

DL

EL NUEVO MODELO NORMATIVO DE DESPIDO COLECTIVO IMPLANTADO POR LA LEY DE REFORMA LABORAL DE 2012¹

José Luis Goñi Sein*
Universidad Pública de Navarra

SUMARIO: –I. LAS CLAVES DE LA REFORMA LABORAL DE 2012 EN MATERIA DE DESPIDO. –II. LA VOCACIÓN TRANSFORMADORA DEL AJUSTE DEL EMPLEO POR MEDIDAS FLEXIBILIZADORAS INTERNAS. –III. LA ELIMINACIÓN DE TRABAS AL DESPIDO COLECTIVO. –IV. NUEVA CONFIGURACIÓN DE LAS CAUSAS EMPRESARIALES DE DESPIDO COLECTIVO. –V. EL MARGEN DE CONTROL JUDICIAL: CRITERIOS DE PONDERACIÓN. –VI. FIN DEL CONTROL ADMINISTRATIVO Y ASIGNACIÓN DE UN NUEVO PAPEL A LA AUTORIDAD LABORAL. –VII. EL PROCEDIMIENTO DE DESPIDO COLECTIVO: APERTURA DEL PERIODO DE CONSULTAS CON LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES Y COMUNICACIÓN A LA AUTORIDAD LABORAL: A) Iniciación del procedimiento: comunicación a los representantes de los trabajadores y deberes de información; B) Comunicación a la autoridad laboral; C) Periodo de consultas; D) Finalización del procedimiento. –VIII. LA COMUNICACIÓN INDIVIDUAL DEL DESPIDO COLECTIVO POR LA VIA DEL ART. 53, 1 ET. –IX. IMPUGNACIÓN DE LA DECISIÓN DE DESPIDO COLECTIVO: A) La impugnación por la autoridad laboral; B) La Impugnación colectiva de la decisión de despido colectivo ex art. 124 LJS. –X. IMPUGNACIÓN INDIVIDUAL DE LA DECISIÓN EMPRESARIAL DE DESPIDO. –XI. REGLAS DE RELACIÓN ENTRE LA IMPUGNACIÓN COLECTIVA Y LA IMPUGNACIÓN INDIVIDUAL

RESUMEN

La Reforma Laboral -auspiciada por el RD-Ley 3/2012 y completada por la Ley 3/2012- nace con una doble vocación transformadora en materia de despido: por una parte, otorgar a las empresas una mayor capacidad de flexibilidad interna como alternativa a la destrucción del empleo y, por otra, recuperar el cauce más racional de la extinción por causas empresariales, eliminando ciertas trabas y dificultades, muy señaladamente, la autorización administrativa. En esa clave se mueve el presente trabajo, que trata de hacer, por lo pronto, una breve reflexión sobre efectos taumátúrgicos de las medidas de flexibilidad interna, y de acometer, después, un amplio análisis sobre los elementos configuradores del nuevo modelo de despido colectivo, en particular, el régimen causal y el margen de control judicial, así como los cauces de impugnación judicial del despido colectivo, efectuando un primer balance sobre los previsibles efectos de las previsiones incorporadas.

¹ El presente texto reproduce con algunas actualizaciones derivadas de la aprobación por Ley 3/2012, de 6 de julio, de la versión definitiva de la Reforma laboral, la Ponencia presentada por el autor en la Jornada sobre “Reforma Laboral de 2012”, organizada por la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social el día 7 de junio de 2012 en el Instituto Ortega-Marañón de Madrid.

* Catedrático de Derecho del Trabajo

I. LAS CLAVES DE LA REFORMA LABORAL DE 2012 EN MATERIA DE DESPIDO

Con relación al despido por causas empresariales, la Reforma laboral de 2012 emprendida por el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral y completada por la Ley 3/2012, de 6 de julio (BOE 7-julio), trata de erradicar algunas disfunciones importantes detectadas en el funcionamiento del mercado de trabajo, tanto por falta de un nivel óptimo de flexibilidad interna, como por las dificultades de acceso al despido por causas económicas.

El recurso al despido disciplinario o despido exprés se había convertido en la vía normal de reorganización y reestructuración de la empresa, y al mismo tiempo en el cauce de extinción más utilizado para ajustar el volumen de empleo a los graves problemas económicos de la empresa, lo que no dejaba de ser un comportamiento ciertamente anómalo.

Dicho régimen jurídico se revelaba, así, opuesto a un sistema de flexibilidad interna porque era más rápido y sencillo recurrir al despido exprés que acometer la reestructuración de las condiciones de trabajo, y al mismo tiempo contrario al régimen natural del despido objetivo porque el despido exprés resultaba mucho más operativo que el despido objetivo por la dificultad de la prueba de la causa empresarial y por la inseguridad que suscitaba el control judicial.

Ello explica –como observa la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012– que las empresas “se decantaran a menudo por el reconocimiento de la improcedencia del despido, evitando un proceso judicial sobre el que no se tenía demasiada confianza en cuanto a las posibilidades de conseguir la procedencia del despido”

Todo lo cual estaba contribuyendo, a la postre, a desnaturalizar, en parte, el régimen del despido disciplinario y, por otra, a encarecer notablemente el coste del despido por causas empresariales porque suponía aplicar los costes del despido injusto a una causa legítima de extinción.

Así las cosas, un propósito declarado de la Reforma laboral es revertir este estado de cosas, introduciendo innovaciones tanto en materia de flexibilidad interna, presentándolo como alternativa a la destrucción de empleo, como en materia de extinción, cuando se trata de acometer extinciones económicas, recuperando el cauce de extinción –económicamente más racional– del despido colectivo.

En materia de despido, la Reforma persigue, así, dos grandes objetivos:

- 1) por un lado, el otorgamiento a las empresas de una mayor capacidad para adaptarse más fácilmente a las circunstancias económicas que sobrevengan (oscilaciones de la demanda, ineficiencias, etc.) y evitar así el ajuste de empleo (despido).
- 2) por otro, la eliminación de las trabas y dificultades “respecto de la posibilidad de acometer extinciones económicas con costes, en términos de tiempo y económicos, razonables” (E.M.)

II. LA VOCACIÓN TRANSFORMADORA DEL AJUSTE DEL EMPLEO POR MEDIDAS FLEXIBILIZADORAS INTERNAS

Antes de poner al descubierto las innovaciones más significativas del nuevo diseño normativo del despido colectivo, que es el objeto de la Ponencia, es decir, antes de entrar en un análisis de las líneas más significativas de la reforma –básicamente el régimen causal, el procedimiento y el tratamiento procesal–, es preciso hacer una breve consideración sobre la primera de las dos ideas de reversión que pretende acometer la reforma.

Toda la filosofía de la reforma se basa –como se ha señalado– en un intento de reducir “el ajuste por el empleo” vía despidos, a través de las medidas flexibilizadoras internas, según dice el Preámbulo de la Ley.

La reversión del “vicioso patrón del ajuste empresarial”, esto es, la sustitución del recurso directo al despido por la flexibilidad en la gestión de la mano de obra, es una idea que aparece insistentemente en la E. M.

Para lo cual la Reforma ha puesto a disposición del empresario una panoplia de medidas flexibilizadoras internas; a saber:

- un nuevo sistema de clasificación profesional con mayor posibilidad de movilidad funcional libre y sin causa, al establecer el grupo profesional como única referencia del sistema de clasificación profesional, en detrimento de la noción de categoría profesional que desaparece (arts. 22 y 39ET).
- un reconocimiento de la facultad unilateral del empresario de distribución irregular de la jornada para que pueda disponer libremente a lo largo del año hasta el 10% de la jornada de trabajo (art. 34.2 ET).
- una mayor posibilidad de traslado o de movilidad geográfica al conectar las causas empresariales directamente con la “competitividad, productividad u organización técnica del trabajo”, eliminando la posibilidad de paralización de la efectividad del traslado hasta 6 meses por la autoridad administrativa (art. 39).
- una simplificación del procedimiento de modificación sustancial de las condiciones de trabajo y ampliación del listado de materias susceptibles de cambio, incluyendo la cuantía salarial, sistema de trabajo y rendimiento y de funciones (art. 41ET).
- una mayor facilidad de suspensión de contrato y de reducción de jornada por causas empresariales, al suprimirse la autorización administrativa y al objetivar las causas (art. 47 ET).
- y una mayor posibilidad de inaplicación de las condiciones de trabajo recogidas en convenio colectivo o de descuelgue de los convenios de sector o de empresa, mediante acuerdo de empresa (art. 82.3 ET).

El ejecutivo ha pretendido dotar, así, a las empresas de gran libertad de novación o de cambio de las condiciones de trabajo para que las empresas con problemas no acudan a un despido improcedente; dicho de otra manera, ha tratado de favorecer la flexibilidad para conservar el bien por antonomasia que es el empleo.

Pero, ¿cuánto hay de voluntad transformadora en el modelo normativo de flexibilidad propuesto por el legislador?

En realidad, poco o nada, porque esta perspectiva resulta bastante desmentida ante la ausencia de elementos de conexión entre las medidas de flexibilidad y la conservación del empleo. No existe en la Reforma de 2012 la evidencia de una vinculación de las medidas de flexibilidad a una concreta garantía de empleo. Estamos, más bien, ante un modelo totalmente abierto. Un modelo a la carta donde cada cual puede servirse lo que quiera. No existe una concatenación, una ordenación o escalonamiento entre las medidas en función de los perjuicios que cada medida conlleva para la estabilidad en el empleo o para los intereses de los trabajadores.

Todas las medidas de flexibilidad interna se formulan de manera igualitaria y abierta para el empresario. Éste puede disponer libremente de ellas sin someterse a un orden secuencial entre ellas, acudiendo al ajuste de empleo o al despido sin necesidad de pasar por otras medidas o instituciones menos traumáticas.

El despido por causas empresariales no está concebido como un recurso subsidiario, al que solo se pueda acudir cuando se han intentado otras medidas que han resultado infructuosas para el saneamiento de la empresa o la mejora de la eficiencia o de la competitividad; al contrario, nada impide al empresario acudir directamente o per saltum al despido.

Por tanto, no queda garantizada la vocación transformadora de la norma en cuanto a la reversión del ajuste del empleo por medidas internas más flexibles, al no establecerse elementos de ligazón que obliguen a acudir a alternativas menos traumáticas que la destrucción del empleo².

No obstante, parece que esta importante liberalización en la gestión de los recursos humanos está dando algún fruto positivo, pues la Reforma ha elevado el número de procedimientos de regulación de empleo (antiguos ERE) alternativos al despido. Las medidas colectivas de suspensión de los contratos de trabajo o de reducción de jornada han aumentado, disminuyendo comparativamente los despidos colectivos.

De acuerdo con el Boletín de Estadísticas Laborales del Ministerio de Empleo, entre enero y junio del presente año 2012, se han realizado 16.801 regulaciones de empleo; de los cuales 2527 fueron de extinción de la relación laboral (32,51% más respecto del mismo periodo de año anterior, 2011), 7856 de suspensión (74,50% más) y 6409 de reducción (89,55% más). El incremento de procedimientos alternativos a la extinción está siendo superior al incremento de los despidos colectivos, respecto del mismo periodo de 2011.

¿Podemos decir –como algunas voces han señalado– que “estamos asistiendo a un cambio de mentalidad en el empresariado español que opta por vías menos traumáticas de reestructuración empresarial”?

Es muy aventurado todavía afirmarlo porque los procedimientos de extinción no han parado de crecer. Durante todo este tiempo se ha seguido destruyendo empleo, tanto por vía de despidos colectivos como a través de despidos objetivos individuales, con incrementos muy notables con respecto al mismo periodo del año anterior.

De momento, la completa libertad otorgada a las empresas para elegir entre medidas flexibilizadoras internas o externas, sin introducir un principio de coordinación o de jerarquía entre ellas, solo está sirviendo para contener un poco la enorme escalada de incremento de los procedimientos de extinción.

III. LA ELIMINACIÓN DE TRABAS AL DESPIDO COLECTIVO

La segunda línea de actuación de la Reforma en materia de despido se concreta – como he anticipado– en la eliminación de las trabas y dificultades “respecto de la posibilidad de acometer extinciones económicas con costes, en términos de tiempo y económicos, razonables”.

A juicio del Gobierno, el régimen jurídico del despido colectivo, con la exigencia de un expediente administrativo y posibles impugnaciones administrativas y judiciales, se mostraba como una vía “contraria a la celeridad que es especialmente necesaria cuando se trata de acometer reestructuraciones empresariales”. La exigencia de la autorización administrativa resultaba un elemento disfuncional, en cuanto que obligaba a las empresas a llegar a acuerdos con los representantes de los trabajadores para asegurarse la autorización por parte de la autoridad laboral; lo que se conseguía muchas veces a costa de satisfacer indemnizaciones superiores a las legalmente previstas para este tipo de despido (E. M.).

Asimismo, se juzgaba de forma negativa el comportamiento de los despidos objetivos por causas empresariales, pues, según la E. M., “ha venido caracterizándose por una ambivalente doctrina judicial y jurisprudencia sobre los despidos objetivos, en la que ha primado muchas

² Uno de los pocos instrumentos incentivos de la flexibilidad interna frente a la externa del despido previstos en la Reforma Laboral es el de la reposición de las prestaciones de desempleo cuando los trabajadores hubieran percibido el desempleo total o parcial en virtud de ajustes temporales de empleo (suspensiones de contrato o reducciones de jornada) (art. 16 Ley 3/2012).

veces una concepción meramente defensiva de estos despidos, soslayando otras funciones que está destinado a cumplir este despido como cauce para ajustar el volumen de empleo a los cambios técnico-organizativos operados por la empresa". Lo que ha hecho que las empresas tendiesen a "decantarse por el reconocimiento de la improcedencia del despido, evitando el proceso judicial sobre el que no se tenía demasiada confianza en cuanto a las posibilidades de conseguir la procedencia del despido".

Sobre la base de este diagnóstico, la Reforma laboral de 2012 ha configurado un nuevo modelo de régimen jurídico de despido colectivo, más flexible y expeditivo, centrado en el interés del empresario, y articulado sobre un conjunto de medidas que tienden a facilitar el ajuste de plantilla "con costes, en términos de tiempo y económicos, razonables".

El nuevo modelo de despido colectivo se construye fundamentalmente sobre cuatro innovaciones básicas. La nueva regulación redefine, en primer lugar, el régimen causal, del que se eliminan las referencias que incorporaban proyecciones de futuro y las valoraciones finalistas de los despidos. En segundo lugar, intenta acotar el margen de enjuiciamiento judicial, circunscribiendo el control judicial de los despidos a la verificación de la concurrencia de los hechos, tratando, así, de evitar los elementos de incertidumbre. En tercer lugar, la nueva Ley procede a suprimir la necesidad de la autorización administrativa, como factor de dilatación del proceso extintivo y de incremento de los costes indemnizatorios, manteniendo, no obstante, la exigencia del periodo de consultas, si bien sin exigir un acuerdo con los representantes de los trabajadores. Y por último, la ley establece un sistema de ejecución del despido en dos fases, sometiendo la decisión empresarial en ambos casos a un posterior control judicial de legalidad.

Es de significar que las innovaciones en el terreno de la justificación de los despidos colectivos y el control judicial sobre la concurrencia de los hechos resultan de aplicación igualmente a los despidos por causas objetivas ex artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores. Ambos comparten una común causa, ya que el artículo 52.c) ET se reenvía a la definición contenida en el artículo 51 ET y, ahora, tras la desaparición de la exigencia de la autorización administrativa en los despidos colectivos, ambos quedan sometidos al control judicial. Se aprecia, por tanto, un elemento de ruptura importante con el modelo normativo anterior de despido por causas empresariales, en la medida en que tanto el despido colectivo (ex art. 51 ET) como el despido individual o plural objetivo [ex art. 52.c) ET], quedan sujetos al control judicial, eliminándose toda posibilidad de discrecionalidad administrativa.

El factor diferencial reside en el umbral numérico de trabajadores afectados, que determina la aplicación de un régimen jurídico u otro. Se aplica la disciplina del despido colectivo (art. 51 ET) y la consiguiente apertura del periodo de consultas con los representantes de los trabajadores y la comunicación de dicha apertura a la autoridad laboral, cuando, en un periodo de noventa días, la extinción afecte al menos a: 1) diez trabajadores en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores, 2) el 10 por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores, 3) Treinta trabajadores en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores. Cuando no se alcanza alguno de los referidos umbrales, los despidos deberán efectuarse de acuerdo con el art. 52.c) ET, mediante comunicación individual a cada uno de los trabajadores sin que resulte necesario realizar consultas con los representantes de los trabajadores, ni comunicar la decisión extintiva a la autoridad laboral.

IV. NUEVA CONFIGURACIÓN DE LAS CAUSAS EMPRESARIALES DE DESPIDO COLECTIVO

Una de las principales claves de la reforma en materia de despido colectivo reside en la nueva configuración de las causas empresariales de justificación y, en particular, en la atención prestada a la eliminación de los elementos de incertidumbre.

En casi todas las medidas flexibilizadoras adoptadas, se exige la concurrencia de alguna causa económica, organizativa, técnica o productiva; éste es un elemento transversal, que se

aplica a las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, movilidad geográfica, des-cuelgue de convenio colectivo, suspensión del contrato, reducción de jornada, o el despido, aunque la definición no es exactamente la misma en todos los casos³.

Pero, en el texto de la Ley 35/2010, además de la acreditación de la concurrencia de alguna de las causas señaladas, se requería en varios supuestos la justificación de la finalidad. Antes de la Reforma laboral de 2012, el empresario tenía, por tanto, que justificar la razonabilidad de la decisión extintiva en orden a la finalidad.

La justificación de las finalidades resultaba, en opinión del legislador, un elemento de incertidumbre judicial. El uso de expresiones como “preservar o favorecer la posición competitiva en el mercado” o “prevenir una evolución negativa de la empresa o mejorar la situación”, incorporaba proyecciones de futuro, de imposible prueba, y una valoración finalista de estos despidos, que provocaba un resultado negativo en los tribunales. Ello explicaba que muchos empresarios dejaran de acudir a esta vía de extinción.

La Reforma laboral de 2012 ha venido a aligerar las exigencias causales y finalistas para el ejercicio por el empresario de su poder de novación, reducción, suspensión o extinción del contrato; en otras palabras, ha venido a desactivar el miedo empresarial a la judicialización, a hacer frente a la práctica perversa por la que los empresarios acababan recurriendo al despido rápido o exprés y muy caro, para soslayar las dificultades de prueba de las posibles causas empresariales.

Y ¿cómo lo ha hecho? En el caso de los despidos por causas empresariales, incidiendo sobre los dos elementos configuradores del despido colectivo y objetivo; a saber: A) la causa o factor desencadenante y B) la finalidad o “conexión de funcionalidad”

A) Por lo que se refiere al hecho causal, la Reforma de 2012 viene a flexibilizar y facilitar la justificación del hecho causal, introduciendo varias y significativas innovaciones, que afectan a la extinción por causas económicas:

En primer lugar, el nuevo art. 51 ET⁴ incorpora, sobre la base del entendimiento causal de la Ley 35/2010⁵, un nuevo supuesto ejemplificativo de despido por causas económicas, el relativo a la disminución persistente del nivel de ventas, que se añade al ya previsto de disminución persistente de nivel de ingresos ordinarios y al despido preventivo.

³ En el supuesto de suspensión del contrato o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas, o de producción, el art. 47 del ET, en la versión del RDL 3/2012, no contenía definición alguna de las referidas causas; había un sorprendente vacío, debido muy probablemente a un lapsus del Ejecutivo. Esta laguna, que no podía ser integrada por vía reglamentaria, se ha cubierto ahora en la Ley 3/2012, de 6 de julio, incorporando una definición similar a la del art. 51.1 ET para el despido colectivo, con una pequeña diferencia respecto del entendimiento de la disminución persistente de ingresos y ventas, pues se considera que concurre cuando la disminución se produce durante dos trimestres consecutivos, en lugar de los tres trimestres consecutivos exigidos para el despido colectivo.

⁴ Artículo 51.1 ET (Ley 3/2012): “Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior.

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 o en el modo de organizar la producción y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado”.

⁵ Vid. GOÑI SEIN, J. L.: “El régimen causal de los despidos económicos y del ‘despido exprés’ tras la Ley 35/2010, de reforma laboral”, *Relaciones Laborales*, nº 14, 2011, págs. 13 y ss.

En segundo lugar, concreta cuándo el descenso de ingresos o ventas puede considerarse suficiente como para recurrir al despido económico. Conforme a la nueva definición, “en todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior”

En tercer lugar, prescinde de la regla de afectación de la medida extintiva. Desaparece, así, la regla objetiva final del concepto de causa económica del art. 51.1 ET, que obligaba a acreditar que la situación económica negativa de la empresa fuera a “afectar a su viabilidad o capacidad de mantener el volumen de empleo”, con lo que ya no se exige una situación adversa para la empresa o el mantenimiento del empleo para legitimar el despido colectivo.

Las causas económicas son ahora algo más amplias y permisivas que antes. Junto al supuesto típico de despido por pérdidas actuales (redactado, como antes, sin concretar el número de ejercicios o meses completos necesarios para invocar dicha causa), el supuesto de despido por pérdidas previstas (despido meramente preventivo basado en pérdidas no ya actuales sino hipotéticas, supuesto causal que plantea un problema de prueba al depender de un suceso futuro de incierta producción, difícilmente conciliable con la fiabilidad y el rigor contables exigidos) y el supuesto de disminución persistente del nivel de ingresos, se menciona ahora como un nuevo caso de situación económica negativa, la posibilidad de despido por disminución persistente de ventas, reconociendo un mayor margen de discrecionalidad al empresario para recurrir al despido por causas empresariales.

La definición de las causas económicas no queda circunscrita a una situación sobrevenida de pérdidas actuales o previstas y de disminución de ingresos, sino que se proyecta también sobre las fluctuaciones comerciales del producto en el mercado en la medida en que la Reforma de 2012 integra también el supuesto de disminución persistente del volumen de ventas, que no tiene por qué traducirse necesariamente en una disminución de pérdidas, aunque sea lo normal, abarcando la mayor parte de supuestos de situación económica negativa que surjan en la realidad.

Ciertamente, tal ampliación de la causa económica puede ser criticable por diversos motivos: por una parte, porque se trata, más bien, de un supuesto de causa productiva, relacionada con los cambios en la demanda de productos o servicios en el mercado, creando una notable confusión entre la causa económica y la productiva. Pero y sobre todo, porque el nuevo fundamento causal (disminución del volumen de ingresos o ventas) se presta a la comisión de abusos. A nadie se le escapa que una dificultad coyuntural o transitoria, un descenso de los ingresos o de ventas aun prolongado, es un dato manejable a conveniencia; el descenso puede hacerse coincidir con el peor periodo de actividad económica de la empresa. Aparte no se valora la posible entidad de disminución de los ingresos o del volumen de ventas, poniendo el acento exclusivamente en la disminución. No está claro si cualquier disminución de ventas o ingresos por muy insignificante que sea, justifica el despido colectivo; así, por ejemplo, el descenso en los ingresos de un solo euro durante tres trimestres consecutivos.

No obstante, el legislador ha querido poner ciertos límites a un uso abusivo: por un lado, cifra en tres trimestres consecutivos el carácter persistente de la disminución de ingresos ordinarios y de ventas, lo que aporta cierta seguridad jurídica, aunque no mucha, porque, en realidad, de la formulación no se deduce que sea necesaria, en todo caso, la concurrencia de tres trimestres consecutivos para entender que existe la disminución persistente habilitante del despido colectivo, pues se limita a señalar que “en todo caso” será persistente “si se produce durante tres trimestres consecutivos”, lo que no excluye que incluso con menos tiempo se pueda alegar dicha causa⁶. Por otro lado, en la revisión de la formulación llevada a cabo en vía parlamentaria se ha establecido que en los supuestos de disminución persistente el término compa-

⁶ APARICIO TOVAR, J.: “Las causas del despido basadas en necesidades de funcionamiento de la empresa”, *Revista de Derecho Social*, nº 57, 2012, pág. 158.

rativo sea siempre el mismo periodo de referencia del año anterior con lo que se evitan en parte, algunas posibles manipulaciones sobre el mantenimiento del volumen de ventas.

Ello al margen, la supresión de la prueba de la afectación de la situación negativa de la empresa a la viabilidad del proyecto empresarial o al mantenimiento del volumen de empleo exigido por la anterior formulación legal –tercera de las novedades de la Reforma en materia de definición causal del despido económico–, contribuye a favorecer la discrecionalidad del empresario en la extinción de los contratos. El empresario ya no está obligado a proyectar la medida extintiva sobre las previsiones futuras de la empresa, un factor de difícil prueba. La causa económica debe ser valorada por sí sola, sin llevar a cabo ponderación alguna acerca de la conexión de la situación económica de la empresa con su viabilidad o el mantenimiento de empleo, aspecto más bien de gestión de la empresa, que el legislador pretende reservar al exclusivo ámbito de decisión empresarial.

En cualquier caso, y con independencia de la redacción tan amplia de los supuestos de despido económico, lo cierto es que la Ley 3/2012 obliga a poner siempre en relación dichos supuestos con el enunciado general que se ofrece en el encabezamiento del párrafo segundo del apartado 1 del art. 51 ET. Todas las situaciones anteriores, previstas con carácter enunciativo y no exhaustivo, tienen como premisa básica e insoslayable que solo cuando “de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa” concurrirán dichas causas.

Así, si la situación económica negativa es la verdadera causa de extinción parece que viene a contradecir aquellas voces que mantienen que el despido por la causa económica opera incluso en supuestos de beneficios o de gestión ordinaria de la empresa⁷.

Por tanto, solo tendrán acomodo en la previsión legal (art. 51.1 ET) aquellas situaciones que cumplan la referida premisa. La legitimidad de la medida extintiva dependerá estrictamente de que concurra una desfavorable situación económica sobrevenida, lo que remite de alguna manera a situaciones patológicas (crisis económica o empresarial), con independencia de que sean actuales o de futuro, definitivas o temporales, o más o menos extraordinarias.

Aunque se permite el despido por disminución de ingresos o de ventas, hay que seguir relacionándolo con una situación provisional o definitiva de desequilibrio financiero o mala evolución de los beneficios. La causa en los supuestos de disminución persistente de ventas o de ingresos ordinarios se tiene que reflejar en una mala situación contable o financiera de la empresa.

Y no basta con cualquier disminución, sino que ha de tratarse de una reducción significativa, una disminución objetiva, real y cuantiosa en los tres periodos consecutivos, que afecte a la situación económica de la empresa. La disminución de ingresos o de ventas, para incidir negativamente en el resultado económico, ha de tener una entidad suficiente.

Cuestión distinta es que la situación negativa por disminución de ingresos o de ventas se traduzca, además, en una situación de pérdidas, lo que no se requiere para proceder al despido colectivo. Parece que subsiste en el legislador la idea de que deben permitirse los ajustes de plantilla aunque la disminución persistente de ingresos o de ventas no se haya actualizado o traducido definitivamente en pérdidas.

⁷ MONEREO PÉREZ, J. L.: “El régimen jurídico de los despido colectivos después de la Reforma de 2012”, *Temas Laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social* (Monográfico sobre la Reforma Laboral de 2012), n^o 115/ 2012, pág.318: “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 tiene por qué cuestionar lo equilibrios económicos de la empresa, ni por supuesto su viabilidad o su supervivencia, pues la norma ex art. 51.1 ET no lo exige”

En cuanto a las restantes causas de despido colectivo y objetivo (técnicas, organizativas o de producción), la Reforma Laboral de 2012 mantiene la configuración de las causas adoptada por la Ley 35/2010⁸, en unos términos extraordinariamente vagos e imprecisos. El legislador autoriza la extinción por alguna de las referidas causas cuando se produzcan cambios, respectivamente, en los medios o instrumentos de producción, en los sistemas y métodos de trabajo del personal o en la organización productiva, y en la demanda de los productos o servicios en el mercado.

Parece, *a priori*, que el único requisito exigido es que el despido de los trabajadores venga precedido por cambios en alguno de los ámbitos referidos, sin exigir, aparentemente al menos, la concurrencia de ningún otro requisito de justificación. Las causas empresariales son, así, susceptibles de encajar cualquier decisión empresarial, tanto las patológicas (crisis económica o empresarial), como las basadas en situaciones puramente fisiológicas (mejora de la competitividad, productividad).

Más que de causas empresariales en sentido técnico y riguroso, realmente cabe decir que estamos ante meras invocaciones de motivaciones genéricas que pueden esconder de todo, permitiendo la más absoluta discrecionalidad del empresario. Sin más limitaciones establecidas que la existencia de unos cambios, bien podría deducirse que el legislador autoriza la extinción por alguna de estas causas no ya como medio para conseguir una mayor eficacia organizativa, sino para lograr un incremento del beneficio empresarial.

La posición que tradicionalmente ha mantenido el Tribunal Supremo es bastante divergente a ésta. En los supuestos de extinción basadas en causas organizativas o productivas, el Alto Tribunal venía exigiendo, al amparo del art. 52.c) ET (versión anterior a la Reforma laboral de 2010) la existencia de “dificultades de funcionamiento”; es decir, justificaba la invocación de esta causa solo cuando había problemas de gestión o pérdida de eficiencia, escasa productividad, retraso tecnológico respecto de los competidores, pérdida de cuota de mercado, etc. (STS 31-5-2006)

Ahora, ya no se requiere la concurrencia de dificultades preexistentes; se puede adoptar la decisión extintiva sin acreditar ningún problema de gestión o pérdida de eficiencia. La ausencia de toda referencia a problemas o defectos de funcionamiento permite llegar a la conclusión de que el cambio es por sí mismo suficiente para legitimar un despido por causas empresariales.

En principio, pues, bastaría con acreditar el cambio en los medios o instrumentos de producción o en los sistemas y métodos de trabajo personal, o en los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado, para que empresario pueda legítimamente adoptar la decisión extintiva, lo que abre el camino a cualquier medida simplemente conveniente o arbitraria.

Sin embargo, esa interpretación tan laxa es dudosa que sea jurídicamente admisible, a la vista del propio carácter causal del despido colectivo. No parece que el cambio por sí solo sea suficiente para la justificación, pues en tal caso la propia exigencia de la causa dejaría de tener un objeto real y quedaría vacía de contenido. Se impone, pues, un juicio de ponderación con criterios de razonabilidad de la decisión adoptada según las circunstancias concurrentes, como tendré ocasión de precisarlo más adelante.

⁸ Art. 51.1 Ley 3/2012: “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 o en el modo de organizar la producción y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado”

B) Con todo, el elemento central de la Reforma en materia causal radica, no ya en la amplísima definición de las causas, sino en el cambio importante respecto a la conexión de funcionalidad, esto es, el cambio en orden a justificar la utilidad para lograr los objetivos.

Se ha suprimido la exigencia de conexión funcional o de relación de causa a efecto entre la aplicación de medidas propuestas y la extinción. Para la procedencia de los despidos ya no se necesita que las causas económicas estén relacionadas con la viabilidad de la empresa, ni el empresario tenga que acreditar “la razonabilidad de su decisión para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado”, o que en el caso de las restantes causas tenga que acreditar que la medida extintiva contribuye a “prevenir una evolución negativa de la empresa o mejorar la situación de la misma a través de una más adecuada organización de los recursos”, tal y como se exigía en la versión precedente del art. 51 ET. El requisito finalista ha desaparecido por completo.

El despido colectivo y en general el conjunto de medidas novatorias, suspensivas, de reducción de jornadas y extintivas, no están condicionadas –al menos formalmente– por el elemento esencial de la “razonabilidad” en los términos en que venía siendo exigida, no debiendo tomarse en consideración la contribución de la medida extintiva al cumplimiento de aquellas premisas finalistas.

La ausencia de toda referencia a las proyecciones de futuro, que, según el legislador, “venía introduciendo elementos de incertidumbre” (E. M.), es sin duda la gran novedad en el terreno de la justificación de estas causas económicas técnicas, organizativas o de producción. El legislador ha querido suprimir estas referencias porque resultaban de imposible prueba e implicaban una valoración finalista de los despidos que no correspondía realizar a los jueces.

En consecuencia, la empresa está legitimada para instar la extinción de los contratos con cualquier fin –incluso con el solo fin de mejorar su posición competitiva en el mercado, e independientemente de que se vislumbre peligro alguno para la viabilidad de la empresa y del empleo– y sin necesidad de justificar la funcionalidad de la medida.

Esta objetivación de la causa justificativa, unida a la eliminación de la autorización administrativa en las suspensiones o despidos colectivos, deja prácticamente al libre albedrío del empresario la decisión extintiva fundada en causas técnica, organizativas o de producción, y abre numerosos interrogantes sobre el alcance del posible control judicial de sus decisiones empresariales.

V. EL MARGEN DE CONTROL JUDICIAL: CRITERIOS DE PONDERACIÓN

El propósito del legislador es limitar el control judicial de estos despidos, evitar que el juez tenga que entrar en la valoración de la eficacia en sí de la medida, porque se parte de un juicio bastante crítico de la actuación de los jueces y tribunales en los procesos de despido objetivos. Se les acusa de haber estado propiciando interpretaciones poco favorables a las decisiones extintivas empresariales y de realizar juicios valorativos de la medida extintiva que corresponden al ámbito de gestión empresarial.

En el preámbulo de la Ley 3/2012, se hace una crítica bastante dura e injusta del papel desempeñado por los jueces, al afirmar que han venido “realizando en numerosas ocasiones, juicios de oportunidad relativos a la gestión de la empresa”. Estos juicios de oportunidad eran algo que difícilmente podían obviarlos, pues, estando obligados a hacer un juicio de finalidad en orden a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo, que condicionaba la validez de la medida extintiva, resultaba inexcusable realizar proyecciones de futuro acerca de la adecuación de la medida extintiva a las finalidades legales.

Es evidente que la nueva construcción legal quiere evitar ahora todo tipo de juicio de razonabilidad basado en la especulación. Al eliminar la vinculación finalista de la medida de despido

colectivo, se pretende limitar el margen de maniobra interpretativo que tenían antes los jueces para valorar la adecuación del despido económico o de otro tipo a la consecución de alguna de las finalidades establecidas, como contribuir a prevenir la evolución negativa de la empresa, mejorar su situación, favorecer la posición competitiva en el mercado o dar una mejor respuesta a las exigencias de la demanda.

Con las innovaciones introducidas en el terreno de la justificación de estos despidos, se busca reducir el alcance material y efectivo del control judicial. Lo que trata de efectuar la Reforma es objetivar el despido por causas empresariales, eliminando el elemento de incertidumbre que existía respecto del pronunciamiento judicial. El legislador no puede ser más explícito al respecto, al indicar en la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012, que “ahora queda claro que el control judicial de estos despidos debe ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas”.

Parece que se quiere privar al juez de toda potestad para valorar la razonabilidad económica y social de la medida para lograr el objetivo; solo le quedaría la facultad de constatar los hechos (causas), o sea la de mera comprobación de las circunstancias fácticas que estén en el origen de la causa alegada por los empresarios, sin poder ir más allá.

Este es la opción interpretativa que ha trascendido tras los primeros comentarios a la Reforma laboral; un sector de la doctrina científica se opone a cualquier juicio de razonabilidad de la medida extintiva empresarial. La actual redacción ha permitido, así, a algún autor interpretar el precepto en el sentido de considerar que el control judicial “queda circunscrita a la acreditación de las causas que se convierte en el único elemento objeto de comprobación judicial y, por tanto, en la exclusiva materia que constituye cuestión esencial en materia de prueba a cargo del empresario a los efectos previstos en los artículos 105.2, 108.1, 122.1 y 124.9 LJS”⁹. En la misma línea, alguna otra voz autorizada sostiene que “acreditadas las causas el despido debe ser considerado regular, sin entrar a realizar un análisis de su adecuación”. Incluso más, argumenta que la carga probatoria del empresario se refiere en exclusiva a los hechos y que “deberían ser los trabajadores quienes corrieran con la carga probatoria del ejercicio antisocial de las potestades extintivas acreditando que sobrepasan manifiestamente su ejercicio normal, bien en términos cuantitativos bien por su uso desviado en cada supuesto concreto”¹⁰.

Pero, ¿ha desaparecido todo juicio de razonabilidad? ¿Puede decirse realmente que, una vez acreditados los hechos, el efecto extintivo opera de forma automática? ¿Ha perdido el juez toda potestad de valoración de las causas extintivas alegadas? ¿La supresión del elemento finalístico comporta acaso la exclusión de cualquier juicio de la conducta del empresario, según criterios de razonabilidad?

No comparto el automatismo pregonado por este sector de la doctrina ni la supuesta eliminación de cualquier juicio de razonabilidad, pues, amén de que no cabe establecer sin más una presunción de que la acreditación de los hechos supone justificación suficiente para que el empresario pueda llevar a efecto el despido, es evidente que, con esa objetivación de la prueba,

⁹ Ar BLASCO PELLICER, A.: “La extinción del contrato de trabajo en el RDL 3/2012: aspectos sustantivos, procesales y de Seguridad Social”, en AA. VV. *La reforma laboral en el Real Decreto. Ley 3/2012*, Tirant lo Blanch, Valencia 2012, pág. 165, quien agrega que: “Ya no pueden jugar criterios de valoración de la razonabilidad de la medida empresarial, ni de adecuación a fines determinados, ni de inevitabilidad de las extinciones, ni de ponderación de la medida elegida en términos comparativos. Lo que efectúa la norma es una auténtica objetivación de la crisis. Acreditada ésta, la elección de la medida en términos cualitativos y cuantitativos pertenece a la esfera de decisión empresarial y, como regla general, queda exenta de control por parte del órgano judicial”.

¹⁰ GOERLICH PESET, J. M.: “La extinción del contrato de trabajo en el Real Decreto-Ley 3/2012: la culminación de una larga evolución”, en AA. VV. (dirs. GARCÍA PERROTE, I., MERCADER UGUINA, J.) *Reforma Laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Lex Nova, Valladolid, 2012, pág. 303

la tutela judicial corre el riesgo de convertirse en un mero formalismo, carente del imprescindible nervio jurídico. Si el papel del juez ha de quedar limitado al de mero notario o de comprobación de la existencia de los solos hechos, realmente no se garantiza ni siquiera el contenido básico y elemental del derecho a la tutela judicial, que es permitir al juez, al menos, valorar si es infundada o manifiestamente irrazonable o arbitraria la decisión extintiva (STC 214/1997). El juez no puede terminar amparando cualquier medida extintiva por arbitraria que sea, por el solo hecho de que se hayan acreditado los hechos.

Más allá de la comprobación del dato objetivo de los hechos, el juez debe valorar si los hechos acreditados justifican suficientemente la decisión extintiva. No puede deducirse de la poda del papel del juez un especie de libertad *ad nutum* del empresario, vinculada solo a la acreditación de los hechos. El juez debe valorar si los hechos integran, a su vez, una causa justificada de despido, si las razones son suficientes para justificar la terminación de la relación laboral, tal y como exige el Convenio 158 de la OIT, y se desprende del art. 30 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, o del art. 35 de la Constitución Española (STC 22/1981)¹¹.

No basta con acreditar unos simples hechos. Tiene que haber una justificación de por qué se recurre al despido. La empresa debe acreditar la consistencia de los hechos a los efectos del despido, de por qué elige esta posibilidad dentro de la libertad que tiene para escoger cualquier medida de flexibilidad interna y externa. La eficacia del despido requiere acreditar la justeza de la decisión extintiva

Los hechos deben ser graduados en función de la gravedad de la causa que justifica la decisión del empresario. La ponderación de los hechos a la luz del "principio fundamental de la justificación" del Convenio 158 OIT se convierte en un elemento condicionante para el pleno ejercicio de la libertad empresarial.

En consecuencia, y por más que el legislador se empeñe en señalar en el Preámbulo de la Ley que "ahora queda claro que el control judicial de estos despidos debe ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de unos hechos", es claro que no cabe privar al juez de entrar a enjuiciar la causalidad del despido a la vista de los hechos acreditados.

La clave no está, por tanto, en si, además de la valoración de la concurrencia de los hechos, el juez puede o no entrar a enjuiciar el despido, que, por supuesto, en su papel de garante de la justificación del despido, sino en qué criterios de enjuiciamiento debe basar su juicio de ponderación del despido.

Por lo pronto, hay que descartar dos criterios: por un lado, la valoración de un hecho futuro: al juez no le es dado hacer prospecciones o valoraciones de la justificación del despido en clave de futuro. La regulación precedente permitía y legitimaba deducir la justeza o razonabilidad de la medida extintiva sobre la base de la demostración empresarial de que la medida de despido podía contribuir a preservar o favorecer su posición competitiva, bien el supuesto de situación económica negativa de la empresa o bien en el resto de las causas extintivas. Pero la actual normativa ya no lo permite, porque la empresa no viene obligada a hacer ningún tipo de justificación de circunstancia futura alguna. El juicio de razonabilidad medido en términos de superación de una situación negativa o de mejora de la competitividad ha desaparecido.

Por otro lado, tampoco cabe recurrir a la aplicación del principio de jerarquía entre las distintas medidas de alternativas de reorganización o reestructuración empresarial en función de su gravedad, porque, aunque la filosofía de la Reforma laboral sea "la concepción del despido por causas empresariales como *última ratio*"¹², lo cierto es que, como he señalado al principio,

¹¹ MONEREO PÉREZ, J. L.: "El régimen jurídico de los despidos colectivos...", cit. págs. 324-5

¹² MONEREO PÉREZ, J. L.: "El régimen jurídico de los despidos colectivos ...", cit., pág. 319.

el artífice de la norma ha rehuído establecer una ordenación secuencial, quedando configuradas como herramientas de gestión ordinaria sin coordinación alguna entre ellas. En principio, el empresario puede elegir libremente “la medida que considere más adecuada o razonable para la continuidad de su proyecto empresarial”¹³ y difícilmente puede entrar el juez a hacer un juicio de imprescindibilidad o de estricta necesidad del despido, frente a otras medidas de flexibilidad o movilidad interna, como modificaciones sustanciales, suspensiones de contrato o reducciones de jornada.

También, me parece, un poco peligroso recurrir a las exigencias de buena fe o del abuso de derecho para valorar la legitimidad del despido por causas empresariales, porque, aparte de ser conceptos jurídicos indeterminados, aportan poca seguridad jurídica en este terreno. El concepto de abuso de derecho se sustenta sobre la idea del aprovechamiento de circunstancias concurrentes para el ejercicio de un derecho más allá de los límites normales con daño para tercero (art. 7.2 CC). Pero, no es fácil determinar de antemano los límites normales de despido colectivo ni cuantitativamente, ni cualitativamente, sea en un contexto de crisis o sea de normalidad, máxime cuando el legislador ha procedido a una normalización del despido como instrumento ordinario de gestión empresarial. ¿Qué cosa impide actualmente al empresario despedir a los trabajadores o cerrar un centro de trabajo, sea con el fin de aliviar la cuenta de resultados o sea con el objeto de mejorarla sobre la base, incluso, de una situación de beneficios? Por otra parte, ¿dónde está el límite del ejercicio normal del derecho de extinción por causas empresariales? ¿Dónde cabe situar el daño legítimo susceptible de causar a los intereses de los trabajadores por el ejercicio de despido colectivo? Este daño es difícilmente cuantificable en términos de perjuicio injusto, máxime cuando el juego de la causa extintiva permite afrontar medidas de reestructuración prácticamente sin límite, ya sea para salvar la empresa o sea para favorecer la posición competitiva.

Entiendo que ese enjuiciamiento debe hacerse conforme a los criterios generales –de realidad, entidad y proporcionalidad–, aplicables a los supuestos de extinción por voluntad del empresario.

El principio de justificación de la medida extintiva requiere, así, en primer lugar, un juicio de veracidad de los hechos. Lo que debe enjuiciarse, ante todo, es la concurrencia de los hechos alegados en la comunicación. En concreto, tratándose de las causas económicas, se deberán comprobar los resultados negativos alegados por la empresa, ya sean pérdidas o ya sea la disminución de los ingresos ordinarios o de las ventas, mediante la aportación de las cuentas anuales, integradas por balance de situación, cuenta de pérdidas y ganancias, estado de cambios en el patrimonio neto, o en su caso, cuentas provisionales a la presentación de la solicitud. Y si el despido se funda en las causas técnicas, organizativas y productivas, habrán de comprobarse los cambios producidos que den lugar a su solicitud, mediante la aportación de informes técnicos que acrediten la concurrencia de los referidos cambios (arts. 6 y 7 del RD 801/2012, Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo, declarados subsistentes por la Orden ESS/487/2012, de 8 de marzo)

En segundo lugar, para que sea posible considerar una medida extintiva como legítima ha de haber un juicio de valoración de los hechos probados. La nueva definición estatutaria de la causa impide hacer prospecciones de futuro, pero no impide hacer valoraciones sobre el presente y la realidad de los hechos probados, así como sobre los motivos que le llevan a ello a la empresa, porque la justificación es el presupuesto requerido para llevar a cabo el despido. En el juicio de ponderación, no hace falta recurrir a estándares abstractos de buena fe; solo se requiere tomar en consideración la motivación de tal decisión extintiva. La decisión será fundada o arbitraria en función de que se conecte con las vicisitudes de la empresa (la crisis económica o con la utilidad y las necesidades de funcionamiento de la empresa).

¹³ MOLERO MARAÑÓN, M. L.: “El nuevo modelo de flexibilidad interna: el diálogo entre la Ley 35/2010 y el RDL 7/2011”, *Relaciones Laborales*, núms. 23-24, 2011, pág. 175

En este segundo plano de enjuiciamiento del despido, se analiza el medio-fin desde un punto de vista valorativo. No se puede pedir justificación de circunstancias futuras porque no son susceptibles de prueba, pero sí cabe exigir a la empresa que acredite la adecuación de la medida extintiva a las vicisitudes de la empresa. El juez debe valorar, aparte de la veracidad de la causa alegada, la consistencia de las circunstancias que inducen al empresario a tomar la decisión en función de la gravedad o importancia de la situación dentro del amplio margen de decisión del empresario.

En el supuesto de causas económicas, se tendrá que acreditar la existencia de una situación económica negativa y la adecuación del proyecto empresarial a la situación, en función de los resultados, mediante la prueba de las pérdidas de cuentas y balances, o la prueba, en su caso, de la disminución de los ingresos o del volumen de ventas lo que debe ser de cierta entidad para que pueda entenderse que concurre una situación económica negativa. En las restantes causas no se exige ninguna situación negativa; la causa se simplifica reduciéndola a simples cambios. No obstante, la decisión habrá de fundarse igualmente en causas conectadas a la utilidad o problemas de funcionamiento de la empresa, que deben tener su consistencia. No parece que el cambio por sí mismo, –aunque la ley brinda formalmente esta posibilidad– pueda alcanzar el nivel de consistencia requerido y, por tanto, sea suficiente para legitimar el despido. La entidad implica en estos casos la existencia de problemas técnicos, de gestión ineficiente de los recursos humanos y materiales o desequilibrios de producción previos y una voluntad de reorganización adecuada de los recursos.

En tercer lugar, debe haber un juicio de proporcionalidad en sentido estricto. El objeto de valoración en este caso debe ser si existe un cierto equilibrio entre la medida extintiva y las causas alegadas. Se trata de establecer una comparación entre dos intensidades o grados, el de la realización del fin o la utilidad que se busca con la medida extintiva adoptada y el de la afectación de los intereses de los trabajadores. El objetivo es verificar si la medida extintiva se ajusta a la relevancia de la causa alegada, si existe un ejercicio equilibrado o desmedido de la facultad extintiva en cuanto al número de trabajadores afectados, en función de los problemas y objetivos marcados por la propia empresa.

Y por último, como precipitado de todo ello, cabe señalar que la nueva formulación causal no ha cambiado el anterior estado de cosas respecto de la prueba de justificación. En contra de lo razonado por un sector de la doctrina científica¹⁴, no se ha producido una inversión de la carga de la prueba. Si juegan –como considero– los criterios de valoración de la razonabilidad de la medida extintiva sobre los hechos aducidos¹⁵, los trabajadores no tendrán que correr con la carga probatoria del ejercicio antisocial de las potestades extintivas, demostrando que el empresario sobrepasa manifiestamente su ejercicio normal. Al contrario, la carga probatoria de la concurrencia de la causa justificativa del despido por causas empresariales seguirá siendo del empresario, como por otra parte, exige el Convenio núm. 158 sobre terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empresario. En su artículo 9 obliga al Estado Español a adoptar un sistema por el que se establezca que incumbe al empleador la carga de la prueba de la existencia de una causa justificada para la terminación de la relación de trabajo. Al empresario le corresponde, pues, demostrar la veracidad, la consistencia y la proporcionalidad de la medida extintiva.

¹⁴ GOERLICH PESET, J. M: “La extinción del contrato de trabajo en el Real Decreto-Ley 3/2012: la culminación de una larga evolución”, cit. pág. 303.

¹⁵ El control de razonabilidad sigue estando presente en el análisis causal del despido colectivo realizado en vía judicial, después de la Reforma laboral de 2012; así, en concreto, la STSJ de Madrid de 30 de mayo de 2012, Demanda nº 17/2012, que declara que la empresa no ha cumplido de forma alguna con el procedimiento exigible, entre otras razones, “por falta de acompañamiento de la documentación obligatoria que a la misma debe acompañar en orden a acreditar la razonabilidad de una decisión tan drástica como el cese de la totalidad de la plantilla de la empresa”

VI. FIN DEL CONTROL ADMINISTRATIVO Y ASIGNACIÓN DE UN NUEVO PAPEL A LA AUTORIDAD LABORAL

La segunda novedad relevante de la Reforma de 2012 en materia de despidos colectivos tiene que ver –como se sabe– con la desaparición de la autorización administrativa en los procedimientos de despido colectivo, salvo para los supuestos de fuerza mayor¹⁶.

La preceptiva autorización administrativa para proceder al despido por causas económicas era objeto de cuestionamiento permanente. La crítica se residenciaba no tanto en que fuera una sobreprotección no exigida por la Directiva comunitaria 98/59/CE de transposición, toda vez que constituye una opción lícita y coherente con la Directiva en cuanto norma de mínimos, cuanto y sobretodo en que suponía un “factor artificial de dilatación del proceso extintivo” y de encarecimiento del despido, al actuar como instrumento de presión para la elevación de la cuantía de la indemnización por despido.

Lo explica muy bien la E. M. de la Ley 3/2012 al señalar que hacía aparecer una “tendencia a alcanzar acuerdos con los representantes durante el periodo de consultas como modo de asegurar la autorización por parte de la autoridad”, “a costa de satisfacer indemnizaciones a los trabajadores despedidos por encima de la legalmente previsto para este despido”

Observada desde esta perspectiva flexibilizadora, la medida puede ser bien recibida, ya que va encaminada a hacer frente a las referidas disfuncionalidades. La retirada de la intervención de la autoridad laboral devuelve al empresario la capacidad de decisión necesaria para acometer los procesos de reestructuración empresarial sin los procelosos trámites, ni la presión ejercida por las autoridades laborales y sin costes adicionales. Constituye, pues, todo un nuevo modelo extintivo que implica una gran autonomía para el empresario para realizar ajustes “con costes, en términos de tiempo y económicos, razonables”, como pretende la Reforma laboral.

Lo que no está tan claro es que deba ser saludada tan positivamente desde la otra finalidad de la Reforma Laboral, cual es el fomento de la flexibilidad interna frente al ajuste. Los expedientes administrativos han servido para propiciar acuerdos y han ejercido un papel importante también como instrumento de flexibilidad interna, ofreciendo, además, seguridad jurídica a la propia empresa con respecto a medidas de muy difícil encaje jurídico. Y así mediante procedimiento del art. 51 ET, se han hecho efectivas medidas alternativas al despido como reducciones de salario, traslados, modificaciones sustanciales, etc. que resultaban de difícil impugnación en vía judicial.

Sin embargo, no se ha alumbrado ningún mecanismo, más allá del deber de negociar de buena fe, que procure alcanzar soluciones alternativas a la más traumática del despido como

¹⁶ Artículo 51.7 ET:

“La existencia de fuerza mayor, como causa motivadora de la extinción de los contratos de trabajo, deberá ser constatada por la autoridad laboral, cualquiera que sea el número de los trabajadores afectados, previo procedimiento tramitado conforme a lo dispuesto en este apartado y en sus disposiciones de desarrollo reglamentario.

El procedimiento se iniciará mediante solicitud de la empresa, acompañada de los medios de prueba que estime necesarios y simultánea comunicación a los representantes legales de los trabajadores, quienes ostentarán la condición de parte interesada en la totalidad de la tramitación del procedimiento.

La resolución de la autoridad laboral se dictará, previas las actuaciones e informes indispensables, en el plazo de cinco días desde la solicitud y deberá limitarse, en su caso, a constatar la existencia de la fuerza mayor alegada por la empresa, correspondiendo a esta la decisión sobre la extinción de los contratos, que surtirá efectos desde la fecha del hecho causante de la fuerza mayor. La empresa deberá dar traslado de dicha decisión a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral.

La autoridad laboral que constate la fuerza mayor podrá acordar que la totalidad o una parte de la indemnización que corresponda a los trabajadores afectados por la extinción de sus contratos sea satisfecha por el Fondo de Garantía Salarial, sin perjuicio del derecho de éste a resarcirse del empresario”.

modo de asegurar la flexibilidad interna. Es probable que deje de cumplir esa función de facilitar una solución no necesariamente extintiva del problema económico, técnico organizativo o productivo, porque el empresario ya no se vea tan forzado como antes a pactar medidas alternativas, al no tener que esperar a la autorización administrativa y poder recurrir al despido a un precio tasado de antemano y sin necesidad de acuerdo previo.

¿Cuál es, ahora, el papel de la Administración laboral en el procedimiento de despido colectivo?

Ya no juega un papel central. Se le ha desposeído de la función que tenía anteriormente de control de la concurrencia de las causas; ahora carece de poder para valorar la causa o exigir la acreditación de los problemas económicos o de funcionamiento, tales como dificultades de gestión o pérdida de eficiencia productiva, esgrimidos por la empresa para el despido colectivo.

A la autoridad administrativa se le asigna un papel bastante más limitado. La función que se le encomienda ahora equivale a la de control del desarrollo del procedimiento. Tiene atribuida la función de mero vigilante o garante de los requisitos formales y procedimentales. Esta función se deduce de un somero análisis de los varios momentos de intervención de la autoridad laboral previstos en el art. 51 ET dentro del procedimiento de despido:

- 1) La autoridad laboral ostenta competencia de conocimiento de la iniciación del procedimiento de despido. A tal efecto la empresa viene obligada a poner en conocimiento de la misma el inicio del procedimiento al tiempo que hace una simultánea comunicación a los representantes de los trabajadores, aportando también la copia del escrito dirigido a los representantes.
- 2) Una vez recibido este escrito, la autoridad administrativa debe comunicarlo a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo y recabar, con carácter preceptivo, informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, sobre los extremos de la comunicación y del desarrollo del periodo de consultas (art. 51.2).
- 3) Durante el periodo de consultas, tiene la obligación de velar por la efectividad de periodo de consultas, pudiendo remitir, en su caso, advertencias y recomendaciones a las partes, sin que en ningún caso suponga la paralización ni la suspensión del procedimiento.
- 3) Finalizadas las consultas, tiene reconocida la competencia de recepción de los resultados del periodo de consultas: para lo cual, el empresario deberá comunicar a la autoridad laboral el acuerdo, trasladando copia íntegra del mismo; en caso contrario, remitirá la decisión final de despido colectivo que haya adoptado y las condiciones del mismo (art. 51.2).

En la nueva redacción del art. 51 ET, la Autoridad laboral se erige fundamentalmente en sujeto “guardián de la fase de consultas”¹⁷; “asume 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”¹⁸. No obstante, su papel como garante del efectivo desarrollo del periodo de consultas se antoja bastante limitado, tanto por el carácter ex post del Informe de la Inspección de Trabajo sobre el desarrollo del periodo de consultas –su principal fuente de información–, que ha de ser evacuado cuando el periodo de consultas ya ha finalizado (en el plazo de 15 días desde la notificación de la finalización del periodo de consultas), como por el carácter improrrogable del periodo de consultas.

¹⁷ CABEZA PEREIRO, J.: “La supresión de la autorización administrativa en los despidos colectivos”, *Revista de Derecho Social*, nº 57, 2012, pág. 189

¹⁸ MONEREO PÉREZ, J. L.: “El régimen jurídico de los despidos colectivos ...”, cit., pág. 345.

La posibilidad de que autoridad administrativa intervenga en el periodo de negociación, en caso de problemas en la interlocución con la otra parte, es verdaderamente escasa. Salvo que los propios trabajadores presenten alguna denuncia o queja en tal sentido, la Administración no va a disponer de más información que la comunicación previa hasta la conclusión del periodo de consultas. Y por otra parte, esa facultad cautelar o de vigilancia del efectivo cumplimiento durante el periodo negociación, está muy condicionada, porque, aun en el supuesto de un eventual desarrollo anómalo de las consultas, en ningún caso puede ordenar la subsanación de los defectos con suspensión de plazos; el plazo es improrrogable.

El papel de la autoridad laboral se circunscribe, por lo tanto, a una facultad de control retrospectivo, que más que vigilar el cumplimiento de lo que se está haciendo, atiende a valorar “a toro pasado” el efectivo cumplimiento de las obligaciones empresariales de información y consulta. Una función de control destinada fundamentalmente a comprobar los posibles vicios de voluntad en la consecución del acuerdo (fraude, dolo coacción o abuso de derecho) y del fraude en el acceso al desempleo¹⁹.

La Reforma Laboral, tras su paso por el Congreso, ha intentado paliar en parte las disfunciones señaladas, introduciendo alguna modificación importante, en línea con los criterios de la Directiva Comunitaria de despidos colectivos, deficientemente contemplados en el RDL 3/2012, señaladamente la posibilidad de mediación.

Es preciso destacar que la Directiva en su art. 4.2 atribuye a la Administración un papel importante como responsable de ofrecer soluciones a los problemas planteados por los despidos colectivos, al disponer que “la autoridad pública competente aprovechará el plazo señalado en el apartado 1 para buscar soluciones a los problemas planteados por los despidos colectivos considerados”. Parece, en consecuencia, necesario que la normativa interior atribuya a la autoridad pública competente alguna función proactiva en orden a solventar los problemas.

Por otra parte, en el art. 4.3, la Directiva contempla la posibilidad de que “la autoridad pública competente (...) (amplíe) el plazo inicial hasta sesenta días de la notificación, cuando los problemas planteados por los despidos colectivos considerados corran el riesgo de no encontrar solución en el plazo inicial”, previendo incluso la posibilidad de que los Estados miembros puedan “conceder a la autoridad pública competente facultades de prórroga más amplias”.

En la nueva redacción del art. 51.2 ET, surgida del trámite Parlamentario, se ha agregado la primera de las funciones de la Directiva señaladas, pero no la segunda. A la autoridad laboral se le atribuye, así, la posibilidad de que, durante el periodo de consultas, pueda realizar, “a petición conjunta de las partes”, “actuaciones de mediación que resulten convenientes con el fin de buscar soluciones a los problemas planteados por el despido colectivo”, así como la de “realizar funciones de asistencia a petición de cualquiera de las partes o por propia iniciativa” con la misma finalidad.

Estas nuevas facultades atribuidas a la autoridad laboral ofrecen una mayor posibilidad de intervención proactiva de la autoridad laboral en la búsqueda de soluciones. La Administración laboral puede implicarse ahora más y mejor, y colaborar en la fase de consultas en buscar soluciones alternativas al despido como es voluntad del propio legislador, incluso aunque no se pidan las partes en conflicto.

De todas formas, parece que el papel de vigilancia se impone a este otro más proactivo, pues las potenciales funciones mediadoras en ningún caso comportan la suspensión, ni incre-

¹⁹ CABEZA PEREIRO, J.: “La supresión de la autorización administrativa en los despidos colectivos”, cit. , pág. 189.

mento de los plazos. En evitación de posibles dilataciones del proceso de despido colectivo, el legislador ha preferido no incorporar la segunda competencia (art. 4.3) que contempla de Directiva de conceder a la autoridad pública la facultad de prórroga.

En cualquier caso, no debe minusvalorarse la función de vigilancia de la autoridad laboral, ni la funcionalidad del Informe que se elabore en el expediente, porque pueden tener relevancia posterior, bien a efectos de una posible imposición de sanciones si se considera que ha habido un incumplimiento de sus obligaciones (art. 7.7 LISOS considera infracción grave la “transgresión de los derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores), o bien en el hipotético supuesto de que se acuda a la vía judicial, discutiendo la observancia del artículo 51.2 ET²⁰, puesto que puede constituir prueba destacada en el proceso judicial colectivo o individual para una eventual declaración de nulidad de la decisión empresarial.

VII. EL PROCEDIMIENTO DE DESPIDO COLECTIVO: APERTURA DEL PERIODO DE CONSULTAS CON LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES Y COMUNICACIÓN A LA AUTORIDAD LABORAL

Sobre la base de la recién comentada supresión de la autorización administrativa, la nueva normativa establece un nuevo procedimiento de despido colectivo –mucho más ágil y simple de gestionar–, que deja totalmente en manos del empresario la decisión última de despedir. El despido colectivo debe ir precedido de un doble trámite: por un lado, la consulta con los representantes de los trabajadores y, por otro, la comunicación a la autoridad laboral.

A) Iniciación del procedimiento: comunicación a los representantes de los trabajadores y deberes de información

Conforme a lo previsto en el art. 51.2 ET, el procedimiento se inicia con la apertura del periodo de consultas con los representantes de los trabajadores, mediante presentación por el empresario de una comunicación escrita a los representantes de los trabajadores y entrega de una copia de la misma a la autoridad laboral competente.

La Ley de Reforma Laboral de 2012 ha suprimido la posibilidad, muy poco utilizada, de que los trabajadores o sus representantes pudieran solicitar igualmente la tramitación del despido colectivo, si racionalmente presumieran que la no incoación del mismo por el empresario pudiera ocasionarles perjuicios de imposible o difícil reparación (art 51.9 ET, versión anterior de la Ley 35/2010). La eliminación es la lógica consecuencia de la supresión de las funciones decisorias por la autoridad administrativa. El protagonista esencial y único de la decisión extintiva es ahora la empresa y no cabe apelar ante ninguna otra instancia. No obstante, tal vez la posible iniciativa de los trabajadores siga aún teniendo un cierto sentido en el ámbito de la crisis concursal, donde el Juez de lo Mercantil mantiene competencias decisorias²¹.

En contrapartida, la nueva redacción del art. 51.2 ET ha reforzado los deberes de información que debe observar el empresario como parte esencial del procedimiento.

Por una parte, la empresa peticionaria está obligada a consignar en el escrito comunicación la siguiente información: a) La especificación de las causas del despido colectivo conforme a lo establecido en el apartado 1; b) Número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por el despido; c) Número y clasificación profesional de los trabajadores empleados habitualmente en el último año; d) Periodo previsto para la realización de los despidos; e) Criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos.

²⁰ BLASCO PELLICER, A.: “La extinción del contrato de trabajo en el RDL 3/2012: aspectos sustantivos, procesales y de Seguridad Social”, cit., pág. 172.

²¹ CABEZA PEREIRO, J.: “La supresión de la autorización administrativa en los despidos colectivos”, cit. pág. 185

Por otra, la comunicación deberá ir acompañada de una memoria explicativa de las causas del despido objetivo y de los restantes aspectos anteriormente señalados. En trámite parlamentario se ha endurecido la exigencia de documentación, obligando al empresario a aportar toda la información necesaria y haciéndola depender de lo que se establezca en el Reglamento de desarrollo de la Ley. El nuevo párrafo adicional introducido dispone, así, que “la comunicación a los representantes legales de los trabajadores y a la autoridad laboral deberá ir acompañada de toda la información necesaria para acreditar las causas motivadoras del despido colectivo en los términos que reglamentariamente se determinen”.

Una vez eliminado todo poder de control por parte de la autoridad administrativa, el legislador trata de promover una gestión negociada del ajuste sobre la base de la información que debe aportar el empresario respecto de las causas motivadoras del despido, que se convierte, así, en pieza clave del procedimiento.

No obstante, el interés del legislador por impulsar esta información previa presenta algunas sombras, porque curiosamente se ha omitido toda referencia al plan de acompañamiento social para las empresas de cincuenta o más trabajadores, exigido por la normativa anterior (art. 51.4 ET). La normativa actual no requiere como documentación mínima a presentar, junto a la comunicación, este plan de acompañamiento social, que contemplaba medidas adoptadas o previstas por la empresa para evitar o reducir los efectos del despido colectivo o para atenuar sus consecuencias, o para posibilitar la viabilidad de la empresa, tales como, entre otras, la recolocación interna de los trabajadores en el seno de la empresa o grupo de empresas, la movilidad funcional, movilidad geográfica, modificación de las condiciones sustanciales de trabajo, la recolocación externa de los mismos realizada a través de empresas de recolocación autorizadas, o medidas económicas, financieras o industriales para preservar la posición competitiva de la empresa en el mercado (art. 9 RD 801/2011).

Esta obligación de elaborar un plan de acompañamiento social se ha sustituido por otra de carácter más específico y no generalizado, en concreto por un plan de recolocación externa. En aquellos despidos colectivos que afecten a más de cincuenta trabajadores, el art. 51.10 ET contempla una efectiva obligación del empresario de ofrecer a los trabajadores afectados un plan de recolocación externa a través de empresas de recolocación autorizadas, diseñado para un periodo mínimo de seis meses, que deberá incluir medidas de formación y orientación profesional, atención personalizada al trabajador afectado y búsqueda activa de empleo. Se pretende que el coste de la elaboración e implantación de dicho plan no recaiga en ningún caso sobre los trabajadores. Con carácter complementario se mandata a la autoridad laboral para verificar la acreditación del cumplimiento de esta obligación y, en su caso, requerir a la empresa para que proceda a su cumplimiento.

B) Comunicación a la autoridad laboral

Como se ha indicado anteriormente, el procedimiento de despido colectivo se inicia mediante la simultánea tramitación de sendos escritos de comunicación: uno dirigido a los representantes de los trabajadores para la apertura del periodo de consultas y otro dirigido a la autoridad laboral, acompañado de una copia de la comunicación remitida a los representantes legales de los trabajadores y de toda la información necesaria para acreditar las causas motivadoras del despido colectivo.

La ordenación del procedimiento en lo que respecta a la intervención administrativa, incluye la obligación de la autoridad laboral de dar traslado de la misma a la entidad gestora de las prestaciones de desempleo y de recabar, con carácter preceptivo, informe de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social sobre los extremos de la comunicación y sobre el desarrollo del periodo de consultas.

A la entidad gestora de las prestaciones –el Servicio Público de Empleo Estatal–, corresponderá examinar el caso de trabajadores afectados e informar, en su caso, sobre los posibles

obstáculos a su hipotético derecho al cobro de las prestaciones de desempleo ante la situación legal de desempleo que resulte del procedimiento.

Por su parte, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social deberá evacuar su informe en el referido plazo improrrogable de quince días desde la notificación a la autoridad laboral de la finalización del periodo de consultas y quedará incorporado al procedimiento. El contenido del Informe deberá versar “sobre los extremos de la comunicación a que se refiere (sic) los párrafos anteriores y sobre el desarrollo del periodo de consultas”. Su función ya no es la de informar sobre la concurrencia de la causa alegada y la razonabilidad de la decisión extintiva, sino la de examinar la observancia del deber de información y documentación, así como comprobar el correcto desarrollo del periodo de consultas, verificando que no se ha producido fraude, dolo, coacción o abuso de derecho, y que tampoco concurre voluntad de obtener de forma indebida prestaciones por desempleo por parte de los trabajadores. La intervención de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social tiene un carácter “instrumental para que la Administración pueda velar por el cumplimiento del principio de plenitud informativa” y por la efectividad del periodo de consultas, que “podrá tener relevancia posterior en los supuestos en los que, en sede judicial, se discuta sobre la observancia del contenido del artículo 51.2 ET”²².

C) Periodo de consultas

La empresa está obligada, como se ha señalado antes, a abrir un periodo de consultas con los representantes de los trabajadores a fin de que pueda concluirse un acuerdo. En la misma línea de la Reforma laboral de 2010 se opta por designar como interlocutores preferentes ante la empresa a las instancias sindicales frente a las instancias de representación unitaria. El art. 51.2 ET dispone que la “intervención como interlocutores ante la dirección de la empresa corresponderá a las secciones sindicales cuando éstas así lo acuerden, siempre que tengan la representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los delegados de personal”. Esto debilita la posición de los órganos de representación unitaria; solo subsidiariamente, de no alcanzarse el referido acuerdo, los delegados de personal o, en su caso, el comité de empresa serán los llamados a negociar en representación de los trabajadores.

En los supuestos en que no exista representación legal de los trabajadores en la empresa, éstos podrán atribuir su representación para el periodo de consultas a una comisión designada conforme a lo dispuesto en el artículo 41.4 ET; es decir, a su elección, a una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por éstos democráticamente o a una comisión de igual número de componentes designados, según su representatividad por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio de aplicación a la misma. La primera de las opciones (comisión de tres trabajadores) no está exenta de riesgos: por una parte, para los propios trabajadores elegidos porque, formalmente al menos, y aunque sea muy discutible, no disfrutaban de las mismas medidas de protección que los representantes legales (ex art. 68 ET) frente a potenciales decisiones perjudiciales del empresario; por otra parte, para todo el colectivo de los trabajadores dada la escasa fuerza negociadora y gran vulnerabilidad de la comisión ad hoc, frente a decisiones injustificadas de despido colectivo.

La consulta con los representantes de los trabajadores 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. Aunque la normativa ya no exige presentar el Plan de acompañamiento social junto al proyecto de des-

²² BLASCO PELLICER, A.: “La extinción del contrato de trabajo en el RDL 3/2012: aspectos sustantivos, procesales y de Seguridad Social”, cit., pág. 172

pido como un elemento clave del procedimiento, existe la obligación de analizar medidas sociales destinadas a paliar los efectos del despido propuesto, que pueden llevar a la modificación del mismo, atendiendo a las circunstancias particulares que concurran en cada caso.

Su duración no podrá ser superior a treinta días naturales, o de quince en el caso de empresas de menos de cincuenta trabajadores. Se mantiene, así, el texto fijado por la normativa anterior (Ley 35/2010), que redujo de 30 días como mínimo (“no inferior a treinta días naturales”) a 30 días como máximo (“no superior”), con el ánimo de imprimir celeridad al procedimiento. Nada impide, no obstante, prolongar el periodo de consultas, si media acuerdo entre las partes.

Durante el periodo de consultas, las partes están obligadas a negociar de buena fe, con vistas a la consecución del acuerdo. No están, sin embargo, obligadas a llegar a un acuerdo. La no consecución del acuerdo ya no es un obstáculo para que la empresa lleve a cabo las medidas pretendidas, al no depender de la autorización de la Administración; con lo que el alcanzar un acuerdo tiene ahora menos atractivo que antes a los ojos del empresario.

Con todo, adquiere una importancia decisiva el esfuerzo que se haga por la parte empresarial por intentar llegar a un acuerdo con los representantes de los trabajadores. No basta con que se cumpla el trámite formalmente entregando una información más o menos precisa. La autoridad laboral y el juez deberán explorar si realmente hubo una voluntad de diálogo, esto es, si se permitió realizar contraofertas concretas respecto de las propuestas empresariales, y si se negoció sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus efectos. El incumplimiento puede dar lugar, en su caso, a una declaración de nulidad de la despidos colectivos²³.

Sobre la adopción de acuerdos en el seno de la Comisión negociadora, y aun estando pendiente de aprobación el desarrollo reglamentario de la Ley 3/2012, cabe razonablemente pensar que seguirán siendo de aplicación los criterios anteriormente vigentes. La decisión vinculante requerirá el voto favorable de la mayoría de los miembros de la comisión negociadora que, en su conjunto, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados por el expediente. En el supuesto de que el despido afecte a varios centros de trabajo, deberá adoptarse, para cada centro, la decisión que vote la mayoría de los miembros de la comisión negociadora (art. 11.2 RD 801/2011)

En trámite Parlamentario se ha incorporado, como novedad digna de mención, la potenciación de las fórmulas extrajudiciales de solución de los problemas de despido colectivo, algo que ya estaba contemplado en el art. 11.3 RD 801/2011 pero sin un amparo legal explícito. En un nuevo apartado del art. 52 ET se establece que “el empresario y la representación de los trabajadores podrán acordar en cualquier momento la sustitución de periodo de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo establecido para dicho periodo”. La previsión

²³ Así, por ejemplo, STSJ de 30 de mayo de 2012 Dem. Nº 17/2012: “La empresa se limitó a exponer su posición, inamovible, de proceder a la tramitación del E.R.E. con fijación de la indemnización mínima legal y aun cuando en el curso de las conversaciones pudieran realizarse comentarios sobre la constitución de una cooperativa, nunca se planteó como una posibilidad formal y seria, sujeta a estudio o debate de cara a continuar la vida del proyecto empresarial. El ‘acuerdo’ solo será posible si los trabajadores aceptaban los términos ofrecidos por la empresa, admitiendo su posición. Obviamente, tal postura no constituye una negociación proceso caracterizado por su dinámica de concesiones recíprocas o de construcción de soluciones y opciones consensuadas. Quien se acerca a la mesa de consultas de un expediente de regulación de empleo con una única posibilidad sobre la mesa, la suya, no negocia porque no intercambia valor alguno, ni efectúa concesiones, ni ofrece opciones. sencillamente se limita a tratar de cumplir formalmente un trámite, el del periodo de consultas o de negociación, y tal comportamiento no constituye una negociación de buena fe, máxime cuando ni tan siquiera se ponen sobre la mesa los documentos contables legalmente exigidos para que la parte afectada pueda conocer las causas”.

legal ha de recibirse con satisfacción pues supone admitir con plenas garantías jurídicas la posibilidad de participación de terceros imparciales en la búsqueda soluciones en los desacuerdos, en lugar de confiar únicamente la decisión final a una sola de las partes. Indudablemente queda reforzada la autonomía colectiva, pero, dada la exigencia del consenso de las dos partes para el sometimiento de la cuestión a dicho procedimiento, y el carácter improrrogable del plazo, más parece un brindis al sol que una verdadera apuesta por la solución extrajudicial.

Se ha de anotar que la nueva regulación adopta una serie de previsiones que vienen a reforzar algunos elementos sociales que deben acompañar a los despidos colectivos. Por una parte, en relación con las prioridades de permanencia, el nuevo apartado 5 del art. 51 ET abre la posibilidad de establecer, mediante convenio colectivo o acuerdo en periodo de consultas, nuevas prioridades de permanencia a favor de otros colectivos, distintos de los representantes legales de los trabajadores. En concreto, y a título enunciativo, se alude a “trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad”. No está claro si dentro de la referencia a “la representación legal de los trabajadores” se incluye *ex lege* también a los trabajadores designados “ad hoc” por los propios compañeros: ya en su momento el Consejo de Estado se posicionó en contra, al entender que dicha protección solo se garantiza a los que se reconoce de forma expresa por una norma legal dicha protección²⁴; no obstante, siempre queda la posibilidad de incluirlos por convenio colectivo e incluso por acuerdo.

Por otra parte, cuando el número de despidos colectivos afecte a más de cincuenta trabajadores, se establece (art. 51.10 ET) –como ya se ha señalado más arriba– la exigencia empresarial de ofrecer a los trabajadores un plan de recolocación externa a través de empresas de recolocación autorizadas. Dicho plan, diseñado para un periodo de seis meses, deberá incluir medidas de formación, orientación profesional, atención personalizada y búsqueda activa de empleo. Las empresas correrán con el coste de la elaboración e implantación de dicho plan y no recaerá en ningún caso sobre los trabajadores. La obligación no afectará a las empresas que se hubieran sometido a un procedimiento concursal. El cumplimiento de la medida encaminada a conseguir la reinserción del trabajador despedido será objeto de verificación por la autoridad laboral competente, a través del servicio público de empleo competente, que, en su caso, requerirá a la empresa para que proceda a su cumplimiento. El incumplimiento por el empresario de la obligación podrá dar lugar a responsabilidades administrativas y a la reclamación de su cumplimiento por parte de los trabajadores²⁵.

Asimismo, se debe dejar constancia de que el apartado 9 del art. 51 ET (apartado 15 en la versión anterior a la Reforma) impone a las empresas no concursadas en procedimiento concursal, que incluya trabajadores con cincuenta y cinco o más años de edad que no tuvieran la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967, la obligación de abonar las cuotas destinadas a la finan-

²⁴ FUSTÉ I MIQUELA, J. M. y ROJO TORRECILLA, E.: “El desarrollo de la Reforma Laboral en materia de ERES y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos. Estudio del RD 801/2011, de 10 de junio”, AA. VV. (Dir. PÉREZ AMOROS, Fr. y ROJO TORRECILLA, E.: *La intervención pública en los procesos de modificación y reestructuración empresarial*, Bomarzo, Albacete, 2012, pág. 150

²⁵ Sobre la configuración de la recolocación externa como un derecho subjetivo individual de los trabajadores y las garantías de efectividad de los derechos de protección social, *vid.* MOLINA NAVARRETE, Cr.: “De las ‘Reformas Laborales’ a un nuevo, e irreconocible, ‘Estatuto del trabajo subordinado’”. Comentario sistemático al Real decreto-Ley 3/2012, de reforma del mercado de trabajo”, CEF.- *Trabajo y Seguridad Social*, 2012, nº 348, pág. 101 y ss.

ciación de un convenio especial respecto de los trabajadores anteriormente señalados en los términos previstos en la Disp. Adic. Trigésima primera de la Ley General de la Seguridad Social²⁶.

Con independencia de ello, las empresas que realicen despidos colectivos, incluyendo a trabajadores de cincuenta o más años de edad, están obligados a efectuar una aportación económica al Tesoro Público de acuerdo con lo establecido legalmente. Esta nueva exigencia, prevista en el nuevo apartado 11 del art. 51, responde a la voluntad del legislador de encarecer las prejubilaciones, obligando a las empresas de más de 100 trabajadores que hubieran tenido beneficios en los dos ejercicios económicos anteriores, a pagar el seguro de desempleo y las cotizaciones sociales correspondientes cuando prescinden de trabajadores de 50 o más años de edad en los despidos colectivos. En la Disposición Final Cuarta de la propia Ley 3/2012 (que modifica la Disposición Adicional decimosexta de la Ley 27/2011, de 1 de agosto de Reforma de las pensiones por la que se instaura tal contribución) se detalla el cálculo de lo que las empresas deben aportar al Tesoro Público en tales supuestos. El importe de la aportación se determina anualmente mediante la aplicación de un tipo establecido en función de tres datos: el número de de trabajadores de la empresa, el número de trabajadores mayores de 50 o más años de edad afectados por el despido y el porcentaje de los beneficios de la empresa sobre los ingresos. La medida no ha tenido todavía efectividad alguna, con lo que las empresas siguen sin pagar por los despidos colectivos que realizan, puesto que se halla pendiente de aprobación el oportuno reglamento que desarrolle los aspectos procedimentales para la liquidación y al posterior pago de la misma.

D) Finalización del procedimiento:

El periodo de consultas puede concluir con acuerdo entre las partes o sin él. Cualquiera que sea el resultado del proceso de consultas, el empresario está obligado a cumplir con dos exigencias legales adicionales.

Por una parte, la comunicación de la decisión extintiva colectiva a la autoridad laboral y, en su caso, a los representantes de los trabajadores: a) De alcanzarse el acuerdo, el empresario deberá comunicar –como se ha señalado antes– a la autoridad laboral el resultado del mismo; b) De terminar sin acuerdo, deberá remitir a los representantes y a la autoridad laboral la decisión final del despido colectivo que haya adoptado y las condiciones del mismo (art. 51.2 *in fine*).

²⁶ Disposición Adicional Trigésima primera LGSS (redactada conforme a la Ley 35/2002): “Régimen jurídico del convenio especial a suscribir en determinados expedientes de regulación de empleo:

1. En el convenio especial a que se refiere el artículo 51.15 el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, las cotizaciones abarcarán el período comprendido entre la fecha en que se produzca el cese en el trabajo o, en su caso, en que cese la obligación de cotizar por extinción de la prestación por desempleo contributivo, y la fecha en la que el trabajador cumpla 65 años, en los términos establecidos en los apartados siguientes.

2. A tal efecto las cotizaciones por el referido período se determinarán aplicando al promedio de las bases de cotización del trabajador, en los últimos seis meses de ocupación cotizada, el tipo de cotización previsto en la normativa reguladora del convenio especial. De la cantidad resultante se deducirá la cotización a cargo del Servicio Público de Empleo Estatal, correspondiente al período en el que el trabajador pueda tener el derecho a la percepción del subsidio de desempleo, cuando corresponda cotizar por la contingencia de jubilación, calculándola en función de la base y tipo aplicable en la fecha de suscripción del convenio especial.

Hasta la fecha de cumplimiento por parte del trabajador de la edad de 61 años, las cotizaciones será a cargo del empresario y se ingresarán en la Tesorería General de la Seguridad Social. Bien de una sola vez, dentro del mes siguiente al de la notificación por parte del citado Servicio Común de la cantidad a ingresar, bien de manera fraccionada garantizando el importe pendiente mediante aval solidario o a través de la sustitución del empresario en el cumplimiento de la obligación por parte de la entidad financiera o aseguradora, previo consentimiento de la Tesorería General de la Seguridad Social, en términos que establezca el Ministerio de Trabajo e Inmigración.

A partir del cumplimiento por parte del trabajador de la edad de 61 años las aportaciones al convenio especial serán obligatorias y a su exclusivo cargo, debiendo ser ingresadas, en los términos previstos en la normativa del convenio especial, hasta el cumplimiento de la edad de 65 años o hasta la fecha en que, en su caso, acceda a la pensión de jubilación anticipada, sin perjuicio de lo previsto en el apartado 4”.

(...)

Por otra parte, la comunicación individualizada de la extinción como un despido objetivo. La comunicación de la decisión extintiva empresarial a los representantes y a la autoridad laboral no produce efectos automáticos (es decir, no extingue por sí misma los contratos de trabajo) y tiene que haber un segundo acto de comunicación. Tanto si la decisión extintiva deriva de un posible acuerdo en las consultas como si no, se requiere un nuevo acto de decisión individual.

VIII. LA COMUNICACIÓN INDIVIDUAL DEL DESPIDO COLECTIVO POR LA VIA DEL ART. 53.1 ET

El art. 51.4 ET exige que el empresario proceda a comunicar individualmente a cada trabajador su despido, siguiendo los trámites del art. 53.1 (despido objetivo). Por tanto, tras el periodo de consultas se abre una nueva “fase individual de los despidos colectivos”.

El empresario deberá comunicar por escrito al trabajador afectado la decisión extintiva, “expresando la causa”, que deberá ser la misma que la comunicada a la autoridad laboral y a los representantes, dando cumplida cuenta de los hechos determinantes del despido. No queda claro el grado de concreción de la causa, ni si debe hacerse entrega adjunta de la documentación aportada en el periodo de consultas. Parece que la mera referencia al despido colectivo sería insuficiente.

Simultáneamente a la entrega de la carta, el empresario deberá poner a disposición del trabajador una indemnización de 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 [art. 53.1.b) ET].

Ha desaparecido del art. 51 ET toda referencia a la indemnización a abonar en caso de despido colectivo; en concreto, ya no figura el contenido del apartado 8 que tasaba en los referidos veinte días por año de servicio el derecho de los trabajadores despedidos a la indemnización.

Esta indemnización se determina ahora por lo que se establece para el despido por causas objetivas [art. 53.1.b)] al exigir la nueva normativa como ulterior trámite del procedimiento de despido colectivo la extinción individualizada mediante esta vía. Ahora bien, la indemnización prevista en el art. 53.1.b) ET constituye un mínimo legal, que es susceptible de mejora, bien mediante acuerdo alcanzado en periodo de consultas, bien mediante acuerdo individual. Pese a la pérdida de funciones decisorias por parte de la autoridad laboral, no es en absoluto descartable que en periodo de consultas se sigan pactando indemnizaciones superiores al mínimo legal, aunque en menor medida.

Parte de los costes vinculados al despido por causas empresariales los sigue asumiendo el Fondo de Garantía Salarial, que se hace cargo, como antes, de una parte de la indemnización en empresas de menos de 25 trabajadores, excluyendo los contratos temporales. El nuevo apartado 8 del art. 33 ET aclara, no obstante, varias cuestiones: una, el FOGASA compensa directamente a los trabajadores y no resarce al empresario cantidades adelantadas por él (“el Fondo... abonará al trabajador una parte de la indemnización”); el empresario no está obligado, por tanto, a abonar íntegramente la indemnización y a solicitar luego del FOGASA su participación; dos, la cantidad a cargo del FOGASA será de 8 días de salario por año de servicio y no el 40% de la indemnización total, como era antes; tres, no serán objeto de financiación por el FOGASA las extinciones que hayan sido declaradas como improcedentes, tanto en conciliación administrativa o judicial como mediante sentencia; cuarta, el cálculo del importe de del abono por le FOGASA se realizará sobre indemnizaciones ajustadas a los límites previstos en el apartado 2 del art. 33ET.

Además, el empresario deberá concederle un plazo de 15 días de preaviso, o en su defecto abonarle su equivalente económico. En todo caso, el despido individual no podrá hacerse efectivo hasta transcurrido un periodo mínimo de 30 días desde la fecha de la comunicación de la apertura del periodo de consultas a la autoridad laboral iniciación (art. 51.4 ET). Este plazo, bien que parezca incompatible con la pretensión de imprimir mayor celeridad, obedece al cumplimiento de la

exigencia de la Directiva 98/59/CE del Consejo de que “los despidos colectivos cuyo proyecto haya sido notificado a la autoridad pública competente, surtirán efecto no antes de treinta días, después de la notificación...” a la autoridad laboral.

Ambas decisiones extintivas –la colectiva y la individual– son susceptibles de impugnación.

IX. IMPUGNACIÓN DE LA DECISIÓN DE DESPIDO COLECTIVO

La decisión empresarial colectiva es susceptible de impugnación, tanto si está amparada en un acuerdo con los representantes como si es fruto de una decisión unilateral de la empresa.

Conviene llamar la atención sobre el hecho de que no se haya establecido una presunción de existencia de causa, como la prevista para la suspensión de contrato por causas empresariales en el art. 47.1 ET: “cuando el periodo de consultas con acuerdo se presumirá que concurren las causas justificativas y que solo podrá impugnarse ante al jurisdicción competente por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión”. Eso significa que, a pesar de que la decisión extintiva vaya precedida de acuerdo con los representantes de los trabajadores, existe posibilidad de control judicial sobre el fondo o las causas alegadas en la decisión extintiva.

La admisión de esta posibilidad tiene un efecto evidente: incrementa las posibilidades de conflicto y de judicialización sobre la causalidad, en concreto, por los no firmantes²⁷. Parece que el acuerdo es ahora algo más vulnerable que en la situación anterior, donde, en caso de acuerdo, se privilegiaba el acuerdo.

La ley contempla dos tipos de impugnación de la decisión sobre el despido colectivo, en función de los sujetos legitimados activamente:

A) La impugnación por la autoridad laboral.

La autoridad laboral podrá impugnar por el proceso de oficio, previsto en el apartado b) del artículo 148 LJS, los acuerdos adoptados en periodo 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 hubiese informado que el acuerdo pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados por la inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo” (art. 51.6 *in fine*).

Desaparecida la autorización, la Autoridad laboral no tiene capacidad de control directo y carece también de la posibilidad de instar del órgano judicial un control sobre el fondo del despido colectivo. En este cauce procesal no puede poner en cuestión las causas. Tan solo se le reconoce capacidad para impugnar de forma indirecta la regularidad procedimental de la medida colectiva, por haber incurrido en algún vicio de consentimiento grave en la adopción de acuerdos, o por pretender la obtención fraudulenta de las prestaciones por desempleo.

B) La Impugnación colectiva de la decisión de despido colectivo ex art. 124 LJS

La decisión empresarial podrá impugnarse también a través de la vía específica procesal de carácter colectivo prevista en el art. 51.6 párrafo primero ET.

²⁷ MOLINA NAVARRETE, Cr.: “De las ‘Reformas Laborales’ a un nuevo, e irreconocible, ‘Estatuto del trabajo subordinado’. Comentario sistemático al Real decreto-Ley 3/2012, de reforma del mercado de trabajo”, cit. pág. 95: “El Gobierno revisionista incurre en una soluble aporía, pues si la cuestión principal reside en cambiar la ‘cultura de la sospecha empresarial’ de la ‘parcialidad’ de los jueces de lo social a favor de los trabajadores, por otra ‘cultura de confianza’ en los beneficios de la acción judicial para sus intereses, entonces queda claro que la reforma tendrá efectos reducidos, porque no se cambia la cultura judicial tan fácil como se cambian las leyes por real decreto-ley”.

En cualquiera de los dos casos de finalización del procedimiento (con acuerdo o sin acuerdo), la impugnación colectiva de la decisión empresarial de despido colectivo es posible tramitarla, mediante una nueva modalidad procesal, prevista en el art. 124 LJS. Se trata de un procedimiento cuyo objetivo principal es “evitar una demora en la búsqueda de una respuesta judicial a la decisión empresarial extintiva” (E. M.) con la finalidad, como ha destacado la doctrina, “de homogeneizar el resultado de los despidos individuales, causados en la decisión empresarial de extinguir colectivamente sus contratos de trabajo”²⁸

El art. 51 ET no establece la presunción de concurrencia de causa cuando se alcanza el acuerdo, por lo que la posibilidad de impugnación existe incluso en caso de acuerdo. Hasta cierto punto, esto supone un retroceso porque bajo la regulación precedente los acuerdos alcanzados en periodo de consultas eran casi de hecho inatacables, sin perjuicio de que no deja de ser un elemento paradójico, porque lejos de evitar el proceso judicial, tal y como pretende el legislador, favorece la judicialización.

Los legitimados para impugnar la decisión extintiva son “los representantes legales de los trabajadores”. Por tales debemos entender, en primer lugar, los órganos de representación unitaria, incluyendo a delegados de personal y al comité de empresa; y probablemente, también, a las comisiones nombradas *ad hoc*, aun cuando el legislador no las menciona y no tengan reconocida capacidad para el ejercicio de acciones judiciales (art. 65.1 ET), ya que no tiene mucha lógica atribuirles funciones representativas en materia de negociación de despidos colectivos y dejarles después desprovistos de capacidad de impugnación de la decisión extintiva y de defensa en sede judicial²⁹. La expresión comprende, en segundo lugar, a las representaciones sindicales, en concreto, las secciones sindicales; pero no a todas se reconoce legitimación, sino solo a las que tengan implantación suficiente en el ámbito del despido colectivo.

La demanda podrá fundarse en uno o varios de los siguientes motivos: a) La no concurrencia de causa legal indicada en la comunicación recibida; b) Defectos procedimentales: que no se ha realizado el periodo de consultas o entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 ET o que no se ha respetado el procedimiento establecido en el artículo 51.7 del mismo texto legal; c) La decisión extintiva se ha adoptado con fraude, dolo, coacción o abuso de derecho; d) La decisión extintiva se ha efectuado vulnerando derechos fundamentales y libertades públicas”

²⁸ BODAS MARTÍN, R.: “Modificaciones de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción social producidas por el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero”, en AA. VV. (dirs. GARCÍA PERROTE, I., MERCADER UGUINA, J.) *Reforma Laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Lex Nova, Valladolid, 2012, pág. 431.

²⁹ “La referencia literal ‘representantes legales de los trabajadores’ no permite inferir por sí misma, la voluntad excluyente del legislador a la comisión a la que precisamente, ha querido conferir dicha representación legal –ni que sea ‘ad hoc’– en el proceso de despido colectivo regulado por el art. 51 ET. Este carácter de representantes de los trabajadores del despido colectivo, al que también hace referencia el propio artículo 124.11 apartado b) no permite excluir, sino que por el contrario debe incluir necesariamente a la comisión de representantes, por cuanto forma parte de lo que genéricamente dicho precepto legal enumera como representación de los trabajadores, careciendo de sentido que se tuviera capacidad para extinguir los contratos y no para impugnar de forma colectiva la decisión extintiva empresarial, lo cual llevaría a una diferenciación no querida por el legislador entre las distintas representaciones para poder accionar bajo esta modalidad procesal. (...) Entender que el procedimiento del artículo 124 de la LJS excluye la legitimación de la comisión de representantes no sólo sería contrario al principio de tutela judicial efectiva, sino carente de toda lógica, al privar a quien se ha conferido la representación del conjunto de los trabajadores en la fase de la negociación previa a la decisión extintiva, la posibilidad de impugnar la misma. Excluir a estos representantes de las trabajadores de la posibilidad de impugnar la decisión colectiva empresarial significa limitar sus atribuciones y vaciarlas de contenido cuando el propio artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores (y artículo 4 del Real Decreto 801/2011, de 10 de junio declarado vigente por el artículo 2.2 de la Orden 8 de marzo de 21012, BOE del 13), en relación con el artículo 41.4 de dicha norma, les atribuye toda capacidad, sin limitaciones para negociar, acordar o no acordar con la empresa los despidos colectivos”(STSJ de Cataluña, 23 de mayo de 2012, Demanda nº 10/2012)

Queda excluida la posible impugnación por motivos de afectación individual, así como por incumplimientos formales, tales como falta de medidas de acompañamiento del despido, o del plan de recolocación exigido por la empresa, o de la necesaria aportación al tesoro público. El incumplimiento de tales medidas no da derecho a impugnar judicialmente la decisión colectiva, sin perjuicio de poder reclamar las eventuales responsabilidades por otras vías procesales. Tampoco pueden ser objeto del 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 periodo de consultas. Tales pretensiones se plantearán a través del procedimiento individual al que se refiere el apartado 11 del presente artículo.

Resulta importante resaltar que en trámite parlamentario se ha aceptado una enmienda de modificación del apartado 3 del artículo 124 LJS por la que se amplía el descrito objeto del proceso, recogiendo un inédito derecho de las empresas a solicitar de la Sala un sorprendente pronunciamiento declarativo sobre el carácter ajustado a derecho de su decisión extintiva. La nueva regla dispone que a falta de impugnación por los representantes de los trabajadores o por la Autoridad laboral por la vía del art. 148.b) LJS y una vez transcurrido el plazo de caducidad de veinte días para el ejercicio de la acción, el empresario podrá interponer demanda con la finalidad de que se declare ajustada a derecho su decisión extintiva, y, además, con efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales. Se trata de una acción declarativa con un interés marcadamente preventivo o cautelar, sin vinculación a conflicto previo, algo a lo que tradicionalmente la jurisprudencia se ha opuesto, por considerar que se desnaturaliza su función.

La competencia para conocer de este tipo de impugnaciones o acciones declarativas se atribuye a la Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Autónoma (art. 7 LJS) o a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional (art. 8 LJS), en función de que la decisión empresarial de los despidos colectivos extienda sus efectos a un ámbito territorial inferior-igual o superior al de una Comunidad Autónoma, lo que supone una gran novedad al quedar excluidos los Juzgados de lo Social.

La demanda deberá presentarse en el plazo de caducidad de veinte días desde la fecha del acuerdo alcanzado en el periodo de consultas o de la notificación a los representantes de los trabajadores de la decisión empresarial de despido colectivo. Para presentar la demanda no se exige el agotar ninguna de las formas de evitación del proceso, ni la conciliación administrativa o extrajudicial previa, ni la reclamación previa. Conviene recordar que el mes de agosto es hábil para este tipo de procedimientos, conforme a lo dispuesto en el artículo 43.4 LJS

La presentación de la demanda por los representantes de los trabajadores o por el empresario suspenderá el plazo de caducidad de la acción individual del despido. Si una vez iniciado el proceso por los representantes de los trabajadores se plantease demanda de oficio de conformidad con lo previsto en el artículo 148.b) de esta ley, se suspenderá éste hasta la resolución de aquél. En este supuesto la autoridad laboral estará legitimada para ser parte en el proceso incoado por los representantes de los trabajadores o el empresario. La sentencia, una vez firme, tiene eficacia de cosa juzgada sobre el proceso de oficio pendiente de resolución.

Este proceso tiene carácter urgente. La preferencia en la tramitación de estas demandas será absoluta sobre cualesquiera otros, salvo los de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas³⁰. Contra las resoluciones de tramitación que se dicten no cabrá recurso, salvo el de declaración inicial de incompetencia.

³⁰ BODAS MARTÍN, R.: "Modificaciones de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción social producidas por el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero", *op. cit.*, pág. 442: "Sin embargo, la preferencia queda en entredicho, puesto que la citación para el acto del juicio se producirá dentro de los quince días siguientes al décimo día hábil para interponer la demanda, conforme al artículo 124.8 LRJS, lo que supone, en la práctica, que el señalamiento puede hacerse regularmente hasta el cuarenta y cinco día hábil después de la notificación de la decisión extintiva empresarial a los representantes de los trabajadores al finalizar el periodo de consultas".

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 periodo 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 (apremios pecuniarios y multas coercitivas), 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. En la misma resolución de admisión a trámite, el secretario judicial señalará el día y la hora en que haya de tener lugar la celebración del acto del juicio, que deberá tener lugar en única convocatoria dentro de los quince días siguientes a la admisión a trámite de la demanda. 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 y realizará sobre la decisión extintiva alguno de estos tres pronunciamientos:

A) Ajustada a derecho, que se declarará cuando el empresario hubiere cumplido lo previsto en los artículos 51.2 o 51.7 ET, —es decir cuando hubiere realizado el periodo de consultas y entregado la documentación prevista— y cuando, además, hubiere acreditado la concurrencia de la causa legal esgrimida. Para tal declaración se exige, pues, un triple requisito acumulativo: transparencia informativa plena, regularidad procedimental y acreditación de la causa alegada.

B) No ajustada a derecho, que se declarará cuando no hubiere acreditado la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación extintiva.

C) Nulidad, que se declarará cuando no hubiese realizado el periodo de consultas o entregado la documentación prevista en el art. 51.2 ET³¹, o no hubiera obtenido autorización judicial del juez de concurso en los supuestos en que esté legalmente prevista, así como cuando la decisión extintiva se hubiese efectuado en vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas.

³¹ La STSJ de Cataluña, 23 de mayo de 2012, Demanda nº 10/2012 declara la nulidad de la decisión extintiva al concurrir dos de las causas previstas en el art. 51. 11 ET:

1. "Fraude en la decisión extintiva por cuanto el empresario real, el grupo de empresas en el que está integrada la empleadora demandada, ha escondido fraudulentamente su auténtica dimensión empresarial, viciando con ello irremisiblemente todo el proceso de despido colectivo desde su momento inicial, al desenvolverse el mismo en un marco mucho más reducido que aquel que correspondía, con la clara y obvia intención de poder acreditar en tal marco la concurrencia de la causa objetiva invocada. El fraude en la necesaria y correcta identificación del empresario al inicio del proceso ha contaminado, indefectible y necesariamente, el acto extintivo ejercido.

2. Como consecuencia de ello, ni la documentación facilitada a los representantes, ni el objeto de la consulta se ha podido ajustar a las exigencias del art. 51.2 ET y del artículo 2.3 de la Directiva 98/59/CE, de 20 de julio). En efecto, la documentación entregada y por lo tanto los elementos fácticos sobre los que descansa la concurrencia de la causa adolecen de la no consideración de las circunstancias reales en las que se encuentra el conjunto de empresa que constituyen el grupo a efectos laborales, sin que por tanto conforme a las exigencias dispuestas en el artículo 51.2.a) del Estatuto de los Trabajadores.

El efecto que conlleva la calificación de ajustada a derecho es la convalidación de la decisión extintiva, y los trabajadores tendrán derecho a la indemnización prevista en el art. 53.1.b) ET de veinte días de salario por año de servicio o la superior en su caso pactada, consolidándola en caso de haberla recibido; además se entenderán en situación legal de desempleo, según lo dispuesto el número 1.a) del apartado 1 del artículo 208 LGSS (conforme a la redacción dada por la Disposición Final Quinta de la ley 3/2012). Dicha situación legal de desempleo se acreditará, según Disposición Final sexta de la Ley 3/2012, mediante: a) comunicación escrita del empresario al trabajador en los términos establecidos en el art. 51. La causa y fecha de efectos de la situación legal de desempleo deberá figurar en el certificado de empresa considerándose documento válido para su acreditación. La fecha de efectos de la situación legal de desempleo indicada en el certificado de empresa habrá de ser en todo caso coincidente o posterior a la fecha en que se comunique por la autoridad laboral a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo la decisión empresarial por la que se acuerda el despido colectivo; b) El acta de conciliación judicial o la resolución judicial.

Por su parte, la declaración de no ajustada a derecho por no haber acreditado la concurrencia de la causa legal invocada no tiene previsto efecto alguno en la ley. No obstante, y a pesar del silencio del legislador, los efectos derivados bien podrían ser las del despido improcedente: en cuyo caso, el empresario podría optar entre la readmisión del trabajador (con devolución de la indemnización, de haberla percibido) o el abono de la superior indemnización de 33 días de salario por año de servicio con un máximo de 24 mensualidades, descontando de la cuantía la indemnización ya percibida.

En el supuesto de que la decisión extintiva se calificara como nula, la sentencia declarará el derecho de los trabajadores afectados a la reincorporación a su puesto de trabajo, de conformidad con lo previsto en los apartados 2 y 3 del artículo 123 de la LJS. Adviértase que esta declaración de nulidad puede producirse, bien por razones formales o procedimentales, bien por razones de fondo, bien por vulneración de derechos fundamentales. Así, mientras en los demás supuestos de despido, la declaración de nulidad se ha ido restringiendo, hasta quedar prácticamente circunscrito a los supuestos de vulneración de derechos fundamentales, en el despido colectivo por causas empresariales ex art. 51 ET se extiende inclusive a supuestos de infracciones de deberes de información o defectos procedimentales, con lo que un incumplimiento de las obligaciones del art. 51.2 o 51.7 ET puede dar lugar a la readmisión forzosa de los trabajadores despedidos colectivamente.

Una vez firme la sentencia, se notificará a quienes hubieran sido parte y a los trabajadores que pudieran resultar afectados por el despido colectivo que hubiesen puesto en conocimiento del órgano judicial un domicilio a efectos de notificaciones. Asimismo se notificará para su conocimiento a la autoridad laboral, la entidad gestora de las prestaciones de desempleo y la Administración de la Seguridad Social cuando no hubieran sido parte en el proceso.

3. El periodo de consultas, que según la Directiva 98/59 debe versar como mínimo sobre la consulta a los representantes de los trabajadores con vistas a llegar a un acuerdo, no se ha podido sustentar sobre bases sólidas, al existir un desacuerdo de los trabajadores en cuanto a la documentación entregada y así manifestado en el escrito remitido a la autoridad laboral y a la inspección de trabajo sin que por la empresa se haya subsanado dicha deficiencia con la entrega de la documentación del grupo de empresas que le era reclamada, persistiendo en su resistencia en la determinación de la condición de empresario real a todas las empresas del grupo”

Asimismo, aplicando una doctrina parecida y muy contundente, en un supuesto de existencia de grupo empresarial, la STSJ de Madrid de 30 de mayo de 2012, Dem. Nº 17/2012, declara nula la decisión extintiva por notable insuficiencia de la memoria explicativa, tanto en sus causas como en la exposición de la situación que la justifica, al limitarse a una mera alegación y descripción general.

Las sentencias dictadas por los referidos órganos judiciales serán recurribles en casación ordinaria, lo que permitirá la “creación de doctrina jurisprudencial”³², superando, así, los rigurosos requisitos formales de acceso a la casación unificadora, en particular la necesaria identidad de las sentencias de contraste.

X. IMPUGNACIÓN INDIVIDUAL DE LA DECISIÓN EMPRESARIAL DE DESPIDO

Con independencia de que la decisión colectiva resulte o no impugnada a través de la modalidad procesal anterior, el trabajador afectado podrá impugnar jurisdiccionalmente de forma individual la decisión empresarial extintiva, conforme a lo dispuesto en el art. 124. 11 LJS.

Esta impugnación judicial de su propio despido, se tramitará a través del procedimiento de “extinción del contrato por causas objetivas” de los artículos 120 a 123 de la LJS con las especialidades establecidas en el art. 124 LJS. En este procedimiento, el trabajador podrá plantear no solo cuestiones específicas de su despido individual, (señaladamente, defectuosa comunicación, no puesta a disposición de la indemnización, error de cálculo inexcusable) sino también cuestiones relacionadas con la decisión extintiva colectiva; a saber: la no concurrencia de la causa de la decisión extintiva, la irregularidad del procedimiento de la medida colectiva e incluso el carácter discriminatorio, o preferencias atribuidas a determinados trabajadores. Y ello aun cuando hubiera habido acuerdo

La competencia en este caso es de los Juzgados de lo Social. La presentación de la demanda está sujeta al plazo de caducidad de los veinte días a contar desde la fecha de efectos de la notificación del despido y requiere el agotamiento de los trámites preprocesales previos de conciliación o reclamación administrativa previa.

En cuanto a legitimación pasiva, el apartado 11 del art. 51 ET dispone que cuando el objeto del debate verse sobre preferencias atribuidas a determinados trabajadores, éstos también deberán ser demandados. Asimismo, obliga a que cuando la medida extintiva cuente con la conformidad de los representantes de los trabajadores, sean éstos demandados, siempre que no se haya impugnado colectivamente la decisión extintiva por los representantes de los trabajadores no firmantes del acuerdo.

La demanda del trabajador puede dar lugar a una de las tres posibles declaraciones previstas para el despido objetivo en el art. 53.4 ET:

- A) La procedencia cuando, además de cumplirse los requisitos formales, el empresario acredite la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación.
- B) La improcedencia cuando no se acredite la causa o no se hubieren cumplido los requisitos formales específicos del despido objetivo establecidos en el art. 53.1 ET
- C) La nulidad, puede resultar de dos tipos de motivos: a) los específicos vinculados al despido colectivo: cuando el empresario no haya realizado el periodo de consultas o entregado la documentación prevista en el art. 51.2 ET o no haya respetado el procedimiento establecido en el art. 51.7 ET, o cuando se hubiera obtenido la autorización judicial del concurso, en los supuestos en que está legalmente prevista. b) los genéricos de la modalidad de despido objetivo recogidos en el art. 122.2 LJS: discriminación, vulneración de derechos fundamentales.

Las sentencias dictadas por los Juzgados de lo Social serán susceptibles de recurso de suplicación ante la correspondiente Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de C. A.

³² BLASCO PELLICER, A.: “La extinción del contrato de trabajo en el RDL 3/2012: aspectos sustantivos, procesales y de Seguridad Social”, cit., pág 198

XI. REGLAS DE RELACIÓN ENTRE LA IMPUGNACIÓN COLECTIVA Y LA IMPUGNACIÓN INDIVIDUAL

Teniendo en cuenta el posible ejercicio simultáneo de la demanda de oficio y de acciones colectivas y de acciones individuales contra las decisiones extintivas del empresario, procede plantearse cuáles han de ser los criterios de relación o las reglas que han de determinar las preferencias entre las mismas.

En primer lugar, es necesario aludir a la relación entre la demanda de oficio de conformidad con el art. 148.b) LJS y la impugnación colectiva ex art. 124 LJS. El RD-ley 3/2012 no había previsto los posibles efectos de una hipotética tramitación paralela por la autoridad laboral y por los representantes de los trabajadores. Sin embargo, el nuevo texto legal aprobado finalmente en el Congreso ha venido a corregir esa laguna, concediendo prioridad al proceso iniciado por los representantes de los trabajadores y legitimando a la autoridad laboral para ser parte en el proceso incoado por los representantes. En tal sentido, dispone el nuevo apartado 7 del art. 124 LJS que “la sentencia, una vez firme, tendrá eficacia de cosa juzgada sobre el proceso de oficio pendiente de resolución”. De todas formas, no parece una solución plausible para todos los supuestos; pues, si bien es razonable cuando en ambos procesos se impugna una misma cuestión relativa al fraude, dolo coacción o abuso de derecho, no es entendible cuando se plantean cosas distintas, así cuando por vía del art. 148.b) LJS se ponen en cuestión los referidos vicios de consentimiento y por el cauce del art. 124 LJS, por ejemplo, la no concurrencia de la causa; en tal caso, aunque se llegase a acreditar la causa invocada, debería analizarse en el proceso de oficio si, no obstante la concurrencia de la causa, la medida empresarial se efectuó en fraude de ley, dolo, coacción o abuso de derecho.

Para evitar una posible demora en la resolución de la impugnación colectiva ex art. 124 LJS, otra alternativa a la solución legal prevista sería la acumulación de la demanda de oficio y la demanda de despido colectivo. El art. 30.1 LJS contempla la posibilidad de acumulación, bien de oficio o bien a instancia de parte, de procesos que estuviesen pendientes en el mismo o distinto juzgado o tribunal cuando entre los objetos de los procesos cuya acumulación se pretende exista tal conexión que, de seguirse por separado, pudieran dictarse sentencias con pronunciamientos o fundamentos contradictorios, incompatibles o mutuamente excluyentes.

Como segundo supuesto de incidencia, debe contemplarse la activación coincidente del procedimiento impugnación colectiva por los representantes legales de los trabajadores y de las impugnaciones individuales por los trabajadores afectados por el despido colectivo, pues la interposición de la demanda colectiva no impide a los trabajadores afectados por los despidos individuales demandar también contra su propio despido. En este caso la ley establece que los procesos individuales se suspenderán hasta la resolución de la demanda formulada por los representantes de los trabajadores y que una vez firme tendrá eficacia de cosa juzgada sobre el proceso individual [apartado 11.b) del art. 124 LJS]. Tiene toda lógica la solución legal adoptada, “en cuanto que materialmente, la decisión colectiva constituye presupuesto ineludible de los despidos particulares”³³. Las extinciones individuales deben correr la misma suerte que los despidos colectivos. Pero, también aquí hay que puntualizar, pues, si bien tiene sentido la paralización, no tanto la extensión de los efectos de cosa juzgada, porque tales efectos se producirán si hay coincidencia en el objeto de ambos procesos; los efectos de la declaración de ajustada a derecho por haber quedado acreditada la causa, no deberían impedir que siga adelante el proceso individual de despido objetivo, si lo que se cuestiona es la nulidad por irregularidades procedimentales en consultas o la improcedencia por no haber cumplido los requisitos formales específicos del despido objetivo.

³³ BLASCO PELLICER, A.: “La extinción del contrato de trabajo en el RDL 3/2012: aspectos sustantivos, procesales y de Seguridad Social”, cit., pág. 204

Por último, es preciso hacer referencia a la posibilidad de relación entre la acción declarativa del empresario ex art. 124 LJS y el proceso individual del trabajador ex arts 120 y ss LJS. También aquí la regla incorporada tras la revisión en el Congreso (nuevo apartado 3 del art. 124 LJS), bien que de forma implícita, es la de la paralización de los procesos individuales mientras se tramita el proceso declarativo, pues, según reza el precepto, “la sentencia que se dicte tendrá naturaleza declarativa y producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales en los términos del apartado 5 del artículo 160” de la LJS. Los referidos efectos de cosa juzgada solo caben si los procesos individuales quedan en suspenso. No obstante, una vez declarada plenamente ajustada a derecho, no se excluye que la demanda individual siga adelante por incumplimiento específico de los requisitos específicos del art. 53.1 ET o por no respetar la prioridad de permanencia. Y es que el objeto sobre el que versen puede no ser idéntico: la decisión individual puede ser combatida por otros motivos distintos de la decisión colectiva.