

UNA APROXIMACIÓN AL DESPIDO COLECTIVO COMO MEDIDA DE REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL TRAS LAS ÚLTIMAS REFORMAS LABORALES

CAROLINA GALA DURÁN

*Catedrática acreditada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Barcelona*

Fecha de recepción: 21-10-2013

Fecha de aceptación: 11-11-2013

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. ASPECTOS GENERALES DE LA NUEVA REGULACIÓN DEL DESPIDO COLECTIVO. 3. TIPOS DE DESPIDO COLECTIVO, CONCEPTO Y CAUSAS JUSTIFICATIVAS. 4. EL PROCEDIMIENTO DE DESPIDO COLECTIVO. 4.1. Iniciativa y comunicación de la apertura del período de consultas. 4.2. La memoria explicativa. 4.3. El período de consultas. 4.3.1. Objetivo y contenidos. 4.3.2. La configuración de las partes. 4.3.3. El desarrollo del período de consultas. 4.3.4. El papel de la autoridad laboral. 4.3.5. La finalización del período de consultas. 4.3.6. El papel de la Inspección de Trabajo. 4.3.7. La notificación individual de los despidos. 5. LA IMPUGNACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO COLECTIVO: SUJETOS LEGITIMADOS Y TRAMITACIÓN. 6. DESPIDO COLECTIVO Y OBLIGACIONES EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL. 7. CONCLUSIONES FINALES.

RESUMEN: Uno de los objetivos esenciales de las reformas laborales que se han aprobado en los últimos años ha sido ampliar el alcance de las medidas de reestructuración empresarial, destinadas a facilitar que una empresa, ante una situación de crisis, pueda adaptar las condiciones de trabajo de sus trabajadores. Medidas que, por otra parte, presentan un alcance diverso y que permiten tanto la modificación de las condiciones laborales (funciones, salario, jornada...), como la suspensión temporal de los contratos o el despido de los trabajadores. El objetivo de este trabajo es analizar, con cierto detalle, una de las vías de reestructuración empresarial más conocidas en la práctica empresarial, que se ha visto facilitada en los últimos años y que comporta graves consecuencias para los trabajadores afectados: el despido colectivo o expediente de regulación de empleo. De este modo, se analizan los importantes cambios introducidos en este ámbito, especialmente por la reforma laboral de 2012, tanto

desde la perspectiva sustantiva como procedimental, así como los criterios judiciales que están interpretando (y reinterpretando) el vigente marco legal.

ABSTRACT: One of the essential goals of the labor reforms that have been adopted in recent years has been to expand the scope of business restructuring measures aimed at facilitating a business, in a situation of crisis, can adapt their working conditions workers. Measures the other hand, present a diverse range allowing both the change of working conditions (functions, salary, hours...) and the temporary suspensions of contracts or dismissal of workers. The aim of this paper is to analyze, in some detail, on of the ways known corporate restructuring in business practice, which has been facilitated in recent years and that this has serious consequences for affected workers: collective dismissal. So we analyze the major changes in this area, especially in the 2012 labor reform, both substantive and procedural perspective and judicial criteria are interpreting (and reinterpreting) the existing legal framework.

PALABRAS CLAVE: reestructuración empresarial, despido.

KEYWORDS: corporate restructuring, dismissal.

1. INTRODUCCIÓN

La grave crisis económica que está viviendo nuestro país desde hace unos años ha venido acompañada de la aprobación de varias reformas laborales -años 2010¹, 2011² y 2012³- que, al margen de compartir elementos formales -una discutible aprobación de urgencia vía Real Decreto-Ley-, y su enorme trascendencia, incorporan aspectos comunes; diferenciándose, no obstante, en el grado de intensidad con el que se incide en determinadas figuras laborales clave (si comparamos la reforma laboral del año 2010 con las posteriores).

Reformas laborales que, además, han afectado, de una forma muy importante, a instituciones esenciales del Derecho del Trabajo, tanto desde la perspectiva individual como colectiva, y que han hecho que la fisonomía de dicha disciplina haya variado, acercándose más a las necesidades e intereses de la empresa en ámbitos como, por ejemplo, la posible modificación de las condiciones de trabajo de los trabajadores (nueva regulación de la movilidad funcional y geográfica y, sobre todo, de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, que está permitiendo actualmente sustanciales rebajas salariales y/o cambios en la jornada de trabajo de los

1 RDL 10/2010, de 16 de junio, y Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

2 RDL 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva.

3 RDL 3/2012, de 10 de febrero, y Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Téngase en cuenta que, a las reformas laborales citadas, cabe sumar otras normas (bastantes) que se han ido aprobando entre los años 2010 y 2013 y que han afectado cuestiones muy relevantes como el fomento del empleo juvenil, la intermediación laboral, la contratación o el despido. Sobre el alcance de la reforma laboral de 2012, vid, entre otros, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, "Flexibilidad interna y externa en el Real Decreto-Ley 3/2012", *Diario La Ley*, núm. 7833, 2012; M.E. CASAS BAAMONDE, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER y F. VALDÉS DAL-RÉ, "La nueva reforma laboral", *Relaciones Laborales*, núm. 5, 2012 (La Ley 2639/2012); A. BLASCO PELLICER, L.M. CAMPS RUIZ, J.M. GOERLICH PESET, R. ROQUETA BUJ y T. SALA FRANCO, *La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 3/2012*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012; I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y J.R. MERCADER UGUINA, *Reforma laboral 2012*, Lex Nova, 2012; S. DEL REY GUANTER (Dir.), *La reforma del mercado de trabajo y su impacto en el sistema de relaciones laborales*, Ed. La Ley, Madrid, 2013; A.V. SEMPERE NAVARRO y R. MARTÍN JIMÉNEZ, *Claves de la reforma laboral*, Aranzadi, Madrid, 2012; y M.M. MIRÓN HERNÁNDEZ e I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ (Coord.), *Últimas reformas en materia laboral, Seguridad Social y en el proceso laboral*, Ed. Huygens, Barcelona, 2013.

trabajadores...), la negociación colectiva (la nueva regulación de la ultraactividad de los convenios colectivos o de la inaplicación o descuelgue del convenio colectivo prevista en el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores⁴...), la suspensión del contrato y la reducción temporal de la jornada de trabajo (nueva redacción del artículo 47 del ET) o el despido (a través de la supresión casi total de los salarios de tramitación, la reformulación parcial del despido por causas objetivas recogido en el artículo 52.d) del ET, la nueva configuración del despido colectivo...).

Cabe tener muy presente, por otra parte, que todas esas medidas tienen en común el que están dirigidas a facilitar, en mayor o menor grado, que una empresa pueda llevar a cabo, siempre que se den las causas justificativas previstas legalmente -definidas en algunos casos de la misma manera-, una modificación o reestructuración de las condiciones laborales de sus trabajadores, ya se concrete ésta, por ejemplo, en el traslado de una parte de la plantilla (artículo 40 del ET), una reducción salarial y/o una modificación de la jornada de trabajo (vía artículos 41 o 82.3 del ET, según el caso), la suspensión temporal de los contratos de trabajo o la reducción temporal de la jornada (artículo 47 del ET) o el despido de parte o la totalidad de la plantilla [artículos 51 y 52.c) del ET]. Medidas que, además, no se excluyen entre sí, por lo que es posible su uso combinado, según las circunstancias presentes en cada supuesto (así, en la práctica es posible encontrar empresas que han procedido simultáneamente al despido de una parte de la plantilla mediante un despido colectivo <artículo 51 del ET> y a una reducción del salario del resto, vía artículo 41 o 82.3 del ET).

En definitiva, la normativa laboral contempla diversas medidas -que han sido ampliadas, facilitándose su uso tras la reforma laboral de 2012-, que permiten que, ante la presencia de “causas empresariales” justificadas (económicas, técnicas, productivas u organizativas) que requieren o exigen proceder a una reestructuración de las condiciones laborales existentes hasta ese momento en la empresa, ésta pueda adoptar las decisiones oportunas.

Partiendo de ello, el objetivo de este trabajo es analizar con un cierto detalle una de esas medidas de reestructuración empresarial, la más conocida probablemente, que ha sido aplicada, por desgracia, con frecuencia en los últimos años y, sin duda alguna, la de mayor gravedad desde la perspectiva de los propios trabajadores afectados: nos referimos al caso del despido colectivo o expediente de regulación de empleo.

⁴ RD Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en adelante ET

2. ASPECTOS GENERALES DE LA NUEVA REGULACIÓN DEL DESPIDO COLECTIVO

En este concreto ámbito, el primer elemento que resulta destacable es que el despido colectivo ha sido objeto de importantes modificaciones legales en los últimos tres años⁵, que se iniciaron con el RDL 10/2010, de 16 de junio, y la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, se intensificaron, con posterioridad, con el RDL 3/2012, de 10 de febrero, y la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral⁶, y que han concluido, al menos de momento, con el reciente RDL 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social. Modificaciones legales que han construido un nuevo modelo de despido colectivo que se caracteriza, desde una perspectiva global, por las siguientes notas:

1^a) La supresión del trámite de autorización del despido por parte de la autoridad laboral competente, salvo en el caso de fuerza mayor⁷; lo que hace que ya no nos encontremos ante un procedimiento administrativo sino ante un proceso de naturaleza

⁵ Sobre la evolución de estas reformas, A.V. SEMPETE NAVARRO, “La reglamentación del Despido Colectivo”, *Aranzadi Social*, núm. 8, 2012 (formato electrónico), pp. 2 y ss.

⁶ Al respecto, entre otros: A. BLASCO PELLICER, “La extinción del contrato de trabajo en el RDL 3/2012”, en A. BLASCO PELLICER, L.M. CAMPS RUIZ, J.M. GOERLICH PESET, R. ROQUETA BUJ y T. SALA FRANCO, *La reforma...*, cit. pp. 163 y ss.; J.M. GOERLICH PESET, “La extinción del contrato de trabajo en el Real Decreto-Ley 3/2012”, en I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y J.R. MERCADER UGUINA, *Reforma...*, cit. pp. 297 y ss.; M. MIÑARRO YANINI, “La flexibilización del despido colectivo por la Ley 3/2012 y su incidencia en la formulación de las causas justificantes: voluntad liberalizadora versus límites jurídicos y función judicial”, *Relaciones Laborales*, núm. 19-20, 2012 (formato electrónico), pp. 1 y ss.; J. CABEZA PEREIRO, “La supresión de la autorización administrativa en los despidos colectivos”, *Revista de Derecho Social*, núm. 57, 2012, pp. 183 y ss.; E. GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, “El despido colectivo”, *Relaciones Laborales*, núm. 23, 2012 (formato electrónico), pp. 1 y ss.; A.V. SEMPETE NAVARRO, “La reglamentación...”, cit. pp. 5 y ss.; D. TOSCANI GIMÉNEZ, “Las reformas llevadas a cabo en el régimen jurídico del despido por la reforma laboral de 2012”, *Relaciones Laborales*, núm. 19-20 (formato electrónico), pp. 5 y ss.; J. APARICIO TOVAR, J., “Las causas del despido basadas en necesidades de funcionamiento de la empresa”, *Revista de Derecho Social*, núm. 57, 2012, pp. 149 y ss.; y B. VARELA AUTRÁN, “El despido colectivo en la nueva reforma laboral”, *Diario La Ley*, núm. 7866, 2012 (La Ley 5496/2012), pp. 1 y ss.

⁷ A. BLASCO PELLICER, “La extinción...”, cit. pp. 163, 167 y 168. Respecto a los antecedentes en esta cuestión, J.M. GOERLICH PESET, “La extinción...”, cit. pp. 303-304. *Vid* también, con distintas perspectivas, J. CABEZA PEREIRO, “La supresión...”, cit. pp. 183 y ss., M.E. MARTÍN MORETA, “La autorización administrativa en el despido colectivo. La supresión de la autorización administrativa de los despidos colectivos”, *Aranzadi Social*, núm. 9, 2013 (BIB 2013/19), pp. 1 y ss.; y D. TOSCANI GIMÉNEZ, “Las reformas...”, cit. p. 6.

no administrativa que exige el cumplimiento de ciertos trámites, recogidos en el artículo 51 del ET y en el RD 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada⁸. Si el despido afecta a trabajadores de 50 o más años en empresas con beneficios también resulta aplicable lo previsto en la disposición adicional 16ª de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social. En la redacción dada por la modificación introducida por el art. 10 del RDL 5/2013 de 15 de marzo.

Cabe tener presente, sin embargo, que la desaparición de la autorización administrativa también comporta una reducción importante y la transformación del papel que juega la autoridad laboral en este marco, reconociéndole la nueva regulación exclusivamente las funciones de mediación, advertencia, recomendación y asistencia. Funciones que, por otra parte, sólo puede ejercer de una forma limitada, ya que, de hecho, la autoridad laboral no puede suspender ni paralizar un proceso de despido colectivo.

2ª) Se ha reducido, de una manera relevante, el poder de negociación e influencia de los representantes de los trabajadores, por cuanto al no existir ya la necesidad de una autorización administrativa, la empresa puede ahora, si se da la causa justificativa del despido y se sigue la tramitación correspondiente, llevar siempre a término su decisión inicial de despedir a los trabajadores. Se ha facilitado, en definitiva, el recurso por parte de la empresa a esta modalidad de despido y, como contrapartida, ha disminuido el poder de los representantes de los trabajadores.

3ª) Se han reconfigurado nuevamente las causas que pueden fundamentar que una empresa acuda a un despido colectivo; definiéndose actualmente en unos términos dirigidos -particularmente en el caso de la causa económica-, a intentar objetivar las causas y, sobre todo, a facilitar el acceso al despido; persiguiéndose legalmente, además, que lo único que, en caso de impugnación judicial, deba probar la empresa es que esas causas justificativas realmente están presentes. Con tal objetivo, ha desaparecido del artículo 51 del ET la exigencia de que la concurrencia de las causas deba afectar a la propia viabilidad de la empresa o a su capacidad para mantener el volumen de empleo. Sin embargo, como veremos más adelante, esa “voluntad legal” ya ha sido corregida por los Tribunales.

4ª) Mantiene una gran relevancia el período de consultas que debe desarrollarse necesariamente entre la empresa y los representantes de los trabajadores con carácter previo al despido, así como el deber de buena fe que debe regir dichas consultas y la documentación que debe servirle de base. Y ello por cuanto ciertos incumplimientos en esos ámbitos determinan la nulidad del propio despido, según lo establecido en el

⁸ En adelante RPDC.

artículo 124 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social⁹.

5^a) Se difumina, en cierto grado, la relevancia de las denominadas medidas sociales de acompañamiento del despido, destinadas a atenuar las consecuencias derivadas para los trabajadores afectados, reduciéndose, por un lado, su presencia en las normas aplicables, y, por otro, transformándose, en algún caso, en la presentación obligatoria de un plan de recolocación externa, elaborado por una empresa especializada en recolocación o “outplacement” (artículo 51.10 del ET). En este marco, debemos tener presente el elevado coste -personal y profesional- que un despido supone para un trabajador, por lo que la reducción, al menos en las normas, de la trascendencia de este tipo de medidas atenuadoras resulta discutible y preocupante.

Y, 6^a) por último, cabe poner de manifiesto que la regulación vigente conlleva una clara judicialización de los conflictos que puedan surgir en el marco de un despido colectivo, tanto desde la vertiente colectiva (representantes de los trabajadores y empresa) como individual (trabajadores despedidos y empresa); debiéndose seguir, respecto de ambas posibilidades, lo previsto en el artículo 124 de la LRJS. Judicialización que se debe, principalmente, a dos motivos: a) la existencia de aspectos en la nueva normativa -algunos de ellos de una gran relevancia (las causas justificativas y el contenido y desarrollo del período de consultas, por ejemplo)- que cabe calificar como confusos o ambiguos o que tienen un carácter abierto; y, b) sobre todo, porque la desaparición de la autorización administrativa hace que el único control posible de la validez o no de un despido colectivo quede ahora en manos de la jurisdicción social, en desarrollo, por otra parte, del propio derecho fundamental a la tutela judicial efectiva recogido en el artículo 24 de la Constitución. De hecho, contamos ya en estos momentos con una nutrida doctrina de los Tribunales sobre cómo cabe interpretar diversos aspectos de la nueva regulación.

3. TIPOS DE DESPIDO COLECTIVO, CONCEPTO Y CAUSAS JUSTIFICATIVAS

Con carácter previo, cabe recordar que en el artículo 51 del ET y el RPDC se contemplan dos tipos de despido colectivo, diferenciados por las causas que lo justifican, siendo el primero mucho más frecuente en la práctica que el segundo: a) el despido colectivo fundamentado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción; y, b) el despido colectivo por causa de fuerza mayor (artículo 51.7 del

⁹ En adelante LRJS.

ET). En cada uno de ellos la tramitación, aunque presenta elementos comunes, es diferente, manteniéndose la autorización administrativa, como señalábamos páginas atrás, sólo en el caso del despido colectivo por causa de fuerza mayor¹⁰. Por su mayor presencia en la práctica empresarial, en este trabajo nos centraremos únicamente en el primer tipo de despido colectivo.

En primer lugar, respecto al propio concepto de despido colectivo, el artículo 51.1 del ET entiende por tal la extinción de contratos fundamentada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción cuando, en un período de 90 días, la extinción afecta a un número mínimo de trabajadores (umbrales). De este modo, si no se alcanza ese número mínimo, la vía extintiva no es el despido colectivo sino el despido por causas objetivas contemplado en el artículo 52.c) del ET, donde se establece que el contrato puede extinguirse cuando concurra alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 (actualmente existe una coincidencia de causas entre ambas vías extintivas) “y la extinción afecte a un número inferior al establecido en el mismo”. Aquí cabe realizar cuatro apuntes:

1º) El número mínimo de trabajadores que marca el límite entre el despido por causas objetivas y el despido colectivo (con la misma indemnización a pagar por parte de la empresa pero con una tramitación más compleja en el segundo caso) no ha sido alterado por las últimas reformas laborales y sigue dependiendo del número de trabajadores empleados en la empresa y, por consiguiente, de su dimensión. Así, la empresa debe acudir obligatoriamente al despido colectivo cuando la decisión extintiva afecta, al menos, a: a) 10 trabajadores, en las empresas que ocupan menos de 100 trabajadores; b) el 10 por 100 del número de trabajadores de la empresa en aquéllas que ocupan entre 100 y 300 trabajadores; y, c) 30 trabajadores en las empresas que ocupan más de 300 trabajadores. Para el cómputo de la plantilla se suma la totalidad de los trabajadores que prestan servicios en la empresa el día en que se inicia el procedimiento de despido colectivo, con independencia de la modalidad contractual empleada (contrato indefinido, duración determinada, a tiempo parcial...).

2º) Para evitar fraudes, también se fija que, en el cómputo del número de extinciones de contratos antes visto, se tendrán en cuenta asimismo cualesquiera otras producidas en el periodo de referencia por iniciativa de la empresa en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el artículo 49.1.c)¹¹ del ET, siempre que su número sea, al menos, de cinco. Con ello se

¹⁰ Sobre esta cuestión *vid* artículos 51.7 del ET y 31 a 33 del RPDC; y, entre otros, J.M. GOERLICH PESET, “La extinción...”, *cit.* pp. 304-305.

¹¹ Que se refiere a la extinción del contrato por expiración del tiempo convenido o la realización de la obra o servicio objeto del contrato. *Vid.*, entre otras, STS de 23 de abril de 2012 (Rº 2724/2011) y SAN de 4 de septiembre de 2013 (Rº 240/2013).

persigue evitar que la empresa eluda un despido colectivo recurriendo, por ejemplo, a despidos disciplinarios improcedentes (artículo 54 del ET).

3º) Con el mismo objetivo de prevenir fraudes, también se prevé que, cuando en períodos sucesivos de 90 días y con el objeto de eludir el despido colectivo, una empresa realiza extinciones de contratos al amparo del artículo 52.c) del ET, en un número inferior a los umbrales antes mencionados, y sin que concurren causas nuevas que fundamenten tal actuación, esas nuevas extinciones contractuales se consideran efectuadas en fraude de ley, y serán declaradas nulas y sin efectos.

Y, 4º) en fin, también se entiende como despido colectivo aquél que implica la extinción de los contratos de la totalidad de la plantilla de una empresa, siempre que el número de trabajadores afectados sea superior a cinco, cuando tal decisión se toma como consecuencia del cese total de la actividad empresarial.

Y, en segundo lugar, no hay duda que una de las cuestiones más complicadas, tanto en la regulación anterior como en la vigente, es delimitar con una cierta claridad las causas que permiten que una empresa recurra válidamente a un despido colectivo (causas económicas, técnicas, organizativas o de producción), que, además, pueden concurrir de una forma separada o conjuntamente varias de ellas, según las circunstancias que se den en cada caso. Delimitación en la que, al igual que ocurría con la regulación anterior, también debe tenerse muy en cuenta la interpretación elaborada por los Tribunales. Partiendo de ello, conforme a lo previsto en la normativa, las causas justificativas de un despido colectivo son las siguientes:

a) Concorre una causa económica cuando de los resultados de la empresa se desprende una “situación económica negativa”, en supuestos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entiende que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior. Ello implica que:

- Es necesario que de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, recogiénose en el artículo 51 del ET dos ejemplos de lo que cabe interpretar como tal (“en casos tales como...”); tratándose, no obstante, de una lista abierta, lo que comporta, obviamente, que no se excluyen otros posibles supuestos en los que también exista una situación económica negativa.

- Se interpreta que se da una situación económica negativa cuando existen pérdidas actuales o previstas, que deberán demostrarse mediante la presentación de la documentación exigida en el artículo 4.3 del RPDC. Por tanto, la simple previsión de que pueden existir pérdidas permite actualmente

a una empresa acudir a un despido colectivo, siempre que tal situación de futuro sea convenientemente documentada y, en su caso, probada ante el correspondiente Juzgado o Tribunal. En este marco, los Tribunales han entendido, por ejemplo, que no existen pérdidas cuando las cuentas oficiales, aprobadas días después del inicio del período de consultas, no coinciden con las aportadas a los representantes de los trabajadores, deduciéndose, además, de la memoria explicativa que no concurría una situación económica negativa ya que la previsión recogida en la misma era favorable¹², o cuando la empresa tuvo beneficios el año anterior y la previsión negativa se apoya únicamente en un trimestre¹³.

- Y, por último, se entiende que se da una situación económica negativa cuando se produce una disminución persistente del nivel de ingresos ordinarios o ventas de la empresa. Y en todo caso (en un intento de objetivación de la causa) se considera que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior. Ello supone que: 1) una disminución persistente o continuada de las ventas de una empresa -que no necesariamente tiene que implicar una reducción relevante del nivel de ingresos- puede llevar al despido colectivo de una parte de su plantilla; 2) el parámetro son los ingresos ordinarios, no los extraordinarios derivados de una situación no habitual en la actividad empresarial (aun cuando no se define legalmente qué cabe interpretar por ingresos ordinarios y ello puede dar lugar, en algunos casos, a problemas interpretativos); 3) una reducción de los ingresos durante tres trimestres consecutivos es suficiente para proceder al despido, aunque los resultados de la empresa aporten beneficios¹⁴; 4) la utilización del parámetro de los tres trimestres no impide que se pueda probar la disminución persistente de los ingresos ordinarios o ventas por otra vía, es decir, el ET persigue objetivar este tipo concreto de causa para facilitar su identificación y aplicación y dar seguridad jurídica pero no impide otras pruebas (por ejemplo, un descenso muy significativo de ingresos ordinarios o ventas que no alcanza tres trimestres, o que se produce en trimestres no consecutivos...); 5) en relación con el parámetro de los trimestres, se requiere que durante nueve meses los ingresos ordinarios o ventas -trimestre a trimestre y en comparación con los

¹² STSJ de Madrid de 11 de julio de 2012 (AS 1775).

¹³ STSJ de La Rioja de 27 de febrero de 2012 (Rº 18/2012). *Vid* también, entre otras, SAN de 30 de julio de 2013 (Rº 212/2013).

¹⁴ SAN de 11 de marzo de 2013 (ST nº 40/2013).

equivalentes del año anterior- hayan disminuido, pero no se fija en qué porcentaje, por lo que, teóricamente, sería suficiente con una reducción mínima continuada durante tres trimestres para acudir a un despido colectivo, aun cuando, a nuestro entender, debe aplicarse en este ámbito una interpretación restrictiva, que supondría exigir una cierta gravedad en la reducción, teniendo presente la importancia que una medida extintiva tiene para los trabajadores afectados así como el hecho que el artículo 51 del ET se refiere expresamente a la existencia de una situación económica negativa; y, 6) para el Tribunal Supremo, el artículo 51.1.2º del ET se refiere a tres trimestres consecutivos y no a los tres trimestres últimos¹⁵. De todos modos, el descenso del nivel de ingresos ordinarios o ventas debe plasmarse en la documentación que tiene que elaborar la empresa para tramitar el despido colectivo, conforme al artículo 4.4 del RPDC.

b) Concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción (estamos, nuevamente, ante una lista abierta)¹⁶.

c) Se dan causas organizativas cuando se producen cambios, entre otros, en el marco de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción¹⁷ (incluidos los supuestos de externalización de la actividad empresarial mediante una subcontrata). Se trata, de nuevo, de una lista abierta.

Y, d) por último, las causas productivas se definen legalmente, también como lista abierta, como los cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado¹⁸.

Sin embargo, una vez vistas las causas justificativas del despido colectivo, y tal como adelantábamos páginas atrás, cabe hacer hincapié en que la nueva regulación pretende que, en el caso de impugnación judicial, la empresa sólo esté obligada a demostrar que concurre efectivamente la causa o causas alegadas, sin tener que justificar, además, la razonabilidad de la medida extintiva adoptada a los efectos de preservar o favorecer la posición competitiva de la empresa en el mercado (causa

¹⁵ STS de 27 de mayo de 2013 (Rº 78/2013).

¹⁶ Vid. J. APARICIO TOVAR, "Las causas...", *cit.* pp. 159-160.

¹⁷ Al respecto, entre otras, SAN de 14 de septiembre de 2012 (ST nº 14/2012), 11 de marzo de 2013 (ST nº 40/2013) y 11 de julio de 2013 (Rº 181/2013). Vid. J. APARICIO TOVAR, "Las causas...", *cit.* pp. 159-160.

¹⁸ Entre otras, SAN de 11 y 30 de julio de 2013 (Rº 181 y 212/2013). Vid. J. APARICIO TOVAR, "Las causas...", *cit.* pp. 159-160.

económica) o bien una mejor respuesta a las exigencias de la demanda (causas técnicas, organizativas o productivas)¹⁹, tal y como acontecía con la regulación anterior.

Cabe tener presente, sin embargo, que los Tribunales han corregido esa “voluntad” de la nueva normativa, exigiendo no sólo una causa justificativa sino también la presencia de una conexión de funcionalidad. En efecto, entre otras, en la SAN de 15 de octubre de 2012²⁰ se manifiesta que, en virtud de lo establecido en el artículo 4 del Convenio 158 de la OIT, es necesario que la finalidad del despido sea atender la necesidad de la empresa que lo justifica, es decir, que debe existir una conexión. Esto supone que la justificación del despido colectivo exige la concurrencia de tres elementos: 1º el supuesto de hecho que determina el despido (una situación económica negativa y/o los cambios productivos, técnicos u organizativos antes señalados); 2º la finalidad que se asigna a la medida extintiva (atender a la necesidad de amortizar puestos de trabajo con el fin de afrontar la situación económica negativa o los cambios técnicos, organizativos o productivos); y, 3º la conexión de funcionalidad o instrumentalidad entre la medida extintiva y la finalidad que se le asigna, que deriva del propio Convenio 158 de la OIT. Ello implica, en fin, que la empresa no sólo debe probar la concurrencia de la causa justificativa propiamente dicha sino, además, que los efectos de la misma sobre los contratos determinan su extinción, y los criterios de selección de los trabajadores despedidos han de estar relacionados con la pérdida de utilidad de sus contratos a raíz de la concurrencia de la causa justificativa alegada.

Y, por último, en la misma línea se pronuncia la SAN de 21 de noviembre de 2012²¹, al declarar que la reforma laboral de 2012 no supone que haya desaparecido la

¹⁹ Así aparece con total claridad en la exposición de motivos del propio RDL 3/2012: “... se suprimen referencias normativas que han venido introduciendo elementos de incertidumbre. Tales referencias incorporaban proyecciones de futuro, de imposible prueba, y una valoración finalista de estos despidos, que ha venido dando lugar a que los tribunales realizasen, en numerosas ocasiones, juicios de oportunidad relativos a la gestión de la empresa. Ahora queda claro que el control judicial de estos despidos debe ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas...”.

²⁰ ST nº 112/2012.

²¹ Rº 167/2012. También cabe mencionar, entre otras, la SAN de 18 de diciembre de 2012 (ST nº 257/2012), donde se recuerda nuevamente que la justificación del despido requiere tres elementos: a) acreditar la situación económica negativa o los cambios en la demanda de productos y servicios; b) determinar de qué modo las situaciones descritas inciden en los contratos que se pretenden extinguir; y, c) probar la adecuación de las medidas adoptadas para hacer frente a dicha necesidad. También se afirma que la empresa debe acreditar que los contratos han devenido superfluos en términos económicos (que han perdido su objeto y causa, artículo 1261 del Código Civil), lo que se dará cuando la prestación laboral ha perdido su utilidad económica para la empresa, por causas objetivas sobrevenidas. Esta pérdida de eficacia económica deberá relacionarse normalmente con el devenir de la actividad de la empresa, cuya evolución

conexión de funcionalidad, ya que la situación económica negativa o los cambios en la demanda de productos o servicios de la empresa deben relacionarse razonablemente con los contratos de trabajo que se pretenden extinguir, al ser esa relación el presupuesto constitutivo, a los efectos de cumplir el mandato del, ya citado, artículo 4 del Convenio 158 de la OIT, que exige, de modo perentorio, que no se pondrá término a una relación laboral a menos que exista una causa justificada, relacionada con la capacidad o conducta del trabajador o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio.

4. EL PROCEDIMIENTO DE DESPIDO COLECTIVO

Un despido colectivo debe seguir, so pena de nulidad, el procedimiento recogido en los artículos 51 del ET y 2 y ss. del RPDC; procedimiento que no resulta sencillo y en el que están implicados, además de la propia empresa, en mayor o menor grado, los representantes de los trabajadores, la autoridad laboral (estatal o autonómica)²², la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, la entidad gestora de las prestaciones por desempleo, el Fondo de Garantía Salarial y la Administración de la Seguridad Social.

4.1. Iniciativa y comunicación de la apertura del período de consultas

La iniciativa corresponde exclusivamente a la empresa y debe plasmarse en una comunicación escrita, dirigida a los trabajadores o a sus representantes (si existen), en la que se recoja la voluntad de comenzar el procedimiento de despido colectivo. A partir de ese momento se abre un plazo máximo, de 7 o 15 días²³, durante el cual debe constituirse la comisión representativa de los trabajadores que participará en el desarrollo del posterior período de consultas. Transcurrido ese plazo, la empresa ya puede comunicar formalmente el inicio del período de consultas a los representantes de los trabajadores. En este punto, cabe tener presente que el que no se constituya la correspondiente comisión representativa no impide el inicio y el transcurso del período

puede comprobarse a través de la cifra de negocios. *Vid.*, también, entre otras, la SAN de 11 de marzo de 2013 (ST nº 40/2013).

²² Respecto a la distribución territorial de competencias en el marco de la autoridad laboral *vid* artículo 25 del RPDC.

²³ El plazo máximo es de 7 días, a contar desde la fecha de la comunicación escrita antes citada, cuando todos los centros de trabajo afectados por el despido cuentan con representantes legales de los trabajadores. Y es de 15 días cuando alguno de los centros de trabajo afectados no cuenta con dichos representantes.

de consultas, y que su constitución con posterioridad al inicio del citado período no comporta, en ningún caso, la ampliación de su duración.

Obviamente, la citada comunicación de inicio del período de consultas debe realizarse también por escrito y con un contenido mínimo, conforme al artículo 51.2 del ET, y debe acompañarse necesariamente, según cuál sea la causa justificativa alegada, de la completa documentación fijada en los artículos 4 y 5 del RPDC.

En relación con el contenido mínimo de esta comunicación, aparece en los artículos 51.2 del ET y 3.1 del RPDC, donde se establece que se incluirán los siguientes elementos: a) la especificación de las causas del despido colectivo (no basta, por tanto, con una alusión genérica a la causa justificativa sino que es preciso recoger los datos, elementos, situaciones, etc., que fundamentan la decisión empresarial); b) el número y la clasificación profesional de los trabajadores afectados (puede incluirse una lista nominativa de trabajadores o bien designar simplemente el número y los grupos profesionales con suficiente claridad)²⁴; c) el número y la clasificación profesional de los trabajadores empleados habitualmente por la empresa en el último año²⁵; d) el período previsto para la realización de los despidos (este requisito no se cumple si sólo se fija el día inicial pero no el final²⁶); e) los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por el despido (en este ámbito, se ha declarado la nulidad del despido cuando se ha acreditado que la mayoría de los afectados estaban afiliados a un determinado sindicato y una parte de ellos fueron previamente despedidos por causas objetivas²⁷ o cuando se omite la relación nominativa de los trabajadores afectados y los criterios para su selección²⁸; en cambio, se ha admitido la validez de un despido donde hay más trabajadoras que trabajadores, ya que tal situación se justificó adecuadamente, excluyéndose cualquier trato discriminatorio²⁹); f) una copia de la comunicación dirigida a los trabajadores o a sus representantes por la dirección de la empresa de la intención de iniciar el procedimiento de despido; y, g) los representantes de los trabajadores que integran la comisión representativa de los trabajadores y que formarán parte, en consecuencia, de la comisión negociadora del período de consultas (compuesta, obviamente por éstos y por la representación de la empresa). O, en su caso, se indicará que la comisión

²⁴ Cuando el procedimiento de despido afecta a más de un centro de trabajo, esta información debe estar desglosada por centro de trabajo y, en su caso, provincia y CC.AA.

²⁵ Cuando el procedimiento de despido afecta a más de un centro de trabajo, esta información debe estar desglosada por centro de trabajo y, en su caso, provincia y CC.AA.

²⁶ STSJ de Madrid de 25 de junio de 2012 (AS 1773).

²⁷ STSJ del País Vasco de 4 de septiembre de 2012 (AS 2013/6).

²⁸ STSJ de Madrid de 25 de junio de 2012 (AS 1773).

²⁹ STSJ de Cantabria de 26 de septiembre de 2012 (Jur 339065).

representativa mencionada no se ha constituido en los plazos previstos, antes apuntados.

Esta comunicación escrita debe ir acompañada, además, de una memoria explicativa de las causas del despido y de los restantes aspectos antes señalados, así como de la documentación contable y fiscal y los informes técnicos, todo ello en los términos establecidos en los artículos 4 y 5 del RPDC. Asimismo, cuando el despido afecta a más de 50 trabajadores debe incluirse también un plan de recolocación externa, elaborado por una empresa de recolocación autorizada (plan regulado en los artículos 51.10 del ET y 9 del RPDC). Y, en fin, de forma simultánea a la entrega de la comunicación a los representantes de los trabajadores, la empresa debe solicitarles por escrito la emisión del informe previsto en el artículo 64.5.a) y b) del ET.

Por otra parte, cabe tener en cuenta que la empresa debe hacer llegar, de forma simultánea y preferiblemente en un soporte informático, a la autoridad laboral competente una copia de esta segunda comunicación y de la documentación que la acompaña, así como del escrito de solicitud del informe regulado en el mencionado artículo 64.5.a) y b) del ET. Asimismo, le remitirá la información sobre la composición de las diferentes representaciones de los trabajadores, sobre los centros de trabajo sin representación unitaria y, en su caso, las actas relativas a la atribución de la representación a una comisión específica³⁰, a la que haremos referencia posteriormente. Y, en fin, cuando el despido afecta a trabajadores de 50 o más años en empresas con beneficios, a la documentación e información ya citadas se debe añadir la recogida en la disposición adicional 1ª del RPDC.

Asimismo, la autoridad laboral dará traslado de esta comunicación y de toda la documentación e información referida en el párrafo anterior a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo, así como a la Inspección de Trabajo a los efectos que emita el correspondiente informe preceptivo³¹. Y cuando el despido colectivo incluya a trabajadores con 55 o más años que no tuvieran la condición de mutualistas el día 1 de enero de 1967 (respecto de los que existe la obligación de abonar las cuotas de un convenio especial)³², también la pondrá en conocimiento de la Administración de la Seguridad Social.

Por último, en esta primera fase cabe tener presente dos elementos: a) según el artículo 6.4 del RPDC, si la comunicación escrita de apertura del período de consultas no reúne los requisitos exigidos, la autoridad laboral se lo advertirá a la empresa por escrito, especificando los mismos, y remitiendo copia de dicho escrito a los

³⁰ Artículo 6.1 y 2 del RPDC.

³¹ Artículo 6.3 párrafo 1º del RPDC.

³² Artículos 51.9 del ET y 6.3 párrafo 2º del RPDC.

representantes de los trabajadores y a la Inspección de Trabajo. Pero dicha advertencia no supone, en ningún caso, ni la paralización ni la suspensión del procedimiento de despido, lo que reduce enormemente su eficacia, aun cuando sí tendrá trascendencia en el proceso posterior de impugnación judicial; y, b) el informe de los representantes de los trabajadores previsto en el artículo 64 del ET, antes citado, debe remitirse en el plazo máximo de 15 días desde su solicitud, lo que supone que, en empresas de menos de 50 trabajadores, la duración del periodo de consultas y el plazo para remitir dicho informe coinciden, mientras que en las demás empresas, el informe se remitirá durante el periodo de consultas y, por tanto, puede formar parte de las propias consultas. Cabe preguntarse también qué ocurre si no se solicita dicho informe, circunstancia de la que puede advertir la autoridad laboral a la empresa, conforme a las nuevas funciones que le atribuye la nueva regulación. A estos efectos, puede afirmarse que esa omisión no parece que pudiera dar lugar a la nulidad de la decisión empresarial al no estar recogida la solicitud del informe dentro del contenido del artículo 51.2 del ET -que es el que determina la nulidad-, pudiendo comportar, sin embargo, una sanción administrativa, al haberse infringido el artículo 7.7 de la Ley de infracciones y sanciones del orden social³³.

4.2. La memoria explicativa

Como señalamos anteriormente, la empresa necesariamente debe elaborar y acompañar a la comunicación de apertura del periodo de consultas una memoria explicativa, cuyo contenido, bastante completo, cambia según la causa que se alega para justificar el despido.

En primer lugar, cuando la causa es económica, el artículo 4 del RPDC establece que la documentación presentada por la empresa incluirá una memoria explicativa que acredite, en la forma señalada en el propio precepto, los resultados de la empresa de los que se desprenda una situación económica negativa. Y para acreditar esos resultados, la empresa debe aportar siempre una documentación general³⁴ y, además, una

³³ A. BLASCO PELLICER, “La extinción...”, *cit.* p. 174. En adelante LISOS.

³⁴ Como documentación general, toda empresa puede aportar toda la documentación que a su derecho convenga a los efectos de demostrar que se encuentra en una situación económica negativa y, en particular, debe acompañar las cuentas anuales de los dos últimos ejercicios económicos completos (integradas por balance de situación, cuentas de pérdidas y ganancias, estado de cambios en el patrimonio neto, estado de flujos de efectivos, memoria del ejercicio e informe de gestión o, en su caso, cuenta de pérdidas y ganancias abreviada y balance y estado de cambios en el patrimonio neto abreviados, debidamente auditadas en el caso de empresas obligadas a realizar auditorías. En el caso de tratarse de una empresa no sujeta a la obligación de auditoría de las cuentas, se deberá aportar declaración de la representación de la empresa sobre la exención de la auditoría <artículo 4.2 del RPDC>) así como las

documentación específica en función de si su decisión extintiva se fundamenta en una previsión de pérdidas³⁵ o en la disminución persistente del nivel de ingresos ordinarios o ventas³⁶, o bien se trata de un grupo de empresas con obligación de formular cuentas consolidadas, cuya sociedad dominante tiene su domicilio en España³⁷.

En segundo lugar, cuando la empresa fundamenta el despido en causas técnicas, organizativas o productivas, la memoria explicativa debe acreditar la concurrencia de la causa, acompañando los correspondientes informes técnicos³⁸. Es fácil constatar la menor preocupación del RPDC a la hora de especificar qué documentación debe adjuntarse, en este supuesto, a la correspondiente memoria explicativa.

En tercer lugar, cabe destacar que el interés que la norma reglamentaria muestra en torno al contenido de la documentación que la empresa debe aportar a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral persigue un objetivo esencial, que es el de garantizar que el periodo de consultas cumpla su verdadera finalidad, que es el de intentar llegar a un acuerdo, al tener los citados representantes toda la información necesaria que les permite conocer la situación real de la empresa, al ser ésta precisamente la que motiva el despido. Resulta fundamental, por consiguiente, que la empresa cumpla adecuadamente esta parte del procedimiento de despido colectivo, para evitar su eventual nulidad. En definitiva, tal y como ha apuntado la doctrina³⁹, debe facilitarse a los representantes de los trabajadores, ya inicialmente, toda la información y documentación constitutiva del objeto de la propia consulta, de forma que la obligación de documentación constituye una parte esencial del deber empresarial de información en el procedimiento de despido colectivo, que, vinculado a las consultas, conecta, sin duda, con el principio de buena fe que, por imperativo legal, debe presidir la negociación durante el periodo de consultas. La información se configura así como un presupuesto ineludible de las consultas.

cuentas provisionales al inicio del procedimiento de despido colectivo, firmadas por los administradores o representantes de la empresa.

³⁵ La empresa, además, de la documentación anterior, debe informar de los criterios utilizados para su estimación, así como presentar un informe técnico sobre el volumen y el carácter permanente o transitorio de esa previsión de pérdidas basado en datos obtenidos a través de las cuentas anuales, de los datos del sector al que pertenece la empresa, de la evolución del mercado y de la posición de la empresa en el mismo o de cualesquiera otros que puedan acreditar esa previsión.

³⁶ La empresa debe aportar, además de la documentación general, la documentación fiscal o contable acreditativa de esa disminución durante, al menos, los tres trimestres consecutivos inmediatamente anteriores a la fecha de la comunicación escrita de apertura del periodo de consultas, así como la documentación fiscal o contable acreditativa de los ingresos ordinarios o ventas registrados en los mismos trimestres del año inmediatamente anterior.

³⁷ Artículo 4.5 del RPDC.

³⁸ Artículo 5 del RPDC.

³⁹ A. BLASCO PELLICER, "La extinción...", *cit.* p. 171.

En concordancia con lo anterior, los Tribunales han declarado nulo el despido colectivo cuando la memoria explicativa presentada era genérica y no recogía ni datos ni cifras⁴⁰, o cuando los datos contables no eran coincidentes entre las cuentas oficiales y las provisionales presentadas al inicio del periodo de consultas⁴¹; aunque también han señalado que la entrega de documentación económica estando avanzada la negociación o en el último día del periodo de consultas sólo determina la nulidad del despido si ha existido una protesta firme y contundente, que conste en acta, de los representantes de los trabajadores, no produciéndose la nulidad cuando aquéllos no han solicitado un plazo para examinar la documentación aportada tardíamente⁴². Y también han afirmado reiteradamente que el despido no puede ser nulo cuando la representación de los trabajadores ha adoptado una actitud pasiva, no reclamando a la empresa la documentación necesaria⁴³. A lo que cabe añadir que, recientemente, la STS de 27 de mayo de 2013⁴⁴ ha aclarado que no todo incumplimiento en materia de documentación determina la nulidad del despido, ya que ese efecto sólo lo provoca la falta de aquélla trascendente para una negociación adecuadamente informada.

Por último, cabe señalar que la información y documentación debe entregarse con independencia que la decisión relativa al despido haya sido tomada por la empresa directamente o bien por la empresa que ejerce el control sobre aquélla. En consecuencia, cualquier justificación basada en que la empresa que tomó la decisión no ha facilitado la información necesaria no será tomada en cuenta⁴⁵.

⁴⁰ STS de 20 de marzo de 2013 (Rº 81/2012).

⁴¹ STSJ de Madrid de 11 de julio de 2012 (AS 1775). Sobre esta cuestión, también, entre otras, SAN de 26 de julio de 2012 (ST nº 91/2012) y SSTSJ de Madrid de 22 de junio de 2012 (ST nº 653/2012 y 584/2012) y 11 de julio de 2012 (ST nº 542/2012).

⁴² SAN de 30 de julio de 2013 (Rº 212/2013).

⁴³ Entre otras, SAN de 8 de julio de 2013 (Rº 180/2013).

⁴⁴ Rº 78/2013. Añadiendo que: "... la enumeración de documentos que hace la norma reglamentaria no tiene valor <ad solemnitatem>, y no toda ausencia documental por fuerza ha de llevar a la referida declaración de nulidad, sino que de tan drástica consecuencia han de excluirse –razonablemente– aquellos documentos que se revelen <intrascendentes> a los efectos que la norma persigue –proporcionar información que consienta una adecuada negociación en orden a la consecución de un posible acuerdo sobre los despidos y/o medidas paliativas: art. 51.2 ET-; con lo que no hacemos sino seguir el criterio que el legislador expresamente adopta en materia de procedimiento administrativo <art. 63.2 LRJ y PAC) e incluso en la normativa procesal [art. 207.c) LRJS]...".

⁴⁵ Artículo 51.8 del ET.

4.3. El período de consultas

4.3.1. Objetivo y contenidos

Como veíamos antes, el objetivo del periodo de consultas es intentar llegar a un acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, tomando como base toda la información y documentación que debe remitirles aquélla. Asimismo, en los artículos 51.2 del ET y 7.1 del RPDC se manifiesta que la consulta debe versar, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a las medidas sociales de acompañamiento (reguladas en los artículos 8 y 9 del RPDC y 51.10 del ET), y deberá negociarse, además, de buena fe. En este marco cabe señalar que:

a) El acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores no es obligatorio y, de hecho, será cada vez menos frecuente, ya que, aunque no exista ese acuerdo, la empresa puede llevar a la práctica su decisión inicial de despedir a los trabajadores. El periodo de consultas sigue siendo un elemento clave en el procedimiento de despido colectivo, pero lo es menos el hecho de que el mismo concluya con un acuerdo, lo que supone una devaluación del papel de los representantes de los trabajadores.

b) La consulta se desarrolla en el seno de una comisión negociadora, compuesta por la comisión representativa de los trabajadores a la que aludíamos páginas atrás y por la dirección de la empresa. Esta comisión negociadora es única, si bien de existir varios centros de trabajo en la empresa, quedará circunscrita exclusivamente a los centros afectados por el despido. Es importante señalar que esta comisión está integrada por un máximo de 13 miembros en representación de cada una de las partes.

c) La consulta, con una duración prevista legalmente, debe centrarse, como mínimo, en dos materias: por un lado, en las posibilidades de evitar el despido o reducir su alcance, y, por otro, en las medidas que pueden servir para atenuar sus efectos sobre los trabajadores a través del recurso a las denominadas medidas sociales de acompañamiento, como, por ejemplo, medidas de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad de los trabajadores despedidos⁴⁶; exigiéndose, además, como hemos visto, obligatoriamente un plan de

⁴⁶ El artículo 8 del RPDC enumera las siguientes medidas posibles dirigidas a evitar o reducir los despidos: a) la recolocación interna de los trabajadores dentro de la misma empresa o, en su caso, en otra del grupo de empresas del que forma parte; b) la movilidad funcional; c) la movilidad geográfica; d) las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo; e) el recurso a la inaplicación o descuelgue respecto de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable, conforme al artículo 82.3 del ET; f) las acciones de formación o reciclaje profesional de los trabajadores que puedan contribuir

recolocación externa cuando el despido afecta a más de 50 trabajadores de la empresa⁴⁷. En todo caso, al tratarse de un contenido mínimo, durante el período de consultas puede negociarse cualquier otra cuestión.

Y, d) durante el período de consultas las partes deben negociar de buena fe, concepto que, a pesar de su trascendencia, no se define legalmente. Deber que, en todo caso, constituye una especificación del deber general de buena fe que preside las relaciones laborales y, concretamente, del deber de negociar de buena fe que impregna toda fórmula de negociación colectiva. Y esa conexión supone también que, en este marco, resultan predicables los mismos criterios que la doctrina y la jurisprudencia han venido elaborando en torno al alcance del deber de buena fe en el marco de la negociación colectiva (artículo 89.1 del ET)⁴⁸. Ello implica, entre otros elementos, que⁴⁹: 1) se exige un serio y verdadero intento –especialmente por parte de la empresa– de alcanzar un acuerdo; 2) que exista una verdadera voluntad de diálogo, lo que supone debatir de forma eficaz todos los elementos que afectan a la medida propuesta; y, 3) que no resulta admisible que la empresa presente su posición inicial como la única posible o inamovible con lo que cualquier negociación carezca de sentido. El incumplimiento de este deber de buena fe determina la nulidad del despido. A lo que cabe añadir que, tal y como han recordado los Tribunales, este deber de buena fe alcanza no sólo a la empresa sino también a los representantes de los trabajadores⁵⁰.

a la continuidad del proyecto empresarial; y, g) cualquier otra medida organizativa, técnica o de producción dirigida a reducir el número de trabajadores afectados por el despido. Y como medidas destinadas a atenuar las consecuencias del despido se citan: 1) el derecho de reingreso preferente en las vacantes del mismo o similar grupo profesional que se produzcan en la empresa dentro del plazo que se fije; 2) la recolocación externa de los trabajadores; 3) las acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad; 4) la promoción del empleo por cuenta propia como autónomos o en empresas de economía social; 5) las medidas compensatorias de los gastos derivados de la movilidad geográfica; y, 6) las medidas compensatorias de las diferencias salariales con un nuevo empleo.

⁴⁷ En el artículo 51.10 del ET se establece que el plan de recolocación, diseñado para un período mínimo de seis meses, debe incluir medidas de formación y orientación profesional, atención personalizada al trabajador y búsqueda activa de empleo. El coste de elaboración va a cargo de la empresa, y la autoridad laboral, a través del servicio público de empleo competente, verificará la acreditación del cumplimiento de esta obligación y, en su caso, requerirá a la empresa para que proceda a su cumplimiento (vid también el artículo 9 del RPDC).

⁴⁸ A. BLASCO PELLICER, “La extinción...”, *cit.* p. 173.

⁴⁹ Entre otras: SAN de 30 de julio de 2013 (Rº 212/2013), 11 de marzo de 2013 (ST nº 40/2013) y 30 de julio de 2013 (Rº 212/2013), STS de 20 de marzo de 2013 (Rº 81/2012) y SSTSJ de Cataluña de 26 de junio de 2012 (ST nº 16/2012), Madrid de 22 de junio de 2012 (ST nº 584/2012) y de Aragón de 10 de diciembre de 2012 (Rº 527/2012) y 14 de enero de 2013 (Rº 715/2012).

⁵⁰ Entre otras: SAN de 15 de octubre de 2012.

4.3.2. La configuración de las partes

En este ámbito, la mayor complejidad se manifiesta desde la perspectiva de los trabajadores; así, conforme al artículo 51.2 del ET -que se remite al artículo 41.4 del ET, referido a las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo-, esa representación corresponde, con carácter prioritario, a las secciones sindicales cuando éstas así lo acuerdan y siempre que tengan la representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los delegados de personal de los centros de trabajo afectados por el despido, en cuyo caso representarán a todos los trabajadores de los centros implicados. Y, en defecto de lo anterior, la representación de los trabajadores se rige por las reglas siguientes, bastante complejas y no exentas de problemas, fijadas por el RDL 11/2013:

1ª) Si el despido afecta a un único centro de trabajo, la representación corresponde al comité de empresa o a los delegados de personal. Si en el centro de trabajo no existe representación legal de los trabajadores, éstos pueden optar por atribuir su representación a una comisión específica que puede estar integrada, a su elección, por un máximo de tres trabajadores de la propia empresa elegidos por ellos mismos democráticamente o por un máximo de tres componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenece la empresa y que estén legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo aplicable⁵¹. En este último supuesto, la empresa puede atribuir su representación a las organizaciones empresariales en las que estuviera integrada, pudiendo ser las mismas más representativas a nivel autonómico, y con independencia de que la organización en la que esté integrada tenga carácter intersectorial o sectorial.

2ª) Si el despido colectivo afecta a más de un centro de trabajo de la empresa, la representación de los trabajadores en el período de consultas corresponde, en primer lugar, al comité intercentros, siempre que tenga atribuida esta función en el convenio colectivo aplicable. Y, en otro caso, se aplican las reglas siguientes:

a) Si todos los centros de trabajo afectados por el despido cuentan con representantes legales de los trabajadores, la comisión estará integrada por éstos.

b) Si alguno de los centros de trabajo implicados cuenta con representantes legales de los trabajadores y otros no, la comisión estará integrada únicamente por los representantes legales de los trabajadores de los centros que cuentan con dichos

⁵¹ En relación con esta comisión específica, los Tribunales han señalado que no determina la nulidad del despido el hecho de que la empresa no haya informado a los trabajadores de todas las opciones posibles – obviando expresamente la posible participación de los sindicatos-, cuando esa omisión no tuvo la suficiente entidad para desvirtuar el objetivo del período de consultas (SAN de 30 de julio de 2013, Rº 212/2013).

representantes. Y ello salvo que los trabajadores de los centros que no cuentan con representantes opten por designar la comisión específica antes citada, en cuyo caso la comisión representativa estará integrada conjuntamente por representantes legales de los trabajadores y por miembros de las comisiones específicas, en proporción al número de trabajadores que representen. En el supuesto de que uno o varios de los centros de trabajo afectados por el despido que no cuentan con representantes legales de los trabajadores opten por no designar la comisión específica mencionada, se asignará su representación a los representantes legales de los trabajadores de los centros de trabajo afectados que cuenten con ellos, en proporción al número de trabajadores que representen.

Y, c) finalmente, si ninguno de los centros de trabajo afectados cuenta con representantes legales de los trabajadores, la comisión representativa estará integrada por quienes sean elegidos por y entre los miembros de las comisiones específicas designadas en los centros de trabajo, en proporción al número de trabajadores que representen.

En todos los supuestos, si como resultado de la aplicación de las reglas indicadas anteriormente, el número inicial de representantes de los trabajadores fuera superior a trece, éstos elegirán por y entre ellos a un máximo de trece, en proporción al número de trabajadores que representen. Ello se debe a que, como vimos anteriormente, la comisión negociadora del período de consultas está integrada por un máximo de trece miembros en representación de cada una de las partes.

Por último, desde la perspectiva empresarial, su representación en el periodo de consultas la asume la propia de dirección de la empresa, aun cuando pueden existir especialidades cuando el despido tiene lugar en un grupo de empresas.

4.3.3. El desarrollo del periodo de consultas

Con el objetivo evidente de garantizar que el procedimiento de despido colectivo se desarrolla de una forma rápida y ágil, se prevé legalmente que el período de consultas debe tener una duración no superior a 30 días naturales o a 15 días naturales en el supuesto de empresas de menos de 50 trabajadores; estableciéndose, además, que: 1) en el momento de su inicio se fijará el calendario de reuniones a celebrar; 2) salvo pacto en contrario, la primera reunión se celebrará en un plazo no inferior a tres días desde la fecha de la entrega de la comunicación de apertura del periodo de consultas por parte de la empresa; 3) en el caso de empresas de menos de 50 trabajadores, salvo pacto en contrario, deben realizarse durante el periodo de consultas, al menos, dos reuniones, separadas por un intervalo no superior a seis días naturales, ni inferior a tres días naturales; d) si se trata de una empresa de 50 o más trabajadores, nuevamente

salvo pacto en contrario, deben tener lugar, al menos, tres reuniones, separadas por un intervalo no superior a nueve días naturales ni inferior a cuatro días naturales. En todo caso, se trata de un número mínimo de reuniones y, como hemos visto, dicho régimen actúa a falta de pacto en contrario de las partes, que pueden acordar de otra forma el número de reuniones y su intervalo.

Sin embargo, cabe tener en cuenta que el periodo de consultas puede finalizar antes del plazo previsto, de darse dos circunstancias: a) si existe un acuerdo, momento en el que pueden darse por finalizadas las consultas; y, b) cuando las partes entienden que no resulta posible alcanzar un acuerdo, debiendo comunicarlo así expresamente a la autoridad laboral (en este último supuesto, desde la perspectiva empresarial, se debe ser especialmente escrupuloso con el cumplimiento del deber de negociar de buena fe, con el fin de evitar la declaración judicial posterior de nulidad del despido⁵²).

Desde la perspectiva formal, cabe destacar que se exige que, de todas las reuniones celebradas durante el periodo de consultas, se levante acta, que deberán firmar todos los asistentes. Según los Tribunales, no tiene relevancia el hecho que las actas no estén firmadas por los representantes de los trabajadores cuando existió un requerimiento para ello por parte de la empresa, no se discutió su contenido, no se reclamaron y las reuniones efectivamente existieron⁵³.

Por otra parte, respecto al régimen de adopción de un acuerdo durante el periodo de consultas, cabe destacar que éste requiere la conformidad de la mayoría de los representantes legales de los trabajadores o, en su caso, de la mayoría de los miembros de la comisión representativa siempre que, en ambos supuestos, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados.

Por último, cabe recordar que la empresa y la representación de los trabajadores pueden acordar, en cualquier momento del período de consultas, su sustitución por los procedimientos de mediación o arbitraje que sean de aplicación en la empresa, en particular los establecidos en los acuerdos sobre solución extrajudicial de conflictos laborales de nivel estatal o autonómico. No obstante, esa mediación o arbitraje debe desarrollarse dentro del plazo máximo de duración fijado para el periodo de consultas. Nuevamente, con este último matiz, se pretende garantizar la rapidez del desarrollo de dicho periodo y, por consiguiente, del propio despido colectivo.

En fin, el periodo de consultas, que, como hemos visto, debe regirse por el principio de buena fe y ser rápido, puede finalizar de dos formas: con acuerdo con la

⁵² Posibilidad ratificada en la SAN de 11 de julio de 2013 (Rº 181/2013). Como afirma D. MARTÍNEZ FONS, en este caso adquirirá particular relevancia la documentación de los desacuerdos a los efectos de constatar si se ha negociado o no de buena fe, en "Despido...", *cit.* p. 350.

⁵³ SAN de 10 de junio de 2013 (Rº 112/2013).

representación de los trabajadores o sin acuerdo, lo que supone dejar la decisión final sobre el despido únicamente en manos de la empresa.

4.3.4. *El papel de la autoridad laboral*

Como ya hemos señalado, la supresión de la autorización administrativa comporta que el papel de la autoridad laboral se ha reducido y, a la vez, transformado en funciones de advertencia, recomendación, asistencia y mediación⁵⁴.

En primer lugar, se atribuye a la autoridad laboral la obligación de velar por la efectividad del periodo de consultas y con tal fin puede remitir -por escrito- advertencias y recomendaciones a las partes que, inexplicablemente -al diluirse totalmente la eficacia de ese deber de “velar”-, en ningún caso paralizarán ni suspenderán el desarrollo del procedimiento de despido. Sin embargo, esas advertencias y recomendaciones podrán tener importancia en el proceso de impugnación judicial del despido y, en todo caso, sólo podrían dar lugar, si tuvieran la suficiente gravedad, a una sanción administrativa por la vía del artículo 7.7 de la LISOS⁵⁵.

De darse estas advertencias o recomendaciones, deben remitirse tanto a la empresa como a la representación de los trabajadores, aun cuando se dirijan a una de las partes en particular, con el objetivo evidente de mantener la igualdad de las mismas en el desarrollo del periodo de consultas así como la imparcialidad de la propia autoridad laboral. También se prevé la obligación de que la empresa responda por escrito, antes de la finalización del periodo de consultas, sobre las advertencias o recomendaciones que le haya formulado la autoridad laboral, dando traslado también de una copia del escrito a los representantes de los trabajadores. Aquí cabe plantearse dos cuestiones: 1) no se prevé qué ocurre si la empresa no responde a la autoridad laboral o lo hace tardíamente, aun cuando, a nuestro entender, dicha conducta empresarial podría afectar al deber de negociar de buena fe e influir en el resultado del correspondiente proceso judicial de impugnación del despido; y, 2) sólo se exige de la empresa una respuesta escrita, cuando lo lógico sería reclamarlo también de la representación de los trabajadores, con independencia de que puedan ser mucho más habituales las recomendaciones o advertencias destinadas a la empresa, al ser ésta la que ha tomado la decisión de despedir.

⁵⁴ Al respecto, J. CABEZA PEREIRO, “La supresión...”, *cit.* pp. 187 y ss.; y J.M. GOERLICH PESET, “La extinción...”, *cit.* p. 305.

⁵⁵ J.M. GOERLICH PESET, “La extinción...”, *cit.* p. 307.

Por otra parte, también se establece que los representantes de los trabajadores pueden dirigir en cualquier momento del periodo de consultas observaciones a la autoridad laboral sobre las cuestiones que estimen oportunas. Y la autoridad laboral, a la vista de las mismas, podrá formular advertencias y recomendaciones a la empresa.

También cabe destacar que nada se fija respecto del contenido y alcance de esas advertencias y recomendaciones (las primeras parece que tendrían un tono más imperativo que las segundas), lo que determina que su papel en la práctica va a depender no sólo de las circunstancias del despido en concreto, sino también de la actitud –más o menos incisiva- de la representación de los trabajadores y de la propia autoridad laboral, que podrá decidir adoptar una posición más o menos comprometida en torno a este papel y respecto del resto de las funciones que le atribuyen el artículo 51 del ET y el RPDC. Y, en fin, no podemos ignorar que estas advertencias y recomendaciones pueden producirse exclusivamente durante el período de consultas, limitado temporalmente, lo que constituye un nuevo ejemplo de su papel condicionado y, por extensión, de la escasa relevancia que se atribuye, en la nueva regulación, a la propia autoridad laboral.

En segundo lugar, la autoridad laboral, durante el periodo de consultas, puede realizar, a solicitud de cualquiera de las partes o por propia iniciativa, funciones de asistencia. En especial, puede dirigir a las partes propuestas y recomendaciones sobre las medidas sociales de acompañamiento y, en su caso, sobre el contenido e implantación del plan de recolocación externa obligatorio en el caso de despidos que afectan a más de 50 trabajadores, teniendo en cuenta la situación económica de la empresa. En este marco cabe hacer algunas consideraciones: a) resulta interesante que esta labor la pueda realizar la autoridad laboral a petición de cualquiera de las partes -no de ambas- y por propia iniciativa, lo que facilita, sin duda, su efectiva puesta en práctica; b) cabe entender que esta labor de asistencia puede desarrollarse una o más veces durante el periodo de consultas; c) como ejemplos de esta labor, la norma cita las propuestas y recomendaciones sobre las medidas sociales de acompañamiento y el plan de recolocación externa, pero deja abiertas otras alternativas (habla de “en especial...”), en función de las circunstancias que puedan surgir en cada supuesto; d) resulta especialmente relevante que se mencionen las medidas sociales de acompañamiento y el plan de recolocación, donde esa asistencia no sólo puede ayudar a las partes que participan en el periodo de consultas sino, sobre todo, a los trabajadores afectados finalmente por el despido, por cuanto las propuestas o recomendaciones de la autoridad laboral pueden hacer que aquellas medidas y el plan resulten mejor diseñados y/o más completos; e) esta labor de asistencia puede realizarse con el apoyo de la Inspección de Trabajo; y, f) nuevamente, la efectividad real de esta labor de asistencia depende, en gran medida, de la actitud que adopte la correspondiente

autoridad laboral, es decir, más o menos intervencionista respecto al periodo de consultas.

Por otra parte, la autoridad laboral también puede desempeñar actuaciones de mediación, con el fin de buscar soluciones a los problemas planteados por el despido colectivo; función de mediación que puede desarrollar con la asistencia y apoyo de la Inspección de Trabajo. Cabe tener presente, sin embargo, que esta mediación requiere la petición conjunta de ambas partes, lo que, lógicamente, aunque resulta comprensible, limita su efectividad. En este ámbito también se ha afirmado que, en ciertas circunstancias, la negativa a la petición de mediación de la autoridad laboral por la contraparte puede ser indicativa de que la negociación no se desarrolla bajo el principio de la buena fe⁵⁶.

Y, por último, el artículo 51.3 del ET, con una finalidad de control, manifiesta que, cuando el despido afecta a más del 50 por 100 de los trabajadores, se dará cuenta a la autoridad laboral y a los representantes de los trabajadores, de la venta de los bienes de la empresa, excepto de aquéllos que constituyen su tráfico normal.

4.3.5. La finalización del período de consultas

Como afirmábamos páginas atrás, el período de consultas puede acabar de dos maneras: con o sin acuerdo, lo que deja la decisión final sobre el despido en manos de la empresa. Y, en todo caso, en el momento de su finalización, la empresa está obligada a comunicar a la autoridad laboral competente el resultado del período de consultas. Si se hubiera alcanzado un acuerdo, la empresa remitirá, asimismo, a la autoridad laboral una copia íntegra del mismo.

Cabe tener presente, sin embargo, que es obligatorio que la empresa, exista o no acuerdo, comunique por escrito a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral su decisión final en torno al despido y sus condiciones, actualizando, en su caso, los elementos de la comunicación de apertura del período de consultas. Ello significa que dicha comunicación debe incluir, como mínimo y con el suficiente detalle, los contenidos de la comunicación de inicio del período de consultas y que debe, evidentemente, ser congruente con ella, si bien, cabe interpretar que podrían incluirse otras cuestiones adicionales allí no previstas, como las medidas sociales de acompañamiento que se propone llevar a cabo y, en su caso, el plan de recolocación externa. Respecto a la congruencia exigida, ésta requiere que no puede incrementarse el número inicial de trabajadores afectados por el despido (sí disminuirse), ni tampoco

⁵⁶ D. MARTÍNEZ FONTS, “Despido...”, *cit.* p. 354, que cita a FALGUERA BARÓ.

incorporar medidas restrictivas que no hayan sido objeto de las consultas, pero, por el contrario, sí pueden incorporarse nuevas medidas de acompañamiento social⁵⁷.

Esta comunicación debe producirse, como máximo, en el plazo de 15 días a contar desde la fecha de la última reunión celebrada en el período de consultas, acompañándose de la documentación correspondiente a las medidas sociales de acompañamiento que se hubieran acordado u ofrecido por la empresa y, en su caso, del plan de recolocación externa. En el supuesto de la autoridad laboral se adjuntarán, además, las actas de las reuniones del período de consultas. Es importante destacar que si transcurre ese plazo de 15 días y no se realiza la comunicación citada, el procedimiento de despido colectivo caduca, lo que impide a la empresa proceder al despido, sin perjuicio de que pueda volver a iniciar un nuevo procedimiento.

Por último, cabe afirmar que la autoridad laboral debe trasladar la comunicación empresarial a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo y a la Administración de Seguridad Social cuando el despido colectivo afecta a trabajadores con 55 o más años que no tienen la condición de mutualistas, haciendo constar la fecha en que la empresa le ha remitido dicha comunicación.

4.3.6. El papel de la Inspección de Trabajo

En relación con el papel que se atribuye actualmente a la Inspección de Trabajo en un procedimiento de despido colectivo cabe destacar que, según el artículo 11 del RPDC, aquella debe elaborar un informe preceptivo -tomando como base toda la documentación que previamente le ha remitido la autoridad laboral-, que debe realizarse en el plazo improrrogable de 15 días desde la notificación a la autoridad laboral de la finalización del periodo de consultas, y que queda incorporado al procedimiento. Este informe se realiza una vez acabado el periodo de consultas lo que hace que, en la práctica, su mayor virtualidad sea servir de prueba en una posterior impugnación judicial del despido y, particularmente, respecto al cumplimiento empresarial de las obligaciones referidas a la documentación y al desarrollo del periodo de consultas fijadas en el artículo 51.2 del ET, cuyo incumplimiento comporta la nulidad del despido.

Partiendo de lo anterior, cabe señalar que este informe de la Inspección de Trabajo se referirá a los extremos de la comunicación de inicio del periodo de consultas y al desarrollo de dicho periodo y con tal objetivo el artículo 11 del RPDC le

⁵⁷ A. BLASCO PELLICER, "La extinción...", *cit.* p. 176, quien defiende que sería incluso posible transformar una decisión de despido por una decisión de suspensión de contratos siempre que esta cuestión en el periodo de consultas.

atribuye ciertas funciones, algunas de ellas con un alcance poco delimitado⁵⁸: 1) constatará que la documentación presentada por la empresa en relación con las causas del despido se ajusta a lo establecido en los artículos 4 y 5 del RPDC en función de la concreta causa justificativa alegada; 2) a los efectos de una posible impugnación de oficio del despido por parte de la autoridad laboral⁵⁹, se informará cuando se compruebe que concurre fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo adoptado en el periodo de consultas; 3) se informará si se considera que el acuerdo con los representantes de los trabajadores tiene por objeto la obtención indebida de prestaciones por desempleo, a los efectos de su valoración por la correspondiente entidad gestora; 4) se verificará si se ha cumplido lo previsto legal y reglamentariamente en relación con el desarrollo del periodo de consultas; 5) se constatará la inclusión de todos los extremos que deben estar presentes en la comunicación empresarial de apertura del periodo de consultas y, en particular, se verificará que los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por el despido no resultan discriminatorios por los motivos contemplados en el artículo 17.1 del ET; y, 6) se informará sobre el contenido de las medidas sociales de acompañamiento que se hayan podido establecer y, en especial, se comprobará que las empresas obligadas hayan presentado el correspondiente plan de recolocación externa y que éste cumple los requisitos recogidos en el artículo 9 del RPDC. Cabe entender, que junto a estas actuaciones específicas, en el informe de la Inspección de Trabajo pueden incluirse otros elementos, al no incluirse una lista cerrada de materias.

En este marco es fácil constatar que resulta esencial el papel, más o menos activo, que asuma la Inspección de Trabajo a la hora de elaborar este informe preceptivo, pudiéndose limitar a una simple constatación formal de los elementos antes mencionados o, por el contrario, a una valoración más a fondo de todas esas cuestiones. Aun cuando, como afirmábamos anteriormente, este informe se produce a posteriori del periodo de consultas y no influye en la adopción de la decisión empresarial de proceder al despido, una actitud activa o pasiva sí tendrá trascendencia en el momento en que se impugna judicialmente el despido, por cuanto si bien dicho informe no tiene presunción de certeza, sí constituye una prueba relevante en el proceso judicial al provenir de un funcionario público imparcial en el ejercicio de sus competencias⁶⁰.

Y, por otra parte, cabe señalar que la normativa vigente también atribuye otras funciones a la Inspección de Trabajo, de menor trascendencia, sin embargo, como son:

⁵⁸ A. BLASCO PELLICER, “La extinción...”, *cit.* pp. 171-172. *Vid* también J. CABEZA PEREIRO, “La supresión...”, *cit.* pp. 191-192.

⁵⁹ Artículo 51.6 del ET.

⁶⁰ A. BLASCO PELLICER, “La extinción...”, *cit.* p. 172.

a) si durante el periodo de consultas la Inspección de Trabajo observa que la comunicación de apertura del citado período no reúne los requisitos exigidos, debe comunicarlo, antes de su finalización, a la autoridad laboral para que ésta formule la correspondiente advertencia, que, como vimos páginas atrás, no paraliza ni suspende el procedimiento de despido; b) también como señalamos anteriormente, la Inspección de Trabajo puede desempeñar una labor de asistencia y apoyo en las tareas de asistencia y mediación que corresponden a la autoridad laboral; y, c) por último, la Inspección de Trabajo también actúa como receptora de documentación y comunicaciones en varios momentos del procedimiento de despido⁶¹.

4.3.7. La notificación individual de los despidos

Este último paso del procedimiento de despido colectivo, que resulta obligatorio, se concreta en la notificación individual de los despidos por parte de la empresa a cada uno de los trabajadores afectados. Esta última fase se encuentra regulada en los artículos 51.4 del ET y 14 del RPDC, donde se establece que, tras la comunicación empresarial a la autoridad laboral y a los representantes de los trabajadores de su decisión final sobre el despido, la empresa puede empezar a notificar los despidos de manera individual a los trabajadores, lo que debe hacer en los términos y condiciones previstos, para el despido por causas objetivas, en el artículo 53.1 del ET. Esto implica que se requiere una comunicación escrita, con expresión clara e inequívoca de la causa justificativa del despido (no bastaría una simple remisión a la comunicación realizada a los representantes de los trabajadores, aun cuando sí sería suficiente que a la referencia de la causa incorporada en cada comunicación individual se añadiese la entrega simultánea de la documentación correspondiente en cualquier tipo de soporte⁶²), así como la puesta a disposición simultánea del trabajador de la indemnización de 20 días de salario por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades⁶³ que fija dicho precepto del ET. Asimismo, la empresa está obligada a conceder a cada trabajador un plazo de preaviso de 15 días, computado desde la entrega de la comunicación hasta la extinción del contrato, plazo que puede coincidir, total o parcialmente, con el plazo de 30 días al que nos referiremos a continuación. Sin embargo, este plazo de preaviso

⁶¹ Artículos 6.3 y 6.4 del RPDC.

⁶² A. BLASCO PELLICER, “La extinción...”, *cit.* p. 179; y J.M. GOERLICH PESET, “La extinción...”, *cit.* p. 310.

⁶³ No obstante, cabe recordar que si la causa alegada es la económica y la empresa no puede cumplir este requisito, haciéndolo constar en la comunicación escrita, podrá no cumplirlo, sin perjuicio del derecho del trabajador de exigir el abono de la indemnización cuando la decisión extintiva se haga efectiva.

puede no darse, siendo sustituido por su equivalente económico, según el artículo 122.3 de la LRJS.

En todo caso, deben haber transcurrido, como mínimo, 30 días entre la fecha de la comunicación de inicio del periodo de consultas a la autoridad laboral y la fecha de efectos del despido; plazo que no es dispositivo para las partes y que también se aplica cuando se ha alcanzado un acuerdo (artículo 4 de la Directiva 98/59/CE).

Por último, cabe señalar que la empresa está obligada a dar una copia de la comunicación del despido a los representantes de los trabajadores, comportando la omisión de este trámite la improcedencia del despido.

5. LA IMPUGNACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO COLECTIVO: SUJETOS LEGITIMADOS Y TRAMITACIÓN

Las vías de impugnación de un despido colectivo ante la jurisdicción social son tres, con diferentes sujetos legitimados, y se encuentran reguladas en los artículos 51.6 del ET y 124 y 148.b) a 150 de la LRJS. Estas vías son: 1ª) la modalidad colectiva, donde están legitimados los representantes de los trabajadores (incluida la comisión específica que puede participar en el periodo de consultas, vista páginas atrás) y la propia empresa; 2ª) la modalidad individual, para la que sólo están legitimados los propios trabajadores afectados por el despido; y, 3ª) la impugnación de oficio llevada a cabo por la autoridad laboral cuando se ha alcanzado un acuerdo en el período de consultas.

En primer lugar, respecto a la modalidad colectiva, cabe realizar algunas consideraciones:

1ª) Están legitimados los representantes de los trabajadores (la representación unitaria y la representación sindical, siempre que ésta tenga implantación suficiente en el marco del despido colectivo, así como la comisión específica a la que aludimos páginas atrás) y la finalidad de la demanda es impugnar la decisión empresarial de despido, si bien dicha demanda sólo puede basarse en los motivos fijados en el artículo 124.2 de la LRJS, que son: a) que no concurre la causa justificativa indicada en la comunicación escrita; b) que no se ha realizado el periodo de consultas y/o entregado la documentación requerida legal y reglamentariamente (se ha incumplido, por tanto, lo establecido en el artículo 51.2 del ET y en su desarrollo reglamentario); c) que la decisión extintiva se ha adoptado con fraude, dolo, coacción o abuso de derecho; y, d) que la decisión extintiva se ha efectuado vulnerando derechos fundamentales y libertades públicas. El plazo de impugnación es de 20 días (caducidad) a contar desde la fecha del acuerdo alcanzado en el periodo de consultas o desde la notificación a los

representantes de los trabajadores de la decisión final de la empresa. La legitimación pasiva recae sobre la empresa y, en caso de haber existido acuerdo durante el periodo de consultas, también sobre el resto de los firmantes. No se puede acudir a esta modalidad para debatir la aplicación de las reglas de prioridad de permanencia en la empresa ya que esta materia debe decidirse, obligatoriamente, a través de la modalidad individual⁶⁴.

2ª) Cuando el despido no haya sido impugnado por los representantes de los trabajadores ni por la autoridad laboral, una vez transcurrido el plazo de caducidad de 20 días para el ejercicio de la acción por parte de los citados representantes, la empresa, en el plazo de 20 días desde la finalización del plazo anterior, puede interponer una demanda con el objetivo de que se declare su decisión ajustada a derecho y lograr así el efecto de cosa juzgada sobre los procesos individuales en los términos del artículo 160.5 de la LRJS. La legitimación pasiva en este supuesto recae sobre los representantes de los trabajadores y la sentencia que se dicte tiene naturaleza declarativa.

3ª) Esta modalidad no requiere el recurso al trámite de conciliación previa y su planteamiento suspende el plazo de caducidad de la acción individual de despido. Asimismo, tiene carácter urgente⁶⁵ y preferente sobre cualquier otra demanda, salvo las relacionadas con la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas. Con el mismo propósito de urgencia, se establece que contra las resoluciones de tramitación que se dicten no cabe recurso, salvo el de declaración inicial de incompetencia, así como la obligatoria celebración del acto del juicio en el plazo de los 15 días siguientes a la admisión a trámite de la demanda⁶⁶; debiéndose dictar la sentencia dentro de los 5 días siguientes a la celebración del juicio.

⁶⁴ SAN de 10 de junio de 2013 (Rº 112/2013).

⁶⁵ En el artículo 124.9 de la LRJS se establece que admitida a trámite la demanda, el secretario judicial dará traslado de la misma a la empresa y le requerirá para que, en el plazo de 5 días, presente, preferiblemente en soporte informático, la documentación y las actas del período de consultas y la comunicación a la autoridad laboral del resultado del mismo. En ese mismo requerimiento, se ordenará a la empresa que, en el plazo de 5 días, notifique a los trabajadores afectados la existencia del proceso planteado por los representantes de los trabajadores, para que, en el plazo de 15 días, comuniquen al órgano judicial un domicilio a efectos de notificación de la sentencia. En caso de negativa injustificada de la empresa a remitir estos documentos o a informar a los trabajadores, el secretario judicial reiterará por la vía urgente su inmediata remisión en el plazo de 3 días, con el apercibimiento de que de no cumplirse en plazo este segundo requerimiento se impondrán las medidas previstas en el artículo 75.5 de la LRJS, y se podrán tener por ciertos a los efectos del juicio posterior los hechos que pretende acreditar la parte demandante. Asimismo, al admitirse la demanda, el secretario judicial acordará recabar de la autoridad laboral copia del expediente administrativo relativo al despido.

⁶⁶ En la misma resolución de admisión a trámite de la demanda, el secretario judicial señalará el día y la hora en que haya de tener lugar la celebración del acto del juicio. Asimismo, acordará de oficio el previo

La competencia para resolver la demanda corresponde a la sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia, si el conflicto se circunscribe al ámbito territorial de una CC.AA. o a la sala de lo social de la Audiencia Nacional si afecta a más de una CC.AA. Contra la sentencia es factible interponer un recurso de casación ordinaria ante la sala de lo social del Tribunal Supremo. La exclusión de los juzgados de lo social se justifica, en opinión de la doctrina⁶⁷, por la facilidad y proximidad temporal del acceso a la casación y, por tanto, a la creación de doctrina jurisprudencial, dadas las dificultades que presentaría la vía ordinaria por los problemas técnicos que pudiera plantear la casación unificadora.

4ª) Si una vez presentada la demanda por los representantes de los trabajadores se plantea la impugnación de oficio por parte de la autoridad laboral, ésta se suspende, si bien la autoridad laboral está legitimada para ser parte en el proceso iniciado por los representantes de los trabajadores o por la empresa. La sentencia, una vez firme, tiene eficacia de cosa juzgada sobre el procedimiento de oficio pendiente de resolución.

5ª) La sentencia que se dicte puede declarar la decisión empresarial como ajustada a derecho, no ajustada a derecho o nula. Será ajustada a derecho cuando habiéndose cumplido con lo dispuesto en el artículo 51.2 del ET, la empresa acredita la concurrencia de la causa justificativa alegada. La decisión empresarial se declarará como no ajustada a derecho cuando la empresa no hubiera acreditado la concurrencia de dicha causa. Y será nula únicamente cuando la empresa no haya realizado el periodo de consultas o entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 del ET (no se haya cumplido debidamente el deber de información y documentación previsto legal y reglamentariamente, no se haya desarrollado adecuadamente el periodo de consultas, no se haya respetado el deber de buena fe...), así como cuando la decisión empresarial vulnera derechos fundamentales y libertades públicas (es decir cuando la propia decisión vulnera tales derechos o es discriminatoria y no cuando la posible vulneración o discriminación se produce a la hora de aplicar la empresa la decisión extintiva, notificándola individualmente a los trabajadores, en cuyo caso la modalidad es la impugnación individual). En este último supuesto, la sentencia declarará el derecho de los trabajadores a la reincorporación a su puesto de trabajo (artículo 123.2 y 3 de la LRJS).

Y, 6ª) por último, una vez firme la sentencia, se notificará a quienes hubieran sido parte y a los trabajadores que pudieran resultar afectados por el despido que hubiesen

traslado entre las partes o la aportación anticipada, en soporte preferiblemente informático, con 5 días de antelación al acto de juicio, de la prueba documental o pericial que, por su volumen o complejidad, sea conveniente posibilitar su examen previo al momento de la práctica de la prueba (artículo 124.10 de la LRJS).

⁶⁷ A. BLASCO PELLICER, "La extinción...", *cit.* p. 198.

puesto en conocimiento del órgano judicial un domicilio a los efectos de notificaciones. También se notificará a la autoridad laboral, a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo y a la Administración de la Seguridad Social cuando no hubieran sido parte en el proceso.

En segundo lugar, en relación con la modalidad individual, cuya finalidad es la impugnación del despido por los propios trabajadores afectados⁶⁸, se aplican los artículos 120 a 123 de la LRJS (que regulan la modalidad procesal laboral especial sobre extinción por causas objetivas) y en lo no previsto, salvo incompatibilidad, lo recogido -respecto a la modalidad procesal de despido- en los artículos 102 a 113 de la LRJS, con ciertos matices:

a) La demanda se presenta, en todos los supuestos, ante el Juzgado de lo Social, requiere conciliación previa y la sentencia es susceptible de recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia y, en su caso, en casación para la unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo.

b) Si el despido no se ha impugnado por la vía de la modalidad colectiva, se aplican las siguientes reglas específicas:

- El plazo para la impugnación individual -20 días- empieza una vez transcurrido el plazo de caducidad de 20 días fijado para el ejercicio de la acción por parte de los representantes de los trabajadores.

- Si la cuestión de debate, exclusiva o concurrente, es la prioridad de permanencia en la empresa a la hora de hacer efectivo el despido, debe demandarse también a los trabajadores cuya preferencia se debate.

- Y el despido será nulo, además de por los motivos recogidos en el artículo 122.2 de la LRJS, únicamente cuando la empresa no haya realizado el periodo de consultas o entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 del ET. Y también será nulo cuando no se hayan respetado las prioridades de permanencia establecidas en las leyes, el convenio colectivo o en el acuerdo alcanzado en el periodo de consultas. Esta última nulidad no afecta a las extinciones que, dentro del mismo despido, hayan respetado las mencionadas prioridades. Sin embargo, cabe tener en cuenta que el despido puede declararse nulo, procedente o improcedente, conforme a lo antes señalado y lo establecido en el artículo 122 de la LRJS.

Y, c) cuando el despido se hubiera impugnado mediante la modalidad colectiva, se aplican las siguientes reglas a la modalidad individual:

⁶⁸ Tal y como ha declarado la SAN de 11 de marzo de 2013 (ST nº 40/2013) no están legitimados los representantes unitarios, de forma individual o plural.

- El plazo de caducidad para la impugnación individual -20 días- empieza a contar desde la firmeza de la sentencia dictada en la modalidad colectiva o, en su caso, desde la conciliación judicial.

- La citada sentencia o el acuerdo de conciliación judicial tienen eficacia de cosa juzgada sobre los procesos individuales, por lo que el objeto de dichos procesos queda limitado a aquellas cuestiones de carácter individual que no hubieran sido objeto de la demanda formulada a través de la modalidad colectiva.

- Será nulo el despido acordado por la empresa sin respetar las prioridades de permanencia, si bien esta nulidad, como vimos antes, no afectará a las extinciones que, dentro del mismo despido, hubieran respetado las prioridades.

- Y, finalmente, cabe tener muy presente que si el despido ha sido declarado nulo en la modalidad colectiva, los efectos de cosa juzgada implicarán la nulidad del despido individual y, por consiguiente, la reincorporación del trabajador al puesto de trabajo y el derecho a los salarios de tramitación, con la correspondiente compensación con la indemnización percibida por aquél. También es posible que, habiéndose calificado el despido como ajustado a derecho en el marco de la modalidad colectiva, el despido individual sea declarado nulo (por no respetar las reglas de prioridad de permanencia o por las causas fijadas en el artículo 122.2 de la LRJS) o improcedente (por inadecuada tramitación formal conforme al artículo 53.1 del ET). En el supuesto de nulidad, los efectos para el trabajador son los ya vistos, y si se declara la improcedencia, la empresa puede optar entre la readmisión y la indemnización. En el primer caso, existirán salarios de tramitación y en el segundo no (salvo que se trate de un representante de los trabajadores), con compensación cuando existan salarios de tramitación. En el caso de improcedencia, la indemnización pasa de los 20 días por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades a los 33 días por año de servicio con un máximo de 24 mensualidades. Y, en fin, si el despido colectivo ha sido calificado como no ajustado a derecho en la vía colectiva, su efecto para los trabajadores será la nulidad o la improcedencia del despido, por los mismos motivos antes mencionados y con las mismas consecuencias.

Por último, también es posible que la autoridad laboral impugne de oficio la decisión empresarial, por la vía del procedimiento de oficio (artículos 148.b), 149 y 150 de la LRJS⁶⁹), pero sólo sobre la base de causas específicas y con un carácter

⁶⁹ A modo de ejemplo, STSJ de la Comunidad Valenciana de 7 de mayo de 2013 (R° 12/2013).

condicionado, en su caso, como vimos anteriormente, a la presentación y resolución de la modalidad colectiva. Esta vía de impugnación sólo puede abrirse cuando ha existido un acuerdo en el período de consultas y la autoridad laboral considera que éste se ha logrado mediante fraude, dolo, coacción o abuso de derecho a los efectos de su posible declaración de nulidad, así como cuando la entidad gestora de las prestaciones por desempleo le hubiese informado de que la decisión empresarial puede tener por objeto la obtención indebida de prestaciones por parte de los trabajadores afectados ante la inexistencia de una causa motivadora de la situación legal de desempleo. Es fácil concluir que, al limitarse la actuación de oficio, en el primer supuesto, a la existencia de un acuerdo en el periodo de consultas, la facultad de intervención judicial de la autoridad laboral se reduce ya que la nueva regulación no fomenta precisamente la adopción de dicho acuerdo. En todo caso, cabe hacer dos reflexiones: 1ª) este procedimiento de oficio sigue la tramitación del proceso laboral ordinario; y, 2ª) no se prevé un efecto suspensivo de la aplicación del acuerdo, por lo que cabe interpretar que la única vía para lograrlo es solicitar en la demanda de oficio, como medida cautelar, la suspensión de los efectos del acuerdo, con fundamento en el artículo 79 de la LRJS⁷⁰.

6. DESPIDO COLECTIVO Y OBLIGACIONES EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

Aunque no entraremos en ello, sí cabe recordar que, en ciertos supuestos, una empresa inmersa en un procedimiento de despido colectivo debe cumplir algunas obligaciones adicionales vinculadas con el sistema de Seguridad Social. La primera obligación adicional se encuentra en el artículo 51.9 del ET e implica que cuando el despido afecta a una empresa no incurso en un procedimiento concursal e incluye a trabajadores con 55 o más años que no tenían la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967, aquélla tiene la obligación, respecto de dichos trabajadores, de abonar las cuotas dirigidas a financiar un convenio especial en las condiciones fijadas en la disposición adicional 31ª de la Ley General de la Seguridad Social⁷¹. Ello supone, para la empresa, sumar a las indemnizaciones por despido el coste del correspondiente convenio especial.

La segunda obligación adicional aparece recogida en el artículo 51.11 del ET y en la disposición adicional 16ª de la Ley 27/2011, y se refiere a la empresa con beneficios que realiza un despido que incluye a trabajadores de 50 o más años, en cuyo caso

⁷⁰ A. BLASCO PELLICER, “La extinción...”, *cit.* p. 176.

⁷¹ En adelante LGSS.

aquella tiene la obligación de efectuar una aportación económica al Tesoro Público, con el objetivo de contribuir a sufragar el coste de las prestaciones por desempleo (del nivel contributivo y asistencial) que van a recibir dichos trabajadores. Deben cumplir esta obligación las empresas que cumplan los requisitos fijados en el apartado 1º de la mencionada disposición adicional 16ª, que son los siguientes: 1º) que se trate de una empresa de más de 100 trabajadores o de una empresa que forma parte de un grupo de empresas que emplea a ese número de trabajadores; 2º) que el porcentaje de trabajadores despedidos de 50 o más años sobre el total de trabajadores despedidos sea superior al porcentaje de trabajadores de 50 o más años sobre el total de trabajadores de la empresa; y, 3ª) que, aun concurriendo las causas justificativas del despido, se cumpla alguna de las dos condiciones siguientes: a) que la empresa o el grupo de empresas hubieran tenido beneficios en los dos ejercicios económicos anteriores a aquél en que la empresa inicia el procedimiento de despido; y, b) que la empresa o el grupo de empresas obtengan beneficios en al menos dos ejercicios económicos consecutivos dentro del período comprendido entre el ejercicio económico anterior a la fecha de inicio del procedimiento de despido colectivo y los cuatro ejercicios económicos posteriores a dicha fecha. La forma de cálculo del importe de la aportación que la empresa debe realizar al Tesoro Público, que puede ser elevado, aparece en los apartados 4º y 5º de la citada disposición adicional 16ª de la Ley 27/2011.

Y, por último, también como obligaciones de Seguridad Social, pero con un contenido muy distinto y referido a todo despido colectivo, cabe mencionar la forma como se debe acreditar el despido a los efectos de que los trabajadores puedan acceder a las prestaciones por desempleo (disposición adicional 63ª de la LGSS), así como la obligación empresarial de comunicar a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo, a través de medios electrónicos y con carácter previo a su efectividad, el despido, en los términos fijados en los artículos 51 del ET y 22 del RD 625/1985, de 2 de abril, y en la Orden ESS/982/2013, de 20 de mayo. El incumplimiento de esta última obligación implica una infracción grave (artículo 22.13 de la LISOS).

7. CONCLUSIONES FINALES

No hay duda que las reformas llevadas a cabo en el ámbito del despido colectivo entre los años 2010 y 2013 responden a la voluntad de ampliar el margen de actuación empresarial y de facilitar su aplicación siempre que se den las causas justificativas para ello. Sin embargo, también cabe tener presente que elementos esenciales del despido colectivo (las propias causas que lo pueden justificar, los sujetos intervinientes en el período de consultas y su desarrollo, el alcance del deber de buena fe, el contenido adecuado de la documentación que debe aportar la empresa, la actitud que deben

adoptar las partes durante el período de consultas, los motivos de nulidad...), siguen sin definirse de una forma adecuada (es probable que, en algún caso, tal objetivo resulte imposible), lo que añade un cierto grado de incertidumbre en la propia regulación legal, que no ha venido precisamente a resolver, sino incluso a incrementar, el reciente RDL 11/2013.

Y a lo anterior cabe añadir la importante labor judicial desplegada en los últimos dos años, al instituirse el control judicial del despido colectivo en el único posible actualmente. Y esa actividad judicial está interpretando, pero también reinterpretando elementos clave de la nueva regulación legal, de tal manera que, ya en estos momentos, lo dispuesto en el artículo 51 del ET y en el RPDC no puede entenderse si no tenemos en cuenta la doctrina judicial y la jurisprudencia del Tribunal Supremo existente sobre esta materia.

En definitiva, deberemos estar muy atentos a las soluciones judiciales ya que serán éstas las que seguirán perfilando, interpretando y también reinterpretando el régimen legal del despido colectivo en los próximos años.

Carolina Gala Durán
Catedrática acreditada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Barcelona
carolina.gala@uab.es

