

LA INSTITUCIÓN JURÍDICO LABORAL DEL DESPIDO COLECTIVO

THE LABOUR LEGAL INSTITUTION OF COLLECTIVE DISMISSAL

MARÍA DESAMPARADOS BOHIGUES ESPARZA

Profesora Ayudante Doctora

Departamento Derecho del Trabajo y Seguridad Social

Universidad de Valencia

<http://orcid.org/0000-0003-3086-8022>

Cómo citar este trabajo: Bohigues Esparza, M. D. (2023). La institución jurídico laboral del despido colectivo. *Lex Social, Revista De Derechos Sociales*, 13 (1), 1–30. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.7877>

RESUMEN

El objeto de este estudio consiste en discernir si el papel que ostenta en la actualidad la autoridad laboral como órgano residual tutelador de la legalidad del expediente del procedimiento de despido colectivo, tras la desaparición de la autorización administrativa, ha contribuido a reducir o potenciar el control judicial, en cuanto a la constatación de las causas, y su concreción, y por ende, la seguridad jurídica y la celeridad del procedimiento a seguir, pues la mayoría de las resoluciones judiciales dictadas en esta materia, se han centrado en la negociación en el periodo de consultas, soslayando en cierto modo, la acreditación de las causas alegadas por el empresario en la decisión extintiva, especialmente cuando ha habido acuerdo en el periodo de consultas.

En este sentido, cabría preguntarse si se han de corregir determinadas desviaciones que se han producido tras la desaparición de la autorización administrativa, pues el papel que debe cumplir en el periodo de consultas, a mi juicio, se ha desnaturalizado, al otorgar a este, un protagonismo relevante en la calificación de los despidos colectivos, infravalorando la concurrencia de la causa y sus

consecuencias, y por ende, el enaltecimiento del cumplimiento de los requisitos formales como eje central del control judicial de los despidos colectivos, siendo el papel de la autoridad laboral en el procedimiento de despido colectivo, meramente instrumental.

PALABRAS CLAVE: despido colectivo, autorización administrativa, autoridad laboral, control judicial, causas.

ABSTRACT

The purpose of this study is to discern whether the role currently held by the labour authority as a residual body that oversees the legality of the file of the collective dismissal procedure, after the disappearance of the administrative authorization, has contributed to reduce or enhance the control judicial, in terms of the verification of the causes, and their concretion, and therefore, the legal certainty and the speed of the procedure to follow, since the majority of the judicial resolutions dictated in this matter, have focused on the negotiation in the consultation period, avoiding in a certain way, the accreditation of the causes alleged by the employer in the termination decision, especially when there has been an agreement in the consultation period.

In this sense, one might wonder if certain deviations that have occurred after the disappearance of the administrative authorization have to be corrected, since the role that must be fulfilled in the consultation period, in my opinion, has been distorted, by granting it, a relevant role in the classification of collective dismissals, underestimating the concurrence of the cause and its consequences, and therefore, the exaltation of compliance with formal requirements, as the central axis of judicial control of collective dismissals, being the role of the labour authority in the collective dismissal procedure, merely instrumental.

KEYWORDS: collective dismissal, administrative authorization, labour authority, judicial control, causes.

SUMARIO

I. Introducción

II. Configuración dogmática legal

III. La supresión de la autorización administrativa y el momento actual

IV. El enaltecimiento del cumplimiento de los requisitos formales como eje central del control

judicial de los despidos colectivos

V. Las causas justificadoras de los despidos colectivos

VI. El procedimiento

1. El periodo de consultas

2. La comunicación a la autoridad laboral

VII. Conclusiones

Bibliografía

I. Introducción

Las sucesivas crisis económicas, la más reciente derivada de la crisis sanitaria y la situación por la que atraviesa España, son, sin duda, causa directa de la transformación de nuestro tejido productivo.

En efecto, muchas de las empresas que se han visto inmersas en esta situación de emergencia y pandemia mundial, se verán abocadas a adoptar decisiones sobre medidas de flexibilización externa, o incluso, para no pocas se producirá la declaración de insolvencia y, por ende, su desaparición.

Tal situación, la de las crisis económicas, ha conducido a grandes reformas estructurales en el modelo laboral español y, en concreto, en la institución jurídica del despido colectivo.

La reforma laboral de 2012, en su desproporcionado afán flexibilizador suprimió la autorización administrativa en los despidos colectivos¹. Así, la regulación del despido colectivo en nuestro ordenamiento se ha caracterizado tradicionalmente, por la necesidad de que los empresarios obtuvieran previamente una autorización administrativa. Este sistema, en cierta medida, dotaba a los empresarios de una seguridad jurídica frente a una posible impugnación, ya que la autorización les confería una suerte de “*presunción de legalidad*”² en su actuación. Ahora bien, también había sido objeto de múltiples críticas en el ámbito doctrinal³.

Pues bien, respecto de las medidas referidas a la extinción del contrato, estas, tienen una doble finalidad según las normas reformadoras.

En primer lugar, la de aclarar la definición de las causas justificativas para llevar a cabo un despido colectivo, con el fin de que puedan ser acreditadas de un modo objetivo, evitando así según esas normas, la posibilidad de que el juzgador realice juicios de

¹ ALFONSO MELLADO, C. L. (2012), “Reforma laboral y ley reguladora de la jurisdicción social”, *Revista de Derecho Social*, núm. 57, p. 263.

² MARTÍN MORETA, M. E. (2013), “La autorización administrativa en el despido colectivo: La supresión de la autorización administrativa de los despidos colectivos”, *Aranzadi Social*, núm. 9, p. 3.

³ Por todos, BLASCO PELLICER, A. (2009), *Los expedientes de regulación de empleo*, Valencia, Tirant lo Blanch, *passim*.

oportunidad relativos a la gestión de la empresa, suprimiendo referencias normativas (razonabilidad de la medida o juicio de proporcionalidad), al entender que venían introduciendo elementos de incertidumbre, posibilitando, ya desde la reforma laboral de 2010, la articulación de expedientes de regulación de empleo cuando se desprenda una situación económica negativa, en empresas que no solo experimenten pérdidas reales y actuales, sino también previstas, desvirtuando a mi juicio, la tradición jurídica de este instrumento normativo, caracterizado, y concebido en sus orígenes, para superar graves crisis económicas.

Y es que, en definitiva, como se verá, el despido colectivo ya no sirve a los fines para los que se concibió (empresas en crisis o crisis graves de empresa) o, mejor dicho, sirve más a otros fines, relacionados con las dificultades económicas por las que atraviesan las empresas y su competitividad, que pueden aliviarse mediante la extinción colectiva de los contratos de trabajo de los trabajadores empleados en estas.

En este sentido, se ha señalado⁴ que, si cambia el fin ontológico y axiológico al que la norma sirve, y se modifican para ello de manera muy intensa las normas jurídicas que lo regulan, como ha sucedido a lo largo de las reformas de que ha sido objeto esta institución, podría afirmarse que ha cambiado la naturaleza jurídica de la propia institución.

En el mismo sentido, se ha destacado que, desde un punto de vista jurídico, se ha producido una mutación en la concepción del despido colectivo, que supone la toma de partido normativa en favor de uno de los sujetos directamente implicados – el empresario -y, la consiguiente ruptura del equilibrio entre los diversos intereses afectados que debería arbitrar la norma laboral⁵.

En segundo lugar, se pretendía flexibilizar el procedimiento a seguir para proceder a un despido colectivo, pues una de las principales novedades reside en la supresión de la necesidad de autorización administrativa, manteniendo la exigencia comunitaria de un periodo de consultas, sin exigirse llegar a un acuerdo con los representantes de los trabajadores para proceder a los despidos, aunque la finalidad del procedimiento es, precisamente alcanzar ese acuerdo, tratando de evitar o reducir los despidos colectivos, o atenuar sus consecuencias a través de medidas de acompañamiento.

Y es que, en el nuevo modelo de regulación de los despidos colectivos se ha apostado por una intervención negociada, siendo el papel de la administración meramente instrumental, tanto en lo que se refiere a las funciones de apoyo y mediación como en lo referente a las funciones de verificación y control⁶.

Pues bien, el objeto de este estudio consiste en discernir si el papel que ostenta en la actualidad la autoridad laboral como órgano residual tutelador de la legalidad del expediente, tras la desaparición de la autorización administrativa, ha contribuido a reducir

⁴ARIAS DOMÍNGUEZ, A. (2014), *Tres años de reforma del despido colectivo ¿Ha conseguido su propósito el legislador?*, Madrid, Dykinson, p. 19.

⁵ MIÑARRO YANINI, M. (2012), “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*, núms. 19-20, p. 2.

⁶ MONEREO PÉREZ, J. L. (2014), “La intervención administrativa en los despidos colectivos”, *Temas Laborales*, núm. 125, p. 266.

o potenciar el control judicial, en cuanto a la constatación de las causas, y su concreción, y por ende, la seguridad jurídica y la celeridad del procedimiento a seguir, pues la mayoría de las resoluciones judiciales dictadas en esta materia, se han centrado en la negociación en el periodo de consultas, soslayando en cierto modo, la acreditación de las causas alegadas por el empresario en la decisión extintiva, especialmente cuando ha habido acuerdo en el periodo de consultas, y si es necesario corregir determinadas desviaciones que se han producido tras la desaparición de la autorización administrativa.

II. Configuración dogmática legal

La noción actual de despido colectivo procede en lo esencial del Derecho de la Unión Europea; en concreto de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de Julio de 1998 (en adelante Directiva 98/59), relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, y antes, de su predecesora, la Directiva 75/129, reformada por la Directiva 92/56/CEE de 24 de junio (en adelante Directiva 92/56).

Asimismo, cabe destacar, que la noción del despido colectivo no ha aparecido en nuestro derecho vigente hasta momentos relativamente recientes (1994).

En efecto, la terminología más generalizada era la de despido por “crisis de la empresa”; a la que a veces se le agrega la de “falta de trabajo”; o la de “cesación de la industria”. Así, para que tal denominación aparezca de manera clara habrá que esperar a la Ley 11/1994 y, en consecuencia, al Estatuto de los Trabajadores de 1995; donde se dispone que el contrato de trabajo se extinguirá por despido colectivo (art. 49.1 i) y en su art. 51 se regula bajo la rúbrica “despido colectivo”. Estas dos disposiciones transponen a nuestro derecho nacional lo establecido en las Directivas comunitarias de 1975 y 1992 sobre despido colectivo⁷.

Así pues, la Directiva 98/59 parte del elemento cualitativo o causal, que se identifica de forma muy amplia con los despidos efectuados por un empresario por motivos no inherentes a la persona de los trabajadores (art. 1.1. 1º), a los que, en determinadas condiciones se dice que se asimilan a “*efectos de cálculo*”, las extinciones del contrato de trabajo producidas por iniciativa del empresario con base en uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores (art. 1.1 2º).

Y es que, como ha señalado la doctrina⁸, dicha asimilación podría parecer enigmática, pues las extinciones del empresario son por regla general, despidos y extinciones, y en ambos dos, se producen por motivos no personales, aunque esto, ha tenido que ser aclarado por los pronunciamientos dictados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁹.

⁷ RÍOS MESTRE, J. M^a. (2012), *Despido colectivo y concurso de acreedores*, Cizur Menor, Navarra, Civitas Thomson Reuters, p. 193.

⁸ DESDENTADO BONETE, A. (2016), “La delimitación legal del despido colectivo de hecho”, en Martín Godino Reyes (dir.), *Tratado de despido colectivo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, p. 33.

⁹ STJUE de 11 de noviembre de 2015, Asunto Pujante Rivera, C-422/14.

Pues bien, dos son los elementos esenciales que componen la configuración dogmático-legal de esta institución.

Por una parte, el que hace referencia a su noción definitoria.

Por otra, el que hace relación al procedimiento, de forzosa aplicación¹⁰.

A su vez, la noción del despido colectivo se manifiesta a través de sus dos componentes.

El primero, el ontológico, es decir, la causa o elemento causal (las causas económicas en sentido amplio o causas empresariales), vinculadas al interés de la empresa o al cese de la actividad empresarial¹¹.

El segundo, el numérico-temporal: número de trabajadores afectados por el despido en un determinado periodo de tiempo¹², es decir, el carácter colectivo, como suma de extinciones individuales en un determinado periodo.

Con base en estas premisas, se ha desarrollado en la mayoría de los estados miembros de la Unión Europea¹³, la temática del despido colectivo.

En el derecho español no ha ocurrido así, pues ha sido necesaria una lenta evolución, que arranca con la intervención de los Jurados Mixtos (1931) y concluye con las últimas reformas de nuestro derecho del contrato de trabajo (1994, 2010, 2012).

En efecto, en nuestra legislación histórica, puede afirmarse el predominio del elemento causal hasta la recepción plena en 1994 del elemento numérico, todo ello, dentro de un esquema permanente de intervención administrativa fuerte (la autorización), hasta que se produce la ruptura, de forma algo traumática, con la reforma de 2012¹⁴.

III. La supresión de la autorización administrativa y el momento actual

Una de las modificaciones más relevante de la reforma laboral de 2012, como he avanzado, es la supresión de la exigencia de la autorización administrativa en el procedimiento de despido colectivo, dando una nueva redacción al artículo 51 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), así como al artículo 124 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (en adelante LRJS).

El legislador de la reforma laboral de 2012 afirma, según su exposición de motivos, que el objetivo es buscar “*la mayor celeridad que es especialmente necesaria cuando se trata de acometer reestructuraciones empresariales*”. Sin embargo, como se ha señalado, la

¹⁰ RÍOS MESTRE, J. M^º. (2012), *Ibid, op. cit.*, p. 191.

¹¹ *Ibidem*.

¹² *Ibidem*.

¹³ Salvo Grecia, (STJUE de 21 de diciembre de 2016, Asunto AGET Iraklis, C-201/15), permite la intervención administrativa para impedir un despido colectivo en atención a las condiciones del mercado de trabajo, la situación de la empresa y el interés de la economía nacional.

¹⁴ DESDENTADO BONETE, A. (2016), *Ibid, op. cit.*, p. 30.

forma de la obtención de la mayor celeridad es cuestionable, pues había otras opciones posibles¹⁵.

Como consecuencia de ello, tanto el papel de la autoridad laboral como el de la Inspección de Trabajo en los despidos colectivos, han quedado modificados tras la configuración del régimen jurídico del despido colectivo iniciada en la reforma laboral de 2012.

La mayoría de las controversias que se han planteado, son las que se refieren a la negociación que se ha llevado a cabo durante el periodo de consultas y la documentación a aportar, por una parte, y respecto del propio periodo de consultas y la buena fe negocial por otra.

Y es que, en el nuevo modelo de regulación de los despidos colectivos, como se ha dicho, se ha apostado por una intervención negociada, siendo el papel de la administración meramente instrumental, tanto en las funciones de apoyo y mediación como en las funciones de verificación y control.

En efecto, el papel de la autoridad laboral en el procedimiento de despido colectivo después de la desaparición de la autorización administrativa consiste en una doble función, que se aleja del intervencionismo fuerte propio del sistema precedente de autorización administrativa previa.

En primer lugar, de control instrumental sobre el cumplimiento de las formalidades de comunicación a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo, respecto del informe preceptivo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS en adelante), con la finalidad de impedir actuaciones empresariales fraudulentas de obtención indebida de prestaciones por desempleo por parte de los trabajadores, considerado también causa de impugnación del acuerdo para declarar su nulidad, así como, aquellas que entrañen perjuicios para los intereses de los trabajadores.

En segundo lugar, la función de apoyo y mediación activa de los procesos de consulta y negociación durante el desarrollo del periodo de consultas. En efecto, el nuevo papel de apoyo y mediación en el procedimiento de despido colectivo consiste en velar por la efectividad del periodo de consultas, pudiendo remitir, en su caso, advertencias y recomendaciones, pero que en ningún caso supondrán la paralización ni la suspensión del procedimiento.

No obstante, cabría preguntarse, hasta qué punto este nuevo papel de apoyo y mediación está siendo efectivo, es decir, en la práctica existe realmente este papel de apoyo y mediación, ¿se remiten advertencias y recomendaciones por parte de la autoridad laboral? o, ciertamente, esto no se cumple, perdiendo así toda o la mayor parte de su eficacia esa nueva intervención administrativa que ha venido a sustituir a la anterior autorización, más aún cuando no se establece ningún efecto claro derivado del incumplimiento de las advertencias y recomendaciones.

En efecto, ese papel se pone en entredicho en cuanto al periodo de consultas y la ausencia de una actitud más proactiva, sobre todo cuando la negociación se lleva a cabo por

¹⁵ MONEREO PÉREZ, J. L. (2014), *Ibid, op. cit.*, p. 266.

pequeñas empresas, por lo que se debería dotar a la autoridad laboral, de los mecanismos necesarios para llevar a cabo esta actitud proactiva real, atendiendo a quién negocia en el periodo de consultas, debiendo paralizarse el procedimiento, siendo imperativo, a mi juicio, atender las recomendaciones o advertencias detectadas por la autoridad laboral.

En definitiva, quizá sería más adecuado, dejar a la autoridad laboral alguna posibilidad de actuación más intensa como, por ejemplo, la facultad de paralizar el expediente hasta que la documentación pertinente esté completamente entregada a los representantes de los trabajadores, lo que dotaría al periodo de consultas y a su control *ex post* de una mayor seguridad jurídica.

También se establece que esta autoridad podrá durante dicho periodo, a petición conjunta de ambas partes, desarrollar labores de mediación con el fin de buscar soluciones a los problemas que se planteen en el despido colectivo, o labores de asistencia a petición de cualquiera de las partes o por propia iniciativa, si bien parece que este “mecanismo de protección” podría carecer de sentido en aquellas pequeñas empresas en las no existe representación de los trabajadores, y la misma se confiere a una comisión *ad hoc*, formada por trabajadores de la empresa que no tienen los conocimientos legales siquiera para solicitar esta actuación.

Asimismo, la autoridad laboral sigue siendo receptora de la comunicación de apertura del periodo de consultas y de la constitución de la comisión negociadora, y su principal papel, al menos aparentemente, es el de ser garante del buen desarrollo de periodo de consultas y de su ajuste a la legalidad¹⁶.

En este sentido, 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 jornada (en adelante RD 1483/2012), en desarrollo del artículo 51 ET, reitera las actuaciones de la autoridad laboral y de la ITSS, como se verá en el apartado VI de este trabajo, que trata la comunicación a la autoridad laboral del inicio del procedimiento.

En definitiva, como ya se ha dicho, la autoridad laboral ha perdido su capacidad autorizante, pero puede impugnar el expediente administrativo cuando aprecie, fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo adoptado en el periodo de consultas, a efectos de su posible declaración de nulidad en el proceso de impugnación establecido en el artículo 148 LRJS, pero pese a ello cabe dudar de si esta intervención administrativa está siendo realmente eficaz y si, en su caso, se le ha dotado de los instrumentos jurídicos necesarios para poder alcanzar el grado de eficacia deseable.

¹⁶ PÉREZ GUERRERO, M^a. L. (2014), “El papel de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en los procedimientos de despido colectivo”, *Temas Laborales*, núm. 123, p. 212.

IV. El enaltecimiento del cumplimiento de los requisitos formales como eje central del control judicial de los despidos colectivos

Una de las principales consecuencias de la eliminación de la autorización administrativa, ha sido la intensificación del control judicial de los despidos colectivos, al tener el empresario la posibilidad de despedir sin el control administrativo previo.

En efecto, el nuevo papel esencial que ha cobrado la fase judicial en la reforma laboral de 2012 ha supuesto la transición de un control *ex ante* (autorización), por uno *ex post* (impugnación judicial). Y es que, hasta la reforma laboral de 2012 los despidos colectivos obedecían a otra lógica, pues con anterioridad a esta en la posible impugnación judicial se trataba de analizar si la resolución administrativa se adecuaba a la legalidad, obedeciendo dicha reflexión lógicamente a criterios administrativistas, no contractuales.

Así, tras las últimas reformas operadas, el periodo de consultas se ha convertido en el eje central sobre el que, fundamentalmente, va a descansar el control judicial de los despidos colectivos, pasando a ocupar un papel fundamental dentro del procedimiento de despido colectivo, pues el empresario que decida llevarlo a cabo deberá cumplir con las formalidades y requisitos establecidos en la ley y en el reglamento que la desarrolla. Y ello, no es una cuestión baladí, pues la observancia de tales formalidades se configura como un requisito *sine qua non* a cumplir por el empresario para realizar un despido colectivo conforme a derecho.

Asimismo, el legislador ha dotado al periodo de consultas de un protagonismo muy relevante a efectos de la calificación del despido, al considerar que la decisión extintiva se considerará nula cuando no se haya realizado el periodo de consultas o entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 ET y en su normativa reglamentaria, propiciando de esta forma, en muchas ocasiones, una intervención judicial basada sobre todo en el cumplimiento o incumplimiento de los requisitos formales del periodo de consultas, infravalorando la acreditación de la concurrencia de la causa, especialmente, cuando en dicho periodo se ha alcanzado un acuerdo.

En efecto, este protagonismo (a efectos de la calificación del despido) que ha cobrado el desarrollo del periodo de consultas, ha comportado a mi juicio, que el control judicial se centre fundamentalmente en el cumplimiento o incumplimiento de los requisitos formales, dejando al margen o no dando, posiblemente, la trascendencia que deberían tener a cuestiones tan importantes como la acreditación de la concurrencia de la causa, o su intensidad en relación con las medidas propuestas, pues la negociación y la consulta en el procedimiento de despido colectivo se ha centrado básicamente en el cumplimiento o incumplimiento de dichas formalidades, con la finalidad única, en muchos casos de conseguir o evitar la declaración de nulidad de la decisión extintiva.

No obstante, como se ha señalado¹⁷, con el nuevo sistema instaurado, la importancia de las materias objeto de negociación, no tiene gran trascendencia, pues la ausencia de

¹⁷ MIÑARRO YANINI, M. (2012), *Ibid, op. cit.*, p. 3. “Las normas reformistas, en línea con la tendencia general de reforzamiento de poderes empresariales en detrimento de la negociación colectiva, han reducido efectivamente la importancia del periodo de consultas”. Si bien, se destaca que, “en cierto modo, aunque con matizaciones, se restringen las cuestiones que deben tratarse durante el periodo de consultas,

acuerdo no impide al empresario la aplicación de la decisión extintiva, devaluándose de esta forma, la negociación colectiva y, en consecuencia, la importancia del periodo de consultas.

Así, el procedimiento de despido colectivo se liberaliza, haciéndolo más fácil, rápido y cómodo, pero también, se incrementa la litigiosidad, pues la ausencia de un filtro previo imparcial (*ex ante*), como lo era la autorización administrativa, que ahora juega un papel residual tutelador de la legalidad del expediente, pero no de la concurrencia de la causa, ha generado una mayor inseguridad jurídica, revelándose, asimismo, como una solución contraria a la tan proclamada celeridad.

En definitiva, como ha señalado la doctrina¹⁸, la reforma se ha presentado primordialmente como una redefinición del procedimiento aplicativo con objeto de dotarlo de mayor celeridad y de dar plena seguridad al empresario sobre el resultado extintivo y, señaladamente, sobre su coste económico, eliminando a tal efecto los controles externos que se articulaban en atención a la dimensión social del despido colectivo, traducido todo ello, en un reforzamiento de los poderes empresariales, obviando con ello, el impacto que produce en los trabajadores afectados y en la sociedad en su conjunto.

Respecto del tan cuestionado juicio de proporcionalidad o funcionalidad, sobre la concurrencia o no de la causa, el preámbulo de la Ley 3/2012, hace una crítica a la actuación judicial por haber realizado en numerosas ocasiones juicios de oportunidad relativos a la gestión de la empresa y para corregir esa orientación judicial se establece en dicha norma que su actividad se ceñirá a la sola “*valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas*”.

En este sentido, una parte de la doctrina¹⁹ entiende que esta concepción de la causa destierra definitivamente, si no lo estaba ya, cualquier tipo de comprobación basada en juicios de oportunidad, pues lo que efectúa la norma es una auténtica objetivación de la crisis, al margen de cualquier criterio de valoración de la razonabilidad de la medida empresarial, ni de adecuación a fines determinados, ni de inevitabilidad de las extinciones, ni de ponderación de la medida elegida en términos comparativos.

Así, acreditada esta, la elección de la medida en términos cualitativos y cuantitativos pertenece a la esfera de decisión empresarial y, como regla general, queda exenta de control por parte del órgano judicial, permaneciendo exactamente igual la finalidad de la norma, es decir, el bien jurídico protegido, que continúa siendo la competitividad empresarial²⁰.

obviando, señaladamente, la referencia a las causas motivadoras del despido colectivo, de lo que podría inferirse cierta voluntad limitativa del objeto de la negociación”.

¹⁸ MIÑARRO YANINI, M. (2012), *Ibid, op. cit.*, p. 2.

¹⁹ BLASCO PELLICER, A. (2020), “El despido colectivo”, en Tomás Sala Franco (dir.), *La extinción del contrato de trabajo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, p. 228.

²⁰ *Ibidem*.

Pero, por otro lado, y, como ha señalado parte de la doctrina²¹ de las palabras del preámbulo no debe extraerse una conclusión errónea, pues en ningún caso el legislador puede haber querido eliminar la potestad jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, porque, la pretensión de dejar reducido al Juez a un mero ejecutor automático de la Ley no encaja en nuestro sistema constitucional.

En efecto, esta limitación sobre el control judicial, que algún sector defendía, era de esperar que no prosperase, pues el control judicial es, no solo expresión genuina del derecho a la tutela judicial efectiva, sino también uno más de los elementos de contrapoder propios del ordenamiento laboral, contrapoder que resulta especialmente dañado tras la reforma laboral de 2012, como para disminuir aún más sus manifestaciones²².

Por ello, habrá que atender a criterios de proporcionalidad, esto es, la decisión empresarial debe ser adecuada a las circunstancias causales concurrentes, poniendo el acento en la realidad de la causa y en sus efectos sobre los contratos de trabajo; limitándose el ulterior control judicial a la valoración de la adecuación del volumen de empleo respecto de la situación resultante de la causa acreditada, de suerte que la causa económica, técnica, organizativa o productiva actúe sobre la plantilla creando la necesidad de reducir puestos de trabajo.

Pues bien, recientemente el TS²³ ha planteado de nuevo cuestiones relacionadas con el alcance de la carga empresarial de la prueba de las causas del despido colectivo y la intervención de la voluntad del empresario en la configuración de este, cuando es la empresa la que decide no presentarse al concurso de adjudicación del servicio de hemodiálisis, al prever la existencia de pérdidas si opta por concursar a la contrata del servicio citado, y si esto, constituye o no causa justificada para el despido colectivo.

Y, como es claro que la pérdida de una contrata puede constituir causa productiva y justificar la extinción de los contratos de trabajo a ella adscritos, si la medida es razonable y proporcionada²⁴, la cuestión que en el fondo se suscita es, más precisamente, si sigue concurriendo como causa justificativa la productiva, aun cuando, la entidad empleadora no se presentó al concurso por decisión unilateral del empresario.

En este sentido, el TS²⁵ ha afirmado que, “*caería por su base toda la arquitectura del despido (colectivo u objetivo) si la causalidad requerida pudiera concurrir a partir de actos unilateralmente acordados por la empleadora*”.

²¹ GARCÍA PIÑEIRO, N. P. (2012), “Aspectos procesales de la reforma: Despido Colectivo y otras cuestiones”, en Alfredo Montoya Melgar; Juan García Murcia (dirs.), *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson Reuters, p. 330; ALFONSO MELLADO, C. L. (2012), *Ibid, op. cit.*, p. 268.

²² ALFONSO MELLADO, C. L. (2013), “Las reformas laborales de 2012: una valoración inicial”, en Carlos Luis Alfonso Mellado; Guillermo Emilio Rodríguez Pastor (dirs.), *Reforma Laboral de 2012. Últimas reformas laborales y de seguridad social*, Valencia, Tirant Lo Blanch, p. 29.

²³ STS de 27 de julio de 2022, rec. 296/2021.

²⁴ Por todas, a la STS 247/2022, 22 de marzo de 2022, rec 51/2021, y las allí citadas

²⁵ STS de 18 septiembre 2018, rec. 3451/2016.

No está de más tampoco mencionar la histórica doctrina de la Sala contraria a considerar causa lícita de la extinción del contrato de trabajo de obra o servicios determinados la extinción de la contrata finalizada por voluntad de la empresa contratista o subcontratista (no de la empresa principal)²⁶.

Y como se señaló, el control judicial del despido colectivo va más allá de constatar acreditada la concurrencia de la causa esgrimida, toda vez que necesariamente ha de extenderse a enjuiciar la razonabilidad, adecuación y proporcionalidad de la medida, teniendo que existir una conexión funcional entre la causa alegada y los despidos efectuados²⁷.

En definitiva, *“el control judicial sobre calificación del despido incluye, necesariamente, el de apreciación de si concurre una causa real y verosímil. Los motivos alegados han de ser reales, actuales y proporcionales. Por tanto, la empresa no tiene un poder absoluto en orden a configurar el tamaño de su plantilla, sino que ha de actuar con respeto a todos los derechos e intereses presentes”*²⁸.

Ahora bien, como consecuencia de la nueva redacción del artículo 51 ET respecto de la identificación de las causas y su definición, como se verá en el siguiente apartado, el legislador incorpora términos jurídicos indeterminados de difícil prueba o valoración, lo que, a mi juicio, como ya señalé, ha derivado en un control judicial centrado fundamentalmente en si se cumplen los requisitos formales exigidos por la norma en cuanto a la legalidad del expediente, la documentación pertinente y la buena fe negocial, que, respecto de la causa alegada y su constatación, aún más si cabe, cuando ha habido acuerdo en el periodo de consultas.

V. Las causas justificadoras de los despidos colectivos

La causa del despido en general y del colectivo en particular, es un elemento de esencial significación por la relevante función que desempeña en la configuración de esta figura extintiva. Así pues, el modo en que se defina la causa es determinante del ámbito aplicativo de estas medidas y delimita, en consecuencia, el margen de tutela que frente a la misma tendrán los trabajadores²⁹.

En este sentido, la función tuitiva del derecho del trabajo se encuentra íntimamente ligada a la configuración de esta, *“puesto que protege al trabajador como parte más débil del*

²⁶ En este sentido, SSTS de 14 de junio de 2007, rec. 2301/2006; de 10 de junio de 2008, rec. 1204/2007 y de 2 de julio de 2009, rec. 77/2007.

²⁷ Entre muchas, las SSTS de 20 de junio de 2018 (rec. 168/2017); de 25 de septiembre de 2018, rec. 43/2018; de 18 de noviembre de 2020, rec. 143/2019); de 18 de noviembre de 2020, rec. 62/2020; de 20 de octubre de 2021, rec. 88/2021 y de 15 de diciembre de 2021, rec. 196/2021.

²⁸ SSTS de 24 noviembre 2015, rec. 1681/2014; de 12 mayo de 2016, rec. 3222/2014; de 30 noviembre de 2016, rec. 868/2015; 27 de enero 2014, rec. 100/2013; 26 de marzo de 2014, rec. 158/2013; 15 abril de 2014, rec. 136/2013; 23 de septiembre de 2014, rec. 231/2013; de 9 de septiembre de 2020, rec. 13/2018, y 330/2021; de 17 de marzo de 2021, rec. 14/2021.

²⁹ MIÑARRO YANINI, M. (2012), *Ibid, op. cit.*, p. 6.

*contrato de trabajo, ante una medida cuyo efecto provoca la pérdida del empleo, siendo en consecuencia, un elemento fundamental para la seguridad jurídica*³⁰.

Y es que, como se ha señalado³¹, esta potencialidad flexibilizadora que tiene la causa ha determinado que se trate de un elemento sobre el que se han cernido las últimas reformas laborales (2010, 2012), “*siguiendo una escalada liberalizante persistentemente reclamada desde sectores económicos y empresariales*”.

Cabe destacar, el pronunciamiento del TC³² sobre la reforma laboral y su constitucionalidad, que ha confirmado la constitucionalidad de la descripción de las causas descritas en el art. 51.1 ET, descartando que este precepto consagre un despido no causal o *ad nutum*, concretando que, “*la supresión específica de las referencias que hacía la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, a la prueba de la concurrencia de la causa y a la acreditación de la razonabilidad de la decisión extintiva, ni desdibuja las causas extintivas, ni introduce una mayor discrecionalidad empresarial de cara a la adopción de la decisión sino, antes al contrario, suprime espacios de incertidumbre en la interpretación y aplicación de la norma generados por unas previsiones legales, tan abiertas en su contenido como abstractas en sus objetivos, que en ocasiones, podían llegar a constituir la exigencia de una prueba diabólica, de hechos negativos, por las dificultades para demostrar que la decisión extintiva servía para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado, o para contribuir a prevenir una evolución negativa de la empresa, o a mejorar la situación de la misma, en orden a favorecer su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda. Y la nueva redacción no otorga mayor espacio a la discrecionalidad empresarial que la anterior en la adopción de una decisión extintiva*”.

Y aunque, el derecho al trabajo que consagra el art. 35 de la Constitución comprende, como ha señalado el Tribunal Constitucional³³, el derecho a no ser despedido sin justa causa y en este sentido, obliga a los poderes públicos a establecer una regulación de la extinción del contrato a iniciativa del empresario que respete el principio de causalidad, se afirma³⁴, que de ello, no se deriva que la regulación o la aplicación de las causas económicas del despido deba hacerse imponiendo la continuidad de la relación cuando esta ha perdido su función económica para una de las partes.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Ibidem*.

³² STC 8/2015, de 22 de enero, rec. 5610/2012.

³³ STC 22/1981, de 2 de julio, proc. 1938/1990. Cuestión de inconstitucionalidad promovida por el Magistrado de Trabajo del número 9 de Madrid. FD 8º: “*El derecho al trabajo no se agota en la libertad de trabajar; supone también el derecho a un puesto de trabajo, y como tal presenta un doble aspecto: individual y colectivo, ambos reconocidos en los artículos 35.1 y 40.1 de nuestra Constitución, respectivamente. En su aspecto individual, se concreta en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación y en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedidos si no existe una justa causa. En su dimensión colectiva, el derecho al trabajo implica además un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de pleno empleo, pues en otro caso el ejercicio del derecho al trabajo por una parte de la población lleva consigo la negación de ese mismo derecho para otra parte de la misma*”.

³⁴ STS de 26 de marzo 2014, rec. 158/2013.

Y es que, como se ha señalado³⁵ es posible que puedan acudir a la figura del despido colectivo por causas económicas empresas en una situación económica saneada, sin ningún atisbo de riesgo previsible sobre su continuidad, o sobre su capacidad de mantener su actual volumen de empleo.

Así, el despido económico se ha calificado³⁶ como un despido en “*interés de la empresa*” que se justifica cuando se acredita que hay razones objetivas para entender que ese interés requiere la extinción del contrato de trabajo. En efecto, el despido económico se ha definido como “*un contrato de cambio con prestaciones recíprocas basadas en un principio de equivalencia de beneficios para las partes, lo que significa que el contrato pierde su función económico-social y puede extinguirse desde el momento en que por determinadas circunstancias deja de tener interés o utilidad patrimonial para alguna de las partes, como sucede para el empresario en los casos de los arts. 51 y 52 del ET y para el trabajador en los supuestos de los arts. 40, 41 y 50 del mismo texto legal*”.

Por otra parte, cabe destacar, a efectos de la concurrencia de la causa, la relevancia del acuerdo alcanzado en el periodo de consultas³⁷, pues cuando el despido colectivo que se impugna aparece plasmado en un acuerdo alcanzado entre la empresa y la mayoría de la comisión negociadora en el que expresan que han quedado acreditadas las causas económicas, productivas y organizativas descritas en la Memoria e Informe Técnico, y en consecuencia las partes consideran adecuada la adopción de medidas estructurales de reestructuración, con el fin de superar esa situación económica negativa y garantizar la viabilidad futura de la empresa, dicho acuerdo y su contenido ha de entenderse que tiene un especial valor reforzado³⁸ a la hora de resolver la impugnación.

Sin embargo, como se señalará, en caso de que haya habido acuerdo, habrá que ver si la negociación llevada a cabo en el periodo de consultas ha gozado de la legalidad negocial que se predica, y, por ende, la viabilidad de los interlocutores que han negociado en el periodo de consultas, debate que, abordaré más adelante.

³⁵ TOSCANI GIMÉNEZ, D. (2012), “Las reformas llevadas a cabo en el régimen jurídico del despido por la reforma laboral de 2012”, *Relaciones Laborales*, núms. 19-20, p. 9.

³⁶ STS de 26 de marzo 2014, rec. 158/2013.

³⁷ SSTS de 17 de mayo de 2017, rec. 221/2016; de 13 de julio de 2017, rec. 25/2017; de 21 de diciembre de 2016, rec. 1416/2015; de 16 de noviembre de 2016, rec. 1245/2015; de 1 de junio de 2016, rec. 3111/2014; de 10 de mayo de 2016, rec. 3541/2014.

³⁸ Dicha doctrina se refleja especialmente en las SSTS de 25 de junio de 2014, rec. 165/2013 y de 24 de febrero de 2015, rec. 165/2014, en las que se establece que, “*debemos llamar la atención sobre el hecho de que la decisión extintiva del empresario cuenta con la aceptación de una cualificada (más de dos tercios) mayoría de la representación social en la Comisión Negociadora de despido colectivo. La existencia de este acuerdo no significa ni que ello implique una presunción de que concurren las causas justificativas de los despidos, ni que la decisión empresarial de proceder a dichos despidos no pueda impugnarse sin tratar de invalidar previamente o, al menos, simultáneamente... el acuerdo por fraude, dolo, coacción o abuso de derecho, puesto que tales previsiones -contenidas en el artículo 47.1 del ET respecto de las suspensiones de contratos de trabajo derivadas de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción- no figuran ni en el art. 51 del ET ni en el art. 124 de la LRJS en relación con los despidos por las mismas causas. Ahora bien, sentado esto, no es menos cierto que el juzgador podrá tener en cuenta, a la hora de apreciar la efectiva concurrencia de las causas justificadoras de los despidos alegadas por la empresa, el hecho, muy significativo, de que los representantes de los trabajadores -en este caso, el 77% de los integrantes del banco social de la comisión negociadora- han considerado que, efectivamente, dichas causas justificadoras concurrían en el supuesto de autos*”.

En fin, la nueva redacción del artículo 51 ET, tras la reforma laboral de 2012, ha configurado las causas de la siguiente forma:

- a) Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá 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.
- b) Se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción.
- c) Se entiende que concurren causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado.

Pues bien, respecto de las causas económicas, como ya se ha dicho, se suprime la anterior exigencia causal para las empresas de que las situaciones económicas negativas pudieran afectar a su viabilidad o capacidad para mantener el empleo, y de que se justifique “*la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva*”.

Partiendo de esta premisa, el primero de los supuestos es la existencia de pérdidas, con la inmediata precisión de que tales pérdidas pueden ser actuales o previstas, esto es, la constatación de las pérdidas en las actuales circunstancias constituye, en principio la situación legal económica negativa, pero también, la previsión de pérdidas en el futuro inmediato constituirá en principio, idéntica situación³⁹.

El segundo supuesto se refiere a la disminución persistente del nivel de ingresos ordinarios o ventas de la empresa; entendiéndose que la situación económica negativa es persistente cuando en un determinado periodo de tiempo (tres trimestres consecutivos), los ingresos ordinarios de la empresa o sus ventas se han visto reducidos, respecto del mismo trimestre del año anterior.

En efecto, de esta redacción, se desprende que, en realidad, la situación económica negativa mantiene dos modalidades diferenciadas, esto es, una previsión de pérdidas o la disminución persistente del nivel de ingresos o ventas.

En consonancia con esto, la documentación exigida⁴⁰ para acreditar una u otra circunstancia difiere según cuál sea el origen de esa situación económica negativa, dando

³⁹ BLASCO PELLICER, A. (2020), *Ibid, op. cit.* p. 227.

⁴⁰ Apartados 3 y 4 del artículo 4 del Reglamento aprobado por el RD 1483/2012 que disponen lo siguiente: “3. Cuando la situación económica negativa alegada consista en una previsión de pérdidas, el empresario, además de aportar la documentación a que se refiere el apartado anterior, deberá informar de los criterios utilizados para su estimación. Asimismo, deberá 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

a entender como se ha señalado⁴¹ que, en realidad, constituyen dos sub-causas económicas diferenciadas que ofrecen soporte a las causas, cada una de forma independiente, para la extinción de los contratos de trabajo, singularizando el tipo de documentación, en función de la causa alegada.

Pues bien, en cuanto al primer supuesto, esto es, la existencia de pérdidas actuales o previstas cabe destacar, por su imprecisión, el elemento de incertidumbre que añade el vocablo “*previstas*”. Y es que, se permite acudir a este mecanismo de extinción, el más relevante en cuanto a su dimensión social, no solo, cuando se constate la existencia de pérdidas actuales, reales, ciertas, cuantificables y constatables, sino también, cuando exista una previsión de pérdidas futuras, desvirtuando a mi juicio la tradición jurídica de este instrumento normativo, caracterizado, y concebido en sus orígenes, para superar graves crisis económicas.

Si bien, además de este elemento de incertidumbre en cuanto a las pérdidas previstas, la indeterminación a la que se aludía anteriormente, es que en todas ellas, se hace una definición abierta, puesto que de su tenor literal no excluye otro tipo de decisiones empresariales bajo la cobertura de la adición en su redacción del añadido “*entre otros*”; “*en casos tales como...*” dando a entender que otra decisión empresarial de análoga naturaleza a la descrita por el precepto, se podría subsumir también como causa de despido, generando a mi juicio, una mayor inseguridad jurídica en cuanto a la constatación de la causa y su posterior control judicial.

En efecto, el empresario puede alegar otras circunstancias distintas de las pérdidas o disminución de ingresos, que acrediten esa situación económica negativa, aunque no estén citadas, ni acreditadas en el precepto⁴², lo que añade, aún más si cabe, una alta inseguridad jurídica en la acreditación o constatación de la causa alegada en la decisión extintiva.

Además, sin duda, como se ha señalado⁴³ hubiera sido técnicamente más correcto precisar en mayor medida esta causa de tipo económico respecto a la disminución de los ingresos o ventas al que se refiere la norma, pues en función del precio de venta asignado por la empresa y a la diversidad de las medidas en materia de política de precios establecida por la empresa, puede darse el caso de que, disminuyendo las ventas, en cambio, no decaigan

posición de la empresa en el mismo o de cualesquiera otros que puedan acreditar esta previsión; 4. Cuando la situación económica negativa alegada consista en la disminución persistente del nivel de ingresos o ventas, el empresario deberá aportar, además de la documentación prevista en el apartado 2, la documentación fiscal o contable acreditativa de la disminución persistente del nivel de ingresos ordinarios o ventas durante, al menos, los tres trimestres consecutivos inmediatamente anteriores a la fecha de la comunicación de inicio del procedimiento de despido colectivo, así como la documentación fiscal o contable acreditativa de los ingresos ordinarios o ventas registrados en los mismos trimestres del año inmediatamente anterior”.

⁴¹ RIVERA SÁNCHEZ, J. R. (2013), “El despido colectivo: causas, procedimiento y efectos”, en Carlos Luis Alfonso Mellado; Guillermo Emilio Rodríguez Pastor (dirs.), *Reforma Laboral de 2012. Últimas reformas laborales y de seguridad social*, Valencia, Tirant Lo Blanch, p. 215.

⁴² MARTÍN VALVERDE, A.; GARCÍA MURCIA, J. (2012), *El despido. Cuestiones prácticas que plantea la Reforma Laboral de 2012*, Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson Reuters, p. 132.

⁴³ VARELA AUTRÁN, B. (2012), “El despido colectivo en la nueva reforma laboral”, *Diario La Ley*, núm. 7866, pp. 1-2.

los ingresos, o viceversa. Es decir, que se acredite un aumento de las ventas que conlleve unos ingresos menores en tres trimestres consecutivos, en función de la política de precios marcada por la empresa⁴⁴.

Así pues, ahora la extinción de los contratos se vincula a la exigencia de que durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre sea inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior, con independencia del impacto que esta reducción de ventas haya producido en su situación económico-financiera, y en su capacidad para mantener el volumen de empleo⁴⁵.

Y es que, la concreción de las pérdidas económicas por trimestres, y no todo el año natural, como suele ser común en los análisis contables, que deberían a mi juicio, tomarse como referencia en cuanto que estamos hablando de un término contable, puede llevar como se ha señalado⁴⁶, a contabilidades creativas que acomoden los balances de las empresas para apuntalar determinadas partidas de gastos en unos trimestres concretos, y las de ingresos o beneficios en otros.

En todo caso, parece claro, que la empresa puede formalizar un procedimiento colectivo de despido con resultados económicos favorables, lo cual colisiona frontalmente, como ya se dijo, con el espíritu tradicional de este despido, inicialmente concebido para contribuir a salvar a la empresa en situaciones de graves crisis económicas, en las que no existe otra posibilidad que acudir al mecanismo extintivo para reducir costes.

En relación con las causas técnicas, organizativas y de producción, la circunstancia común de todas ellas es que se ha producido un cambio, bien en los instrumentos de producción, bien en los métodos o sistemas de trabajo, o bien en la demanda de productos o servicios que la empresa realiza.

Pues bien, en primer lugar, el elenco de supuestos no es cerrado, sino abierto. En todos ellos se precisa que el supuesto enunciado (el cambio) lo es “*entre otros*” varios igualmente encuadrables en el concepto de circunstancia técnica, organizativa o de producción.

En segundo lugar, el problema que se presenta es precisamente que dichos cambios no han de afectar de manera negativa a la empresa. Es decir, no se exige que dichos cambios deban ser la respuesta conveniente a una marcha deficitaria de la empresa, pues, aunque se da por supuesto, el precepto en cuestión no concreta que el cambio haya tenido que ser una medida obligada por un incorrecto o déficit funcionamiento empresarial.

Caben destacar, algunos pronunciamientos del Tribunal Supremo⁴⁷ declarando que, “*la pérdida o disminución de encargos de actividad ha de ser considerada por su origen una causa productiva, en cuanto que significa una reducción del volumen de la producción*”

⁴⁴ RIVERA SÁNCHEZ, J. R. (2013), *Ibid, op. cit.*, p. 215.

⁴⁵ TOSCANI GIMÉNEZ, D. (2012), *Ibid, op. cit.*, p. 8-9.

⁴⁶ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R. (2012), “La extinción del contrato de trabajo”, en Javier Fernández-Costales Muñoz (dir), *Guía práctica de la Reforma Laboral de 2012*, León, Eolas, p. 93.

⁴⁷ STS de 28 de febrero de 2018, rec. 1731/2016.

contratada que provoca dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa y como tal hay que considerar el exceso de personal resultante de tal reducción”.

En el mismo sentido, se ha declarado que la empresa puede hacer frente al volumen de la producción, mediante amortizaciones de los puestos de trabajo sobrantes, de forma que se restablezca la correspondencia entre la carga de trabajo y la plantilla que la atiende⁴⁸.

Respecto del ámbito de apreciación de la causa productiva sobrevenida se ha declarado que puede ser tanto el espacio o sector concreto de la actividad empresarial afectado por el exceso de personal, como el centro de trabajo con menor encargo de servicios y consiguientemente de ocupación⁴⁹.

Por consiguiente, la pérdida o disminución de encargos de actividad ha de ser considerada por su origen una causa productiva, en cuanto que significa una reducción del volumen de producción contratada⁵⁰.

En el mismo sentido, el Tribunal Supremo se ha pronunciado estableciendo que el ámbito de afectación de la causa productiva es el centro de trabajo o unidad productiva, al evidenciarse la existencia de un cambio productivo que únicamente afecta a una unidad productiva, por lo que se trata de examinar la causa en relación con esa concreta unidad afectada⁵¹.

Asimismo, se ha considerado causa productiva la terminación de una contrata por parte de la principal al atribuirse el servicio encomendado a otra contrata distinta⁵². También cuando la pérdida de la contrata tiene su origen en la crisis sanitaria desencadenada por la Covid-19⁵³.

VI. El procedimiento

En cuanto al procedimiento del despido colectivo, este se concreta en dos actividades fundamentales. En primer lugar, la consulta del empresario con los representantes de los trabajadores; en segundo lugar, la intervención de la autoridad laboral correspondiente, a solicitud del empresario, intervención que se manifiesta con distinta intensidad, según los países.

Como ha destacado la doctrina⁵⁴, del artículo 51 ET y de su desarrollo reglamentario (RD 1483/2012) se desprende que el nuevo procedimiento de despido colectivo resulta de la

⁴⁸ STS 26 de abril de 2013, rec. 2396/2012; STS de 13 de mayo de 2019, rec. 246/2018.

⁴⁹ Por todas: STS de 16 de septiembre 2009, rec. 2027/2008. Reiterando doctrina anterior.

⁵⁰ En el mismo sentido, más recientemente, STS de 18 de noviembre de 2020, rec. 143/2019, que dice así, *A estas dificultades se puede hacer frente mediante amortizaciones de los puestos de trabajo sobrantes, de forma que se restablezca la correspondencia entre la carga de trabajo y la plantilla que la atiende”.*

⁵¹ STS de 18 de noviembre de 2020, rec. 143/2019.

⁵² STS de 14 de enero de 2020, rec. 126/2019.

⁵³ STS de 20 de abril de 2022, rec. 241/2021. Despido colectivo Airbnb. *“Aunque las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción estén relacionadas con el COVID-19, si se acredita que las causas son objetivamente definitivas y que han adquirido una sustantividad propia incompatible con la temporalidad propia de los ERTE, en tal caso la empresa sí que podrá acordar el despido colectivo (u objetivo)”.*

⁵⁴ BLASCO PELLICER, A. (2020), *Ibid, op. cit.*, p. 230.

conexión íntima de dos fases bien diferenciadas que se han de suceder de manera sucesiva en el tiempo; a saber, la fase colectiva extremadamente afectada por la influencia de la normativa comunitaria, y la fase individual que, con muchos matices, se reenvía, al igual que sucede con el proceso de impugnación del despido colectivo (en cuanto a la impugnación individual), al procedimiento de despido objetivo del artículo 53 ET.

1. El periodo de consultas

La fase colectiva está constituida por una serie de actos que, de acuerdo con las directivas comunitarias, tiene como eje central el periodo de consultas, cuya finalidad es la obligación del empresario del cumplimiento de sus deberes de información y entrega de documentación.

La regulación legal del periodo de consultas se encuentra en el propio artículo 51.2 ET, que sigue, antes como ahora, transponiendo así la previsión contenida en el artículo 2 de la Directiva 98/59, que exige al empresario que tenga la intención de efectuar despidos colectivos, la consulta, en tiempo hábil, a los representantes de los trabajadores con vistas a llegar a un acuerdo.

Asimismo, se establece un contenido mínimo de dicha obligación, en cuanto al objeto de las consultas y en la obligación de proporcionar información a dichos representantes.

En este sentido, el RD Ley 11/2013, de 3 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social (Ley 1/2014 posteriormente), modificó la redacción del artículo 51 del ET respecto de la información que debe facilitar la empresa durante el periodo de consultas, con la finalidad de mejorar la seguridad jurídica en la delimitación de los supuestos de declaración de nulidad del despido colectivo por falta de entrega de la documentación preceptiva.

Además, la jurisprudencia ha contribuido a garantizar dicha seguridad jurídica, pues han sido numerosas las resoluciones judiciales dictadas por los Tribunales de Justicia debidas en su mayoría a las controversias generadas respecto de los requisitos formales exigidos en el periodo de consultas, desde la desaparición de la autorización administrativa.

Entre los aspectos más conflictivos se pueden destacar: la composición de la comisión negociadora, la identificación de la documentación pertinente, así como la propia negociación y su sumisión a las exigencias de buena fe⁵⁵.

En relación con la finalidad del periodo de consultas⁵⁶, tanto en el proceso colectivo de impugnación de modificación sustancial de las condiciones de trabajo⁵⁷ como en el proceso de despido colectivo⁵⁸ se ha interpretado que, *“en el precepto legal ni se impone un número mínimo de reuniones ni un contenido concreto de las mismas. Habrá de estarse a la efectiva posibilidad de que los representantes legales de los trabajadores sean convocados al efecto, conozcan la intención empresarial y sus razones, y puedan*

⁵⁵ BODAS MARTÍN, R. (2018), “El rodaje en España de los despidos colectivos: aciertos y disfunciones”, *IusLabor*, núm. 1, p. 1.

⁵⁶ STS de 18 de julio de 2014, rec. 11/2013.

⁵⁷ STS de 30 de junio de 2011, rec. 173/2010.

⁵⁸ STS de 26 de marzo de 2014, rec. 158/2013.

participar en la conformación de la misma, aportando sus propuestas o mostrando su rechazo. En todo caso, la esencia del procedimiento estriba en la persistencia de la buena fe y la inicial intención de lograr un acuerdo”.

Sobre la exigencia de negociar de buena fe en el marco del periodo de consultas previo, existe una consolidada doctrina jurisprudencial⁵⁹, habiéndose interpretado, en esencia que, la expresión legal ofrece innegable generalidad, al no hacerse referencia alguna a las obligaciones que el deber comporta, y menos aún, a las conductas que pudieran vulnerarlo, pero, de todas formas, en la configuración de este no cabe olvidar:

a) Que la previsión legal no parece sino una mera especificación del deber general de buena fe que corresponde al contrato de trabajo (como a todo contrato: artículo 1258 CC), y que en el campo de la negociación colectiva especifica el art. 89.1 ET “*ambas partes estarán obligadas a negociar bajo el principio de la buena fe*”.

b) Desde el momento en que el art. 51 ET instrumenta la buena fe al objetivo de la consecución de un acuerdo y que el periodo de consultas deberá versar, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento, “*está claro que la buena fe que el precepto exige es una buena fe negociadora*”⁶⁰.

c) Aun referido a un supuesto de periodo de consultas en un procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo, se afirma que, se evidencia la trascendencia que el Legislador quiere dar al periodo de consultas configurándolo no como un mero trámite preceptivo, sino como una verdadera negociación colectiva, entre la empresa y la representación legal de los trabajadores, tendente a conseguir un acuerdo, que en la medida de lo posible, evite o reduzca los efectos de la decisión empresarial, así como sobre las medidas necesarias para atenuar las consecuencias para los trabajadores de dicha decisión empresarial, negociación que debe llevarse a cabo por ambas partes de buena fe⁶¹.

Más específicamente y con relación al deber de información y documentación, el Tribunal Supremo⁶² ha realizado un completo cuadro doctrinal⁶³ que se asienta en los criterios siguientes:

1º) Tal como se desprende de los arts. 51.2 ET, 4. 2 RD 1483/2012 y 2. 3. a) Directiva 98/59, la información se configura como un presupuesto ineludible de las consultas en el despido colectivo, con el fin de permitir que los representantes de los trabajadores puedan formular propuestas constructivas al empresario, por lo que este deberá proporcionarles toda la información pertinente. Se trata, obvio es, de una expresión jurídicamente indeterminada que deja en el aire no solo el entendimiento de qué es lo pertinente, sino, también, la cuestión de quien debe decidir si la información es o no pertinente.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ STS de 27 de mayo de 2013, rec. 78/2012.

⁶¹ STS de 16 de noviembre de 2012, rec. 236/2011.

⁶² En este sentido, STS de 8 de noviembre de 2017, rec. 40/2017.

⁶³ SSTS de 13 de julio de 2017, rec. 25/2017; de 23 de noviembre de 2016, rec. 94/2016.

En estos casos, se ha interpretado que, *“el empresario cumple, en principio, con entregar a los representantes toda la información exigida por la indicada norma reglamentaria. Nada se opone, más bien al contrario, que voluntariamente acompañe cualquier otra, no exigida normativamente, pero que pueda contribuir al desarrollo de las consultas”*.

Si ante la documentación recibida, los representantes de los trabajadores entendiesen que esta es insuficiente, deberán solicitarla a la empresa⁶⁴, si bien, la carga de la prueba en orden a acreditar la necesidad de que tal documentación sea aportada corresponde a la representación legal de los trabajadores.

2º) Pero 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).

3º) Ello es así, porque la básica finalidad de la obligación consiste, efectivamente, en que *“los representantes de los trabajadores tengan una información suficientemente expresiva para conocer las causas de los despidos y poder afrontar el periodo de consultas adecuadamente”*⁶⁵. La nulidad del posible despido tan solo debe asociarse a la insuficiencia documental que *“impida la consecución de la finalidad del precepto, es decir, que no proporcione a los representantes de los trabajadores la información suficiente para poder negociar con cabal conocimiento de la situación de la empresa y de las causas que alega para proceder al despido colectivo”*⁶⁶.

4º) Y si lo que se alega son *“defectos formales atinentes a la falta de documentación solicitada no prevista normativamente, pero que pudiera haberse considerado pertinente para satisfacer eficazmente el derecho de información inherente al desarrollo de las consultas, una vez ya conste entregada toda la exigida por las normas legales y reglamentarias aplicables”*⁶⁷, en estos casos, como se señaló la carga de la prueba de su pertinencia corresponderá a la representación legal de los trabajadores que deberán hacer constar cuáles las razones que justifican la solicitud de mayor documentación.

Pues bien, de la doctrina jurisprudencial expuesta, se ha señalado en resumen que, *“la negociación de buena fe a la que se refiere el art. 51.2 E.T es una negociación finalista cuyo fin es el logro de un acuerdo entre las partes negociadoras y si el mismo ha sido suscrito por la mayoría de la representación social”*. Si esto se produce, se considera que la empresa ha negociado de buena fe, y que la información y documentación que se entregó fue suficiente, incluso, como se ha resuelto judicialmente, cuando el plazo máximo para el desarrollo de la negociación fue ampliado una vez finalizado el periodo

⁶⁴ STS de 20 de julio de 2016, rec. 323/2014.

⁶⁵ SSTS de 20 de marzo de 2013, rec. 81/2012; de 27 de mayo de 2013, rec. 78/2012; de 26 de enero de 2016, rec. 144/2015; de 20 de julio de 2016, rec. 323/2014.

⁶⁶ En este sentido, SSTS Pleno, de 17 de julio de 2014, rec. 32/2014; de 16 de septiembre de 2015, rec. 230/2014; de 20 de octubre de 2015, rec. 172/2014, rec. 181/2014; de 26 de enero de 2016, rec. 144/2015.

⁶⁷ SSTS de 13 de julio de 2017, rec. 25/2017; de 18 de mayo de 2017, rec. 71/2016.

de consultas sin acuerdo, lográndose el acuerdo al día siguiente, al ceder la parte empresarial respecto del aumento de las indemnizaciones, y, oponiéndose a tal acuerdo uno de los sindicatos minoritarios que no suscribió el acuerdo⁶⁸.

Y es que, como ha destacado la doctrina judicial⁶⁹, cabría afirmar que el modelo de negociación llevado a cabo durante el periodo de consultas en el procedimiento de despido colectivo se circunscribe muchas veces, a la discusión sobre la “*pertinencia o impertinencia*” de la documentación complementaria aportada por la parte empresarial, con la finalidad de que la decisión extintiva sea declarada nula, llevando a cabo una negociación superficial e improvisada, sin entrar a valorar y constatar la adecuación y equilibrio de las causas alegadas por el empresario imposibilitando a su vez si las mismas van a contribuir o no a la mejora de la situación empresarial⁷⁰.

Por otra parte, algún autor⁷¹ defiende otra postura más afín a la parte social, destacando que los ejemplos de buenas prácticas por parte de los empresarios son relativamente escasos, y que la finalidad de los empresarios que negocian consiste en la elaboración de informes técnicos en los que, en función de la causa alegada, se buscan los argumentos y las pruebas que los lleven a justificar dicho objetivo prefijado o determinado.

En fin, se trata, en definitiva, de llevar a cabo una negociación más global y menos plural entre empresarios y representantes de los trabajadores, y que los sindicatos intervinientes actúen en consonancia con los requisitos de buena fe negocial, y se plantee el periodo de consultas de manera que la negociación sea eficiente y eficaz, solicitando la documentación “pertinente”, efectuando propuestas globales, para evitar vaciar de contenido el periodo de consultas, y permitir de esta forma, que el empresario pueda dar una respuesta “real” a sus propuestas⁷².

En este sentido, se ha defendido un cambio de modelo de negociación, orientado a que la consulta alcance sus fines, mediante procesos de información y consulta anticipada⁷³, proponiendo en cierto sentido una doble vertiente en la negociación, por una parte, un proceso previo al periodo de consultas, donde la representación de los trabajadores pueda estudiar y solicitar la documentación pertinente, y por otra, el desarrollo del periodo de consultas una vez se dispone de la información más relevante, lo que posibilitará la constatación de las causas, su existencia, intensidad o el número de afectados, y así, intentar o evitar el despido, o mejorar sus consecuencias.

En el mismo sentido, la Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y consulta de los trabajadores de la Comunidad Europea, en su considerando 9 establece lo siguiente: *La información y la consulta con la suficiente antelación constituyen una*

⁶⁸ SAN de 14 de julio de 2021, proc. 122/2021.

⁶⁹ BODAS MARTÍN, R. (2018), *Ibid, op. cit.*, p. 2.

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ IRIARTE, N. (2017), “Negociación colectiva y control sindical. Aspectos laborales y económicos”, *Lan Harremanak*, núm. 35, pp. 339-340. <https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.1750>

⁷² BODAS MARTÍN, R. (2017), “La documentación pertinente en los despidos por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción”, *Lan Harremanak*, núm. 35, p. 116. <https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.17490>

⁷³ BODAS MARTÍN, R. (2018), *Ibid, op. cit.*, p. 3.

condición previa para el éxito de los procesos de reestructuración y adaptación de las empresas a las nuevas condiciones inducidas por la globalización de la economía...

Asimismo, el artículo 4 de la misma realiza una doble distinción respecto de los momentos en los que se facilitará la información y como se efectuará la consulta. Así, “*la información se facilitará en un momento, de una manera y con un contenido apropiados, de tal modo que, en particular, permita a los representantes de los trabajadores proceder a un examen adecuado y preparar, en su caso, la consulta. La consulta se efectuará en un momento, de una manera y con un contenido apropiados, con arreglo a las informaciones proporcionadas por el empresario de conformidad con la letra f del artículo 2*” (concepto de información).

Por tanto, la referencia al concepto de tiempo hábil al que alude la directiva no es una cuestión baladí. El término fue introducido por la Directiva 98/59, y dada la intensidad de procesos judiciales que giran en torno a la negociación llevada a cabo en el periodo de consultas, cabría afirmar que el tiempo “hábil”⁷⁴ es un factor fundamental para poder llevar a cabo una negociación que permita alcanzar los fines del periodo de consultas.

Cabría añadir, además, la necesaria presencia de la autoridad laboral en ese proceso previo al periodo de consultas, ofreciendo asesoramiento, e incluso, interviniendo en aquellos procesos en los que la posición (empresa versus representación de los trabajadores) se bloquea, todo ello, con vistas a alcanzar un acuerdo.

Asimismo, como propuesta de *lege ferenda*, considero que esta intervención de la autoridad laboral durante el periodo de consultas o el periodo previo a las consultas debería ser impuesta por la norma que regula el procedimiento de despido colectivo, al igual que sucede en otros países de la UE⁷⁵.

Y ello no es una cuestión baladí, pues esta intervención hace que el proceso de negociación llevado a cabo durante el periodo de consultas goce de unas garantías adicionales, solucionando de esta forma los problemas que se derivan de la falta de representación en aquellas empresas en las que la comisión negociadora está formada por una comisión *ad hoc* compuesta por tres trabajadores de la empresa, que carecen de conocimientos legales para llevar a cabo una adecuada negociación.

Asimismo, esta intervención proactiva de la autoridad laboral en la negociación, tanto en el periodo previo a la consulta, como en el periodo de consultas, permitiría la previa constatación de la causa, debiendo en su caso incluir un informe preceptivo, aunque no

⁷⁴ En este sentido, la regulación contenida en el apartado 4 del artículo 51 ET, anterior a la reforma de 2010 establecía una duración mínima. Así se leía, “*la consulta con los representantes legales de los trabajadores, quienes ostentarán la condición de parte interesada en la tramitación del expediente de regulación de empleo, tendrá una duración no superior a treinta días naturales, o de quince en el caso de empresas de menos de cincuenta trabajadores, y deberá versar sobre las causas motivadoras del expediente y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados, tales como medidas de recolocación que podrán ser realizadas a través de empresas de recolocación autorizadas o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad, y para posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial*”.

⁷⁵ Como, por ejemplo, Portugal, donde la autoridad laboral cobra un mayor protagonismo, llegando a formar parte de la negociación en el periodo de consultas, calificando su ausencia en el mismo como una infracción.

fuese vinculante, que se pronunciara de manera expresa y motivada sobre la constatación o concurrencia de la causa alegada por el empresario, lo que reduciría la litigiosidad, aumentaría la seguridad jurídica, y garantizaría una mayor celeridad en el posterior control judicial, dotándolo de una respuesta rápida y eficaz, a una situación grave como es la pérdida de un trabajo.

2. La comunicación a la autoridad laboral

De acuerdo con la norma que regula el procedimiento (RD 1483/2012), la intervención tanto de la autoridad laboral como de la Inspección de Trabajo se materializa desde el inicio del periodo de consultas y se extiende a lo largo del mismo, y una vez finalizado este, pero, no parece que esto, se esté produciendo.

En primer lugar, el artículo 6.1 del RD 1483/2012 impone al empresario la obligación de hacer llegar a la autoridad laboral una copia del escrito de iniciación del procedimiento, así como de la documentación que se acompañe, y en su caso, de la solicitud de informe de los representantes de los trabajadores. Esta comunicación deberá hacerse de forma simultánea a la de los representantes de los trabajadores.

En segundo lugar, una vez recibida la comunicación de iniciación del procedimiento de despido colectivo, la autoridad laboral dará traslado a la misma, incluyendo la documentación correspondiente y la información recibida, a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo, así como a la ITSS, a efectos de la emisión del informe a que se refiere el artículo 11 RD 1483/2012.

En efecto, la autoridad laboral, una vez, recibida la comunicación empresarial de los despidos colectivos, recabará con carácter preceptivo el informe de la ITSS. Así, desde la comunicación a la autoridad laboral, la Inspección de Trabajo tiene un plazo improrrogable de quince días para evacuar informe.

Cabe destacar, que el informe quedará incorporado al procedimiento, por lo que, en caso de impugnación de la medida, se podrá acceder al documento del informe⁷⁶.

El contenido del informe se regula en el artículo 11 del Reglamento aprobado por el RD 1483/2012, destacando que este versará sobre los extremos de la comunicación empresarial y sobre el desarrollo del periodo de consultas.

Así, el informe de la ITSS, conforme a lo establecido en el reglamento deberá contener los siguientes extremos:

En primer lugar, deberá constatar que la documentación presentada por el empresario se ajusta a la exigida, con carácter general, en el artículo 3 del Reglamento aprobado por RD 1483/2012; así como la que se requiere en los artículos 4 y 5 del mismo cuerpo legal, en función de la causa alegada. Siendo fundamental para el normal desenvolvimiento del periodo de consultas, ya que, de lo contrario, se estaría incurriendo en un importante vicio de nulidad, al no permitir que la representación de los trabajadores pueda defender correctamente sus intereses⁷⁷.

⁷⁶ PÉREZ GUERRERO, M^a. L. (2014), *Ibid, op. cit.* p. 212.

⁷⁷ STSJ de Madrid, de 28 de junio de 2013, rec. 1210/2013.

En segundo lugar, deberá ser garante asimismo del normal desarrollo del periodo de consultas, debiendo informar cuando compruebe que concurre fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo adoptado en el periodo de consultas. En este caso, lo pondrá en conocimiento de la autoridad laboral para que proceda conforme a lo establecido en el artículo 51.6 ET, conforme al que podrá impugnar los acuerdos adoptados en el periodo de consultas cuando estime que estos se han alcanzado mediante fraude, dolo, coacción o abuso de derecho, a efectos de su posible declaración de nulidad en el proceso de impugnación establecido en el artículo 148 LRJS.

En tercer lugar, como ya se ha dicho, debe garantizar también, que el acuerdo no tiene por objeto la obtención indebida de prestaciones por desempleo por parte de los trabajadores, considerado también causa de impugnación del acuerdo para declarar su nulidad.

En cuarto lugar, deberá verificar que los criterios utilizados para la designación de los trabajadores afectados por el despido no resultan discriminatorios por los motivos contemplados en el artículo 17.1 del ET, sin perjuicio del cumplimiento de las prioridades de permanencia en la empresa a que se refiere el artículo 13 del Reglamento aprobado por RD 1483/2012.

En quinto lugar, deberá comprobar que se ha cumplido con lo establecido en el artículo 7 del Reglamento aprobado por el RD 1483/2012, relativo al desarrollo del periodo de consultas, cuyo objeto principal es regular el procedimiento a seguir durante la negociación, su finalidad, inicio, duración y finalización, primando en todo caso, la finalidad de llegar a un acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

Por último, deberá informar sobre el contenido de las medidas sociales de acompañamiento que se hayan podido prever y, en especial, comprobará que las empresas obligadas a ello han presentado el plan de recolocación externa a que se refiere el artículo 9 del Reglamento aprobado por RD 1483/2020, y que este cumple los requisitos exigidos en dicho artículo.

Cabe destacar, que el preceptivo informe de la ITSS, será emitido por la Dirección Especial de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, conforme a lo establecido en el artículo 33.3 bis del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero, quien podrá recabar informe o cualquier tipo de colaboración de las estructuras territoriales de la Inspección, cuando los expedientes de despidos colectivos afecten a centros de trabajo de una empresa ubicados en distintas Comunidades Autónomas.

No obstante, en los expedientes de despidos colectivos, que afecten a centros de trabajo de una empresa ubicados en distintas provincias dentro de la misma Comunidad Autónoma, actuará un solo Inspector de Trabajo y Seguridad Social, designado para este u otros cometidos que igualmente requieran identidad de criterio, por la Autoridad Central de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Asimismo, la Autoridad Central de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social podrá disponer actuaciones por funcionarios fuera de los límites territoriales de su destino, mediante agregación temporal a la Inspección Provincial correspondiente.

En todo caso, como se ve, la finalidad del informe parece muy limitada pues básicamente va destinada, en su caso, a sustentar las impugnaciones del despido colectivo que pueda realizar la autoridad laboral, cuando sería deseable una mayor implicación de la Administración en la fase previa a la adopción de la decisión empresarial de despedir.

VII. CONCLUSIONES

La institución jurídico laboral del despido colectivo, como se ha visto, es uno de los mecanismos de extinción más importantes y complejos del Derecho del Trabajo. En efecto, del análisis desarrollado, se evidencia que la normativa reguladora, plantea numerosos interrogantes interpretativos, lo que ha generado que el sistema siga sin tener la claridad necesaria en diferentes aspectos.

1. En primer lugar, una de las cuestiones que se planteaba al inicio de este estudio a raíz de la desaparición de la autorización administrativa, es si la supresión del papel autorizante que ostentaba la autoridad laboral ha contribuido a reducir el control judicial y, por ende, la seguridad jurídica y la celeridad del procedimiento a seguir.

1.1 Pues bien, el control judicial, como se ha dicho, se ha intensificado al desaparecer el control previo *ex ante* que ostentaba la autoridad laboral, pero además, esta intensificación se ha centrado en el control de la regularidad del procedimiento, lo que ha derivado en un control judicial centrado fundamentalmente en si se cumplen los requisitos formales exigidos por la norma en cuanto a la legalidad del expediente, la documentación pertinente y la buena fe negocial, más que respecto de la causa alegada y su constatación, aún más si cabe, cuando ha habido acuerdo en el periodo de consultas, pues no cabe duda, que uno de los objetivos de la reforma era otorgar seguridad jurídica en la identificación de las causas del despido colectivo, con el propósito de limitar el control judicial de su concurrencia en el posterior proceso judicial, algo que parece que por vía indirecta se ha conseguido, si bien, vistas las experiencias cabe dudar de si ha sido positivo.

1.2 Pese a que parece que se ha atenuado el control judicial sobre ellas, lo cierto es que la constatación de las causas, consecuencia de la nueva redacción del artículo 51 ET, plantea notable inseguridad, pues cabe señalar, que el legislador incorpora términos jurídicos indeterminados de difícil prueba o valoración.

En suma, puede afirmarse que la definición de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que proporciona la norma, no es clara, pues los elementos de incertidumbre, como se ha visto a lo largo del trabajo, son numerosos.

En cuanto a la indeterminación en la concreción de la causa económica, cabe destacar, que el empresario puede alegar otras circunstancias distintas de las pérdidas o disminución de ingresos, que acrediten esa situación económica negativa, aunque no estén citadas, expresamente en el precepto, lo que añade, aún más si cabe, una alta inseguridad jurídica en la acreditación o constatación de la causa alegada en la decisión extintiva.

1.3 En todo caso, parece claro, que la empresa puede formalizar un procedimiento colectivo de despido con resultados económicos favorables, lo cual colisiona

frontalmente, como ya se dijo, con el espíritu tradicional de este despido, inicialmente concebido para contribuir a salvar a la empresa en situaciones de crisis económicas, en las que no existe otra posibilidad más que la de acudir al mecanismo extintivo para reducir costes.

Y es que, en definitiva, como ya señalé, el despido colectivo ya no sirve a los fines para los que se concibió (empresas en crisis o crisis graves de empresa) o, dicho de otro modo, sirve más a otros fines, relacionados con las dificultades económicas por las que atraviesan las empresas y su competitividad, que pueden aliviarse mediante la extinción colectiva de los contratos de trabajo de los trabajadores empleados en estas.

2. En segundo lugar, en conexión con lo anterior, otra de las cuestiones que se ha suscitado en este estudio es la relativa al papel que ostenta la autoridad laboral en el procedimiento de despido colectivo y más concretamente, durante el periodo de consultas, que se ha revelado contrario al espíritu de la norma, pues su finalidad principal como garante de la legalidad del periodo de consultas, se pone en entredicho por varios motivos.

2.1 En cuanto al periodo de consultas se evidencia la ausencia de una actitud más proactiva, sobre todo cuando la negociación se lleva a cabo por pequeñas empresas, por lo que se debería dotar a la autoridad laboral, de los mecanismos necesarios para llevar a cabo una actitud proactiva real, atendiendo a quién negocia en el periodo de consultas, debiendo paralizar el procedimiento, siendo imperativo, a mi juicio, atender las recomendaciones o advertencias detectadas por la autoridad laboral.

Y es que, esta intervención dotaría al proceso de negociación de unas garantías adicionales, solucionando de esta forma los problemas que se derivan de la falta de representación en aquellas empresas en las que la comisión negociadora está formada por una comisión *ad hoc*, compuesta por tres trabajadores de la empresa que carecen de conocimientos y, muy posiblemente del respaldo suficiente, para llevar a cabo una adecuada negociación.

Así, esta intervención proactiva de la autoridad laboral en la negociación en el periodo de consultas permitiría la previa constatación de la causa, debiendo en su caso incluirse un informe preceptivo, aunque no fuese vinculante, que se pronunciara de manera expresa y motivada sobre la constatación o concurrencia de la causa alegada por el empresario, lo que reduciría la litigiosidad, aumentaría la seguridad jurídica, y garantizaría una mayor celeridad en el posterior control judicial, dotándolo de una respuesta rápida y eficaz, a una situación grave como es la pérdida de un trabajo.

2.2 Como propuesta de *lege ferenda*, considero que esta intervención de la autoridad laboral durante el periodo de consultas, debería ser impuesta por la norma que regula el procedimiento de despido colectivo, al igual que sucede en otros países de la UE, a saber, como por ejemplo, Portugal, donde la autoridad laboral cobra un mayor protagonismo, llegando a formar parte de la negociación en el periodo de consultas que al efecto se establece y calificando su ausencia en el mismo como una infracción. Asimismo, se hace constar en las actas del procedimiento la negativa del empleador y su persistencia ante las advertencias de las irregularidades detectadas por la autoridad laboral durante la negociación.

Y aunque la autoridad laboral puede impugnar el expediente administrativo cuando aprecie, fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo adoptado en el periodo de consultas, cabe dudar de si esta intervención administrativa está siendo realmente eficaz y si, en su caso, se le ha dotado de los instrumentos jurídicos necesarios para poder alcanzar el grado de eficacia deseable.

En este sentido, cabría preguntarse si se han de corregir determinadas desviaciones que se han producido tras la desaparición de la autorización administrativa, pues el papel que debe cumplir la autoridad laboral en el periodo de consultas, a mi juicio, se ha desnaturalizado, al otorgarle, un protagonismo relevante en la calificación de los despidos colectivos, infravalorando la concurrencia de la causa y sus consecuencias, y por ende, el enaltecimiento del cumplimiento de los requisitos formales, como eje central del control judicial del proceso de impugnación, siendo el papel de la autoridad laboral en el procedimiento de despido colectivo, meramente instrumental.

No se trata, de volver a instaurar el anterior régimen jurídico de los despidos colectivos, pero sí plantearse la relevancia del papel de la autoridad laboral, como paso previo y verificador de la constatación de la causa alegada por el empresario.

2.3 En cuanto a la negociación llevada a cabo en el periodo de las consultas, se ha defendido un cambio de modelo de negociación, orientado a que la consulta alcance sus fines, mediante procesos de información y consulta anticipada, proponiendo en cierto sentido una doble vertiente en la negociación, por una parte, un proceso previo al periodo de consultas, donde la representación de los trabajadores pueda estudiar y solicitar la documentación pertinente, y por otra, el desarrollo del periodo de consultas una vez se dispone de la información más relevante, lo que posibilitará la constatación de las causas, su existencia, intensidad o el número de afectados, y así, intentar o evitar el despido, o mejorar sus consecuencias. Se trata, en definitiva, de llevar a cabo una negociación más global y menos plural entre empresarios y representantes de los trabajadores.

En este sentido, he destacado la referencia al concepto de tiempo hábil al que alude la Directiva 98/59, que como he señalado, no es una cuestión baladí dada la intensidad de procesos judiciales que giran en torno a la negociación llevada a cabo en el periodo de consultas, por lo que, cabría afirmar que el tiempo “hábil” es un factor fundamental para poder llevar a cabo una negociación que permita alcanzar los fines del periodo de consultas.

Cabría añadir, además, la necesaria presencia de la autoridad laboral en ese proceso previo al periodo de consultas, ofreciendo asesoramiento, e incluso, interviniendo en aquellos procesos en los que la posición (empresa versus representación de los trabajadores) se bloquea, todo ello, con vistas a alcanzar un acuerdo, pues como se ha visto la finalidad del informe de la autoridad laboral que se emite una vez finalizado el periodo de consultas parece muy limitada, pues básicamente va destinada, en su caso, a sustentar las impugnaciones del despido colectivo que pueda realizar la autoridad laboral, cuando sería deseable una mayor implicación de la Administración en la fase previa a la adopción de la decisión empresarial de despedir.

BIBLIOGRAFÍA

ALFONSO MELLADO, C. L. (2012), “Reforma laboral y ley reguladora de la jurisdicción social”, *Revista de Derecho Social*, núm. 57, pp. 263-278.

ALFONSO MELLADO, C. L. (2013), “Las reformas laborales de 2012: una valoración inicial”, en Carlos Luis Alfonso Mellado; Guillermo Emilio Rodríguez Pastor (dirs.), *Reforma Laboral de 2012. Últimas reformas laborales y de seguridad social*, Valencia, Tirant Lo Blanch, pp. 15-29.

ARIAS DOMÍNGUEZ, A. (2014), *Tres años de reforma del despido colectivo ¿Ha conseguido su propósito el legislador?*, Madrid, Dykinson.

BLASCO PELLICER, A. (2009), *Los expedientes de regulación de empleo*, Valencia, Tirant lo Blanch.

BLASCO PELLICER, A. (2020), “El despido colectivo”, en Tomás Sala Franco (dir.), *La extinción del contrato de trabajo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, pp. 223-261.

BODAS MARTÍN, R. (2017), “La documentación pertinente en los despidos por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción”, *Lan Harremanak*, núm. 35, pp. 113-149. <https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.17490>

BODAS MARTÍN, R. (2018), “El rodaje en España de los despidos colectivos: aciertos y disfunciones”, *IusLabor*, núm. 1, pp. 1-3.

DESDENTADO BONETE, A. (2016), “La delimitación legal del despido colectivo de hecho”, en Martín Godino Reyes (dir.), *Tratado de despido colectivo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, pp. 29-68.

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R. (2012), “La extinción del contrato de trabajo”, en Javier Fernández-Costales Muñoz (dir), *Guía práctica de la Reforma Laboral de 2012*, León, Eolas, pp. 91-109.

GARCÍA PIÑEIRO, N. P. (2012), “Aspectos procesales de la reforma: Despido Colectivo y otras cuestiones”, en Alfredo Montoya Melgar; Juan García Murcia (dirs.), *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson Reuters, pp. 313-340.

IRIARTE, N. (2017), “Negociación colectiva y control sindical. Aspectos laborales y económicos”, *Lan Harremanak*, núm. 35, pp. 335-356. <https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.1750>

MARTÍN MORETA, M. E. (2013), “La autorización administrativa en el despido colectivo: La supresión de la autorización administrativa de los despidos colectivos” *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, Vol. 5, núm. 9, pp. 341-346.

MARTÍN VALVERDE, A.; GARCÍA MURCIA, J. (2012), *El despido. Cuestiones prácticas que plantea la Reforma Laboral de 2012*, Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson Reuters.

MIÑARRO YANINI, M. (2012), “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*, núms. 19-20, pp. 1-19. Consultado en formato electrónico.

MONEREO PÉREZ, J. L. (2014), “La intervención administrativa en los despidos colectivos”, *Temas Laborales*, núm. 125, p. 219-267.

PÉREZ GUERRERO, M^a. L. (2014), “El papel de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en los procedimientos de despido colectivo”, *Temas Laborales*, núm. 123, p. 209-219.

RÍOS MESTRE, J. M^a. (2012), *Despido colectivo y concurso de acreedores*, Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson Reuters.

RIVERA SÁNCHEZ, J. R. (2013), “El despido colectivo: causas, procedimiento y efectos”, en Carlos Luis Alfonso Mellado; Guillermo Emilio Rodríguez Pastor (dirs.), *Reforma Laboral de 2012. Últimas reformas laborales y de seguridad social*, Valencia, Tirant Lo Blanch, pp. 211-228.

TOSCANI GIMÉNEZ, D. (2012), “Las reformas llevadas a cabo en el régimen jurídico del despido por la reforma laboral de 2012”, *Relaciones Laborales*, núms. 19-20, pp. 1-30. Consultado en formato electrónico.

VARELA AUTRÁN, B. (2012), “El despido colectivo en la nueva reforma laboral”, *Diario La Ley*, núm. 7866, pp. 1-4. Consultado en formato electrónico.