita el número máximo de bajas indemnizadas y afectadas por externalizaciones a un límite de 4.500 personas, límite que se superaría con la cobertura íntegra del excedente señalado, el número máximo de personas afectadas por las bajas indemnizadas en esta fase es de 216. A continuación, se detalla la distribución por cada ámbito territorial, resultado de su determinación proporcional al excedente provincial:

PROVINCIA N° DE PERSONAS AFECTADAS

<i>Madrid</i>	<i>157</i>
<i>Valencia</i>	<i>47</i>
<i>Castellón</i>	<i>8</i>
<i>Alicante</i>	<i>2</i>
<i>Baleares</i>	<i>2</i>
<i>Total</i>	<i>216</i>

Las personas interesadas en realizar su propuesta de adhesión al programa de bajas indemnizadas, aunque ya la hubieran solicitado en anteriores ocasiones, deberán

imprimir el boletín de adhesión que se encuentra en Información relacionada, y enviarlo escaneado, debidamente cumplimentado y firmado, a la dirección de correo electrónico ADHESIONES BAJA INDEMNIZADA.

Estamos a tu disposición en Línea Personas en el teléfono 31000 o 91 602 46 46 en caso de llamadas externas, y a través de los gestores de personas”³³.

Seguidamente una vez conocido el mismo, vamos a realizar el consiguiente estudio jurídico. Al tratarse la aparición de este anuncio como un hecho novedoso relevante para el caso, aquellos que todavía no habían celebrado juicios referentes a su despido pudieron realizar ampliaciones de demanda para incluir estos nuevos sucesos. Sin embargo, debemos tener en cuenta que este documento y las medidas adoptadas en él aparecieron cuando un gran número de trabajadores ya los habían celebrado, como son los casos que nos incumben.

Al amparo de lo establecido en el Art. 233 de la LRJS, sobre admisión de documentos nuevos y decisivos que no hubieran podido ser aportados antes al proceso por causas que no sean imputables al trabajador, se propone la incorporación del documento transcrito. En el escrito de impugnación ya se mencionaba la apertura de ventanas de adhesión voluntaria al ERE posteriores a la fecha del despido, sin poder aportar documentación que acreditara su existencia, dado que era información interna de Bankia de la que no se disponía.

Al obtenerse copia de esta documentación informativa de la intranet de Bankia, en la que se confirma la apertura de esas ventanas voluntarias, y que incluían dos puestos en la provincia de Alicante, afectando de modo directo los casos que nos ocupan, consideramos que este hecho también debería ser tenido en cuenta en el fallo del Tribunal Superior de Justicia, ya que la apertura de esas ventanas vulnera lo establecido en el ERE. Según el proceso del mismo, las adhesiones voluntarias tenían que producirse antes que los despidos forzosos, y vulnera la aplicación del ERE el hecho de realizar estos despidos existiendo posibilidad de adherirse voluntariamente a despidos incentivados. De la misma forma, quebranta el elemental principio de igualdad que consagra la Constitución Española y artículos de la misma.

De la lectura de este documento informativo podemos realizar las siguientes reflexiones:

³³ Texto íntegro del anuncio publicado en la intranet de Bankia anunciando la nueva apertura de bajas incentivadas voluntarias.

Dentro de las causas de la nulidad del despido, el Art. 124.13 LRJS indica que *“será nula la extinción del contrato acordada por el empresario sin respetar las prioridades de permanencia que pudieran estar establecidas en las leyes, con los convenios colectivos o en el acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas”*³⁴.

Por lo tanto, conforme al acuerdo, las bajas voluntarias, que han de ser aceptadas por la empresa, podrían modificar las condiciones de movilidad geográfica y los posibles ceses forzados, ya que en la carta de despido se establece que *“(…) la designación se producirá una vez descontadas las bajas producidas por la aceptación de la entidad de las propuestas de adhesión en dicho ámbito y la consideración de las personas que, en su caso se vean afectadas por procesos de movilidad geográfica y cambios de puestos de trabajo. (…)”*³⁵.

Entendemos claramente que debe ser la entidad financiera la que tiene la obligación de demostrar que los procesos anteriores a los despidos han concluido y que se ha realizado correctamente.

Como segunda argumentación, cabe mencionar que, previamente, todos los puestos de trabajo susceptibles de amortización debían de haber sido identificados, como así lo recoge la Sentencia de la Audiencia Nacional de 16/01/2014, tras la demanda de parte de la representación sindical por la incorrecta aplicación del ERE. En el último párrafo del Fundamento Jurídico Quinto indica:

*“(…) Queda, así mismo, manifiestamente claro que el presupuesto, para activar el proceso de adhesión al programa de bajas voluntarias, exigía previamente que la empresa identificara qué puestos de trabajo eran susceptibles de amortización, de manera que, una vez producida dicha identificación, los trabajadores debían solicitar en el plazo de quince días su decisión de adherirse al programa, teniendo la empresa un plazo de quince días para estudiar las solicitudes, abriéndose posteriormente nuevas ventanas a nivel provincial en las delegaciones territoriales y por áreas funcionales en servicios centrales, para que los trabajadores solicitaran su adhesión, debiendo resolverse por la empresa en un plazo de cuatro días, si aceptaba la adhesión o no la aceptaba, en cuyo caso debía explicar sus razones al empleado, reservándose, en todo caso, la fecha de ejecución de las salidas. (…)”*³⁶.

³⁴ Ley 36/2011 de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. Publicado en BOE núm. 245, de 11 de octubre de 2011.

³⁵ Modelo de la Carta de Despido entregada por Bankia.

³⁶ España. Audiencia Nacional (Sala de lo Social) Sentencia núm. 4/2014, de 16 de enero sobre la aplicación de ERE en Bankia.

En tercer lugar, reseñar que, el plazo general de Adhesión a nivel nacional fue del 11 al 26 de febrero 2013, y para la Red de Oficinas de la Provincial de Alicante fue del 1 al 10 de marzo de 2013. La extinción laboral en estos casos se realizó en mayo 2013.

La apertura de una nueva ventana el 10/06/2014 en la provincia donde prestaban sus servicios los trabajadores indica claramente que tras los ceses forzosos se han identificado nuevos puestos de trabajo para ser amortizados. Es decir, si la empresa está identificando puestos, no puede realizar despidos forzosos y mucho menos haberlos concluido, como consecuencia de todo esto, el proceso de bajas voluntarias no se puede dar por finalizado. En resumen: la incorporación de dichas plazas en el proceso original hubiera modificado las salidas voluntarias, los posibles casos de movilidad geográfica y posibles despidos lo que vulnera Principios o Derechos fundamentales y el Principio de Igualdad consagrado en la Constitución.

En este sentido, consideramos que la empresa ha realizado una interpretación unilateral y arbitraria del acuerdo, no distinguiendo entre lo que es el plazo de ejecución del acuerdo de extinciones, el calendario establecido para salidas voluntarias que se indica como hecho probado en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 16/01/2014, y lo que realmente está realizando, que podrían ser considerados como una sucesión de “ERES” cíclicos. Así, es evidente que existe un conflicto jurídico con el acuerdo alcanzado con los sindicatos, reiterando que acudir a los despidos forzosos de los trabajadores en tales circunstancias incumple el acuerdo de 8 de febrero de 2013.

Además, si acudimos al Acuerdo Colectivo, se verifica que en ningún momento la empresa tiene facultades para realizar cuantos procesos de afecciones discrecionales al ERE estime adecuadas, si consultamos el apartado B, del Acuerdo Colectivo, se estipula que “(...) una vez finalizado y resuelto el procedimiento de adhesión al programa de bajas indemnizadas y en el caso de que sea necesario un mayor ajuste de plantilla (...)”³⁷. Es decir, en el acuerdo se utiliza el termino procedimiento, es decir, uno y no varios, cuestión que despeja cualquier duda sobre la aplicación de los criterios.

Estos argumentos validan que dicho despido se ha realizado sin haber cerrado el proceso de bajas indemnizadas o voluntarias, la aceptación o no aceptación de las mismas por parte de la empresa, y el proceso de afectados por movilidad geográfica. El acuerdo alcanzado debe ser cumplido en sus propios términos, sin dejar a manos de una

³⁷ Texto del acuerdo definitivo del Expediente de Regulación de Empleo en Bankia, (2013) de CGT Bankia. Consultado 22 junio de 2016. sitio Web <http://www.cgtbankia.com/documentaci%C3%B3n/eres/>

parte y a su arbitrio su cumplimiento, como se deduce que en este caso ha ocurrido. De esta manera, se han vulnerado los criterios de permanencia y Derechos Fundamentales -principalmente los Art. 9 y 14 de nuestra CE que garantizan la igualdad formal y material ante la ley- de los trabajadores, así como la discriminación claramente sufrida por los que habían sido despedidos hasta esa fecha.

Esta discriminación se ve claramente reflejada en las palabras de la defensa de la parte demandada -Bankia- cuando en el escrito de oposición a nuevos documentos realiza una serie de afirmaciones que aseveran todo lo expuesto anteriormente y que el Tribunal Superior de Justicia de Valencia no ha tenido en ningún momento en consideración:

“(...) Sentado todo lo anterior, está claro que llevar a cabo un nuevo proceso de adhesiones voluntarias en realidad beneficia a los empleados que permanecen en la compañía, pues se podría haber optado por continuar con las extinciones forzosas conforme a la evaluación. Pero como decimos, no se ha optado así y se ha optado por permitir nuevas adhesiones, que lógicamente también podrán verse rechazadas en los términos señalados en el Acuerdo. (...)”³⁸.

No es cuestión de lo que se podría haber optado, se está realizando un trato discriminatorio, que lo único que buscaba era no ensuciar su imagen con cientos de nuevos despidos forzosos.

Queda demostrado que la apertura de nuevo proceso de adhesión al programa de bajas indemnizadas sería más beneficioso para los trabajadores, pues la baja indemnizada prevé una mayor compensación económica que la forzosa. Pero con el modo de actuar de la empresa, a ciertos trabajadores se les ha impedido acogerse a los procesos de bajas indemnizadas que se produjeron con posterioridad a su despido, circunstancia esta que le ha impedido percibir una indemnización mayor, además de quebrantar el procedimiento pactado para realizar despidos y rompiendo como ya hemos señalado el Principio de Igualdad consagrado en la CE y que ampara otros Derechos Fundamentales.

Por estas razones, se le indica al TSJ Valencia que la admisión de estos documentos nuevos es necesaria para su estudio a la hora de realizar el fallo, puesto que podrían alterar el resultado del mismo, e incluso podrían dar lugar al recurso de revisión, al darse la posibilidad de estar vulnerando el Derecho Fundamental a la Tutela

³⁸ Escrito de Oposición a aportación de nuevos documentos realizado por Bankia que da lugar a Auto de Inadmisión de documentación.

Judicial Efectiva y Derecho a la Igualdad Formal y Material. El Tribunal Superior de Justicia de Valencia, tras analizar todas las cuestiones arriba señaladas, indica en su Auto de denegación sobre la incorporación de los documentos:

“(...) A lo que hay que añadir en orden a considerar irrelevantes los documentos traídos al recurso, que el nuevo plazo se produce más de un año después del despido del actor, y debe tenerse en cuenta que el ERE de Bankia concluyó con un Acuerdo ampliamente mayoritario y firme en el que se pacta que el número máximo de empleados afectados no podrá exceder de 4.500 y que el plazo de ejecución del acuerdo sería hasta el 31-12-2015 dada la enorme magnitud de la reestructuración empresarial y, porque las propuestas de adhesión al programa de bajas indemnizadas por parte de los empleados se efectúa en dos fases, y que el despido colectivo se vaya llevando a cabo de manera paulatina en función de las circunstancias del mercado en cada momento. Y la decisión de Bankia de abrir un periodo de adhesiones voluntarias en el mes de junio de 2014, no perjudica al actor ni a aquellos que ya vieron extinguido su contrato. Y debe recordarse que en el periodo de extinciones anterior la empresa tenía la facultad de aceptar o denegar las adhesiones voluntarias, y los que se vieron afectados forzosamente lo fueron porque ya se habían aceptado o rechazado todas las adhesiones voluntarias que se habían presentado y las extinciones forzosas iban a ser inevitables.

Por lo tanto, no se cumplen los requisitos para su admisión, lo que conlleva la inadmisión de los documentos y su devolución a la parte que los ha presentado. (...)”³⁹.

Sin embargo, como ejemplo, en contraposición a lo anterior, hacemos referencia por su claridad a la Sentencia del Juzgado Social 12 de Madrid que, de sus Fundamentos Jurídicos Tercero a Séptimo, extractamos los párrafos más significativos señala:

“(...) ha quedado probado que la empresa ha interpretado de forma unilateral el Acuerdo de 08/2/2013, con respecto a la designación por la empresa previa propuesta inicial de los empleados (bajas voluntarias) y la designación directa por parte de la Empresa (amortización de puestos de trabajo.

(...) No se ha probado en este juicio que, a la fecha de comunicación de la extinción del contrato de la actora, se hubieran finalizado y resuelto el anterior procedimiento de bajas voluntarias, aunque quedara por “diferir su salida en el

³⁹ España. Tribunal Superior de Justicia de Valencia. Auto de Inadmisión de nueva documentación. Recurso 535/2013 de 17 de febrero 2015

tiempo” como recoge la SAN en el último párrafo del fundamento 5º de dicha sentencia de 16/01/2014 (...).

(...) Ha quedado probado que en el mes de Febrero 2014, la empresa ha abierto un nuevo plazo para adhesión de bajas voluntarias incentivadas en el mismo departamento donde prestaba servicios el actor.

(...) Conforme al acuerdo, las bajas voluntarias, que han de ser aceptadas o no por la empresa, condicionan las situaciones de movilidad geográfica y a su vez las amortizaciones de puestos de trabajo o ceses forzados. Por tanto, el despido del actor se ha producido cuando no se ha resuelto las adhesiones de baja voluntaria.

(...) Así mismo, de las bajas voluntarias que se han hecho efectivas, así como las denegadas, no se ha comunicado al Comité de empresa, las razones en un caso y otro.

(...) La representación de los trabajadores es una parte de la negociación y por tanto una vez alcanzado el Acuerdo, ambas partes (empresa y trabajadores) han de continuar actuando de buena fe y sobre todo de forma conjunta y no unilateralmente.

(...) La empresa no es la intérprete unilateral del Acuerdo (...), y no se explica si ha finalizado el proceso previo de las Bajas Voluntarias, que por otra parte ha quedado demostrado que no había finalizado.

(...) La carta de despido del actor, omite cualquier referencia previa al proceso de bajas voluntarias y al de movilidad geográfica consecuencia de aquellas, además de la omisión, se ha probado que dicho proceso no había finalizado a la fecha del despido del actor.

(...) Por disposición del art. 217 de la LEC, le corresponde a la empresa la carga de la prueba en relación a demostrar que el proceso de Bajas Voluntarias ha finalizado y así mismo el de movilidad geográfica, y ninguna prueba se ha propuesto para desvirtuar las practicadas de instancia por la parte actora, por tanto, procede estimar la acción principal y declarar la nulidad del despido del actor”⁴⁰.

Tras observar las argumentaciones de ambos tribunales, en referencia al Derecho a la Tutela Judicial efectiva, sobre este asunto concreto, quisiéramos realizar las siguientes consideraciones:

La falta de la misma no viene dada por la discrepancia de los pronunciamientos, pero de todas formas es muy significativo cómo ante un mismo hecho, el hecho de contar con esta información, en un caso origina la nulidad del despido, y en el caso

⁴⁰ España. Juzgado de lo Social N° 12 de Madrid. Sentencia 438/2014 de 7 de noviembre.

tratado ni tan siquiera es admitida dicha documentación, con la argumentación que se ha facilitado al TSJ y que es la misma que fue aportada a otros jueces de instancia.

La vulneración del Derecho viene por la disparidad entre el momento procesal en que se encuentra el expediente y las fechas en las que ocurren los acontecimientos. Todavía en estos momentos, tras más de 3 años desde que ocurrieron los primeros despidos existen juicios en primera instancia pendientes de celebrar o pendientes de sentencia; estos últimos han podido presentar una mayor argumentación jurídica, obligando a los jueces de los juzgados de lo social a pronunciarse sobre estas cuestiones. Sin embargo, al acudir directamente al TSJ, este directamente por un auto irrecurrible no acepta dicha documentación ni la tiene en cuenta en la sentencia.

Observemos que el Art. 233 LRJS establece que el auto de contestación que ofrece el TSJ es irrecurrible. Es decir, se entiende que el mismo artículo no permite, en determinado casos, que una cuestión novedosa que no ha sido posible indicar en primera instancia y que por lo tanto no es cosa juzgada, no se tenga en cuenta o no pueda ser objeto de un recurso posterior.

Dicho lo anterior, si observamos la contestación del TSJ, ésta se realiza en base a una síntesis interpretativa y no jurídica ni razonada de lo que es el ERE, no valorando si explícitamente el Acuerdo le da a la empresa la capacidad de vulnerar el iter procedimental de la forma que lo ha realizado. Hemos subrayado la argumentación, y esta, se basa en una serie de divagaciones que nada tiene que ver con la explicación y los razonamientos que se le han ofrecido al Tribunal. La pregunta clave de este tema en cuestión es ¿En qué parte del acuerdo se autoriza a Bankia a abrir una nueva ventana de bajas voluntarias? Respuesta que el Tribunal en ningún momento ha ofrecido. Observemos que el TSJ Valencia habla de despidos en función de “circunstancias del mercado”, argumentación poco jurídica y que estimamos que en principio no le corresponde.

Como resultado de todo esto, no cabe la menor duda que la entidad financiera ha realizado una interpretación muy particular del acuerdo con el presunto consentimiento del poder judicial. Ahora bien, a raíz de estos hechos nuevos nos hacemos otra pregunta: ¿Qué ocurre cuando la carta de despido, documento más importante dentro de la jurisprudencia del despido laboral, queda en papel mojado a causa de los actos posteriores que ha realizado la empresa? La apertura de una nueva ventana vulnera la carta extintiva.

Recordemos: “(...) La designación se producirá una vez descontadas las bajas producidas por la aceptación de la Entidad de las propuestas de adhesión en dicho ámbito y la consideración de las personas que, en su caso, se vean afectadas por procesos de movilidad geográfica y cambio de puesto de trabajo (...)”⁴¹.

En definitiva y a título de ejemplo orientativo, después de despedir a más de cincuenta trabajadores en la Provincia de Alicante, se establece una nueva ventana de bajas incentivadas, vulnerando la veracidad de la carta entregada a los trabajadores.

La carta de despido ya no cumple con el requisito establecido y que debe mostrar la autenticidad de los actos que justifiquen el despido⁴². Por lo que seguimos ahondando en la indefensión del trabajador en base a la no aceptación de unas pruebas que anulan o limitan su derecho de defensa. Cuestión que debería haberse corregido por el Poder Judicial.

VII. APORTACION DE SENTENCIA. OMISION DE CRITERIO DEL TRIBUNAL SUPREMO.

En el caso concreto que nos ocupa se le aporta al TSJ Valencia -Art.233 LRJS-STS de fecha 02/06/14 que es la primera sentencia que trata tras la reforma laboral de 2012 la posibilidad de diferir la indemnización a cambio de una mejora de la misma. Sentencia que no pudo ser aportada ya que su publicación fue muy posterior a la celebración del juicio.

En este sentido hemos de señalar que tras la aprobación de la Reforma Laboral dentro de los mismos Jueces y Tribunales había discrepancia y por qué no decirlo cierta inseguridad e ignorancia sobre la aplicación de los criterios del Real Decreto 3/2012 en ciertas cuestiones como es la que vamos a tratar a continuación: la indemnización diferida.

En la sentencia tras señalar que las indemnizaciones mínimas en un despido colectivo no son de derecho necesario absoluto, sino relativo, la sentencia concluye que aplicando el juicio de razonabilidad es factible diferir la indemnización a fecha de efectividad del despido (aproximadamente 15 días después) y tomando como criterio atenuante el efectivo pago de la misma.

⁴¹ Modelo de la Carta de Despido entregada por Bankia.

⁴² Sánchez, C. & Galindo, E. (2015). El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la encrucijada: Retos para la Disciplina Laboral. Editorial Laborum S.L. Capítulos XXIII y XXIV.

Seguidamente, en base a la argumentación del TS, se le solicitó al TSJ de Valencia es que en base a los criterios judiciales y al criterio de razonabilidad que indicaba la sentencia aportada se manifestara:

“(...) En concreto nos referimos al juicio de razonabilidad que expone dicha sentencia: “es doctrina consolidada de esta Sala, como recuerda especialmente la citada STS/IV 11-noviembre-2010 (rco 239/2009), que "en materia de interpretación de cláusulas de convenios y acuerdos colectivos, en cuyo esclarecimiento se combinan las reglas de interpretación de las normas con las de la interpretación de los contratos, debe atribuirse un amplio margen de apreciación a los órganos jurisdiccionales de instancia, ante los que se ha desarrollado la actividad probatoria relativa a la voluntad de las partes y a los hechos concomitantes (recientemente, manteniendo criterio iniciado por la sentencia de 20/03/97 -rco 1526/96 , las SSTS 23/06/10 -rco 215/09 ; 01/06/10 -rco 73/09 ; 01/06/10 -rco 164/09 ; 08/07/10 -rco 125/09 ; y 23/07/10 -rcud 4436/09). Pero aunque a los citados Tribunales de instancia se les atribuya esa prevalencia interpretativa, la misma se excluye cuando su conclusión interpretativa no sea racional ni lógica, o ponga de manifiesto la notoria infracción de alguna de las normas que regulan la exégesis contractual (entre las últimas, SSTS 01/06/10 -rco 164/09 ; 08/07/10 -rco 125/09 ; 13/07/10 -rco 134/09 ; 20/09/10 -rco 190/09 ; y 23/09/10 -rco 192/09); o, más sucintamente, cuando no supere un «juicio de razonabilidad» (SSTS 26/04/07 -rco 62/06 ; 27/06/08 -rco 107/06 ; 22/04/09 -rco 51/08; y 05/04/10 -rco 119/09).

*En consecuencia, en el supuesto particular concreto en que existe un acuerdo colectivo que no demora más allá de la extinción efectiva de la relación laboral el percibo de la indemnización que se ha visto sustancialmente mejorada, habiendo sido el trabajador remunerado hasta tal fecha, la licitud del acuerdo nos lleva a estimar razonable la solución dada por la sentencia recurrida. (...)*⁴³.

En el caso concreto arriba señalado se le da la razón al empresario porque estima la razonabilidad de la medida -mejor indemnización, contrastación del pago de la misma etc.- y que esta no se demora más de 15 días.

Al TSJ Valencia se le plantea que el criterio que ha aplicado Bankia no puede superar el mismo criterio de razonabilidad. El Tribunal Supremo concluye razonable el diferir la indemnización notablemente mejorada no más allá de la extinción efectiva de

⁴³ España. Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sección 1º Recurso 2534/2013, de 2 de junio de 2014.

la relación laboral; ese mismo criterio no puede considerar que supere el criterio de razonabilidad la indemnización del caso que nos ocupa, que se fracciona en dos partes, sin justificar en la carta de despido las dificultades de liquidez, -Bankia ya había cobrado la totalidad de los 24.000 millones de euros y según su página oficial en el primer trimestre del 2014 ya mostraba beneficios- la primera que se abona varios días después de la extinción efectiva de la relación laboral como ya hemos dicho con anterioridad y la segunda que:

1º.- Se difiere 18 meses -plazo poco razonable- y se condiciona una posible oferta de trabajo en un supuesto plan de recolocación.

2º.- Llegado el término de los 18 meses se le envía al trabajador un burofax indicando que no se abona alegando que el trabajador ha reclamado judicialmente contra el despido, cuestión totalmente contraria a Derecho. Burofax que le fue aportado igualmente al TSJ. La empresa interpreta de una forma muy particular la Ley indicando en el Burofax que al haber sido impugnado el despido no conoce la cantidad que finalmente tiene que pagar, en definitiva, no paga ninguna. Cantidad que perfectamente está señalada en la carta de despido, lo que se discute evidentemente llevaría a una mayor indemnización, pero nunca inferior a la señalada en la carta. Con esto evidentemente se consigue que determinados trabajadores dejen de impugnar su despido por la vía del estrangulamiento económico.

3º.- El condicionamiento aparece recogido en hechos probados tanto en la sentencia de primera instancia como en la de suplicación, “(...) *La percepción de la cuantía de este segundo pago se realizará transcurridos 18 meses desde la extinción de la relación laboral, siempre y cuando durante dicho periodo BANKIA haya ofrecido a la persona un empleo de carácter indefinido, bien de forma directa, bien a través de la Bolsa de Empleo o del Plan de Recolocación externa recogidos en el presente Acuerdo.(...)*”⁴⁴, es contrario a derecho. En este sentido se ha vinculado la indemnización y el aplazamiento a una oferta de trabajo. No conocemos ningún precepto legal que ampare tales medidas. La próxima vez el condicionamiento puede estar ligado a otras medidas: renta familiar o cualquier otro criterio más insospechado.

La contestación del TSJ de Valencia en referencia a la aportación de documentos fue:

⁴⁴ España. Tribunal Superior de Justicia Valencia. Sala de lo Social. Sentencia núm. 1631/2015, de 22 de Julio.

“(…) El primer documento aportado por la parte actora consiste en la copia de una sentencia dictada por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de fecha 2 de junio de 2014, que enjuicia y alude a otra mercantil en otro proceso colectivo distinto y no contiene doctrina dictada en asunto que se refiera a Bankia como empresa demandada, ni en modo alguno en asunto exactamente coincidente con la cuestión que se enjuicia en el presente caso, sin que exista relación directa con el que nos ocupa, sino que contiene una doctrina general. Sin que la parte que presenta el documento justifique de modo pormenorizado y adecuado como y porque se puede vulnerar un derecho fundamental, o cómo y en base a qué podía consignarse un recurso de revisión, lo que es necesario para que prospere por esta vía la pretendida admisión de documentos, por lo que no procede su admisión, sin perjuicio de que quede unido a los solos efectos ilustrativos. (…)”⁴⁵.

Es incomprensible que el TSJ Valencia acepte la sentencia a efectos ilustrativos y sin embargo no acepte la argumentación sobre la que le pedimos el juicio de razonabilidad y finalmente nos ofrezca una contestación que vulnera la Tutela Judicial Efectiva en todos los sentidos, ya que no resuelve sobre una cuestión que sí que está recogida en Hechos Probados de la Sentencia, cual es el pago de la primera parte de la indemnización un día después de la entrega de la carta de despido y el pago diferido y condicionado del resto de la indemnización.

Cierto es que el Tribunal Supremo ha cambiado de criterio y ha pasado del no se puede aplazar salvo una cuestión de razonabilidad a si se puede aplazar razonablemente. Entendemos que tanto utilizando un criterio como otro no cumple con ese criterio de prudencia que predica el TS.

Esto evidencia el desequilibrio de fuerzas entre Bankia, y todo lo que lleva detrás esta entidad, y los trabajadores despedidos forzosos, lo único que hace es perpetuar la indefensión de la parte más débil, con la vulneración del Art. 24.1 de la Constitución Española además de la vulneración de los tratados y directivas de la Unión Europea⁴⁶.

⁴⁵ España. Tribunal Superior de Justicia de Valencia. Auto de Inadmisión de nueva documentación. Recurso 535/2013, de 9 de abril 2015.

⁴⁶ Según indica el Voto Particular de la Sentencia indica que el TS ha emitido el fallo con olvido de la propia jurisprudencia de esta Sala, de los convenios y tratados internacionales suscritos por España (arts. 4 y 9 Convenio nº 158 OIT, 10.2 y 96.1 CE) e incluso de la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional que salva los puntos más conflictivos de la reforma laboral ex Ley 3/2012, de 6 de julio pero siempre que exista la posibilidad de un control judicial pleno sobre las decisiones empresariales. (art. 5.1 LOPJ, STC 8/2015 de 22 de enero).

VIII. UN APUNTE SOBRE POLÍTICA PÚBLICA: “VOTO PARTICULAR SENTENCIA BANKIA”.

Dentro del campo de las políticas públicas, éstas tratan de buscar soluciones a los problemas que tienen una colectividad, un grupo social, en definitiva, a los ciudadanos a los que van destinadas. Cuando un problema determinado pasa a formar parte de la “Agenda” lo definimos, buscamos soluciones alternativas, escogemos la que estimamos oportuna y la ejecutamos.

No obstante, no debemos olvidar que dentro de este campo de la Ciencia Política es fundamental realizar una evaluación para visualizar si nuestro planteamiento original o el problema que pretendemos solucionar se ha conseguido. Ciertamente es que las políticas, en la mayoría de los casos, se contaminan por factores externos que nos hacen difícil deslumbrar donde comienza el éxito de la misma y la intensidad del triunfo o fracaso.

Ahora bien, en el caso que estamos planteando buscamos una evaluación de impacto de una norma jurídica, que en teoría y si volvemos a nuestra hipótesis pretendía aportar las medidas posibles para evitar los despidos -flexibilidad, cambio de puestos de trabajo, reducciones de jornada etc.- y en los PDC solamente había que constatar las causas originarias que originaban el consiguiente Expediente de Regulación de Empleo.

Para valorar creo necesario analizar el Voto particular que formulan cuatro de los miembros del Tribunal Supremo en la Sentencia Bankia que hemos señalado con anterioridad. Seguidamente vamos a extraer lo que estimamos más significativo ya que como curiosidad es más extenso el voto particular que la sentencia en sí y con una fundamentación jurídica extensa y detallada.

Puntos básicos de la discrepancia.

En síntesis, dado que:

“(…) De nuevo sentimos tener que constatar y advertir que la doctrina que sienta la sentencia mayoritaria constituye otro paso más en el muy importante retroceso en las facultades de control judicial del despido, esta vez respecto de los despidos individuales derivados de un despido colectivo... solo será revisable por los órganos judiciales cuando resulte apreciable fraude de ley o abuso de derecho o cuando la selección se realice por móviles discriminatorios con olvido, de nuevo, de la propia jurisprudencia de esta Sala, de los convenios y tratados internacionales suscritos por España (arts. 4 y 9 Convenio nº 158 OIT, 10.2 y 96.1 CE) e incluso de la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional que salva los puntos más conflictivos de la

reforma laboral ex Ley 3/2012, de 6 de julio pero siempre que exista la posibilidad de un control judicial pleno sobre las decisiones empresariales. (art. 5.1 LOPJ, STC 8/2015 de 22 de enero).

(...) La sentencia en concreto contradice al propio Tribunal Constitucional (STC 8/2015 de 22 de enero , sobre la reforma ex Ley 3/2012 en la que se indicaba que los jueces podrían fiscalizar toda la actividad empresarial en el transcurso de los ERE) a la propia Jurisprudencia de este Tribunal y a las Directivas Europeas ya que con la tesis adoptada en la sentencia que objetamos, los jueces y tribunales no van a poder controlar jurisdiccionalmente un despido ex art. 51 ET en orden a la concreta elección del trabajador despedido, si resulta que el empresario no tiene ni siquiera que escuetamente reflejar los motivos de su elección en la carta del despido, y puede permitirse también el lujo de comunicar el despido sin indicarle al trabajador despedido que criterio de selección le ha llevado a incluirlo en el despido colectivo, como resulta en el presente supuesto, en el que se afirma con rotundidad en la sentencia mayoritaria , por lo que si el trabajador no lo conoce tampoco lo va a conocer el órgano judicial que no podrá determinar, aunque no se discutan en el litigio los criterios generales de selección adoptados por el empresario o convenidos con la representación de los trabajadores, la posible regularidad aplicativa de dichos criterios generales a la concreta elección del trabajador despedido, es decir, como establece el citado art. 3.3.v) Directiva 98/59/CE "los criterios tenidos en cuenta para designar a los trabajadores que vayan a ser despedidos.

(...) En la sentencia mayoritaria, sin motivar el cambio de criterio y sin afirmar que se cambia el mismo”, se está realmente cambiando, (por motivos esencialmente literales y formales, así como de dimensionamiento de la carta de despido) “la doctrina contenida en diversas sentencias de esta Sala de casación, con merma, entendemos, de la igualdad, seguridad jurídica y de la tutela judicial efectiva ex arts. 9, 10 y 24 CE.

(...) Todos los despedidos de Bankia lo han sido empleando el mismo modelo de carta ¿Es posible con la lectura de tales extremos de la carta de despido (“De conformidad con la aplicación de dichos criterios de afectación dentro del ámbito provincial o agrupación/unidad funcional en la que Vd. presta servicios y como consecuencia de las razones expuestas, le comunico que se ha decidido proceder a la extinción de su contrato de trabajo con efectos del día...”) poderle explicar con acierto al trabajador afectado, incluso por un jurista experto, el motivo por el qué ha sido elegido por la empresa y no lo ha sido otro trabajador? ¿Basta con remitir la misma

carta a todos los despedidos para que entienda cada uno de los afectados, con relación a los demás, el motivo de su selección?, ¿Puede el trabajador afectado defenderse adecuadamente y el Juez controlar razonablemente la decisión empresarial?

(...) Entendemos, sinceramente, que es muy difícil dar una respuesta afirmativa, salvo que, como parece deducirse de la sentencia mayoritaria, esa no fuera realmente la cuestión debatida a pesar de lo que afirma, sino que realmente es que no hay que especificarle nada al trabajador acerca de los motivos por los que ha sido elegido y sin que ello le genere indefensión, bastando, de hecho, con comunicarle la fecha del despido de no cuestionarse otros extremos. ¿Para qué sirve entonces la carta de despido en estos casos, de no cuestionarse otros extremos?

(...) No compartimos tampoco, evidentemente, dado que por esta Sala de casación hasta ahora, que conozcamos, se había afirmado, ni entendemos que tenga soporte alguno normativo, el que era al trabajador a la parte procesal a la que le incumba la prueba de acreditar los motivos por lo que ha sido despedido aunque para ello tuviera que utilizar actos preparatorios para integrar la carta de despido con las derivadas consecuencia en el proceso; por ello, rechazamos jurídicamente la afirmación contenida en la sentencia mayoritaria que cuestionamos (...)⁴⁷.

El núcleo del debate, como se afirma en ella, se cuestionaba si había que indicar en la carta de despido la aplicación de los criterios de selección al caso concreto y no solamente la existencia de la causa extintiva ni los criterios generales de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo.

Finalmente, el voto particular indica que no se debió de aceptar el recurso planteado por Bankia y que debía de haberse desestimado en su totalidad.

Si realizamos una lectura comprensiva de la parte que hemos extractado nos damos cuenta que lo único que se ha conseguido es incrementar esa diferencia de poder que hay en la relación empresa-trabajador.

Nos encontramos con un ERE en el que la empresa ha actuado de manera arbitraria amparado en una norma que pretendía en su preámbulo y exposición de motivos evitar los despidos. Dicho de otra forma, todos los despedidos de Bankia y afectados se han enterado de esa supuesta evaluación en el acto del juicio y la norma se lo ha permitido indicando que no se ha sufrido indefensión. Es innumerable toda la

⁴⁷ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Pleno. Sentencia 219/2016, de 15 de marzo. Voto Particular.

jurisprudencia del propio Tribunal Supremo que cita el voto particular que contradice la propia sentencia.

En definitiva, la Ley 3/2012 de Medidas Urgentes para la Reforma Laboral, ha servido para incrementar los despidos incluso se han superado a los puestos de trabajo creados durante el periodo de expansión, por lo que se ha utilizado la reforma para aligerar empresas y despedir a los trabajadores que estimaron oportuno.

El voto particular se ha manifestado ampliamente en cuanto a la merma judicial para los trabajadores que supone la aplicación de la reforma laboral sobre todo en los Art. 9, 10 y 24 CE. No olvidemos que es el empresario quién en la negociación ha puesto un criterio para evaluar quien se va y quien se queda. Indica la Sentencia que la empresa no debe informar de cómo se le han aplicado los criterios al trabajador al contrario de lo que indica el voto particular.

Si esos criterios no se indican en la carta de despido no podrán ser fiscalizados judicialmente y no se podrá saber si la empresa los aplica de forma correcta o de forma torticera en función de sus intereses. Todo esto contradice al propio Tribunal Constitucional, Jurisprudencia del Tribunal Supremo y la Normativa Europea tal como indica el voto particular.

Puede una política pública basada en una norma cuya exposición de motivos indica que la presente ley trata de proporcionar esa flexibilidad para que el despido sea la última medida extrema, permitir que en un ERE que finalmente ha afectado a más de 5000 personas, ninguna de ellas conozca ciertamente porqué ha sido elegida ella y no el compañero de al lado, más teniendo en cuenta que se había pactado un sistema de elección para las desvinculaciones. Entendemos ciertamente que no debe ser así. En este sentido son dignas de mención las palabras de Eduardo Rojo, Catedrático de la UAB, cuando al analizar dicha sentencia indica:

“(...) Es una sentencia importante y que hasta ahora no ha merecido especial atención, pero que sin duda debería merecerlo. ¿Será utilizada por las empresas? ¿Mantendrá este criterio el TS en posteriores sentencias? ¿Cómo se manifestarán los Juzgados de lo Social y los TSJ cuando conozcan de casos como el ahora resuelto? Y la pregunta más importante, y que de momento sólo dejo planteada, aunque no dudo que los lectores y lectoras intuyen mi respuesta: ¿hacia dónde se encamina la doctrina del TS cuando aborda la protección de los derechos laborales?”⁴⁸.

⁴⁸ Rojo, E. (2016). ¿Conoce cada trabajador despedido de Bankia, tras un procedimiento de despido colectivo pactado, la razón concreta, la motivación, el criterio de selección, de su despido, aunque no

La conclusión es evidente, el Real Decreto 03/2012 impide a los jueces investigar si realmente un trabajador que es despedido a través de un ERE lo es de forma justificada o por la arbitrariedad de la empresa. Esto convierte a los jueces en actuarios de la existencia de unos hechos sin que pudieran realizar la labor o función constitucional de comprobar la proporcionalidad de la decisión. La resolución judicial requiere que se incorpore el razonamiento para valorar la decisión como ajustada o no a derecho.⁴⁹

La Ley contradice prácticamente al criterio del 80% del criterio de los Jueces de lo Social, a gran número de los miembros de los Tribunales Superiores de Justicia y casi al 40 % de los Magistrados del Tribunal Supremo que les ha llevado a formular el Voto Particular, según los datos de la Comisión de Despedidos de Bankia y publicados por los medios de comunicación: “(...) *Casi la totalidad de las demandas han sido avaladas por los jueces de instancia y por los Tribunales Superiores de Justicia (TSJ) de Madrid, Valencia y Canarias, que concentran la mayoría de casos, una tendencia que suelen seguir los tribunales con las reclamaciones individuales en los ERE con acuerdo y que ahora el Supremo topa. (...)*”⁵⁰. ¿Estaban equivocados al interpretar la norma jurídica la práctica totalidad de los jueces y magistrados del territorio nacional?

IX. CONCLUSIONES.

Una vez realizado el correspondiente estudio, y a la vista de los hechos que hemos estado manifestando cabe preguntarnos si la Ley 3/2012, realmente ha cumplido con los fines para que en un principio fue pensada o, como se indica en algunos círculos, no es más que una nueva vuelta de tuerca y recorte a una serie de derechos que los trabajadores habían adquirido, no sin esfuerzo, durante el paso de los años.

Aparentemente y si hacemos caso al preámbulo y a la exposición de motivos, dicha norma se crea en plena crisis económica para establecer un cauce distinto a la destrucción de empleo que se estaba produciendo por aquellos momentos. Se trata de

aparezca en la carta de despido? Sí para el TS (y nuevamente con voto particular radicalmente discrepante de cuatro magistrados). Notas a la sentencia de 15 de marzo de 2016 (y II). diciembre 23, 2016, de Bloc de Eduardo Rojo. Consultada 8 de agosto 2016. Disponible en: http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/04/conoce-cada-trabajador-despedido-de_2.html

⁴⁹ Dominguez, A.E. (2015). Del control judicial de los despidos por necesidades empresariales tras la reforma laboral de 2012: Alcance, Estado Actual y Críticas. Revista IUS LABOR 03/2015.

⁵⁰ Serraller, M. (2016, marzo 29). Supremo: No se podrá recurrir individualmente un ERE con acuerdo. Diario Expansión, p.5. Consultada el 04 de enero de 2017. Disponible en <http://www.expansion.com/economia/2016/03/29/56fa64b7ca474132768b463e.html>

obtener una mezcla de plasticidad y seguridad. De momento y tal como hemos señalado con anterioridad, no está demostrado que dichas reformas hayan contribuido a frenar esa destrucción de empleo o han sido los factores externos los determinantes de la recuperación.

Los estudios realizados por agentes sociales basados en variables económicas no dan a entender que la restitución del empleo tenga relación directa a la aprobación de la Reforma Laboral. Ahora bien, lo que nadie puede negar es que el porcentaje de nuevos contratos que se han generado en esta “supuesta recuperación” corresponden a contratos de empleo precario, temporales y que no garantizan la existencia digna de muchos trabajadores de nuestro estado.

Si retomamos las hipótesis que nos habíamos planteado al comienzo del presente estudio podemos llegar a las siguientes conclusiones:

- 1- Con referencia a la carta de despido dentro de los Procedimientos de Despido Colectivo, nos reafirmamos en la idea que el documento ha dejado de ser la base con el que el trabajador articulaba su defensa. Hemos observado que la entidad ha limitado su discrecionalidad a la hora de escoger a los trabajadores despedidos, pero según el TS esas características subjetivas no hay que incluirlas en el documento. Solamente hay que señalar la causa originaria. La carta igualmente ha sido incumplida en el pago de la indemnización, alegando la parte demandada, que se había recurrido el despido y no conocía la cantidad que tenía que satisfacer, cantidad que consta específicamente en el documento. Se utiliza un derecho fundamental del trabajador -acudir a los tribunales- para ignorar el pago.

Además, se ha vulnerado el iter procedimental que se establecía para las desvinculaciones en el ERE que igualmente estaba reflejado en el documento.

El cumplimiento del convenio del ERE por parte de Bankia ha supuesto la indefensión de los trabajadores despedidos, en estos casos, si cabe de forma más evidente cuando, al aportar en tiempo y forma las pruebas de los incumplimientos que dejan la motivación de la carta en papel mojado los tribunales niegan u omiten una resolución motivada sobre esos incumplimientos a la que se tiene derecho según el Art. 24 CE.

- 2- En los casos en los que el Expediente de Regulación de Empleo termine con acuerdo no es necesario entregar copia de las cartas de despido a los representantes de los trabajadores. El Tribunal Supremo en la Sentencia

281/2016 que hemos señalado indica que la representación sindical tiene derecho a tener esa información para poder controlar los actos de la empresa y evitar actos abusivos o que vayan contra derecho y para ello se crean las comisiones de seguimiento, como ha ocurrido en el presente caso. Basta señalar que la gran mayoría de los despidos que se realizaron en mayo de 2013 fueron comunicados por un correo electrónico a la comisión a finales de septiembre, cuando el plazo para interponer las demandas había expirado. Los diferentes órganos judiciales no reestablecen estas situaciones y estos desequilibrios mermando las posibilidades de defensa de los trabajadores.

- 3- El RD 03/2012 no ha servido para potenciar esa flexibilidad empresarial, dejando el despido como última alternativa posible. Lo realmente claro, es que la Reforma Laboral ha servido para que ciertas empresas consigan despedir a sus trabajadores con unas menores indemnizaciones. Todo esto avalado por una Ley que ha permitido que el propio trabajador despedido no conozca los motivos del mismo. Por el tamaño de la empresa y al no facilitársele información no ha podido hacer ese juicio comparativo quedando obligado a alegar discriminación. En definitiva, el Real Decreto 03/2012 ha dañado directamente el Derecho a la Tutela Judicial Efectiva e indirectamente el Derecho al Trabajo.

Aparentemente esto no iba a ocurrir puesto nuestro Tribunal Constitucional en su sentencia 8/2015 frente a un recurso interpuesto por el grupo parlamentario socialista y grupo parlamentario izquierda plural, dejaba bastante claro, incluso con apoyo de la abogacía del Estado, que el poder judicial siempre estaría ahí para evitar cualquier actuación empresarial que restringiera los derechos de los trabajadores hasta ese momento.

- 4- Igualmente, relacionado con las políticas públicas, estimamos que ha quedado demostrado que la Ley 3/2012, de Medidas Urgentes para la Reforma Laboral, ha hecho una intromisión clara dentro del campo del poder judicial, en primer lugar, le ha privado a los Tribunales de revisar en profundidad las impugnaciones individuales, ya que ha servido de guía para dictar los veredictos de las sentencias sin que el órgano judicial pueda cuestionar cualquier otro argumento. El juez se limita a afirmar la existencia de unos hechos y en base a esos es guiado fatalmente al pronunciamiento de la sentencia que inexorablemente solamente puede ser uno. Ya no se juzga si la medida es proporcional al fin que se quiere conseguir y si realmente los despidos sirven

para algo.⁵¹ En el caso concreto que estamos hablando finalmente ha habido más de 500 despidos forzosos y más de mil bajas voluntarias rechazadas.

- 5- Por otra parte, hemos verificado que todos los despedidos a día de hoy todavía no conocen el motivo por lo que lo han sido. Es contundente el voto particular de la sentencia del Tribunal Supremo 219/2016, de 15 de marzo, cuando ratifica que el trabajador no conoce las razones de su despido y si él no las conoce tampoco será conocida por los órganos judiciales. Todo esto choca ya que parecía lógico que, si la ley aligeraba administrativamente la aprobación de los expedientes de regulación de empleo, se viera reforzada la actuación de la justicia en cuanto a la defensa de las impugnaciones individuales. Cosa que no ha sucedido.

El evidente desequilibrio de fuerzas entre Bankia, y todo lo que lleva detrás esta entidad, y los trabajadores despedidos lo único que hace es perpetuar la indefensión de la parte más débil, con la vulneración continua del art. 24.1 de la Constitución Española además de la vulneración de los tratados y directivas de la Unión Europea⁵². Decía un profesor de nuestra Facultad que “cuando en una relación asimétrica de poder incluyes una mayor dosis de libertad, lo que realmente creas es desigualdad”.

Para finalizar estimamos oportunas las palabras de Joan Coscubiela, diputado en Cortes y relevante miembro sindicalista: *“(...) Y en los últimos tiempos la ofensiva para decantar el Tribunal Supremo a favor de una interpretación restrictiva de los derechos de los trabajadores ha entrado en el terreno del cuerpo a cuerpo. La colonización de la Sala Social del Tribunal Supremo por parte de los grandes despachos de abogados, a partir de la renovación de sus Magistrados ha llevado consigo cambios importantes en la doctrina del Tribunal Supremo, en consonancia con la concepción impuesta en el Tribunal Constitucional por su Presidente. Los derechos fundamentales de los trabajadores han pasado en la práctica a estar sometidos a los intereses económicos de*

⁵¹ Dominguez, A.E. (2015). Del control judicial de los despidos por necesidades empresariales tras la reforma laboral de 2012: Alcance, Estado Actual y Críticas. Revista IUS LABOR 03/2015.

⁵² Según indica el Voto Particular de la Sentencia indica que el TS ha emitido el fallo con olvido de la propia jurisprudencia de esta Sala, de los convenios y tratados internacionales suscritos por España (arts. 4 y 9 Convenio nº 158 OIT, 10.2 y 96.1 CE) e incluso de la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional que salva los puntos más conflictivos de la reforma laboral ex Ley 3/2012, de 6 de julio pero siempre que exista la posibilidad de un control judicial pleno sobre las decisiones empresariales. (art. 5.1 LOPJ, STC 8/2015 de 22 de enero).

*las empresas y a las necesidades de competitividad de la economía nacional. En la práctica una **reforma constitucional encubierta***⁵³.



⁵³ Coscubiela, J. (2016). REFORMA LABORAL: Por Tierra, Mar y Aire. Consultada 22 junio 2016, de El Bloc de Coscu. Disponible en: <http://www.joancoscubiela.cat/2016/03/reforma-laboral-por-tierra-mar-y-aire.htm>

X. FUENTES CONSULTADAS.

10.1. BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez E. & Tur, R. (2016). Derecho Constitucional. Madrid. Editorial Tecnos. Pp. 447-460.
- Arias A. Tres años de Reforma del despido colectivo. Editorial Dykinson. Madrid 2015. P.18.
- Balaguer, F. (2011). En Introducción al Derecho Constitucional. Madrid. Editorial Tecnos. Pp. 424-430.
- Moreno, V. (Dir.). (2008). Esquemas de Derecho Procesal Laboral. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- Sánchez, C, Galindo E. 2015. El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la encrucijada: Retos para la Disciplina Laboral. Editorial Laborum S.L. Capítulos XXIII y XXIV.
- Dominguez, A.E. (2015). Del control judicial de los despidos por necesidades empresariales tras la reforma laboral de 2012: Alcance, Estado Actual y Críticas. Revista IUS LABOR 03/2015.

10.2 RECURSOS WEB.

- Agustí, J. “la exigencia informativa en la comunicación individual de la extinción por despido colectivo ex artículo 51.4 et una reflexión respecto de las recientes –y contradictorias- sentencias del TSJ Madrid 9/1/2014 y del TSJ Castilla-León 16/1/2014 relativas al despido de Bankia”. Revista Ius Labor, nº 1/2014. Consultada 22 septiembre de 2016. Disponible en Web https://www.upf.edu/iuslabor/_pdf/2014-1/Agusti.pdf
- Coscubiela, J. (2016). REFORMA LABORAL: Por Tierra, Mar y Aire. Consultada 1 diciembre 2016, de El Bloc de Coscu. Disponible en: <http://www.joancoscubiela.cat/2016/03/reforma-laboral-por-tierra-mar-y-aire.htm>
- España. Tribunal Constitucional. Sentencia Nº 48/1984 de 4 de abril. Citado en Página Oficial del Congreso de los Diputados. (2003, actualiz. 2011). ORTEGA GUTIÉRREZ, David. Sinopsis artículo 24, Consultada el 14 de agosto de 2016. Disponible en: <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=24&tipo=2>
- Informe pericial Diligencias Previas 59/2012. Juzgado Central de Instrucción Nº 4. Peritos Banco de España. Consultada 14 marzo de 2016. Disponible en

<http://www.lavanguardia.com/economia/20141204/54421086805/informe-pericial-completo-sobre-las-cuentas-de-bankia.html>

- Nuñez P. (2015, noviembre 4). ¿Puedo alegar hechos o proponer medios de prueba nuevos después del juicio? y ¿aportar un recorte de prensa. El laboralista. Consultada el 11 septiembre de 2016 en <http://blog-ellaboralista.blogspot.com.es/2015/11/puedo-alegar-hechos-o-proponer-medios.html>
- Rojo, E. (2016). ¿Conoce cada trabajador despedido de Bankia, tras un procedimiento de despido colectivo pactado, la razón concreta, la motivación, el criterio de selección, de su despido, aunque no aparezca en la carta de despido? Sí para el TS (y nuevamente con voto particular radicalmente discrepante de cuatro magistrados). Notas a la sentencia de 15 de marzo de 2016 (y II). Diciembre 23, 2016, de Bloc de Eduardo Rojo. Consultada 8 agosto 2016. Disponible en: http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/04/conoce-cada-trabajador-despedido-de_2.html
- Serraller, M. (2016, marzo 29). Supremo: No se podrá recurrir individualmente un ERE con acuerdo. Diario Expansión, p.5. Consultada el 04 de enero de 2017. Disponible en <http://www.expansion.com/economia/2016/03/29/56fa64b7ca474132768b463e.html>
- Texto del acuerdo definitivo del Expediente de Regulación de Empleo en Bankia, (2013) de CGT Bankia. Consultada 22 junio 2016. Disponible en <http://www.cgtbody.com/documentaci%C3%B3n/eres/>

10.3 LEGISLACIÓN.

- Constitución Española. Boletín Oficial del Estado. BOE núm. 311 de 29 de diciembre de 1978.
- Real Decreto Ley 3/2012 de 10 de febrero de Medidas Urgentes para la Reforma Laboral. Publicado en BOE N° 36 en 11 de febrero de 2012. Preámbulo.
- Real Decreto Ley 3/2012 de 10 de febrero de Medidas Urgentes para la Reforma Laboral. Publicado en BOE N° 36 en 11 de febrero de 2012. Exposición de motivos.
- Ley 36/2011 de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. Publicado en BOE N° 245 de 11 de octubre de 2011.

10.4 JURISPRUDENCIA, SENTENCIAS Y OTRAS PROVIDENCIAS JUDICIALES.

- España. Tribunal Constitucional. Sentencia 99/1985 de 30 de septiembre. BOE núm. 256 de 5 de noviembre de 1985.
- España. Tribunal Constitucional. Sala 2ª. Sentencia N° 173/2002 de 9 de octubre. BOE N° 225 de 24 de octubre.
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Pleno. Sentencia 219/2016 de 15 de marzo.
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sección 1ª Sentencia N° 281/2016 de 7 de abril.
- España. Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sección 1º Recurso 2534/2013 de 2 de junio de 2014.
- España. Tribunal Supremo. Sala de lo Social Sección 1ª. Recurso 1731/2014 de 12 de mayo de 2015.
- España. Audiencia Nacional (Sala de lo Social) Sentencia N° 4/2014 de 16 de enero sobre la aplicación de ERE en Bankia.
- España. Tribunal Superior de Justicia Castilla-León. Sala de lo Social Sección 1ª. Sentencia 665/2013 de 18 de diciembre.
- España. Tribunal Superior de Justicia Cataluña. Sala de lo local. Sentencia Recurso 7364/2014 de 27 de febrero de 2015.
- España. Tribunal Superior de Justicia de Extremadura. Sala de lo Social Sección 1ª. Sentencia 476/2014 de 30 de septiembre.
- España. Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Sala de lo Social Sección 5ª. Sentencia 891/2013 de 14 de octubre.
- España. Tribunal Superior de Justicia País Vasco (Sala de lo Social. Sección 1º). Sentencia 495/2015 de 17 de marzo.
- España. Tribunal Superior de Justicia de Valencia Sala de lo Social. Sentencia N° 163/2015 de 22 de Julio.
- España. Juzgado de lo Social N° 12 de Madrid. Sentencia 438/2014 de 7 de noviembre.

10.5 OTRA DOCUMENTACIÓN.

- Modelo de la Carta de Despido entregada por Bankia.
- Texto íntegro del anuncio publicado en la intranet de Bankia anunciando la nueva apertura de bajas incentivadas voluntarias.

- Juzgado Central de Institución N° 4 Audiencia Nacional. Auto Admisión. Diligencias Previas N° 59/2012.
- Tribunal Superior de Justicia de Valencia. Auto de Inadmisión de nueva documentación. Recurso 535/2013 de 17 de febrero 2015.
- Escrito de Oposición a aportación de nuevos documentos realizado por Bankia que da lugar a Auto de Inadmisión de documentación.



