

EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS DESPIDOS COLECTIVOS DESPUÉS DE LA REFORMA DE 2012

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

“El tiempo se bifurca perpetuamente hacia innumerables futuros”
*Jorge Luis BORGES **

EXTRACTO

Palabras Clave: Despido colectivo, flexibilidad de salida, expediente de regulación de empleo, garantías frente al despido

La reforma acometida por el RD.-Ley 3/2012, de 10 de febrero, ha introducido un giro cualitativo y radical en la reconfiguración del modelo de regulación legal del despido colectivo, dando un paso determinante sobre lo ya andado por la reforma precedente de 2010/2011 en un sentido de marcada flexibilidad liberalizadora. Esta nueva reforma ha reformulado, entre otras importantes innovaciones, el procedimiento de regulación de empleo (señaladamente, suprimiendo la autorización administrativa), el principio de causalidad, y asimismo redefiniendo el “proyecto” de despido, el contenido y objeto del periodo de consultas y, en fin, la regulación procesal de los despidos colectivos.

ABSTRACT

Key Words: Collective dismissal, output flexibility, record of employment regulation, legal safeguards against dismissal

The reform undertaken by the RD.-Law 3/2012 of February 10, has introduced a radical qualitative shift in the reconfiguration of the model of legal regulation of collective dismissal, giving a decisive step on what was already stated by the previous reform of 2010/2011 in a strong sense of liberalizing flexibility. This new reform has reformulated, among other important innovations, the procedure of employment regulation (notably by removing the administrative authorization), the principle of causality, and also redefining the “project” of dismissal, the content and purpose of the consultations period and, finally, the procedural rules of collective layoffs.

* Borges, J.L.: *Ficciones* (1944), en *Obras Completas 1941-1960*, Madrid, Círculo de Lectores, 1992, pág. 69

ÍNDICE

1. INCIDENCIA DE LA CONFIGURACIÓN JURÍDICA DEL DESPIDO COLECTIVO
2. INCIDENCIA DE LAS REFORMAS EN EL SUPUESTO DE HECHO NORMATIVO Y EN EL ELEMENTO CAUSAL
3. EL NUEVO PROCEDIMIENTO DE REGULACIÓN DE EMPLEO, LA COMBINACIÓN ENTRE “FLEXIBILIDAD NEGOCIADA” Y “DISCRECIONALIDAD EMPRESARIAL”
4. LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DESPIDO COLECTIVO
5. REFLEXIÓN FINAL SOBRE EL PROCESO DE REFORMA: UN NUEVO MODELO NORMATIVO DE REGULACIÓN DE LOS DESPIDOS COLECTIVOS

1. INCIDENCIA DE LAS REFORMAS EN LA CONFIGURACIÓN JURÍDICA DEL DESPIDO COLECTIVO

La reforma acometida por el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, ha introducido un giro cualitativo en la reconfiguración del modelo de regulación del despido colectivo en España, dando un paso más sobre lo ya andado por la reforma precedente en un sentido de marcada flexibilidad liberalizadora (Ley 35/2010, de 17 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo y RD. 801/2011, de 10 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de Regulación de Empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos). Esta nueva reforma ha reformulado, entre otras importantes innovaciones, el procedimiento de regulación de empleo (señaladamente, suprimiendo la autorización administrativa de los despidos colectivos), el principio de causalidad (objetivando las causas en un sentido liberalizador y en detrimento de la dimensión finalista y los objetivos perseguibles de los despidos empresariales), redefiniendo el “proyecto de despido” y el contenido y objeto del periodo de consultas (supresión de la obligación legal de establecer un plan social de acompañamiento, aunque reforzando las obligaciones de recolocación de los trabajadores excedentes despedidos a través de un “plan de recolocación”) y la regulación procesal de los despidos colectivos (introduciendo una nueva modalidad procesal especial). Se mantiene el período de consultas, entre otras razones, porque lo impone como exigencia de orden público laboral la Directiva comunitaria sobre despidos colectivos (Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros que se refieren a los despidos colectivos, art. 2). Las reformas laborales recientes son importantes en sí mismas, pues han supuesto la culminación de un cambio cualitativo y radical del “modelo normativo” preexistente de regulación del despido colectivo (y, en general, de los despidos por causas empresariales). Basta reparar en el dato normativo de la supresión de la autorización administrativa previa (que tan solo se mantiene en los despidos por fuerza mayor), lo cual supone que el despido colectivo deja de conformarse como “despido propuesta” para pasar a

ser, atendiendo al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), un despido sometido a posterior control judicial de legalidad. El nuevo modelo normativo de despido colectivo va a tener dos consecuencias inmediatas: la primera, el reforzamiento del poder del empresario frente a los trabajadores y al poder sindical (se debilita los factores base del poder negociador), y la segunda, el incremento de la “judicialización” de los despidos colectivos, pues la supresión del trámite de autorización administrativa previa va a determinar que los a partir de ahora cada vez más numerosos despidos colectivos por iniciativa del empleador sin autorización administrativa se reconduzcan hacia la vía de impugnación judicial de la decisión extintiva. Con lo cual siempre va a existir una situación de “incertidumbre” respecto al pronunciamiento judicial.

También es relevante la enorme flexibilidad discrecional en la configuración legal de las causas motivadoras del despido, lo que, junto con la supresión de la autorización administrativa, implica una ruptura de los equilibrio de poder entre los actores sociales respecto del anterior modelo de regulación legal. El nuevo reformismo liberal legislativo, va ahora más allá de una simple *de inspiración racionalizadora y simplificadora*, tiene dos tres virtualidades significativas a destacar: En primer lugar, se ha unificado el concepto legal de la causalidad en los despidos colectivos (art. 51 del ET) e individuales o plurales por causas objetivas (art. 52 del ET) (que realizado por la reforma precedente, ratifica la más reciente de 2012); en segundo lugar, ha flexibilizado de modo significativo el elemento causal (“justificado motivo”) delimitador de los despidos por causas empresariales, especialmente eludiendo toda referencia a la dimensión finalista (juicio de racionalidad) de los despidos por causas empresariales. Una de las críticas más relevantes de la regulación existente era la inseguridad jurídica en la calificación de las decisiones extintivas de la empresa, como consecuencia de la complejidad y oscuridad de las causas. Sin embargo, persistirá el margen de discrecionalidad en el control de los despidos, tanto más cuanto se refuerza la “dimensión preventiva” en la delimitación del supuesto de hecho normativo y se continúan utilizando inevitablemente conceptos jurídicamente indeterminados. La Exposición de Motivos del RD.-Ley de 3/2007 es nítida en cuanto a las intenciones de la reforma acometida: “Ahora queda claro que el control judicial de estos despidos debe ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas. Esta idea vale tanto para el control judicial de los despidos colectivos cuanto para los despidos por causas objetivas ex art. 52 c) del ET”. La norma, pues, pretende que el juez se atenta a la prueba de los hechos, esto es, de las “causas”, sin entrar en el juicio de racionalidad o conexión de funcionalidad de las medidas extintivas. Este sentido y alcance flexibilizador y de mayor discrecionalidad empresarial viene posibilitado tanto por la admisibilidad sin más de los “despidos preventivos” como por admitir supuestos causales donde no hay propiamente pendi-

das, sino simple “disminución persisten de su nivel de ingresos o ventas”, es decir, reducción persistente de beneficios, expresada en términos de ingresos o ventas. Por lo demás, estamos ante una enumeración abierta, no cerrada, pues la norma dice expresamente que “en casos tales como...”; o en el caso de las causas técnicas: “cuando se produzcan cambios, entre otros...” (art. 51.1 del ET). Por lo tanto, lo que se está tutelando no es la crisis de la empresa como tal sino el principio de rentabilidad (“crisis de beneficios” o de “rentabilidad”, que no tienen por qué cuestionar los equilibrios económicos de la empresa, ni, por supuesto su viabilidad o supervivencia, pues la norma ex art. 51.1 del ET no lo exige). La norma, sin duda (y así se indica en la Exposición de Motivos, como interpretación auténtica, aunque con un valor jurídico indicativo y siempre relativo) pretende *reducir al mínimo el margen de discrecionalidad judicial en el control de los despidos por causas empresariales*. Pero aunque esa reducción existe, sin duda, ello no supone que no exista siempre un margen de discrecionalidad en la apreciación de la causa para determinar su misma concurrencia e incidencia en la dinámica empresarial (v. gr., interferencia en la crisis de una empresa de estructura compleja –grupo de empresas y empresas red-; la valoración de la incidencia concreta en el volumen de empleo de la “causa” empresarial concreta, y un largo etcétera). Y parece difícil que el juez en estos casos sólo se atenga a “hechos” y eluda algo que es consustancial a su misma función judicial, cual es la técnica argumentativa (la argumentación jurídica) (cfr., señaladamente el art. 3.1 del Código Civil). Ya quedó superada aquél idea del formalismo jurídico que pretendía limitar la función de la juez a realizar una “labor silogística” de inserción mecánica sin más del “hecho” en la “norma” aplicable. La interpretación jurídica implica argumentación y racionalidad jurídica de la decisión judicial.

Por lo demás, el proceso de reformas legislativas sobre los aspectos configuradores del elemento de causalidad en los despidos empresariales ha transitado ya desde del recurso “anormal” o “extraordinario” de la medida extintiva a su plena *normalización jurídica* como técnica de ajuste en la dinámica y reestructuración empresarial. El despido colectivo (y más ampliamente, por causas empresariales) se configura como una medida de gestión *ordinaria o “normal”* de la empresa o complejo empresarial para garantizar la maximización de beneficios o ganancias por parte del empresario. Y en ese marco crítico, la regulación legal oscila entre el modelo de “flexiseguridad garantista” y el “modelo de flexiseguridad liberal”, sin vencerse, por el momento, hacia ninguno de ellos de modo decidido.

En nuestro sistema legal se opta por un modelo de “flexiseguridad” externa garantista –en la línea de la Directiva comunitaria sobre despidos colectivos– basada en la combinación de varios elementos: flexibilidad del despido con agilización del procedimiento de regulación de empleo, reducción del coste del

despido en virtud de la actuación del FOGASA y de las reducciones previstas para los despidos por causas empresariales, por un lado; y por otro, fomento *parcial* de las medidas de acompañamiento social (señaladamente, la recolocación, “prejubilaciones”- art. 215.3 de la LGSS, en el marco de la protección por desempleo-, “jubilaciones anticipadas”, “jubilaciones forzosas”), políticas activas de empleo y de protección por desempleo. Medidas de seguridad y de acompañamiento social y planes de recolocación que implican, de un modo u otro, una socialización pública (desplazamiento estatal) de costes empresariales del despido. Como *alternativa* a los despidos colectivos se potencian los expedientes de reducción temporal de jornada y de suspensión de contratos de trabajo en supuestos de crisis y de reestructuración empresarial (suspensiones y reducciones de jornadas colectivas, en el marco de los Expedientes de Regulación de Empleo, que fueron incentivadas en los artículos 2 y 3 del Decreto-Ley 2/2009; aparte de la cobertura por desempleo ex 208, números 2 y 3 de la LGSS). La flexibilidad “garantista” se inclina por un método de *flexibilidad consensuada*, es decir, con la participación activa e implicación de los distintos agentes implicados en distintos ámbitos en el ámbito de la empresa en reestructuración. Ello no obstante, el modelo más allá de la norma, en la realidad jurídica, acaba siendo un modelo típicamente defensivo (y su objetivo o parámetro de referencia es la expulsión del personal considerado excedente en el marco de una no explicitada “competitividad por los costes”), que no potencia adecuadamente los mecanismos de flexibilidad interna (Es de señalar que a ello podría contribuir la concepción del despido por causas empresariales como *ultima ratio*, es decir, una vez agotadas las medidas de flexibilidad o movilidad interna, como modificaciones sustanciales, movilidad geográfica, flexibilidad salarial mediante vinculación de los salarios a la productividad, descuelgues del régimen salarial, etc.). Finalmente, el garantismo administrativo se reduce con la supresión de la autorización administrativa previa de los despidos a efectuar por el empleador.

El despido colectivo se configura jurídicamente como un supuesto de resolución del contrato de trabajo por voluntad unilateral del empresario, fundado en causas sobrevenidas de carácter empresarial y sometido a control judicial posterior (artículo 49.1.i) y 51 del ET). Su fundamento causal reside en una situación objetiva sobrevenida (hecho sobrevenido) derivada de la dinámica de funcionamiento de la empresa; nunca dependiente de factores inherentes a la persona del trabajador, como señala la Directiva 98/59/CE, sobre despidos colectivos, asimilable a nuestro Derecho y referencia para su interpretación. No se trata, pues, de un supuesto de «desistimiento» empresarial en sentido técnico-jurídico. La Ley no concede aquí una facultad a una de las partes, que le permita poner fin a la relación obligatoria existente, mediante un acto enteramente libre y voluntario, que no tiene que fundarse en ninguna causa especial. Desde un punto de vista contractual, este supuesto es reconducible a una cate-

goría jurídico-laboral específica de «alteración sobrevenida de circunstancias» (de alcance más amplio, sin duda, que el modelo civil de “excesiva onerosidad sobrevenida” en los contratos con prestaciones recíprocas), que vino a completar los casos de extinción de las obligaciones por fuerza mayor. Los artículos 51 y 52.c) ET incorporan una categoría jurídica que remite a una alteración de circunstancias que, o bien comportan un mayor sacrificio para las exigencias de la organización productiva y la realización de los intereses de la contraparte, o bien determinan una menor utilidad o rendimiento de determinadas prestaciones laborales. Con el paso del tiempo y sin perder de vista su configuración como vicisitud del contrato, en la institución del despido colectivo tiende a dominar su entendimiento económico como una medida de flexibilidad laboral «externa» —o de «salida»—, orientada a acomodar permanentemente el «volumen» o tamaño de la empresa a las exigencias de funcionamiento rentable de la organización productiva en un entorno cambiante y competitivo internacionalmente. Lo que antaño era un último recurso, una última ratio, a la que había que acudir sólo para situaciones extremas, hoy se configura como una técnica normalizada de gestión empresarial.

Actualmente los fundamentos político-jurídicos de la regulación jurídica de los despidos por crisis empresariales se resuelven en un intento de búsqueda de un equilibrio entre los principios de rentabilidad de la empresa y de protección del trabajador. A ello responde básicamente tanto la propia exigencia de acreditación causal (sea ésta más o menos flexible); como la procedimentalización del despido colectivo, instaurándose un control «social» emanado de los principios participativos en la empresa y del de autonomía colectiva (que permite la participación activa de los actores sociales en el proceso de reorganización de la empresa), y un control externo no autorizante de tipo administrativo en caso de despido colectivo, justificado en la salvaguardia de los intereses públicos implicados. Por lo demás, se detecta una clara tendencia favorable hacia vías de solución concertada por los propios sujetos implicados. Por lo que adquiere especial relevancia el momento de la negociación colectiva. Por otra parte, el intervencionismo público en el despido colectivo no se limita a una actividad de vigilancia y apoyo a las partes sociales, sino que se fomenta una actitud mediadora de la Administración en la búsqueda de soluciones a los problemas planteados (Especialmente en virtud de la Directiva 98/59/CE, art. 4.2, “la autoridad pública competente aprovechará el plazo señalado en el apartado anterior para buscar soluciones a los problemas planteados por los despidos colectivos considerados”).

El anterior art. 51.9, preveía la incoación a través de los representantes de los trabajadores como excepción, pero esta posibilidad ha desaparecido en virtud de la reforma operada por el RD.Ley 3/2012. Sin embargo, incluso en ese supuesto el acto de despido era la expresión de una decisión adoptada unilateralmente por el empleador.

2. INCIDENCIA DE LAS REFORMAS EN EL SUPUESTO DE HECHO NORMATIVO Y EN EL ELEMENTO CAUSAL

El supuesto de hecho que prevé la norma cuando regula el despido por razones o motivos económicos descrito en el artículo 51.1, al que remite el artículo 52.c) del ET, se integra por tres elementos: la existencia de causa, la supresión de contrato o la amortización o supresión de puestos de trabajo y la funcionalidad de los despidos.

El primer elemento es la concurrencia de una causa o factor desencadenante que incide de manera desfavorable en la rentabilidad de la empresa — situación económica negativa, que no necesariamente debe ser irreversible, pudiendo ser superable— o en su eficiencia. 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 ingreso o ventas*. Con lo cual el elemento causal *sobrevenido* en los despidos por causas empresariales deviene tridimensional: pérdidas actuales, pérdidas previstas (sobre la base de elementos objetivos acreditables) y, en fin, la disminución persistente del nivel de ingresos o ventas, que se presumirá *iuris et de iure* si se produce durante tres trimestres consecutivos (art. 51.1 del ET). En la regulación precedente quedaba claro que todas ellas estaban sujetas al criterio de razonabilidad de las medidas propuestas. Ello no obstante, la reforma acometida por el RD.-Ley 3/2012, ha reforzado la objetivación del elemento causal en los despidos por causas empresariales, pues no hace referencia explícita al elemento finalístico sobreañadido a la acreditación de la prueba de los hechos de la causas en sí económica o reorganizativa. Efectivamente, el nuevo art. 51.1 del ET, se limita a definir las causas económicas y reorganizativas: “Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos o ventas. *En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos*. Se entiende que concurren causas técnicas...” (art.51.1 del ET). Esta objetivación del elemento causal parecer estar encaminada a reforzar la discrecionalidad del acto de despido por causas empresariales, como acto de gestión de personal, incrementando el poder de despido del empleador. Esa objetivación permitiría eludir, en principio, el elemento teleológico en los despidos especialmente respecto del juicio de racionalidad entre las medidas extintivas y la solución de los problemas económicos o necesidades reorganizativas. Ello está especialmente realzado cuando la norma en los despidos económicos admite las pérdida no solo actuales sino también las “previstas”, y a mayor discrecionalidad “la disminución persisten-

te de su nivel de ingresos o ventas”, indicando que “en todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos. Sobre la base de un anterior “diagnóstico” (es la expresión utilizada en la Exposición de Motivos) basado en la situación de incertidumbre judicial expropiatoria o usurpadora de la decisión de gestión empresarial, se afirma que “se introducen innovaciones en el terreno de la *justificación* de estos despidos (despidos por causas empresariales), suprimiéndose otras referencias normativas que han venido introduciendo elementos de incertidumbre. Más allá del concreto tenor legal incorporado por diversas reformas desde la Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social, tales referencias incorporaban *proyecciones de futuro, de imposible prueba, y una valoración finalista de estos despidos, que ha venido dando lugar a que los tribunales realizasen, en numerosas ocasiones, juicios de oportunidad relativos la gestión de la empresa. Ahora queda claro que el control judicial de estos despidos debe ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas.* Esta idea vale tanto para el control judicial de los despidos colectivos cuando para los despidos por causas objetivas ex art. 52 c) del ET” (Exposición de Motivos del RD.-Ley 3/2012). Así, parece que el legislador quiere establecer una conexión directa y automática entre la prueba de los hechos de la causa económica o reorganizativa de que se trate y la legalidad/legitimidad de los despidos decididos por iniciativa unilateral por el empleador. Cuestión distinta será la de inquirir sobre si esa visión silogística hechos/medidas extintivas será suficiente para la legitimidad (y por supuesto aceptabilidad jurídico-social) de los despidos por causas empresariales. La protección contra el despido injustificado (art. 30 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea), ¿no exigirá un juicio de racionalidad y de proporcionalidad sobre la medida extintiva? Entre otras cosas, habrá que determinar siempre el número de despidos proyectados y si es así, ¿cabe cualquier volumen sin más por la mera existencia de la causas? Es obvio que no, pues al tiempo el empleador siempre tendrá que alegar una causa seria y razonable para efectuar los despidos.

Por otra parte, se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal 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. A estos efectos, la empresa deberá acreditar la concurrencia de alguna de las causas señaladas (artículos 51.1 y 51.6 del ET). La ordenación legal ha distinguido diversas esferas o ámbitos de afectación en los que puede incidir esta causa o factor

desencadenante, cuales son los resultados de explotación —causas económicas en sentido estricto— los medios o instrumentos de producción —causas técnicas— los sistemas y métodos de trabajo —causas organizativas— y los productos o servicios que se pretenden colocar en el mercado —causas productivas—.

Es al empresario a quien incumbe probar la realidad de las causas y su concreta incidencia, en la producción, lo que exige, de un lado, identificar de forma precisa los factores desencadenantes y concretar esa incidencia en los ámbitos señalados. Y al empresario exclusivamente le corresponde realizar los despidos (cfr. Art.51, apartados 2 y 6 del ET, que expresa que el empresario es el que efectúa los despidos y que sólo es competencia de la autoridad laboral realizar una función de vigilancia, impulso y posible mediación, ni siquiera autorizar la medida extintiva en los términos de la solicitud).

Resulta de todo ello patente que se trata ya con la reforma de 2012 de verdaderas definiciones causales, pues la norma elude toda definición por resultados perseguibles a través de las medidas extintivas acordadas. En todo caso, la indeterminación y amplitud en la formulación de los conceptos causales tendrá como efecto el aumento del poder unilateral empresarial en la gestión de los trabajadores. La técnica aplicativa y de control consiste ahora más que en el «juicio de razonabilidad» en la “prueba de los hechos” y la “argumentación” (que no prueba plena) de las previsiones de futuro (pervive la referencia a “pérdidas previstas”).

La reforma de 2012 —como la de 2010/2011— vuelve a *flexibilizar el elemento causal*, es decir, la causa que necesita alegar y demostrar la empresa para que la validez de extinción colectiva. Una de las críticas más importantes de la regulación existente era la inseguridad jurídica en la calificación de las decisiones extintivas de la empresa, como consecuencia de la complejidad y oscuridad de las causas. Como se indicará, la reforma del elemento de causalidad en los despidos empresariales ha transitado ya desde el recurso “anormal” o “extraordinario” originario de la medida extintiva a su plena *normalización jurídica* como técnica de ajuste en la dinámica y reestructuración empresarial. El despido colectivo (y en general, por causas empresariales) se configura como una medida de gestión *ordinaria* de la empresa o complejo empresarial para garantizar la maximización de beneficios o ganancias por parte del empresario.

La reforma de 1994 ya operó una importante flexibilización causal, abarcando las diversas vertientes de la gestión empresarial, e incorporando una “noción por objetivos” difícilmente fiscalizable en sede judicial, que pasó a convertir al órgano judicial en verdadero “componedor de intereses” ante la flexibilidad e indeterminación de la definición causal. La dificultad estribaba en la determinación del grado o entidad que dicha situación deba tener para

justificar la extinción de los contratos de los trabajadores. Resulta patente que no se trataba de una verdadera definición causal, más bien la norma realizaba una “definición por resultados”, entendiéndose que concurren las causas cuando las medidas adoptadas conducen o coadyuvan razonablemente a la consecución de unos genéricos fines, es decir, la definición de las causas fundamentadoras se realiza en atención a los objetivos perseguidos por la adopción de las medidas propuestas. Esta situación de “incertidumbre judicial”, dado que parte de los órganos judiciales seguían en gran medida aferrados a los criterios más rígidos consolidados con anterioridad a la reforma de 1994, ha tratado de subsanarse de nuevo con la reforma de 2010 y la sobreañadida de 2012.

La reforma 2012 ha reducido de modo determinante toda posibilidad de discrecionalidad administrativa y ha limitado sensiblemente la discrecionalidad judicial en el control de las causas, reduciendo la “gravedad” y la “actualidad” exigible a la situación de la empresa para legitimar las extinciones, así como ampliando el espectro de situaciones (ámbitos de la gestión empresarial) legitimadoras del despido colectivo. La medida de reforma de la causalidad se encamina hacia la canalización de la finalización de la extinción de los contratos de trabajo *hacia la vía que proceda en función de la causa real que motiva su terminación*. No obstante, la nueva definición causal (ex art. 51.1 del ET reformado) seguramente seguirá siendo objeto de un intenso debate judicial y doctrinal, presentándose serias dudas sobre si realmente proporcionará mayor certeza jurídica a los sujetos implicados en los ajustes de plantilla por necesidades de la empresa. Por otra parte, el margen de discrecionalidad en la decisión judicial es inherente a una función técnica que opera con conceptos jurídicos indeterminados; y más aún cuando se introduce el “elemento preventivo” como criterio que ha de ser atendido en el proceso de decisión jurídica. Pero incluso cuando se analizan pérdidas actuales habrá que verificar y ponderar su conformación en la práctica, en términos tales como entidad de dichas pérdidas actuales, la interferencia de las empresas de estructura compleja (grupos de empresas o empresas red, ya relevantes, por ejemplo, a efectos de negociación colectiva estatutaria ex artículos 87 y 88 del ET), la indagación sobre la posible concurrencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho prevista en el art. 124.2 de la LRJS, etc. En todo caso, siempre se tendrá que exigir la seriedad y proporcionalidad de los despidos que exige la Constitución (art. 35 CE) y la normativa internacional (Convenio OIT, núm. 158; Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, art. 30). El Convenio 158 de la OIT, sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, es bien explícito al respecto. Por un lado, cuando establece que “No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio” (art. 4, dentro Parte II. Normas de aplicación General. Sección A.

“Justificación de la terminación”). Y, por otro, cuando se dispone que “1. Los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio estarán facultados para examinar las causas invocadas para justificar la terminación de la relación de trabajo y todas las demás circunstancias relacionadas con el caso, y para pronunciarse sobre si la terminación estaba justificada. 2. A fin de que el trabajador no esté obligado a asumir por su sola cuenta la carga de la prueba de que su terminación fue injustificada, los métodos de aplicación mencionados en el artículo 1 del presente Convenio deberán prever una u otra de las siguientes posibilidades, o ambas: a) incumbirá al empleador la carga de la prueba de la existencia de una causa justificada para la terminación, tal como ha sido definida en el artículo 4 del presente Convenio; b) los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio estarán facultados para decidir acerca de las causas invocadas para justificar la terminación habida cuenta de las pruebas aportadas por las partes y de conformidad con los procedimientos establecidos por la legislación y la práctica nacionales. 3. En los casos en que se invoquen para la terminación de la relación de trabajo razones basadas en necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio, los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio *estarán facultados para verificar si la terminación se debió realmente a tales razones*, pero la medida en que esos organismos estarán facultados también para decidir si esas razones son *suficientes* para justificar la terminación deberá determinarse por los métodos de aplicación mencionados en el artículo 1 de este Convenio” (art.9, dentro de la Sección C. *Recurso contra la terminación*).

Conforme a la nueva definición, se entiende que concurren *causas económicas* “cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa”. La regla –a título ejemplificativo– precisa que estamos ante una situación económica negativa “en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos. Desde luego, la norma ya no se refiere exclusivamente a pérdidas económicas actuales, sino que abarca las “pérdidas previstas” (a modo de mecanismo “preventivo”). Como se puede apreciar de la redacción de la norma se infiere que se trata de un simple criterio interpretativo (“en casos tales como...”, son los términos utilizados), de manera que, evidentemente, cambios, con carácter abierto, otros “casos” que integren el supuesto causal. Por otra parte, la referencia a las “pérdidas previstas”, constituye un elemento preventivo que atiende a situaciones de riesgo empresarial. Aunque las “pérdidas previstas” en puridad debieran basarse en datos actuales, esto no deja de ser una *pura ficción jurídica*, porque ningún dato fáctico va a permitir *predecir* el futuro; y tampoco se justifica lo preventivo para eludir consecuencias más desfavorables en el futuro. Por otra parte, se añade que: “...o la disminución persistente de su nivel de ingresos o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es

persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos”. Aquí si es posible la prueba plena de los hechos configurando el supuesto legitimador como la simple merma de la rentabilidad actual de beneficios empresariales, con lo que ello supone de ampliación de los poderes empresariales de despido. Por lo demás, estamos ante una enumeración abierta, no cerrada, pues la norma dice expresamente que “en casos tales como ...”; o en el caso de las causas técnicas: “cuando se produzcan cambios, entre otros...” (art. 51.1 del ET).

En la perspectiva jurídica (tanto técnico-jurídica como de política del Derecho) debe asumirse una posición crítica sobre la posibilidad de admitir los llamados “despidos preventivos”. Debe diferenciarse entre “despidos preventivos puros” (vinculados exclusivamente a la predecibilidad de hechos y situaciones futuras negativas para la organización productiva sin ningún soporte actual o de presente) y las meras previsiones de situaciones de futuro sobre la base de causas actuales, de presente. En éstos últimos el elemento preventivo se construye sobre la base de una causalidad actual adecuada que puede ser pronosticada sobre la base de datos y hechos actualmente existentes con una mirada evolutiva hacia el futuro. A diferencia de los que podrían denominarse “despidos preventivos puros” (previsiones del tipo de situaciones de hechos futuros en atención a variables del mercado y previsiones desligadas enteramente de una causalidad actual determinante), en los despidos con causa actual pero con proyecciones consecuenciales de futuro, sí podría apreciarse la existencia de pruebas de hechos, pues se vinculan a la “actualidad” de la crisis y sus efectos hacia un futuro razonablemente previsible. No es difícil pensar en casos fáciles de crisis actual cuyas consecuencias se pueden prever razonablemente a partir de hechos actuales (no preventivos en sí), que constituyen el “factor determinante” de lo que podría venir después. Aquí hay circunstancias reales cuyas consecuencias de futuro pueden ser analizadas con mayor o menor elasticidad. El problema mayor será, seguramente, incluso en este supuesto de causalidad actual con incidencia de futuro previsible, en hacer esto pronósticos en las causas reorganizativas (técnicas, organizativas o de producción). El riesgo que puede plantearse, no obstante, es que al suprimirse el elemento de la “necesidad”, a favor de la “conveniencia” la normativa revisada pudiera ser interpretada, críticamente, como capaz de incluir “despidos preventivos puros”, no con base a elementos causales de presente sino atendiendo a simples “pronósticos” o indicios débiles de que podría pasar en el futuro. Al efecto, convendría recordar que ni siquiera la llamada “ciencia económica” (que, en realidad, no son sino una ciencia social más) se ha mostrado capaz de realizar, con un mínimo acierto, este tipo de pronósticos sobre la situación del mercado en un futuro inmediato.

Significativamente, a propósito de la documentación que debe ser aportada en los despidos por causas económica, el RD. 80/2011, de 10 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo

y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos, precisa que “cuando la situación económica 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 carácter y evolución de esa previsión de pérdidas basado en datos obtenidos de las cuentas anuales, de los datos del sector al que pertenece la empresa, de la evolución del mercado y de la posición de la empresa en el mismo o de cualesquiera otros que puedan acreditar esta previsión. Igualmente, deberá acreditar el volumen y el carácter *permanente o transitorio* de las pérdidas a efectos de justificar la razonabilidad de la decisión extintiva...” (art. 6). Por su parte, respecto a las causas reorganizativas (técnicas, organizativas o de producción), se exige la aportación de la “memoria explicativa” correspondiente que acredite “la concurrencia de alguna de las causas señaladas”. Además, el empresario tiene que aportar los “informes técnicos” que acredite, en su caso, la concurrencia de dichas causas (art. 7). Reténgase que los artículos 6 y 7 del RD 801/2011, de 10 de julio, han sido declarados vigentes por la Orden ESS/487/2012, de 8 de marzo, sobre vigencia transitoria de determinados artículos del Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo.

La referencia a las pérdidas previstas, más que de prueba, deberá razonarse a través de los análisis económicos que reflejen la proyección económica y financiera de la empresa, con el debido apoyo pericial. Se trata de términos valorativos. El objeto típico de la prueba son los “hechos” no las “previsiones” de futuro. La noción también engloba la “*disminución persistente de su nivel de ingresos*” (disminución persistente de “beneficios” o “ganancias” o “ventas”), y ello con el propósito de ampliar el ámbito aplicativo de esa causa. La noción legislativa parece ser reflejo de la doctrina del TS, que no exigía que la situación económica negativa tenga que identificarse necesariamente en pérdidas [v. gr. la STS 14 de junio de 1996 (RJ 1996\5162), apunta más ampliamente hacia una situación “desfavorable en términos de rentabilidad”, lo que va más allá del concepto estricto de pérdidas; aunque era un tema controvertido, alguna doctrina de suplicación ya avalaba el hecho de que una caída de beneficios podía operar como causa extintiva económica, *vid.* STSJ Castilla-León 29 de noviembre 1994, STSJ Cataluña 4 de septiembre de 1996]. Con el control externo colectivo, administrativo “vigilante” y judicial se quiere evitar la arbitrariedad o la lesión de los derechos del trabajador, pero se hace prácticamente muy difícil llevar a cabo un control de fondo de la decisión extintiva empresarial por parte de la autoridad pública actuante. Ello implica virtualmente una sensible reducción de las posibilidades de control judicial. Los hechos futuros –sujetos justificación mediante técnicas argumentativas- presentan dificultades de apreciación intrínsecas técnicamente insalvables.

Con la nueva definición de las causas legitimadoras del despido por necesidades de la empresa se abre una nueva etapa de mayor flexibilidad del despido, pero el conflicto de intereses subyacente sigue irresuelto de manera precisa, y verdaderamente en estos casos los órganos judiciales seguirán actuando más como componedores de intereses de relevancia jurídica que propiamente como aplicadores del Derecho, dada la indefinición subyacente a las nociones jurídicas empleadas en la noción causal. Se amplía el margen de discrecionalidad decisoria, con un mayor énfasis en la conexión existente entre despido y poderes contractuales vinculados a la libertad de empresa y su gestión, de manera que quede salvaguardado el poder de decisión del empleador respecto a la adopción de fundadas razones de ajuste de plantillas.

Los arts. 51 y 52 c) del ET –que exigen el carácter real y serio del despido por causas empresariales– incorporan una categoría jurídica identificable como la resolución del contrato de trabajo por alteración sobrevenida de circunstancias desde una perspectiva más comprensiva de supuestos y flexible en los recursos técnicos que utiliza. Esta resolución contractual será pertinente tanto frente a la situación más evidente de daño emergente (que comporta una situación de pérdidas económicas o de beneficios empresarial - actual- por decirlo expresivamente, y en definitiva una situación caracterizada por una insatisfactoria marcha económica de la empresa), como también situaciones referidas al lucro cesante (caracterizada por la relativa inutilidad de la prestación de ciertos trabajadores frente a una acreditada exigencia de innovación tecnológica o de los sistemas organizativos en la empresa). Desde esta perspectiva dual, la incidencia sobre el contrato es también doble, remite a una alteración de circunstancias que, o bien comportan un mayor sacrificio para las exigencias de la organización productiva y la realización de los intereses de la contraparte, o bien determinan meramente una menor utilidad o rendimiento de determinadas prestaciones laborales. Todo ello sitúa el problema práctico que pretende afrontar el marco normativo de referencia en la lógica propia del principio de rendimiento, sirviendo al cual se prescinde no sólo de las prestaciones inservibles sino también de las que no son rentables. De ahí que esta proyección del principio de rendimiento atrae al campo de lo jurídico el problema de la relación coste-beneficio, que, a la postre, es una metodología especialmente próxima al análisis económico del derecho. Podría decirse que la configuración jurídica de la vicisitud extintiva subordina la existencia del contrato de trabajo a la lógica del principio de rendimiento, insertándola en la propia función económico-social del contrato de trabajo; asistimos a una inserción de la “racionalidad económica” en la categorización jurídica de los institutos. Es este sentido, debe advertirse que el instituto jurídico en estudio permite al empresario, en presencia de una situación de infrutilización del factor de producción trabajo con la consiguiente carga económica derivada,

valerse de él para mantener la plena utilidad de los recursos productivos. La dificultad que se plantea aquí para el operador jurídico es cómo combinar la lógica de las instituciones jurídicas y económicas sin renunciar a la autónoma categorización jurídica de dichas instituciones. Dicho de otro modo, se trataría de evitar una substracción de las formas jurídicas por el recurso o reclamo de las categorías extraídas directamente de la ciencia económica. En este sentido, conviene hacer notar que en el grupo normativo de referencia se introduce un mecanismo de racionalización jurídica de los procesos sociales de cambio, pero en el bien entendido de que dicha normativa tiene un ámbito de autonomía para la realización de sus propios objetivos y de lo que se trata precisamente es de evitar que la racionalidad económica y sus institutos económicos más representativos penetren sin más en las categorías jurídicas instrumentalizándolas, ignorando las funciones reguladoras del derecho como sistema autoreferente. Se trata de evitar un fenómeno de sustitución o desplazamiento de la lógica jurídica por la económica más que de renunciar a la integración o coordinación entre ambas, desde una lógica que evite la simple contraposición entre “economicidad” y “socialidad”. La eficiencia se convierte así en un ineludible principio de acción válido y esencial para la regulación de contrastes sociales y para la construcción de un Derecho del Trabajo que sea partícipe de los valores de la cultura industrial, pero debe ser mesuradamente conjugado y compatibilizado con los objetivos de socialidad. Con el análisis económico del Derecho se produce un reduccionismo en la descripción económica de la realidad jurídica, toda vez que la realidad jurídica es traducida a simples términos económicos (determinismo economicista del Derecho), vaciando de significado las categorías construidas por los juristas y procediendo a reformularlas (o incluso sustituirlas) por las categorías del discurso económico cientifista. Para esta corriente el objetivo es la eficiencia económica de las instituciones jurídicas olvidando, en algunos casos la función del derecho como protector y realizador de valores superiores del sistema socio-jurídico (democratización del sistema social, equidad social, etc.). En este sentido, debe retenerse que la evaluación y legitimación de normas jurídica ha de llevarse a cabo utilizando los criterios de eficiencia (ganancias y riqueza creada) y, ante todo, de efectividad (efectos o consecuencias en los ámbitos de la integración social y la solidaridad).

En este orden de consideraciones, partir de la matriz de la modificación sobrevenida de circunstancias como vicisitud eminentemente contractual en el cuadro de la *función compleja* (aunque unitaria en tanto su funcionalidad opera imbricadamente en la dinámica contractual) que asume el contrato de trabajo en la empresa no es sino revalorizar la función del contrato y de las categorías contractuales frente a los intentos de trasvasar la problemática al ámbito de las categorías estrictamente económicas. Esta revalorización de lo contractual adquiere no solamente una significación técnico-jurídica, sino también de po-

lítica del Derecho, toda vez que es a través de la propia configuración jurídica del contrato de trabajo y de los convenios y pactos colectivos como pueden introducirse límites incisivos en el ejercicio de los poderes empresariales de reorganización del sistema productivo, evitando el ocultamiento del conflicto de intereses bajo la máscara del preponderante interés propio y objetivo de la empresa (En definitiva, evitar incurrir en la falacia de las *teorías institucionalistas y/o comunitaristas* como fundamento de las facultades organizativas empresariales). Por el contrario, y por decirlo gráficamente, “extracontractualizar” excesivamente el fenómeno de los arts. 51 y 52 c) del ET acaba liberando mayores espacios de poder de regulación y resolución del empresario. El contrato de trabajo como contrato intervenido y *normado* (es decir, cuya regulación es en gran medida preordenada por fuentes estatales y de origen profesional) es un instrumento típico para reconocer y legitimar poderes empresariales de ordenación y resolución, pero al mismo tiempo constituye un mecanismo apto para la predisposición de límites al ejercicio de tal poder. En definitiva, el problema práctico que el grupo normativo regulador de los despidos objetivos trata de resolver es el de la reglamentación de las facultades empresariales para poner fin a las relaciones de trabajo. En tal sentido, la autonomía colectiva y el intervencionismo público son el instrumento predispuesto para organizar el sistema de equilibrios de poder en la empresa, de tal modo que las relaciones individuales de trabajo quedan prefiguradas por el choque entre los distintos mecanismos de poder jurídicamente constituidos y legitimados para intervenir y hacer valer sus respectivos intereses en los procesos de reorganización empresarial. El Derecho es una técnica de regulación social, y en particular señala que el Derecho Social del Trabajo está ligado primordialmente al fenómeno del desigual reparto del poder social, pero constituyendo un contrapeso que equilibre la desigualdad de poder negociador que es necesariamente inherente a la relación de trabajo. Como se aprecia, en el terreno de los despidos colectivos, siendo el mecanismo de tutela eminentemente colectivo e institucional (garantismo legal y colectivo), su incidencia jurídico-práctica se instrumenta jurídicamente en términos contractuales individualizados, es decir, la operatividad práctica del fenómeno se refleja en una resolución de los contratos de trabajo afectados en base a las dificultades de la prestación que comporta la modificación sobrevenida de circunstancias. Aquí estriba la dificultad del fenómeno, en la superposición de institutos públicos y colectivos e instituciones típicamente contractuales.

En definitiva, puede afirmarse que el régimen jurídico del despido colectivo somete al sistema de contratación en la empresa (la propia dinámica y existencia de los contratos) a una situación de sumisión directa a las cambiantes e inestables necesidades empresariales y exigencias de rentabilidad. La flexibilización reforzada en la operatividad causal del despido colectivo no ha

hecho sino operar una traslación directa de riesgos que venían manteniéndose formalmente en la esfera del titular de la organización empresarial. Las inestabilidades empresariales tienen así una repercusión más incisiva en el elemento personal de la empresa. Esa traslación de riesgos implica la extralimitación del marco de las nociones civilísticas en favor del empresario y su capacidad reorganizativa. Ese transvase del riesgo se opera normativamente (en tanto tratamos de un contrato normado) mediante la ampliación del alea excepcional del contrato con posibilidad modificativa, suspensiva o extintiva, en interés de la organización productiva, con la correlativa restricción del alea de riesgo normal que asume exclusivamente el empleador.

Por otra parte, la empresa afectada por los despidos colectivos puede ser una empresa del sector público, y más precisamente una *organización administrativa*, que en cuanto tal no puede considerarse como una auténtica “empresa”. En tal sentido, se añade por Disposición adicional segunda del RD-Ley 3/2012 una disposición adicional vigésima al Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, con el siguiente contenido: “El despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción del personal laboral al servicio de los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público de acuerdo con el artículo 3.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, se efectuará conforme a lo dispuesto en los artículos 51 y 52.c) del ET y sus normas de desarrollo y en el marco de los mecanismos preventivos y correctivos regulados en la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las Administraciones Públicas. A efectos de las causas de estos despidos del *personal laboral* en las Administraciones Públicas a que se refiere el artículo 3.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, se entenderá que concurren *causas económicas cuando se produzca en las mismas una situación de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de los servicios públicos correspondientes*. En todo caso, se entenderá que la insuficiencia presupuestaria es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos. Se entenderá que concurren *causas técnicas, cuando se produzcan cambios, entre otros en el ámbito de los medios o instrumentos de la prestación del servicio público de que se trate y causas organizativas, cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal adscrito al servicio público*. Asimilación parcial al “régimen laboral general”, pues se afirma después que lo previsto en el artículo 47 de esta Ley no será de aplicación a las Administraciones Públicas y a las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de una o varias de ellas y de otros organismos públicos, salvo a aquellas que se financien mayoritariamente con ingresos obtenidos como contrapartida de operaciones

realizadas en el mercado. (Disposición adicional vigésima primera, añadida por la Disposición adicional tercera del RD.-Ley 3/2012). Esta exclusión o excepción de las reestructuraciones suspensivas presenta una finalidad preferente de reducir los costes que en tales casos deberían recaer sobre el Sistema de Seguridad Social (estas suspensiones son situaciones legales de desempleo).

De este modo el régimen del despido colectivo resulta aplicable al sector público de empleo laboral, con mínimas adaptaciones. Se opera, así, una laboralización de las reestructuraciones del sector público. Esta aplicación prácticamente indiferenciada de la ordenación del despido colectivo en el empleo público laboral va a facilitar la expulsión de los considerados excedentes de las Administraciones públicas a todos los niveles. La causa económica se entiende existente ante una acreditada situación de insuficiencia presupuestaria *sobrevenida y persistente* para la financiación de los servicios públicos correspondientes. Se presume *iure et de iure* que existe dicha insuficiencia presupuestaria persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos. Es de realzar que la norma utiliza conceptos jurídicos indeterminados que deberán ser objeto de especificación, como la “insuficiencia” presupuestaria que remite un desequilibrio importante, y no menor y meramente transitorio, “sobrevvenida”, aunque su carácter “persistente” sin estar fijado en términos precisos (durante tres trimestres consecutivos).

En cuanto a las causas reorganizativas se establece que se entenderá que concurren *causas técnicas, cuando se produzcan cambios, entre otros en el ámbito de los medios o instrumentos de la prestación del servicio público de que se trate y causas organizativas, cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal adscrito al servicio público*. De un modo u otro, las causas reorganizativas aplicadas a las organizaciones administrativas se vinculan con el principio de eficiencia en la gestión de las tareas administrativas y con los servicios públicos. De este modo, el empleo público laboral se aleja del principio de estabilidad que rige en el empleo público funcionarial, en su sentido de mayor contingencia y precarización de su relación de servicios profesionales.

3. EL NUEVO PROCEDIMIENTO DE REGULACIÓN DE EMPLEO, LA COMBINACIÓN ENTRE “FLEXIBILIDAD NEGOCIADA” Y “DISCRECIONALIDAD EMPRESARIAL”

El procedimiento de regulación de empleo se desarrolla con la intervención de tres actores principales, titulares de competencias y prerrogativas importantes que le han sido atribuidas para la defensa de los intereses que le son propios y que pueden ser diversos, a saber: el empresario (o los empresarios),

los trabajadores a través de sus representantes y la autoridad pública actuante, con funciones de vigilancia, apoyo y mediación.

El sistema legal establece un procedimiento detallado para legitimar la validez de la decisión empresarial, que permita un control de la decisión en relación con las exigencias objetivas (necesidades «objetivadas») de funcionamiento de la organización productiva. Básicamente este procedimiento se articula sobre una fase *de consulta-negociación* con los representantes de los trabajadores, a fin de negociar de buena fe con vistas a la consecución de un acuerdo colectivo; y por otro, la decisión de la empresa, con o sin acuerdo previo, es recurrible ante la jurisdicción social.

Según lo previsto en el art. 51.2 del ET, todo empleador que tenga la intención de efectuar un despido colectivo ha de presentar su “*proyecto de despido colectivo*” (son los términos utilizados por los artículos 3 y 4 de la Directiva 98/59/CE, de 20 de junio; cfr. STJCE 27 junio 2005, Asunto C-188/03). Cuanto el empresario tenga la intención de efectuar despidos colectivos, deberá consultar, en tiempo hábil, a los representantes de los trabajadores con vistas a llegar a un acuerdo (art. 2 Directiva). Por otra parte, el empresario estará obligado a notificar por escrito cualquier proyecto de despido colectivo a la autoridad pública competente (art. 3.1 Directiva). Y, a su vez, la autoridad pública competente aprovechará para buscar soluciones a los problemas planteados por los despidos colectivos considerados (art. 4.2 Directiva).

Ahora bien, el comienzo de este procedimiento administrativo no sólo requiere la correspondiente «comunicación a la autoridad laboral competente», sino que al mismo tiempo deberá abrir un «periodo de consultas» con los representantes legales de los trabajadores, lo que deberá comunicar por escrito, haciendo llegar una copia de esta comunicación también a la autoridad laboral. La finalidad de este periodo es amplia: 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, tales como medidas de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad (art. 51.2). Su contenido es más limitado que en la formulación anterior, pues se hacía referencia a que el periodo de consultas debería 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 y para posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial (51.4 del ET, según la redacción anterior). La nueva redacción sobre el objeto de la consulta-negociación queda directamente emparentada con el tenor literal del art. 2.2, párrafo 1º de la Directiva 98/59/CE, del Consejo, de 20 de julio, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos (A cuyo tenor, “Las consultas versarán, 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 destinadas, en especial, a la ayuda para la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos”). Pero, como se ha indicado, la nueva redacción hace desaparecer una mejora significativa sobre el objeto de la consulta que sí aportaba la regulación estatutaria precedente, a saber: “las causas motivadoras del expediente y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos...”. Con ello parece que el legislador quiere acotarlas, en principio, al tratamiento de los “efectos o consecuencias”, no garantizando legalmente que se pueda incidir sobre las “causas” o factores determinantes de la situaciones de crisis o de reorganización empresarial. La consideración de los factores causales determinantes parece que serían de incumbencia del empleador, lo cual refleja en sí toda una filosofía político jurídica liberalizadora no sólo sobre los despidos sino también sobre la propia empresa (que en la concepción iusliberal individualista se percibe principalmente como la esfera patrimonial del empleador más que como una organización productiva pluralista –que integra elementos patrimoniales o personas- surgida, eso sí, de su libre iniciativa económica).

Por otra parte, se ha suprimido toda referencia legal a la exigencia de elaborar un plan de acompañamiento social en las empresas de cincuenta o más trabajadores (antes contemplada ex art.51.4 del ET). Intención manifiesta del legislador es la de liberar a dichas empresas de esa obligación jurídica. Esto no significa que no se deba hacer sino que *ahora sólo se realizará por mutuo acuerdo de las partes negociadoras* y para cualquier tipo de empresas. El legislador no ha pretendido, desde luego, generalizar la obligación de elaborar un plan de acompañamiento social en todos los casos de despidos colectivos. Esa es la dirección a la que apunta la Orden ESS/487/2012, de 8 de marzo, sobre vigencia transitoria de determinados artículos del Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y actuación administrativa en materia de traslados colectivos, aprobado por RD 801/2011, de 10 de julio. El art. 9 de este último Reglamento no figura entre los declarados con vigencia transitoria.

La ordenación legal trata de promover la gestión consensuada (consulta-negociación en vista de alcanzar un acuerdo) de la empresa, gozando las partes sociales de una amplia libertad de concepción respecto al establecimiento de aquéllas medidas encaminadas a afrontar la crisis laboral de la empresa con arreglo a las finalidades previstas por el legislador. La consulta-negociación presupone una obligación general (proporcional toda información pertinente) y específicos deberes de información (motivos del proyecto de despido, número y categorías de los trabajadores que vayan a ser despedidos, el número y las categorías de los trabajadores empleados habitualmente, el período a lo largo del cual está previsto efectuar los despidos, etc.), «a fin de permitir que los representantes de los trabajadores puedan formular propuestas constructivas,

durante el transcurso de las consultas y en tiempo hábil» (art. 2.3 Directiva 98/59). De ahí, que se explicita la necesidad de que sendas comunicaciones —a la autoridad laboral y a los representantes— se acompañe de «toda la documentación necesaria».

El período de consultas ha de realizarse dentro del plazo de treinta o quince días (si la empresa es de reducidas dimensiones laborales, a saber: menos de cincuenta trabajadores). El modo de finalización de este periodo, con acuerdo o sin acuerdo, marcará la finalización del procedimiento, pues determina el contenido de la decisión extintiva empresarial susceptible de reclamación ante la autoridad judicial laboral.

Se establece que la consulta-negociación con los representantes de los trabajadores tendrá una duración “*no superior*” a treinta días naturales, o de quince en el caso de empresas de menos de cincuenta trabajadores (art. 51.2 del ET, no modificado en su contenido regulador por la reforma laboral de 2012). Lo que antes eran plazos mínimos ahora se convierten en plazos máximos para el desarrollo de las consultas. La medida agiliza la adopción empresarial de la medida, pero también puede suponer una mayor dificultad en regulaciones de empleo complejas y una presión añadida a la representación de los trabajadores para alcanzar un acuerdo dentro del plazo máximo previsto. Esta medida afecta a la *reducción del tiempo* de los despidos colectivos. Habrá de entenderse que los plazos máximos podrán prorrogarse por mutuo acuerdo de las partes, si así lo deciden, con vistas a la consecución de un acuerdo. Esta interpretación viene avalada en interpretación sistemática con la regulación de las consultas sobre movilidad geográfica o de modificación sustancial de condiciones de trabajo, en las que los plazos se conforman de máximos e “improrrogables”, precisión esta última que no se contempla para los expedientes de regulación de empleo.

Resulta llamativo que la forma de legislar propia del Derecho reflexivo (proliferación de normas de organización y procedimiento que impulsan y enmarcan la actividad de autorregulación de los grupos sociales y económicos entre sí y con el poder público) es la que en muchos aspectos se está aplicando, aunque con adaptaciones —modulaciones— para hacerla más operativa y viable en los procesos de reestructuración y saneamiento participativo y negociado bajo cobertura legal e impulso público (administración ordinaria o judicial) de encuadramiento y fomento de los procesos de autorregulación negociada entre los diversos partícipes de la empresa concernida o afectada. Es lo cierto que el enfoque de los afectados e interesados (*Stakeholder*) en el desenvolvimiento de la actividad empresarial no sólo otorga una visión más social de la empresa, sino que también confiere más eficiencia legitimadora a las decisiones de reestructuración de la empresa.

Es harto significativo el hecho de que en la regulación normativa del período de consulta-negociación subyace la opción político-legislativa de proceduralizar la decisión empresarial de despedir. Se inserta en la lógica

colectiva. Pero también interesa destacar que, al menos, en el plano formal, el enfoque preventivo es ya anterior a la iniciación de dicha fase de consulta-negociación. En efecto, conforme al art.64.5 del ET, la representación legal de los trabajadores “tendrá derecho a emitir informe, con *carácter previo* a la ejecución por parte del empresario de las decisiones adoptadas por éste, sobre las siguientes materia: (...) b) Las reestructuraciones de plantillas y ceses totales o temporales, de aquélla (cfr. art. 51 del ET; RD 801/2011, de 10 de junio). (...). Los procesos de fusión, absorción o modificación del estatus jurídico de la empresa que impliquen cualquier incidencia que pueda afectar al volumen de empleo” (cfr. art. 44 del ET)¹. Se trata, en tales casos, de un tipo de consulta específica, la “consulta-informe”, que no garantiza legalmente la apertura de un proceso de negociación colectiva gestional, a diferencia de la forma cualificada de “consulta-negociación” colectiva. Como toda consulta, la forma “consulta-informe” exige una información previa y adecuada (La información se deberá facilitar por el empresario a los representantes de los trabajadores, “sin perjuicio de lo establecido específicamente en cada caso, en un momento, de una manera y con un contenido apropiados, que permitan a los representantes de los trabajadores proceder a su examen adecuado y preparar, en su caso, la consulta y el informe”; art.64.6 del ET). Pero esta modalidad de “consulta-informe”, aunque en sí no comporta “negociación colectiva”, puede acabar abriendo *ex novo* distintas formas de negociación colectiva. En tal sentido el mismo art. 64.6 del ET dispone que “la consulta deberá realizarse, salvo que expresamente esté establecida otra cosa, en un momento y con un contenido apropiados, en el nivel de dirección y representación correspondiente de la empresa, y de tal manera que permita a los representantes de los trabajadores, sobre la base la información recibida, reunirse con el empresario, obtener una

¹ Reténgase que, conforme al art.13 del Convenio 158 de la OIT, sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador: “1. Cuando el empleador prevea terminaciones por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos: a) proporcionará a los representantes de los trabajadores interesados, en tiempo oportuno, la información pertinente, incluidos los motivos de las terminaciones previstas, el número y categorías de los trabajadores que puedan ser afectados por ellas y el período durante el cual habrían de llevarse a cabo dichas terminaciones; b) de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, ofrecerá a los representantes de los trabajadores interesados, lo antes posible, una oportunidad para entablar consultas sobre las medidas que deban adoptarse para evitar o limitar las terminaciones y las medidas para atenuar las consecuencia adversas de todas las terminaciones para los trabajadores afectados, por ejemplo, encontrándoles otros empleos. 2. La aplicación del párrafo 1 del presente artículo se podrá limitar, mediante los métodos de aplicación mencionados en el artículo 1 del presente Convenio, a los casos en que el número de trabajadores cuya relación de trabajo se prevea dar por terminada sea por lo menos igual a una cifra o a un porcentaje determinados del personal. 3. A los efectos del presente artículo, la expresión «representantes de los trabajadores interesados» se aplica a los representantes de los trabajadores reconocidos como tales por la legislación o la práctica nacionales, de conformidad con el Convenio sobre los representantes de los trabajadores, 1971”.

respuesta justificada a su eventual informe y *poder contrastar sus puntos de vista u opiniones con objeto, en su caso, de poder llegar a un acuerdo* sobre las cuestiones indicadas en el apartado 4, y ello sin perjuicio de las facultades que se reconocen al empresario al respecto en relación con cada una de dichas cuestiones. En todo caso, la consulta deberá permitir que el criterio del comité pueda ser conocido por el empresario a la hora de adoptar o de ejecutar las decisiones”. Por otra parte, los informes que emitan los representantes de los trabajadores deberá elaborarse en el plazo máximo de quince días desde que hayan sido solicitados y remitidas las informaciones correspondientes (art. 64.6 del ET).

Con carácter complementario y posterior a esa posible gestión preventiva encaminada a afrontar las reestructuraciones permanentes de la organización productiva, se garantiza el derecho de consulta-negociación en las reestructuraciones en curso. El derecho de consulta-negociación ex art.51.2 del ET comprende una obligación de negociar de buena fe sobre el proyecto de reestructuración o ajuste de la empresa. Una obligación jurídica que es configurada como “obligación de medios” (no como “obligación de resultado”); agotado el período de consulta-negociación, el empresario puede tomar por propia iniciativa la decisión de despedir, con sometimiento al procedimiento legalmente establecido y en todo caso con el sometimiento a un control judicial posible, aunque no necesario inicialmente para efectividad del despido (No se exige, evidentemente, un control *previo judicial*). No se garantiza legalmente un derecho de veto de los representantes de los trabajadores. Estamos ante una búsqueda de legitimación del ejercicio de los poderes empresariales (en este caso reorganizativos) a través de una democratización industrial “débil” (formal y *funcionalizada* más que estructural) o procedimentalización participada en el proceso decisorio que adquiere cada vez más centralidad en los sistemas de relaciones laborales. Es lo que se ha denominado “*legitimación a través del procedimiento*” y esta es justamente la finalidad implícita de la ordenación de los despidos colectivos a propósito de la regulación de los períodos de consulta-negociación. Con ello más que un criterio estructuralmente encaminado a la introducción de formas de democracia industrial en las organizaciones productivas donde se realiza un importante desarrollo de la personalidad humana (como vía participativa del individuo en las formaciones sociales y económicas -no meramente políticas- en las que se integra y como fórmula de redistribución del poder social con su consecuente funcionalidad limitadora de sistemas organizativos autoritarios) se introduce un mecanismo participativo, de incuestionada importancia funcional en cuanto contraposición a la producción autócrata de decisiones y fortalecedor de la implicación de los trabajadores en el funcionamiento y la toma de decisiones en la empresa, pero cuya intencionalidad implícita no es otra que la reestructuración empresarial, las cuales siguen

remitiendo aún a un poder residenciado en la figura de quien ostenta la dirección de la empresa en su libertad de dimensionar sus niveles ocupacionales en función de sus opciones organizativas y productivas y, más específicamente, de determinar (como expresión de la propia libertad de iniciativa económica) la óptima proporción entre los factores de producción. En el fondo los poderes del empleador siguen quedando sustancialmente intactos como un núcleo duro de la constitución económica de la empresa de base autoritaria, aunque el proceso decisional no se desarrolla de forma unilateral en el empleador y en tal sentido se abre una incierta posibilidad de “condicionamiento” de tal decisión a la luz de otros intereses confrontados o de propuestas de carácter alternativo. Dicho de otro modo, persiste el principio de autoridad en la empresa también por lo que se refiere al poder de despedir, y ello no ha sido contradicho por los arts. 51 o 52 c) del ET (en este segundo supuesto más obviamente por la carencia de una institucionalización jurídico-normativa de los trámites procedimentales del periodo de consultas o la autorización administrativa). Esta y no otra es la realidad jurídica existencial de la institución aquí estudiada.

En cuanto a quiénes sean los representantes de los trabajadores con los que negociará la dirección de la empresa y el modo en que se votará por éstos el acuerdo, nada nuevo se aportaba por la Ley 35/2010, pero el artículo 6.4 del RD 7/2011 (que modifica el apartado 2º del art. 51 del ET) sí lo hace optando decididamente por las secciones sindicales como interlocutores *preferentes* de la empresa en el procedimiento de consultas “cuando éstas así lo acuerden, siempre que sumen la mayoría de los miembros del comité de empresa o entre los delegados de personal”. La nueva redacción del art. 51.2 efectuada por el RD.-Ley 3/2012, contempla expresamente dicha preferencia. De este modo se otorga un principio de favor a las representaciones sindicales como poderes de interlocución frente al poder del empresario y se rompe con el tradicional esquema *binario* que permitía, en principio, al empresario optar entre mantener las consultas con la representación unitaria o sindical. Es una opción de política del Derecho en favor del sindicato (plenamente coherente con la opción constitucional por el sindicato como instancia de personificación de la identidad colectiva de los trabajadores también en el ámbito de la organización empresarial) en su calidad de interlocutor y sujeto negociador respecto al diseño del modelo de *flexibilidad interna negociada* y que se refleja normativamente en los distintos supuestos de periodos de consulta-negociación (así, artículos 40, 41, 47, 51 y 82.3 del ET). El legislador reformista hace notar que con el objetivo se adapta el sistema de negociación colectiva a las nuevas o renovadas realidades empresariales que actúan en nuestro mercado de trabajo, se incluyen nuevas reglas de legitimación para la negociación de convenios colectivos y para favorecer la flexibilidad interna negociada. Para ello, se modifican, por un lado, los artículos 87 y 88 del ET, y, por otro, sus artículos 40, 41, 51 y 82.3 del

mismo cuerpo legal (Exposición de Motivo, apartado IV, del RDL 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva).

A la obligación legal de elaborar un plan de acompañamiento *le sustituye* una obligación legal, importante pero de alcance más limitado, a saber: “La empresa que lleve a cabo un despido colectivo que afecte a más de cincuenta trabajadores deberá ofrecer a los trabajadores afectados un plan de recolocación externa a través de empresas de recolocación autorizadas. Dicho plan, diseñado para un periodo mínimo de seis meses, deberá incluir medidas de formación y orientación profesional, atención personalizada al trabajador afectado y búsqueda activa de empleo. En todo caso, lo anterior no será de aplicación en las empresas que se hubieran sometido a un procedimiento concursal. El coste de la elaboración e implantación de dicho plan no recaerá en ningún caso sobre los trabajadores. El incumplimiento de la obligación establecida en este apartado o de las medidas sociales de acompañamiento asumidas por el empresario, podrá dar lugar a la reclamación de su cumplimiento por parte de los trabajadores, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas que procedan por el incumplimiento” (art.51.10 del ET; la misma Orden ESS/487/2012, de 8 de marzo, sobre vigencia transitoria de determinados artículos del Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo, lo hace explícito cuando declara, por un lado, que “el art.8, referido a la documentación común a todos los procedimientos de regulación de empleo, se entiende vigente, salvo lo dispuesto en la letra b). Lo dispuesto en la letra f) *se entenderá referido al plan de recolocación externa* en los términos establecidos en el art.51.10 ET”; y, por otro, “el art.23, sobre el periodo de consultas y plan de acompañamiento social, se entiende vigente, *salvo lo relativo al plan de acompañamiento social*”). Este plan de recolocación externa a través de empresas de recolocación autorizadas, constituye una obligación jurídica del empleador que es correlativa al derecho de los trabajadores a la recolocación en los procesos de reestructuración que afecten a más de cincuenta trabajadores. Ese plan tiene un contenido mínimo legal, pues deberá de incluir necesariamente medidas de formación y orientación profesional, atención personalizada al trabajador afectado y búsqueda activa de empleo. Aquí la ordenación legal va más allá de la simple responsabilidad social de tipo voluntario para establecer una obligación jurídica reforzada con la amenaza de sanción que actúa como una garantía de efectividad del cumplimiento de las obligaciones y de la satisfacción de los derechos sociales vinculados a la recolocación y reinserción laboral (“El incumplimiento de la obligación establecida en este apartado o de las medidas sociales de acompañamiento asumidas por el empresario, podrá dar lugar a la reclamación de su cumplimiento por parte de los trabajadores, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas que procedan por el incumplimiento”; art. 51.10 del ET; para la tutela administrativa art. 8.14 del Texto Refundido

de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el RD Legislativo 5/2000, de 4 de agosto; y para la tutela judicial, art. 124.11 c) de la LRJS, reformado). Las medidas de recolocación “interna” y “externa” presentaban un regulación coherente al insertarlas dentro del “Plan de acompañamiento social” previsto en el art. 9 del RD 801/2011, de 10 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos.

Estas garantías de recolocación vienen realzando la necesidad de residenciar las tutelas no sólo respecto a la dimensión indemnizatoria, como ante todo en la dimensión “empleativa” o de empleabilidad de los trabajadores excedentes, precisamente con la finalidad de instrumentar unas garantías más efectivas del derecho social al trabajo ex art. 35 CE. Pero estas previsiones legales –salvo posible mejora por convenio u acuerdo colectivo– se limitan a las empresas de más de cincuenta trabajadores. Estas obligaciones de servicio y formación y readaptación profesional son de medios (importante ya en sí mismas), pero no de resultado (acceso efectivo a un empleo u ocupación). Por lo que se refiere a la financiación lo único seguro es que “el coste de la elaboración e implantación de dicho plan (de recolocación) no recaerá en ningún caso sobre los trabajadores” (art. 51.10 del ET). Aquí se abren dos posibilidad, o bien su financiación se realiza por el empleador, o bien por el poder público; aunque cabe una vía intermedia que se podría transitar, esto es, una financiación mixta entre empresario y poder público.

También para empresas de más de cincuenta trabajadores se prevé una garantía de efectividad del procedimiento de despidos colectivo, consistente en que “Cuando la extinción afectase a más del 50 por 100 de los trabajadores, se dará cuenta por el empresario de la venta de los bienes de la empresa, excepto de aquellos que constituyen el tráfico normal de la misma, a los representantes legales de los trabajadores y, asimismo, a la autoridad competente” (art. 51.3 del ET). En este orden de ideas resulta harto significativo, y sorprendente, la supresión de la previsión de garantía de los trabajadores en los supuestos de venta judicial de la empresa: “En los supuestos de venta judicial de la totalidad de la empresa o de parte de la misma únicamente será aplicable lo dispuesto en el art. 44 de esta Ley cuando lo vendido comprenda los elementos necesarios y por sí mismos suficientes para continuar la actividad empresarial. Si, no obstante, la concurrencia del supuesto anterior, el nuevo empresario decide no continuar o suspender la actividad del anterior deberá fundamentarlo en expediente de regulación de empleo incoado al efecto” (art. 51.1 del ET, en la versión anterior a la reforma). Esta supresión es inútil si de lo que se trata es de evitar esas medidas ya que ella se infiere en procedimientos extraconcur-sales del propio art. 44 del ET y en procedimientos concursales del art. 149.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (“Cuando, como consecuencia de la enajenación a que se refiere la regla 1.ª del apartado anterior, una entidad

económica mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesoria, se considerará, a los efectos laborales, que existe sucesión de empresa. En tal caso, el juez podrá acordar que el adquirente no se subrogue en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial de conformidad con el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores. Igualmente, para asegurar la viabilidad futura de la actividad y el mantenimiento del empleo, el cesionario y los representantes de los trabajadores podrán suscribir acuerdos para la modificación de las condiciones colectivas de trabajo”).

Las previsiones normativas sobre el contenido de las consultas, a pesar de adolecer de un alto grado de generalidad, aparecen adecuadas para un cambio de actitud sobre la funcionalidad de las mismas. La utilización disfuncional de las consultas para la exclusiva obtención de mayores indemnizaciones debiera comenzar a corregirse con este innovador marco normativo (y así se está realizando lentamente, poco a poco). En este sentido, la referencia de la normativa precedente a las medidas “*para posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial*” produce una clara inserción del período de consultas en una lógica combinada -latente en el ordenamiento laboral en su conjunto- de protección a los trabajadores y de la viabilidad futura de la empresa. Sería deseable un efecto enriquecedor del contenido del período de consultas, evitando centrar las discusiones exclusivamente sobre la cuantía de las indemnizaciones a percibir por los trabajadores despedidos a resultas del expediente de regulación de empleo y buscando preferentemente fórmulas alternativas a la extinción de puestos de trabajo basadas en la elaboración de planes sociales y de viabilidad de las empresas que recojan las distintas facetas que hacen viable y competitiva la organización productiva *pro futuro*: nuevas inversiones, innovaciones tecnológicas, formación y cualificación profesional, saneamiento financiero, políticas de comercialización (ampliación y diversificación de mercados), coyunturales contenciones salariales o modificaciones de las condiciones de trabajo (No deben perderse de vista las amplias posibilidades que la ordenación de las cláusulas de descuelgue salarial y la flexibilización operada en la modificación de las condiciones de trabajo abren al respecto). En definitiva, el actual marco normativo permite y fomenta (desde la perspectiva de la negociación concertada) la introducción de medidas de acción positiva y no las de corte tradicional meramente “reparadoras” o indemnizatorias, máxime atendiendo a la época de desempleo masivo que persiste actualmente, en las que se valora mucho más la posibilidad de volver ocupar al menos después de pasar algún tiempo un puesto adecuado de trabajo.

No obstante, es lo cierto que la autonomía colectiva se encuentra con una serie de límites intrínsecos para desplegar plenamente la función asignada en

el período de consultas. Las propias posibilidades económicas de la empresa actúan como límite o techo para la elaboración de adecuados planes “protectores” del colectivo social afectado por la reestructuración empresarial, es decir, el plan social no podrá rebasar el límite en que se ponga en peligro la propia viabilidad del proyecto empresarial y del empleo subsistente en la misma. Dichos límites sólo pueden solventarse con una actividad o apoyo público de carácter extraordinario, que pone en acción recursos de solución supletorios respecto aquellos inmediatamente controlados por las partes en conflicto y que agilizan la solución del conflicto mismo. Así, la persistente transformación de los aparatos productivos que caracteriza los tiempos actuales requiere medidas jurídicas favorecedoras de la movilidad interempresarial, intersectorial o geográfica y de recualificación profesional. Una solución a estos problemas confiada en exclusiva a las fuerzas del mercado no parece que resulte en grado de satisfacer las nuevas y crecientes exigencias de previsión, de programación y intervención, es decir, se hace ineludiblemente necesaria una política activa de empleo. En ocasiones se produce intencionadamente la búsqueda de la intervención pública en las situaciones de crisis, de modo que nos encontramos ante la problemática relacional entre el acuerdo en período de consultas y las políticas activas de empleo o una presencia pública que, en ocasiones, no se encuentra desligada de crisis sectoriales o regionales pero sin llegar a constituir un proceso de reconversión de carácter extraordinario. En el complejo conflicto subyacente quedan conjugados los problemas reorganizativos con los relativos a la paz y el orden social. Por tanto el “Plan social” puede ser de carácter tripartito y no necesariamente bilateral, sin que para ello se requiera de una normativa específica. Otras veces el acuerdo tiene naturaleza mixta, y presenta vertientes de concertación social (acuerdo de carácter político) donde el poder público actúa como sujeto negociador en el plano político y de negociación colectiva estricta donde la intervención pública se ciñe exclusivamente a la actividad autorizadora. Ello no supone una desnaturalización del período consultivo, sino que puede ser aceptable en el marco del art. 51 del ET, como *modus operandi* adecuado para el desarrollo y viabilidad de un plan social (en un marco de reestructuración permanente); pero sí pone abiertamente de manifiesto la insuficiencia del *laissez-faire* colectivo, la necesidad -en ocasiones- de un intervencionismo público que apoye y equilibre la negociación colectiva. Ese apoyo público -en su justo equilibrio atendiendo también al principio de libre competencia y a los límites comunitarios que se imponen en tal sentido- proporciona una planificación más global de la crisis empresarial y una adecuada corrección de sus efectos sociales. Desde la estricta perspectiva jurídica, se produce una metamorfosis de lo que podría considerarse una intervención administrativa negativa y estática clásica a una de carácter positivo u operativo, donde se opera una prolongación de la misma sobre la actividad que

desarrolla el empleador. Ello viene determinado por el dato relevante de que en estos supuestos el interés público no queda tutelado simplemente a través de los actos de control, sino que se hace precisa una actividad de apoyo, control o tutela público de tracto sucesivo con lo que el empresario.

Como medidas directas encaminadas a la atenuación de los efectos del despido colectivo y como relativa compensación a los trabajadores afectados por los perjuicios derivados de la pérdida de empleo, el art. 51.8 del ET establecía el derecho de los mismos a una indemnización tasada consistente en “veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, con un máximo de doce mensualidades”. Las dudas que la configuración de la norma como derecho necesario relativo o como tope mínimo mejorable por la negociación colectiva o individual pudieran plantearse en sede legal, se ven despejadas por la precisión adicional que realiza el art. 18.1 del RD.801/2011: “salvo que, en virtud de pacto individual o colectivo, se haya fijado una cuantía superior”. Es decir, la indemnización legal prevista constituye un suelo mínimo indisponible *in peius* y tan sólo mejorable por acuerdos de carácter colectivo o individual (véase SSTCo. 99/2001, de 23 de abril, y 100/2001, de 23 de abril). En virtud del principio de indisponibilidad e irrenunciabilidad de derechos laborales *ex art. 3.5 del ET* no cabe la posibilidad de que los trabajadores o sus representantes puedan disponer del mínimo indemnizatorio ni transigir estableciendo topes inferiores al legal de modo que la indemnización sea menos que la que ella arroje. Este sistema indemnizatorio, aun operando una cierta restricción sobre las autonomías individual y colectiva, y en tal sentido -por su carácter genérico- aporta una cierta dosis de rigidez, no deja de ser un instrumento que equilibra una mínima salvaguarda de los derechos de los trabajadores con la posibilidad de su mejora, y por tanto, de una cierta posibilidad de adaptación a la crisis empresarial concreta² a través de la negociación con los representantes de los trabajadores. En dato normativo, en cierto modo sorprendente, es que la nueva redacción del art.51 del ET ha omitido la referencia que se hacía en su apartado 8 a una indemnización de derecho necesario de veinte días de salario por año de antigüedad, con un máximo de doce mensualidades. Se trataba de una norma mínima laboral no modificable “*in peius*”, pero sí “*in melius*” (STCo 100/2001, de 23 de abril). Esta importante y al parecer deliberada “laguna” (nada dice tampoco el art. 124.9 de la LRJS) no puede suponer la plena disponibilidad de la indemnización por el empleador, o los partes negociadoras del acuerdo de reorganización

² El propio art. 33.8 del ET establece una “obligación pura” del FOGASA, con objeto de suavizar económicamente la reorganización de las PYMES, y con independencia de la solvencia de la empresa: “En las empresas de menos de veinticinco trabajadores, el Fondo de Garantía Salarial abonará el 40 por 100 de la indemnización legal que corresponda a los trabajadores cuya relación laboral se haya extendido como consecuencia del expediente instruido en aplicación del artículo 51 de esta Ley o por la causa prevista en el párrafo c) del artículo 52”.

productiva, pues ello, aparte de ser desequilibrado en términos estrictamente contractuales, vulneraría las garantías mínimas ante el despido que impone la normativa internacional (señaladamente, el Convenio OIT núm.158, sobre terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empresario; y el art. 30 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea) y nuestra propia Constitución (art. 35). Esto supone que en estricta lógica jurídica (estamos ante despidos por causas empresariales, y por tanto, por hechos sobrevenidos independientes de la voluntad de las partes) se ha de aplicar en caso de despido colectivo justificado o procedente la indemnización por despido procedente prevista en el art.53.1 b) del ET para el denominado despido objetivo; es decir, indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades.

Respecto a las “prejubilaciones”, téngase en cuenta que la medida restrictiva o de “des-alentamiento” institucional que se recogía en el art. 51.15 del ET. El vigente art. 51.9 del ET (en la versión del RD.-Ley 3/2012) establece que “Cuando se trata de procedimientos de despidos colectivos de empresas no incurso en procedimiento concursal, que *incluyan trabajadores con cincuenta y cinco o más años de edad* que no tuvieran la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967, existirá la obligación de abonar las cuotas destinadas a la financiación de un convenio especial respecto de los trabajadores anteriormente señalados en los términos previstos en la Ley General de la Seguridad Social”. (cfr. apartado 15 del presente art.51 del ET). En relación a ello, la Disposición final cuarta del RD.-Ley 3/2012, relativa a los “Despidos que afecten a trabajadores mayores de 50 o más años en empresas con beneficios”, da nueva redacción a la Disposición Adicional decimosexta de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización de sistema de Seguridad Social, quedando redactada del siguiente modo.

Se trata, pues, básicamente que las empresas con beneficios asuman un parte significativa del coste de la protección legal por desempleo, en las circunstancias previstas en la norma. En primer lugar, debe realizarse que se contempla el supuesto de grupo de empresas con beneficios y no sólo la empresa aislada. En segundo lugar, debe también señalarse que se suprime el requisito precedente de que el expediente de regulación de empleo afecta al umbral de cien o más trabajadores excedentes. Por último, se manifiesta igualmente la centralidad de las medidas de recolocación y reinserción en el mercado de trabajo. Así el apartado 8 de la disposición adicional decimosexta de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, conforme a la cual “Al menos un 50% de las cantidades recaudadas en el ejercicio inmediatamente anterior se consignarán en el presupuesto inicial del Servicio Público de Empleo Estatal con la finalidad de financiar acciones y medidas de reinserción laboral específicas para el

colectivo de los trabajadores de 50 o más años que se encontraran en situación legal de desempleo, para lo cual en el presupuesto del Servicio Público de Empleo Estatal deberán constar créditos destinados a financiar este tipo de acciones y medidas”. Estas acciones y medidas de recolocación interna (empresa o grupo de empresas originaria) o externa a la empresa simple o de estructura compleja (en el mercado externo de trabajo) son medidas más incisivas y comprometidas que las previsiones de recolocación previstas en el art. 51.10 del ET (“La empresa que lleve a cabo un despido colectivo que afecte a más de cincuenta trabajadores deberá ofrecer a los trabajadores afectados un *plan de recolocación externa* a través de empresas de recolocación autorizadas...”).

Con la reforma del RD-Ley 3/2012, se ha suprimido el trámite de autorización administrativa previa de los despidos y con él la idea de un procedimiento de “doble fase”, ya que propiamente no se puede hablar a partir ahora de una “fase administrativa de autorización” con sucedía anteriormente. El argumento utilizado por el legislador ha sido el de la mayor “celeridad que es especialmente necesaria cuando se trata de acometer reestructuraciones empresariales” (Exposición de Motivos). En todo caso, conviene dejar constancia del hecho de que la obtención de la mayor celeridad es discutible por esa vía; pero sobre todo del hecho de que la autorización administrativa previa para un despido que siempre el empleador realizaba libremente ni es contraria al principio de libertad de empresa (art. 38 de la CE), ni se opone a la Directiva 98/49/CE, que establece una regulación de mínimos (art. 5), y por tanto, una regulación mejorable por las legislaciones, la negociación colectiva y las prácticas de los ordenamientos jurídicos internos. Lo que sí impone la Directiva es la realización de una *función mediadora* de la autoridad laboral, su implicación en la búsqueda de soluciones a los problemas planteados y la propuesta de soluciones equilibradas entre los actores sociales. Y esa función mediadora ciertamente continúa estando desatendida por falta de precisión y concreción con la nueva reforma legislativa. En todo caso, por esa misma “neutralidad” de la Directiva comunitaria, la supresión de la autorización administrativa no se puede entender, tampoco, contraria al Derecho Social Europeo. Con la supresión de la autorización administrativa previa se reconfigura el intervencionismo público administrativo en los despidos colectivos, de manera que éste parece asumir una función de “control” y de “supervisión” del proceso negociador y estrictamente instrumental respecto de la legalidad de los acuerdos colectivos de reorganización productiva eventualmente alcanzados durante el periodo de consultas-negociación (consulta cualificada). Conforme al nuevo art. 51.2 del ET, “La autoridad laboral *velará* por la efectividad del período de consultas pudiendo remitir, en su caso, advertencias y recomendaciones a las partes que, en ningún caso, no supondrán la paralización del procedimiento”. Esta función de apoyo es comprensiva de una función mediadora en sentido débil;

hubiera sido preciso que la normativa reguladora precisara el alcance de esa función mediadora. La mediación constituye un procedimiento para contribuir a resolver conflictos, en que las partes involucradas buscan generar soluciones auxiliares por un tercero imparcial, quien actúa como moderador para facilitar la comunicación con la posibilidad de proponer directamente soluciones a las partes en situación de conflicto.

La norma de Derecho interno ha de ser interpretada con arreglo a las previsiones de la Directiva comunitaria sobre la función mediadora de la autoridad laboral precisamente *como contenido mínimo comunitario del intervencionismo público administrativo en los despidos por causas empresariales*. Con todo, el intervencionismo público administrativo se reconfigura hacia un *nuevo funcional*, a saber: asumiendo una función menos penetrante (como es la función autorizante que se suprime) de vigilancia, apoyo y mediación entre las partes sociales en conflicto. Por ello está “presente” en el procedimiento de regulación de empleo desde su inicio (la autoridad laboral ha de recibir la comunicación y recaba el Informe preceptivo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (art. 51.2 del ET); vela activamente por la efectividad del período de consultas-negociación colectiva; y lo es activamente porque la “autoridad laboral velará por la efectividad del período de consultas pudiendo remitir, en su caso, advertencias y recomendaciones a las partes que, en ningún caso, no supondrán la paralización ni la suspensión del procedimiento” (art. 51.2); recibe la comunicación empresarial el resultado del procedimiento consultivo, si se hubiera alcanzado acuerdo colectivo, trasladará copia íntegra del mismo. En caso, contrario, remitirá a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral la decisión final (el empresario es el que adopta la decisión final relativa a los despidos, se haya producido o no acuerdo en el período de consultas) del despido colectivo que haya adoptado y las condiciones del mismo (art. 51.2); recibe la comunicación motivada cuando la extinción afecte a más del 50 por 100 de los trabajadores y el empresario proceda a la venta de los bienes de la empresa, excepto de aquellos que constituyen el tráfico normal de la empresa (Nótese que si hay transmisión de empresa o unidad productiva autónoma se ha de aplicar el régimen previsto ex art. 44 del ET); y es la propia autoridad laboral la que está legitimada para impugnar los acuerdos de reorganización productiva adoptados en el período de consultas cuando estime que estos se han alcanzado mediante fraude, dolo, coacción o abuso de derecho, así como cuando la entidad gestora de la prestación por desempleo hubiere informado que el acuerdo pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo (art. 51.6 del ET). Por lo demás, en el marco de los expedientes de regulación de empleo concursal, la autoridad laboral asume determinadas funciones específicas (art. 64 LC):

emisión de informe sobre las medidas propuestas o el acuerdo alcanzado, que deberá ser emitido en el plazo de quince días, pudiendo ésta oír a la administración concursal y a los representantes de los trabajadores antes de la emisión (art. 65.6 LC) (Evidentemente ya no tiene sentido la previsión de que “el auto, en caso de acordarse la suspensión o extinción colectiva de los contratos de trabajo, producirá las mismas consecuencias que la resolución administrativa de la Autoridad Laboral recaída en un expediente de regulación de empleo, a efectos del acceso de los trabajadores a la situación legal de desempleo”; art. 64.7 LC. Hay que entender simplemente que los trabajadores afectados quedan en situación legal de desempleo una vez adoptada la resolución judicial “autorizante” en expedientes judiciales en situaciones concursales).

Se ha establecido una nueva modalidad procesal laboral especial contemplada en el art. 124 LRJS, para impugnar los despidos colectivos realizados por el empresario (“la decisión empresarial podrá impugnarse por los representantes legales o sindicales de los trabajadores”; artículos 124.1 y 153.1 LRJS), siendo la jurisdicción social el órgano jurisdiccional competente para entender de todas las cuestiones sociales planteadas por los despidos por causas empresariales (que, por excepción se comparte parcialmente en caso de despidos producidos en el marco de procedimientos concursales).

El art. 7 de la LRJS, en la nueva redacción dada por el RD-Ley 3/2012, “las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia conocerán... Asimismo conocerán en única instancia de los procesos de despido colectivo impugnados por los representantes de los trabajadores de conformidad con lo previsto en los apartados 1 a 10 del art.124 de esta Ley, cuando extiendan sus efectos a un ámbito territorial no superior al de la Comunidad Autónoma”. Por su parte, el art.8.1 de la LRJS, en la nueva redacción, establece que “Las Salas de lo Social de la Audiencia Nacional... Conocerán en única instancia de los procesos de despido colectivo impugnados por los representantes de los trabajadores de conformidad con lo previsto en los apartados 1 a 10 del art. 124 de esta Ley, cuando extiendan sus efectos a un ámbito territorial superior al de una Comunidad Autónoma”.

No se olvide que la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, mantiene, en su lógica interna, la atribución competencial de los ERE en crisis concursales a los Juzgados de lo mercantil, conforme a las previsiones originarias de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (artículo 8. “Juez del concurso”).

El art. 124 de la LRRJS –en la redacción dada por el RD-Ley 3/2012– regula la modalidad procesal especial relativa a los “Despidos colectivos por causas económicas, organizativas, técnicas o de producción o derivadas de fuerza mayor”. La nueva modalidad procesal, lejos de racionalizar produce una mayor complejización del tratamiento procesal de los despidos por causas

empresariales. En tales supuestos la decisión empresarial podrá ser impugnada por los representantes legales o sindicales de los trabajadores a través del proceso previsto en los apartados siguientes. Los representantes unitarios o sindicales son, pues, los sujetos que ostentan la legitimación activa. La demanda se podrá fundar en los siguientes motivos tasados, con una textura abierta en su formulación: a) Que no concurre la causa legal indicada en la comunicación escrita; b) Que no se ha respetado lo previsto en los artículos 51.2 o 51.7 del Estatuto de los Trabajadores; y c) Que la decisión extintiva se ha adoptado con fraude, dolo, coacción o abuso de derecho.

En ningún caso podrán ser objeto de este proceso las pretensiones relativas a la inaplicación de las reglas de prioridad de permanencia previstas legal o convencionalmente o establecidas en el acuerdo adoptado en el período de consultas. Tales pretensiones se plantearán a través del procedimiento individual al que se refiere el apartado 11 del art. 124 LRJS.

(a). En caso de que el período de consultas regulado en el artículo 51 del ET hubiera finalizado con acuerdo, también deberá demandarse a los firmantes del mismo. Para presentar la demanda no será necesario agotar ninguna de las formas de evitación del proceso contempladas en el Título V del Libro I de la LRJS.

La demanda deberá presentarse en el plazo de caducidad de veinte días desde la notificación a los representantes de los trabajadores de la decisión de despido colectivo adoptada por el empresario al finalizar el período de consultas del artículo 51 del ET.

En cuanto a la tramitación en esta modalidad procesal constatar que tiene *carácter urgente y como tal basado en el criterio de celeridad*. La preferencia en la tramitación de estos asuntos será absoluta sobre cualesquiera otros, salvo los de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas. Contra las resoluciones de tramitación que se dicten no cabrá recurso, salvo el de declaración inicial de incompetencia. Admitida a trámite la demanda, el secretario judicial dará traslado de la misma al empresario demandado y le requerirá para que en el plazo de cinco días presente, preferiblemente en soporte informático, la documentación y las actas del período de consultas y la comunicación a la autoridad laboral del resultado del mismo. En ese mismo requerimiento, el secretario judicial ordenará al empresario que, en el plazo de cinco días, notifique a los trabajadores que pudieran resultar afectados por el despido colectivo la existencia del proceso planteado por los representantes de los trabajadores, para que en el plazo de quince días comuniquen al órgano judicial un domicilio a efectos de notificación de la sentencia. En caso de negativa injustificada del empresario a remitir estos documentos o a informar a los trabajadores que pudieran resultar afectados, el secretario judicial reiterará por la vía urgente su inmediata remisión en el plazo de tres días, con apercibimiento de que de no

cumplirse en plazo este segundo requerimiento se impondrán las medidas a las que se refiere el apartado 5 del artículo 75 LRJS, y se podrán tener por ciertos a los efectos del juicio posterior los hechos que pretende acreditar la parte demandante. Al admitirse la demanda, el secretario judicial acordará *recabar de la Autoridad Laboral copia del expediente administrativo relativo al despido colectivo*; un expediente administrativo del cual ha desaparecido el trámite de autorización administrativa previa del despido colectivo por decisión unilateral del empleador.

Transcurrido el plazo de diez días hábiles desde la finalización del plazo para interponer la demanda, el secretario judicial citará a las partes al acto del juicio, que deberá tener lugar en única convocatoria dentro de los 15 días siguientes. En la citación se acordará de oficio el previo traslado entre las partes o la aportación anticipada, en soporte preferiblemente informático, con cinco días de antelación al acto de juicio, de la prueba documental o pericial que, por su volumen o complejidad, sea conveniente posibilitar su examen previo al momento de la práctica de la prueba. La sentencia se dictará dentro de los cinco días siguientes a la celebración del juicio y, dado que se trata de una única instancia, será recurrible en casación ordinaria (cfr. artículos 124.9, 206.1 y 191.3.a) de la LRJS).

Respecto al contenido de la sentencia, caben tres posibles calificaciones: se “*declarará ajustada a derecho*” la decisión extintiva cuando el empresario, habiendo cumplido lo previsto en los artículos 51.2 o 51.7 del ET, acredite la concurrencia de la causa legal esgrimida. En un pronunciamiento equivalente a la tradicional “*declaración de procedencia*” del despido, generará el derecho del trabajador a una indemnización de veinte días de salario por año de servicio en la empresa, dado que se trata de un despido por causa empresarial y, por tanto, independiente de la voluntad del trabajador (artículos 53 y 123 de la LRJS). Por su parte, la sentencia *declarará nula la decisión extintiva* cuando no se haya respetado lo previsto en los artículos 51.2 (relativo a los actuaciones procedimentales de orden público a seguir) o 51.7 (relativo a la “*autorización*” —encubierta bajo el vocablo “*constatación*”— en los supuestos de despidos por fuerza mayor) del ET, u obtenido la autorización judicial del juez del concurso en los supuestos en que esté legalmente prevista, así como cuando la medida empresarial se haya efectuado en vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas o con fraude, dolo, coacción o abuso de derecho; en todos los casos, como mínimo la readmisión del trabajador y en caso de violación de derechos fundamentales con la posibilidad de una indemnización adicional de resarcimiento de daños y perjuicios que se alegue y pruebe (artículos 53 del ET y 108 y sig., y 123 de la LRJS). Conforme a art.113 LRJS, sobre los *Efectos de la declaración de nulidad del despido*, “Si el despido fuera declarado nulo se condenará a la inmediata readmisión del trabajador con abono de los

salarios dejados de percibir. La sentencia será ejecutada de forma provisional en los términos establecidos por el artículo 297, tanto si fuera recurrida por el empresario como si lo fuera por el trabajador”. Adviértase aquí que la norma está contemplando otro supuesto de nulidad por razones de fondo (aparte del despido por violación de derechos fundamentales del trabajador), pues se contempla nuevamente el despido nulo fraudulento, y los despidos que incurran en dolo, coacción o abuso de derecho. Estamos ante calificaciones jurídicas (interpretativas, sujetas a criterios de racionalidad jurídica en el proceso de interpretación) sobre conceptos jurídicos indeterminados, que atendiendo a las circunstancias del caso abren un amplio margen de discrecionalidad judicial. Sobre todo ello incide el trasfondo subyacente de que todo despido debe tener una causa real y seria, con independencia de que, llegado el caso, sea o no suficiente para despedir.

Por último, la sentencia “declarará no ajustada a Derecho”, la decisión extintiva cuando el empresario no haya acreditado la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación extintiva. Se hace con ello referencia al “despido improcedente” (artículos 53, 56 y 123 de la LRJS). Adviértase que la reforma llevado a cabo por el RD.Ley 3/2012 ha generalizado para todos los despidos declarados improcedentes la reducción de la indemnización por despido improcedente (por causas empresariales y disciplinarios), de tal modo que “Cuando el despido sea declarado improcedente, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización equivalente a *treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades*. El abono de la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo”.

Una vez firme la sentencia, se notificará a quienes hubieran sido parte y a los trabajadores que pudieran ser afectados por el despido colectivo que hubiesen puesto en conocimiento del órgano judicial un domicilio a efectos de notificaciones, a los efectos previstos en la letra b) del apartado 11 del art. 124 LRJS. Esta sentencia firme se notificará para su conocimiento a la autoridad laboral, la entidad gestora de la prestación por desempleo y la Administración de la Seguridad Social cuando no hubieran sido parte en el proceso.

(b). Cuando el objeto del proceso sea la impugnación *individual* de la extinción del contrato de trabajo ante el Juzgado de lo Social (no se olvide que incluso la existencia de un acuerdo alcanzado en el período de consulta no cierra el paso a la impugnación individual del acto despido), se estará a lo previsto en los artículos 120 a 123 de esta Ley, con las siguientes especialidades:

- a) Cuando el objeto del debate verse sobre preferencias atribuidas a determinados trabajadores, éstos también deberán ser demandados.

Igualmente deberán ser demandados los representantes de los trabajadores cuando la medida cuente con la conformidad de aquéllos.

- b) Si una vez iniciado el proceso individual se plantease demanda por los representantes de los trabajadores contra la decisión empresarial a tenor de lo dispuesto en los apartados anteriores, aquel proceso se suspenderá hasta la resolución de la demanda formulada por los representantes de los trabajadores, que una vez firme tendrá eficacia de cosa juzgada sobre el proceso individual en los términos del apartado 3 del artículo 160 de la LRJS.
- c) El despido será nulo, además de por los motivos recogidos en el artículo 122.2 LRJS, cuando se incumpla lo previsto en los artículos 51.2 o 51.7 del ET, o cuando no se hubiese obtenido la autorización judicial del juez del concurso, en los supuestos en que esté legalmente prevista.

Igualmente, será *nula* la extinción del contrato acordada por el empresario sin respetar las prioridades de permanencia que pudieran estar establecidas en las leyes, los convenios colectivos o en el acuerdo alcanzado durante el período de consultas. Esta nulidad no afectará a las extinciones que dentro del mismo despido colectivo hayan respetado las prioridades de permanencia.

4. LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DESPIDO COLECTIVO

El despido colectivo válidamente acordado y debidamente comunicado por el empresario al trabajador posibilita —no impone— la extinción del contrato de trabajo (artículos 49.1.i) y 51.1 y 2 del ET). Salvo disposición convencional que determine el orden de extinciones, corresponde al empleador establecerlo, en el marco de la autorización y con respeto a las preferencias de los representantes legales (STS, Sala 3.^a, 6 mayo 2003). Como norma de orden público laboral hay que retener la que establece que “Los representantes legales de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa en los supuestos a que se refiere este artículo” (art. 51.5 del ET). Pero, adicionalmente, se admite una ampliación de las garantías preferenciales a través de la negociación colectiva: efecto, se afirma que “Mediante convenio colectivo o acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas se podrán establecer prioridades de permanencia a favor de otros colectivos, tales como trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad” (art. 51.5 del ET). En tal caso, se trataría de una garantía jurídico-convencional de instauración potestativa y con el régimen previsto en el convenio o acuerdo colectivo. Sin devaluar esta posibilidad de ampliación de las garantías sociales,

interesa hacer notar que la negociación colectiva aún antes de esta previsión específica podría haber realizado esta mejora de las garantías legales mínimos al amparo de la textura abierta de la norma reguladora del contenido posible de la negociación colectiva (art. 85.1 del ET; y al amparo de la flexibilidad convencional propugnada por la Directiva 98/59/CE).

La constatación de la pertenencia de las empresas afectadas por el expediente a un grupo de empresas determina la aparición de reglas especiales, bien legislativas, bien convencionales, bien judiciales. En el primer ámbito, el apartado 8 del art. 51 ET (que transpone literalmente el art. 2.4 Directiva sobre despidos colectivos) contiene una garantía de efectividad de los derechos de información y de consulta-negociación (ya que ésta puede quedar viciada por una falta o insuficiencia de información sobre la situación del complejo empresarial en que se inserta la empresa en crisis) ante el fenómeno, cada vez más extendido, de los grupos de empresas. El legislador, interno y comunitario, parece estar pensando ante todo en grupos de estructura jerárquica (grupos por subordinación, basada en una posibilidad de influencia dominante más o menos intensa, vía control accionario o a través de un contrato de dominación), aunque cabría objetar que la interferencia de una estructura de grupo por coordinación (de estructura paritaria, basado en el principio de coordinación) debiera también determinar una análoga garantía del derecho de información para garantizar un conocimiento sobre la situación real de la empresa en el marco del grupo empresarial. En esta dirección extensiva se orienta la STJCE 29 marzo 2001, Asunto C-62/99.

Nótese que la relevancia del grupo de empresas aparece respecto a la documentación que se ha de aportar en los despidos por causas económicas (art. 6 del RD 801/2011, Reglamento de procedimiento de regulación de empleo; precepto declarado vigente por la Orden ESS/487/2012, de 8 de marzo) y en relación a la recolocación interna de los trabajadores afectados dentro del grupo de empresas del que forme parte la empresa en crisis o en reestructuración (art. 9.2,a) del RD 801/2011, Reglamento de regulación de empleo; precepto también declarado vigente por la Orden ESS/487/2012, de 8 de marzo).

En todo caso, como vemos, la dimensión de la organización productiva es especialmente relevante para determinar el concreto régimen jurídico de estas situaciones. Así, debe recordarse que en empresas de menos de 25 trabajadores el 40% de las indemnizaciones corresponde al FOGASA (art. 33.8 del ET). En las empresas de 50 o más trabajadores, la empresa está obligada a contribuir a la financiación de un convenio especial de seguridad social (art. 51.15 del ET), en los términos previstos en la DA 31.^a LGSS.

Por último hay que realzar que dada la proliferación actual de Expedientes de Regulación de Empleo (ERE), el Real Decreto-ley 2/2009, de 6 de marzo, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la

protección de las personas desempleadas, estableció un conjunto de medidas coyunturales relativas a los ERE. Con el objetivo de garantizar la continuidad del tejido productivo y de los puestos de trabajo se adoptan tres iniciativas relativas a los ERE:

—Reposición del derecho a la prestación por desempleo. Reposición de prestaciones por desempleo en ERE de suspensión de contratos de trabajo, de manera que, cuando a un trabajador se le suspenda el contrato de trabajo o reduzca su jornada como consecuencia de un Expediente de Regulación de Empleo temporal, no sufrirá merma de sus derechos a la prestación por desempleo. El período máximo de reposición de la prestación por extinción será de 120 días y el período máximo de reposición de la prestación por suspensión, en el supuesto en que el trabajador haya agotado la prestación será de noventa días.

—Bonificación en las cuotas empresariales a la Seguridad Social durante situaciones de desempleo derivadas de ERE temporales. Para favorecer la regulación temporal de empleo sobre la extinción de los contratos, se reducen los costes de Seguridad Social en aquellos casos en que los expedientes por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción tengan por objeto garantizar la continuidad de la empresa y de los puestos de trabajo. Cuando una empresa suspenda los contratos o reduzca temporalmente la jornada de trabajo por un ERE temporal, tendrá derecho a una bonificación del 50 por 100 de la cuota empresarial a la Seguridad Social de los trabajadores afectados por el ERE, con un límite máximo de 240 días. Con todo, lo que se trata es de evitar en lo posible las extinciones contractuales por crisis empresariales (despidos colectivos).

- Se mantendrán vigentes los convenios con la Seguridad Social derivados de ERE (artículo 51.9 del ET) para quienes, en ese período, realicen una actividad económica, lo cual hará posible que trabajadores afectados por ERE, compatibilicen esta situación con la realización de actividades que coticen a la Seguridad Social (La Disposición Adicional Trigésimo 1.ª de la LGSS regula el régimen jurídico del Convenio Especial a suscribir en determinados ERE).

- Como complemento de las medidas contempladas en la normativa de urgencia (Real Decreto-ley 2/2009, de 6 de marzo, y específica del RD. 1010/2009, de 19 de junio), el RD. 196/2010, establece ayudas especiales a los trabajadores afectados por determinados expedientes de regulación de empleo (ERE).

5. REFLEXIÓN FINAL SOBRE EL PROCESO DE REFORMA: UN NUEVO MODELO NORMATIVO DE REGULACIÓN DE LOS DESPIDOS COLECTIVOS

En el proceso de reforma se ha sido una oportunidad para enmendar ciertos aspectos disfuncionales que presenta en nuestro país la regulación del despido colectivo. Las reformas recientes importantes en sí han supuesto un cambio cualitativo y radical de “modelo normativo” preexistente (“modelo normativo”, que remite a la configuración jurídica de la estructura y función típica de la institución jurídica del despido colectivo). Especialmente resulta significativo que tras la reforma legislativa se mantenga todavía un modelo de regulación que (aun manteniéndose inequívocamente un sistema de despido causal distinto ya al procedimiento de “despido propuesta”) favorece en la práctica jurídica preferentemente la “expulsión” de trabajadores en los supuestos de crisis y reorganización del sistema productivo.

Es manifiesta la finalidad de flexibilización causal de la institución en el grupo normativo regulador, pero la inseguridad en la aplicación de las causas –aunque parece mitigarse por vía de supresión formal del elemento finalista– seguirá subsistiendo por la existencia de criterios de carácter económico y conceptos jurídicos indeterminados con alto grado de imprecisión, lo que acrecienta en extremo el arbitrio judicial en el enjuiciamiento de los supuestos concretos. Ello se agrava con la introducción de los “despidos preventivos” (mantenidos, en sus propios términos, por la reforma de 2012).

Es criticable que no se haya afrontado una nueva regulación específica del ámbito empresarial de referencia (centro objetivo de imputación normativa) para enjuiciar la concurrencia de la causa, cuestiones como la empresa pluricelular y la interferencia del grupo de empresas (y, en general, las empresas de estructura compleja) siguen quedando a merced de la doctrina jurisprudencial. (Por cierto, esta deficiente regulación contrasta con el avance que ya se ha realizado respecto a la clarificación del lugar de los grupos de empresas a efectos de la negociación colectiva estatutaria; artículos 87 y 88 del ET). En esta materia, deben entenderse aplicable la jurisprudencia que considera que –en la causa económica– la situación ha de afectar a la empresa en su conjunto, sin descender a unidades productivas inferiores como el centro de trabajo [cfr. por todas, SSTS 21 de julio de 2003 (RJ 2003\7165) y 12 de diciembre de 2008 (RJ 2008\256)], mientras que el resto de causas pueden tomar como unidad de referencia un centro de trabajo o una sección autónoma de la empresa [STS 14 de mayo de 1998 (RJ 1998\4650)]. Para los grupos de empresas habrá de entenderse que, cuando se esté verdaderamente ante una unidad empresarial, lo coherente será analizar la causa en el contexto global del grupo [cfr. SSTS 14 de mayo de 1998 (RJ 198 \4650) y 23 de enero de 2007 (RJ 2007\1910)].

Pero también cuando exista conexión decisoria de la causa con la realidad existencial del grupo empresarial. Está la relevancia de una decisión de espacio de mercado del centro de decisión puede determinar pérdidas o incluso insolvencia de una empresa o sociedad perteneciente al grupo. Por otra parte, puede producirse una conexión de causalidad, que el propio Reglamento de regulación de empleo ha considerado ya relevante. En efecto, conforme al art. 6.4 del RD 801/2011, de 10 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos, “cuando la empresa solicitante forme parte de un grupo de empresas, con obligación de formular cuentas consolidadas, deberán acompañarse las cuentas anuales e informe de gestión consolidados de la sociedad dominante del grupo debidamente auditadas, en el caso de empresas obligadas a realizar auditorías, durante el período señalado en el apartado 2, siempre que en el grupo existan empresas que realicen la misma actividad o pertenezcan al mismo sector de actividad y que existan saldos deudores o acreedores de la empresa solicitante con cualquier empresa del grupo. Si no existiera obligación de formular cuentas consolidadas, además de la documentación económica de la empresa solicitante a que se ha hecho referencia, deberán acompañarse las de las demás empresas del grupo debidamente auditadas, en el caso de empresas obligadas a realizar auditorías, siempre que dichas empresas tengan su domicilio social en España, tengan la misma actividad que la solicitante o pertenezcan al mismo sector de actividad y tengan saldos deudores o acreedores con la empresa solicitante”. De este modo, se toma en consideración la realidad de una vinculación interempresarial que muestre elementos de interdependencia relevantes a efectos de la resolución del ERE, y al propio tiempo se aporta, nuevamente (y, paradójica y problemáticamente, por vía reglamentaria), un concepto normativo, funcional y estipulativo, de grupos de empresas a efectos de la ordenación legal de los despidos colectivos.

Es pertinente hacer notar la relevancia del grupo de empresas en el marco de la “recolocación *interna* [por contraposición a la “recolocación externa”] de los trabajadores dentro de la misma empresa o, en su caso, en otra del grupo de empresas del que forma parte”, dentro de las posibles medidas que pueden ser adoptadas en el correspondiente Plan de acompañamiento social encaminadas a evitar o reducir los efectos del expediente de regulación de empleo (el anterior art.9.2 del RD 801/2011; precepto no declarado vigente por la OM ESS/487/2012, de 8 de marzo). Aquí la recolocación interna en el seno del grupo empresarial aparece en una lógica de “flexibilidad negociada” y que cristaliza en el “plan de acompañamiento social”.

Respecto a las causas legitimadoras del despido por necesidades de la empresa, no existe en nuestro ordenamiento jurídico un sistema coherente que conceda preferencia a la adopción previa o “preventiva” de medidas de ca-

rácter novatorio o suspensivo. Las nociones causales son tan etéreas que no permiten discernir cuándo lo procedente es una medida de otro tipo, y desde luego no queda clara conformación de la extinción como medida de *ultima ratio*. En todo caso, no conviene confundir la opción por una posible *ultima ratio* con la distinta idea de un “control de óptimos” por parte de la autoridad administrativa y judicial competente. No obstante, se insiste, en que el modelo normativo actual es de libertad de opciones idóneas, sin que tenga acogida legal el principio o criterio de *ultima ratio* en la jerarquización de las medidas de respuesta empresarial. En este orden de ideas, es preferible continuar en la dirección de política legislativa encaminada a potenciar las medidas de “flexibilidad interna” como alternativa preferible las medidas de “flexibilidad externa o de salida”.

Se ha configurado un supuesto de alteración sobrevenida de circunstancias iuslaboral que va más allá de la categoría de la excesiva onerosidad sobrevenida del Derecho común de la contratación. Por otra parte, se produce también una alteración de la influencia del hecho sobrevenido (no equivalente al previsto) en el nexo causal; que incorpora, como regla, un elemento cierto de actualidad. Para verificar esa alteración basta hacer notar que las “previsiones de futuro” no son hechos sobrevenidos” *en ius strictum*.

Resulta merecedor de crítica, el hecho de que la reforma no afronte un replanteamiento del papel de los servicios públicos de empleo (aunque constituye un avance significativo su intervención en la recolocación de los trabajadores mayores de 50 o más años en empresas con beneficios, conforme a las previsiones de la Disposición adicional decimosexta de la Ley 27/2011, de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, redactada con arreglo a la Disposición final cuarta del RD Ley 3/2012), en una línea de proactivación de las medidas destinadas a paliar sus efectos para los trabajadores que pierden su trabajo a consecuencia de una regulación de empleo, y ayudarles en las situaciones transicionales en el mercado de trabajo que deberán afrontar. Línea pro-activa que es la que mayormente promueve la Directiva comunitaria de referencia. En realidad, lo relevante es la búsqueda de un equilibrio entre el garantismo y la flexibilidad, entre la razón jurídico-social y la razón jurídico-económica; y, asimismo, la resolución de los ERE en un tiempo razonable, a lo cual contribuirá, sin duda, el que se residencia toda la competencia en esta materia de los despidos colectivos en el ámbito del orden social de la Jurisdicción (Reparto competencial cuya disfuncionalidad había puesto de manifiesto el propio Tribunal Supremo, como puede verse en STS de 3 de marzo de 2009, RUD 101/2006). Resulta cada vez más imprescindible una *mayor implicación pro-activa y mediadora de la autoridad pública competente* en la búsqueda de soluciones a los problemas planteados por los despidos colectivos. Esto es precisamente lo

que le preocupa al legislador comunitario, para el cual “la autoridad pública competente aprovechará el plazo señalado en el apartado 1 para *buscar soluciones a los problemas planteados por los despidos colectivos considerados*” (art. 4.2 de la Directiva 98/59/CE, de 20 de julio, del Consejo, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos). Esa implicación preventiva “pro-activa” debería acompañar siempre al *estatuto protector* de los trabajadores afectados en los procesos de reestructuración empresarial. Si esa implicación “pro-activa” se refuerza –evitando la frecuente actitud pasiva de la autoridad administrativa en el procedimiento de despidos–, no habría serios problemas la revisión del modelo legal en el sentido de haber suprimido la exigencia, en todo caso, de la autorización administrativa previa de los despidos, aunque el efecto inmediato va ser una “judicialización” de los despidos colectivos, con lo que ello comporta de incertidumbre provisional sobre validez definitiva (En el Derecho del Trabajo francés se suprimió la autorización administrativa de los despidos por motivos económicos en 1986, aunque disponiendo de un cuadro preventivo/reparador muy amplio de medidas dirigidas a los trabajadores y de intervenciones de apoyo promocional de las autoridades públicas. Pero no se olvide que el ordenamiento jurídico-laboral francés establece también, al propio tiempo, excepciones, señaladamente, los despidos por motivos económicos de un trabajador protegido –representante de los trabajadores– requiere una autorización administrativa previa expedida por la Inspección del Trabajo). Resulta obvio, que la Directiva comunitaria es indiferente –o neutral– respecto a la posible exigencia de autorización administrativa en las legislaciones nacionales, por lo que su revisión total no entra en contradicción con el Derecho Social Comunitario. Pero, como se puede comprender fácilmente, ello exige lógicamente una redefinición del propio modelo de reestructuración de las empresas y de la regulación del empleo en la misma desde un decidido enfoque ofensivo, es decir, positivo, “pro-activo” y de carácter más “preventivo”, superando el actual modelo de orientación más defensiva y reactiva orientado en la práctica generalizada hacia la expulsión masiva de trabajadores como opción sistemáticamente preferente a otras alternativas de reestructuración y regulación de empleo. Este modelo ofensivo y “pro-activo” podría poner a punto nuevas formas innovadoras de flexiseguridad garantista de regulación de empleo, por contraposición a la práctica habitual que muestra el predominio de las formas de flexiseguridad neoliberal, que acaban devaluando (en favor del factor de “flexibilidad” estricta y unilateral) el elemento de “seguridad” de las políticas de reestructuración del empleo en nuestro país (aunque también en otros países europeos del área mediterránea). En la lógica interna de ese enfoque ofensivo (proactivo y preventivo), y no simplemente reactivo, cabe situar, igualmente, la apuesta por la adopción preferente de medidas de flexibilidad interna en lu-

gar de las hasta ahora más frecuentes medidas de flexibilidad externa de salida a través de los despidos por causas empresariales.

Por otra parte, no parece fácil que la reforma consiga evitar la monetización del período de consulta-negociación. La cuestión es compleja, pero las medidas reformistas –a pesar de ciertas indicaciones– no procuran la introducción de cambios en el despido colectivo que potencien la inclusión de planes sociales tendentes a la mejora de la ocupabilidad y el empleo de los trabajadores afectados por la regulación de empleo (con medidas de recolocación, asesoramiento en la búsqueda de empleo, formación y recualificación, etc.). Se podría exigir la elaboración del plan también para empresas de 25 o más trabajadores. La supresión de la garantía legal de elaborar planes sociales en las empresas de más de cincuenta trabajadores agrava esta carencia.

Al respecto, únicamente son de destacar la nueva atribución de funciones a las agencias privadas de colocación al respecto, como es la función de recolocación de los trabajadores que resultaran excedentes en procesos de reestructuración empresarial, cuando aquella hubiera sido establecida o acordada con los trabajadores o sus representantes en los correspondientes planes sociales o programas de recolocación (nuevo apartado 2 del art. 27 Ley 56/2003). Lo que significa reforzar la iniciativa privada en el desarrollo de tales acciones.

En términos de conjunto, es positiva la nueva regulación de la suspensión del contrato de trabajo y la posible reducción de la jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción [Cap. III, arts. 21-24 del RD. 801/2011; La Orden ESS/487/2012, declara vigentes sólo los artículos 21 a 23, con salvedades importantes]. Estas medidas atienden a situaciones transitorias o provisionales, pero también pueden operar como alternativas útiles y viables frente a situaciones de crisis más graves o reestructuraciones permanentes, que pudieran resolverse ante todo con reducciones de jornada y no con despidos. Las suspensiones contractuales y reducciones de jornada han sido objeto de fomento como medidas de flexibilidad interna *negociada* en las recientes reformas laborales (Con manifiesta influencia del modelo alemán de reducción de jornada o *kurzarbeit*). Junto a esas bonificaciones de cuotas empresariales si establecen medidas coyunturales de carácter instrumental de protección contra el desempleo de apoyo, consistentes en la reposición del derecho a la prestación por desempleo (art.210, apartados 2 y 3 de la LGSS).

El art. 47 del ET regula la “Suspensión del contrato o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor” (en la redacción dada por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre; cfr., a efectos de la protección por desempleo, los arts. 203, apartados 2 y 3, 208.1.3, 210.5, y 211.4 de la LGSS) (La Orden ESS/487/2012, declara vigentes los artículos 25, 26 y 27, sobre suspensión y extinción de relaciones de trabajo y reducción de jornada por fuerza mayor, y el art. 28, sobre extinción de rela-

ciones de trabajo por desaparición de la personalidad jurídica del contratante). Las reducciones de jornada en el marco de las reestructuraciones empresariales gozan de medidas de apoyo público, consistentes en bonificaciones en la cotización empresarial a la Seguridad Social en los supuestos de regulaciones de empleo temporales (art. 1 de la Ley 27/2009, de 30 de diciembre, modificada por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre).

Persisten, en una perspectiva más específica, insuficiencias en el diseño del modelo de regulación de los despidos colectivos (y más ampliamente de las reestructuraciones empresariales). Se debería consolidar en la política jurídica un cuadro integrado de medidas de reestructuración y tratamiento de las situaciones de crisis empresarial, dentro de una perspectiva “ofensiva” (y desde una lógica de implicación) centrada en un enfoque *previsor y proactivo* como procedimiento de anticipación a los cambios cualitativos en curso.

En ese sentido se debería realizar una previsión y medición de las consecuencias sociales de la reestructuración y el saneamiento, lo cual incorpora la idea fuerza de la programación. El enfoque preventivo y anticipador es realizado en Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas, “Reestructuraciones y Empleo. Anticipar y Acompañar las reestructuraciones para desarrollar el empleo: El papel de la Unión Europea”, Bruselas, 31.3.2005 COM(2005) 120 final, donde se insiste en la anticipación y la gestión del cambio y del fenómeno de las reestructuraciones que refleja en la empresa la recomposición permanente del tejido productivo por efecto de una multitud de factores.

La “normalización” de las operaciones de reestructuración permanente exige la adopción de una estrategia institucional ofensiva, que supone la apuesta por la flexiseguridad garantista negociada (en la lógica del garantismo colectivo) “proactiva”, previsor y de anticipación a los cambios en la línea análoga defendida en la Directiva comunitaria 98/59/CE y en la Comunicación de la Comisión Europea, “Reestructuración y empleo. Anticipar y acompañar las reestructuraciones para desarrollar el empleo: el papel de la Unión Europea” (Bruselas, 31.3.2005 COM(2005) 120 final. Para ello es preciso adoptar un enfoque global, estructural y no meramente coyuntural de las reestructuraciones.