

ALEJANDRO MUROS POLO

**EL DESPIDO COLECTIVO
EN UN CONTEXTO DE
TRANSFORMACIÓN
PERMANENTE**

Prólogo de:

José Luis Monereo Pérez y Belén del Mar López Insua

Editorial

JOSE MIGUEL ORTIZ ORTIZ
DIRECTOR EDITORIAL

Consejo Editorial

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA
DIRECTOR GENERAL DE PUBLICACIONES
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia. Magistrado (Supl.) del Tribunal Superior de Justicia de Murcia

JOSÉ LUJÁN ALCARAZ
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada. Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social

MARÍA NIEVES MORENO VIDA
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada

CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla

Consejo Científico

JAIME CABEZA PEREIRO
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Vigo

FAUSTINO CAVAS MARTÍNEZ
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia

MARÍA TERESA DÍAZ AZNARTE
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada

JUAN JOSÉ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León

JESÚS MARTÍNEZ GIRÓN
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de A Coruña

CAROLINA MARTÍNEZ MORENO
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo

JESÚS MERCADER UGUINA
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III

ANTONIO OJEDA AVILÉS
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla

MARGARITA RAMOS QUINTANA
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de La Laguna

PILAR RIVAS VALLEJO
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona

SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León

CARMEN SÁEZ LARA
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Córdoba

ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO
Magistrado del Tribunal Supremo. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (exc.)

ARÁNTZAZU VICENTE PALACIO
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaume I

Consejo Colección Trabajos de Investigación

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA
DIRECTORA
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada. Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia. Magistrado (Supl.) del Tribunal Superior de Justicia de Murcia

MARÍA DEL CARMEN SALCEDO BELTRÁN
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia

ALEJANDRO MUROS POLO

EL DESPIDO COLECTIVO EN UN CONTEXTO DE TRANSFORMACIÓN PERMANENTE

Obra integrada en el Grupo PAIDI SEJ 184 «Derecho del Trabajo, Relaciones Laborales y Seguridad Social», Junta de Andalucía, dentro del Plan Andaluz de Investigación, Desarrollo e Innovación. Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada



**UNIVERSIDAD
DE GRANADA**



PAIDI2020
PLAN ANDALUZ
DE INVESTIGACIÓN,
DESARROLLO E INNOVACIÓN

Edita:

Ediciones Laborum, S.L.
Avda. Gutiérrez Mellado, 9 - Planta 3ª, Oficina 21
30008 Murcia
Tel.: 968 24 10 97
E-mail: laborum@laborum.es
www.laborum.es

1.ª Edición,  Ediciones Laborum S.L., 2024

ISBN: 978-84-10262-01-0

© Copyright de la edición, Ediciones Laborum, 2024

© Copyright del texto, Alejandro Muros Polo, 2024

Ediciones Laborum, S.L. no comparte necesariamente los criterios manifestados por los autores en el trabajo publicado.

La información contenida en esta publicación constituye únicamente, y salvo error u omisión involuntarios, la opinión de su autor con arreglo a su leal saber y entender, opinión que subordinan tanto a los criterios que la jurisprudencia establezca, como a cualquier otro criterio mejor fundado.

Ni el editor, ni el autor, pueden responsabilizarse de las consecuencias, favorables o desfavorables, de actuaciones basadas en las opiniones o informaciones contenidas en esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.

Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 o 93 272 04 45).

*A mi maestro, el profesor Monereo Pérez,
por su incalculable generosidad intelectual y personal.*

*A mi codirectora, la profesora López Insua,
por ser fuente constante de inspiración e ilusión.*

ÍNDICE

Prólogo	13
Introducción.....	21

PARTE I. REESTRUCTURACIONES EMPRESARIALES Y DESPIDO COLECTIVO EN UNA SOCIEDAD EN CONSTANTE TRANSFORMACIÓN

Capítulo 1. El conflicto de intereses entre empresa y trabajadores en las reestructuraciones empresariales como problema a resolver: los distintos modelos de flexibilidad	33
Capítulo 2. Los mecanismos de reestructuración empresarial en el pasado, presente y futuro.....	39
2.1. La progresiva flexibilización del despido como vía de salida a las sucesivas crisis	39
2.2. La respuesta a la crisis de la COVID-19: el renovado protagonismo de la flexibilidad interna frente al despido	44
2.3. La Reforma Laboral de 2021 en materia de reestructuración empresarial ¿y del despido?.....	50
2.3.1. Vigorización de la suspensión del contrato y la reducción de jornada ante crisis empresariales.....	50
2.3.2. La ausencia de preferencia legal de medidas de flexibilidad interna frente al despido	52
2.4. Las reestructuraciones empresariales ante la doble transición digital y verde y el reto demográfico	56
Capítulo 3. El despido colectivo y las reestructuraciones socialmente responsables. Una nueva respuesta ante los retos emergentes.....	65

PARTE II. EL SISTEMA INTERNACIONAL DE GARANTÍAS MULTINIVEL DEL DESPIDO COLECTIVO. UNA MIRADA A LA REGULACIÓN ITALIANA

Capítulo 1. La Organización Internacional del Trabajo y su principal normativa en materia de despido.....	77

Capítulo 2. La Carta Social Europea Revisada del Consejo de Europa como fuente de garantías reforzadas	83
2.1. Breve aproximación a la Carta Social Europea como instrumento normativo del Consejo de Europa	83
2.2. La protección frente al despido sin justa causa en la Carta Social Europea Revisada. Un repaso por la interpretación del Comité Europeo de Derechos Sociales	85
2.2.1. El sistema legal español de reparación del despido injustificado y su compatibilidad con la doctrina del CEDS	95
2.2.2. El control de convencionalidad en la aplicación de la protección de la CSEr frente al despido sin justa causa	98
2.2.3. Valoración final	102
2.3. El procedimiento de despido colectivo en la Carta Social Europea Revisada	105
Capítulo 3. El Derecho Social Comunitario sobre despidos colectivos como eje del modelo normativo	109
3.1. El Derecho primario de la Unión Europea: la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea	109
3.2. La piedra angular de la regulación del despido colectivo: la Directiva 98/59/CE	111
3.2.1. El recorrido histórico de la regulación comunitaria sobre despido colectivo y su sentido político-jurídico	111
3.2.2. Elementos delimitadores del despido colectivo en la Unión Europea	114
A) Elemento cualitativo	114
B) Elemento cuantitativo-temporal	121
3.2.3. El procedimiento de despido colectivo en la Directiva comunitaria	123
A) Las consultas con los representantes de los trabajadores y el deber de información	124
B) El papel de la autoridad pública en la regulación comunitaria	128
C) Autorización administrativa para proceder al despido colectivo	131
3.3. El principio de interpretación conforme en el Derecho Social Comunitario	139
Capítulo 4. El despido colectivo en el ordenamiento jurídico italiano	145
4.1. Configuración legal del procedimiento “común” de despido colectivo en Italia	145
4.1.1. El marco legal: la <i>Legge</i> 223/1991	145
4.1.2. Delimitación del concepto de despido colectivo: supuestos de hecho y requisitos	146
4.1.3. Las fases del procedimiento de despido colectivo: inicio, desarrollo y desenlace	150
4.1.4. Mecanismos de tutela judicial del despido colectivo tras las diferentes reformas	156
4.2. El nuevo procedimiento italiano de despido colectivo pretendidamente denominado “anti-deslocalizaciones”	160
4.2.1. Elementos configuradores	161
4.2.2. Las fases del “pre-procedimiento” de despido colectivo para grandes empresas: el reforzamiento de la reestructuración socialmente responsable	163

PARTE III. EL DESPIDO COLECTIVO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Capítulo 1. Desarrollo histórico-normativo del despido colectivo en el Derecho español.....	171
Capítulo 2. El concepto de despido colectivo y sus elementos constitutivos: sentido y alcance.....	185
2.1. A modo de tratamiento preliminar	185
2.2. Elemento cuantitativo-numérico.....	188
2.2.1. Escala legal de despidos y otros supuestos incluidos en el despido colectivo: el despido por cierre y cese de empresa.....	188
2.2.2. Despidos individuales o plurales y su diferenciación con el despido colectivo	196
2.2.3. El concepto comunitario de trabajador y de plantilla computable a efectos de la aplicación de la Directiva 98/59. Su traslado al Derecho interno ...	198
A) Consejeros o administradores de sociedades: posibles fricciones con la “doctrina del vínculo”.....	201
B) Los “becarios” y su compatibilidad con el Derecho interno	208
C) Trabajadores temporales y su inclusión en la plantilla “habitualmente” empleada.....	215
2.2.4. El encaje del concepto comunitario de despido en la regulación española.....	221
A) La prevalencia del número de despidos sobre la causa formal: el despido colectivo de hecho.....	221
B) La delimitación entre los despidos en sentido estricto y las extinciones asimiladas.....	223
C) Extinciones computables en el despido colectivo	229
D) Las extinciones no computables.....	239
2.3. Elemento temporal	240
2.3.1. Período de cómputo de 90 días y aproximación al problema jurídico-interpretativo	240
2.3.2. Interpretación judicial anterior a la doctrina <i>Marclean</i> del Tribunal de Justicia de la Unión Europea	242
2.3.3. El nuevo cómputo bidireccional y su acogimiento por los tribunales españoles	244
2.3.4. El mecanismo antifraude del art. 51.1 ET, último párrafo	251
2.4. Elemento causal.....	255
2.4.1. Las causas empresariales de despido.....	255
2.4.2. El control de razonabilidad elaborado por los Tribunales españoles	259
2.4.3. Las causas económicas	265
2.4.4. Las causas técnicas, organizativas o de producción.....	268
A) Las causas técnicas y el recurso al “despido tecnológico” ante la Cuarta Revolución Industrial.....	270
B) Las causas organizativas.....	277
C) Las causas productivas.....	280
2.4.5. El ámbito de afectación de las causas	283

Capítulo 3. Análisis del centro de imputación normativa: ¿empresa, centro de trabajo o grupo de empresas?	285
3.1. El centro de trabajo frente a la empresa en su conjunto: doctrina <i>Rabal Cañas</i> y problemas interpretativos.....	285
3.2. El grupo de empresas como empleadora en el despido colectivo	293
Capítulo 4. El procedimiento de despido colectivo: significación y régimen jurídico	307
4.1. La configuración general del procedimiento tras los últimos cambios normativos	307
4.2. El procedimiento de “consultas-negociación”: el fomento de la “flexibilidad negociada” en el despido colectivo.....	309
4.2.1. Actos previos y fase inicial del procedimiento de despido colectivo.....	309
A) Comunicación “fehaciente” de la intención de iniciar procedimiento de despido colectivo	309
B) La constitución de la comisión negociadora: el banco social y empresarial	314
C) Comunicación inicial de apertura del período de consultas y deberes informativos: la documentación del despido colectivo	333
D) La solicitud del informe a los representantes legales de los trabajadores.....	351
4.2.2. La fase central del procedimiento: el desarrollo del período de consultas-negociación	353
A) El contenido de las consultas y el deber de buena fe negocial	353
B) La duración de las consultas.....	361
C) La sustitución del período de consultas por mediación o arbitraje.....	364
D) Adopción y naturaleza jurídica del acuerdo.....	366
4.2.3. Los criterios de selección de los trabajadores afectados.....	371
A) Resumen de la principal doctrina jurisprudencial sobre los criterios de selección.....	371
B) La conformación y aplicación de los criterios de selección	375
4.2.4. La fase final del procedimiento de despido colectivo	385
A) Finalización de las consultas y comunicación final	385
B) La notificación individual de despido a las personas trabajadoras afectadas.....	389
4.3. La intervención de la Administración laboral en el procedimiento de despido colectivo.....	393
4.3.1. El papel de la autoridad laboral en el despido colectivo.....	393
A) La autoridad laboral competente	393
B) La autoridad laboral en el inicio del procedimiento de despido colectivo.....	396
C) La actuación de la autoridad laboral durante la fase de consulta-negociación.....	400
D) La actuación de la autoridad laboral tras la finalización del período de consultas	406
4.3.2. Las facultades de intervención de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.....	409

A) Asistencia y apoyo a la autoridad laboral por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social durante el procedimiento de consulta-negociación.....	409
B) El informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social tras la finalización de las consultas. Especial referencia al control de la causa	413
4.3.3. La vía electrónica para relacionarse con la Administración laboral.....	425

Capítulo 5. Especial referencia a las medidas sociales de acompañamiento y al plan de recolocación externa..... 427

5.1. El antiguo plan social o plan de acompañamiento social y su reformulación por la Reforma Laboral de 2012	427
5.2. El plan de recolocación externa obligatorio	431
5.2.1. Empresas obligadas a ofrecer un plan de recolocación externa	434
5.2.2. Agencias de recolocación.....	438
5.2.3. Contenido, duración e implementación del plan de recolocación externa.....	443
5.2.4. Los servicios públicos de empleo y la actividad de recolocación	449
5.3. Las medidas sociales de acompañamiento	454
5.3.1. Introducción	454
5.3.2. Tipología y clasificación de las MSA. Especial referencia a la indemnización y a la “monetización” de los despidos	455
5.3.3. La negociación de las medidas sociales de acompañamiento en el procedimiento de despido colectivo.....	462
A) Sobre la compatibilidad de la negociación de medidas de flexibilidad interna durante la fase de consulta-negociación del despido colectivo.....	462
B) Sobredimensionamiento inicial del despido colectivo, negociaciones individuales en masa y ausencia de buena fe negocial.....	464
C) El marco normativo y la efectiva negociación de las medidas sociales de acompañamiento	467
5.4. Control administrativo de las medidas sociales de acompañamiento y del plan de recolocación externa	470
5.5. Los tribunales en el control de la negociación de medidas sociales de acompañamiento y del plan de recolocación externa	479
5.6. Régimen de ayudas públicas en los procesos de reestructuración empresarial: una visión panorámica general	484
5.6.1. Ayudas para reestructuraciones sectoriales extraordinarias.....	484
5.6.2. Análisis de las ayudas previstas en los RRDD 908/2013 y 3/2014	486
5.6.3. Apoyo público para una transición digital y verde socialmente justa	494
5.6.4. Compatibilidad de las ayudas públicas con la libre competencia comunitaria.....	498

Capítulo 6. Los trabajadores maduros en el despido colectivo..... 503

6.1. Delimitación del problema: progresivo envejecimiento poblacional y sostenibilidad de la Seguridad Social	503
6.2. Las personas trabajadoras maduras como colectivo vulnerable en el mercado laboral.....	506
6.3. La expulsión de trabajadores maduros a través de operaciones de reestructuración empresarial como opción normalizada.....	509

6.4. Medidas que buscan desincentivar el despido colectivo de los trabajadores maduros	514
6.4.1. Problemática y aplicación de la denominada “aportación económica al Tesoro Público”	514
A) Requisitos para el nacimiento de la obligación	514
B) Determinación de la cuantía y destino de los fondos	517
C) Balance final	520
6.4.2. El convenio especial con la Seguridad Social	521
A) Sentido y alcance	521
B) Requisitos	523
C) Procedimiento de suscripción y consecuencias de su incumplimiento	527
D) El reparto de las cargas en el abono de las cuotas para financiar el convenio especial	532
E) Balance final	543
6.5. La jubilación forzosa como extinción del contrato de trabajo por razón de la edad tras la Ley 21/2021	544
6.5.1. Modalidad general	546
6.5.2. Modalidad excepcional	551
6.5.3. Régimen transitorio	556
6.5.4. Conclusiones en torno a la nueva regulación de la jubilación forzosa en los convenios colectivos	557
Capítulo 7. La obligación de notificación previa en supuestos de cierre de centros de trabajo con al menos 50 despidos (análisis de la D.A. 6ª RPDC)	561
Capítulo 8. La impugnación judicial del despido colectivo	571
8.1. Configuración general de las distintas vías de impugnación judicial: calificación y efectos	571
8.2. La impugnación por los representantes de los trabajadores	576
8.3. La impugnación por la propia empresa	579
8.4. La impugnación por la autoridad laboral	581
8.5. La impugnación individual por las personas trabajadoras afectadas	584
Conclusiones críticas y propuestas de <i>lege ferenda</i>	589
Bibliografía	613
Webgrafía	643

PRÓLOGO

“La adopción, en ocasión legislativa, de modelos institucionales-estructurales para procesalizar conflictos ha sido y es característica de los sistemas jurídicos occidentales. Obviamente, la procesalización del conflicto significa la absorción del conflicto en formas jurídicas preconstituidas; absorción que, además de ser técnica, es siempre también una “solución” política”.

GIOVANNI TARELLO¹

La figura del despido colectivo, a pesar de ser considerada una institución clásica, en tanto ha recibido la atención de la legislación, la doctrina y la jurisprudencia de forma reiterada a lo largo de las últimas décadas, queda lejos de ser un problema resuelto. Todavía no se han solucionado de forma satisfactoria muchas de las cuestiones problemáticas que se plantean respecto a la configuración y al régimen jurídico del despido colectivo, lo cual provoca que se trate de una institución jurídica sometida a continuos debates sociales, políticos, científicos e incluso judiciales. Razón por la cual, el despido colectivo posee los caracteres necesarios y suficientes para convertirse en objeto de estudio continuo, permanente y actual.

El elemento medular de esta problemática radica en la tendencia flexibilizadora y neoliberalizadora de las últimas reformas laborales, que han construido un modelo de regulación que favorece en la práctica jurídica preferentemente la expulsión de trabajadores en los supuestos de crisis y de reorganización del sistema productivo. La Reforma laboral de 2021, si bien apuesta por la utilización del ERTE o el Mecanismo RED tras la experiencia de la COVID-19, no ha modificado el modelo regulador del despido en general ni del despido colectivo en particular. Por ello, los problemas existentes en cuanto a la plena normalización jurídica del despido colectivo siguen aún vigentes. Ciertamente en el marco de la negociación colectiva “gestional” o participativa-comunicativa en que se materializa el procedimiento de consulta-negociación colectiva previsto *ex* artículo 51 del ET se pueden establecer medidas de flexibilidad interna elusivas de los despidos o encaminadas a reducir su incidencia numérica. Sin embargo,

¹ TARELLO, G.: “Política del Derecho del Trabajo”, en TARELLO, G.: *Cultura jurídica y política del Derecho*, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002, pág. 122.

esta “posibilidad” convencional no es suficiente para hacer realidad jurídica un modelo normativo de reorganización productiva que debe orientarse preferentemente hacia la flexibilidad interna y la reestructuración jurídica y socialmente responsable y negociada de las empresas en un mundo tan cambiante como el que impera en la coyuntura histórica actual. En este sentido la propia Directiva adolece también de un marco normativo insuficiente para el abordaje de una necesaria *normalización jurídica e institucional de los procesos de reestructuración colectivamente negociada*. Las exigencias de nuestro tiempo requieren también de un gran escultor creativo en el diseño de la política del Derecho no sólo en el ámbito nacional, sino también en el de la Unión Europea, dado que estamos ante una materia profundamente “*comunitarizada*”, como lo es la regulación normativa del instituto jurídico del despido colectivo.

Los retos para el empleo anudados a la Cuarta Revolución Industrial y a la transición ecológica también parecen reavivar la preocupación en torno a la utilización de esta medida extintiva traumática (preocupación no solo para los trabajadores, sino asimismo para el territorio afectado por la destrucción del tejido empresarial y para la propia sostenibilidad de la Seguridad Social). La empresa se inserta, así, en un entorno productivo cada vez más cambiante, competitivo e incierto a causa de los cambios estructurales que están por eclosionar. Todo ello en un panorama de progresivo envejecimiento poblacional, donde es absolutamente necesario proteger el empleo de los trabajadores maduros para garantizar, al menos en parte, el sostenimiento de las pensiones públicas.

Además, los frecuentes desencuentros entre la norma interna y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea son buena muestra de la deficiente transposición de la Directiva 98/59 que ha realizado el legislador español. La contradicción existente en materia causal, temporal, de extinciones computables o de centro de imputación normativa ha llevado a nuestro Tribunal Supremo a realizar interpretaciones forzadas para acomodar la legislación interna al sentido o efecto útil de la Directiva comunitaria ante la ausencia de una reforma del despido colectivo, generando incertidumbre e inseguridad jurídica entre los receptores y aplicadores de la norma.

A todas estas cuestiones esenciales y ciertamente problemáticas pretende ofrecer respuesta Alejandro Muros Polo, Profesor del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada, a través de un riguroso estudio técnico-jurídico y crítico, que culmina con unas valiosas propuestas de *lege ferenda*. La elección del tema, *El despido colectivo en un contexto de transformación permanente*, obedece a la necesidad de aportar una nueva solución a un asunto especialmente dotado de relevancia, actualidad y complejidad para el campo de estudio del *iuslaboralismo*.

Una vez defendida la idoneidad de la temática escogida por el Profesor Muros Polo, es necesario destacar qué objetivos se persiguen con este excelente trabajo de investigación:

En primer lugar, tal y como se ha indicado, lo que se busca es ofrecer un tratamiento técnico-jurídico y político de la figura extintiva del despido colectivo,

desde una perspectiva crítica y omnicomprensiva. Para ello, el autor, tras analizar desde un enfoque general el encuadramiento del despido colectivo en las reestructuraciones empresariales en una sociedad en transformación, desmenuza y detalla de forma exhaustiva las principales piezas que integran la regulación del despido colectivo tanto a nivel internacional como nacional (*grosso modo* los elementos constitutivos del concepto de despido colectivo y su “procedimentalización” jurídico-institucional), destacando, a su vez, cuáles son sus principales problemas interpretativos o de aplicación y cuáles son o deberían de ser sus soluciones de *lege data* o *ferenda*.

En segundo lugar, el motivo principal de la presente monografía es aportar las herramientas jurídicas suficientes, tras una revisión crítica del modelo, para alcanzar un mayor (o verdadero) equilibrio en la institución jurídica del despido colectivo que cumpla, efectivamente, con la lógica de la consulta-negociación del procedimiento de despido colectivo y que relegue, a su vez, al despido colectivo como una medida de *ultima ratio*. Como resalta el Profesor Muros Polo, la solución debe de encontrarse en el diseño de una preferencia legal de medidas de flexibilidad interna frente al despido y en la verdadera negociación de medidas alternativas o complementarias al despido colectivo durante las consultas, que vayan más allá de la simple indemnización o de la expulsión de trabajadores maduros.

En tercer lugar, otra de las finalidades de la obra aquí prologada es mejorar el encaje de la Directiva comunitaria –y su interpretación por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea– de despidos colectivos en la legislación nacional. En esta dirección, Alejandro Muros analiza cuáles vienen siendo los principales problemas de compatibilidad entre la norma interna y la comunitaria, así como expone qué respuestas se han elaborado por parte de la jurisprudencia y doctrina judicial, muchas veces forzadas ante la inacción del legislador. En este plano, el autor reflexiona sobre la necesidad de reformar la norma para mejorar su compatibilidad con el Derecho social comunitario y, para ello, recoge una serie de propuestas. Y ello buscando un equilibrio satisfactorio entre la racionalidad económica y la racionalidad social en los procedimientos de despido colectivo.

En definitiva, el objetivo último de este libro es aclarar el panorama legal, doctrinal y jurisprudencial, tanto nacional como internacional, del despido colectivo, intentando aportar soluciones concretas a los problemas que esta modalidad extintiva de la relación laboral genera, teniendo en cuenta los importantes (y traumáticos) efectos que despliega sobre las personas trabajadoras afectadas en particular y sobre el nivel de empleo, el territorio o la Seguridad Social en general.

Como se puede observar, la obra que el lector tiene ante sí desarrolla una rigurosa labor de recopilación y sistematización de datos normativos, de análisis de la situación existente, y de crítica y propuestas de reformas de viable realización, haciendo uso, por tanto, de una metodología sistematizadora, de una investigación de *lege data* o interpretativa, así como de una investigación de *lege ferenda* o reformadora en el plano de la política del Derecho.

En cuanto a la estructura interna de la monografía, cabe señalar que obedece a una sistematización científico jurídica impecable. Dicha estructuración se divide en una introducción y tres grandes partes, íntimamente relacionadas en una secuencia finalista. Cada una de ellas está dedicada a las “Reestructuraciones empresariales y despido colectivo en una sociedad en constante transformación”; a “El sistema internacional de garantías multinivel del despido colectivo. Una mirada a la regulación italiana” y, por último, a “El despido colectivo en el ordenamiento jurídico español”. La obra finaliza con unas conclusiones críticas y propuestas de *lege ferenda*, impregnadas por los objetivos anteriormente recogidos.

Sin ánimo de exhaustividad, la primera de las partes se subdivide en tres capítulos, cuyo contenido versa sobre: 1) “El conflicto de intereses entre empresa y trabajadores en las reestructuraciones empresariales como problema a resolver: los distintos modelos de flexibilidad”; 2) “Los mecanismos de reestructuración empresarial en el pasado, presente y futuro”; y 3) “El despido colectivo y las reestructuraciones socialmente responsables. Una nueva respuesta ante los retos emergentes”.

La parte II se divide en cuatro capítulos, los cuales se corresponden con: 1) “La Organización Internacional del Trabajo y su principal normativa en materia de despido”; 2) “La Carta Social Europea revisada del Consejo de Europa como fuente de garantías reforzadas”; 3) “El Derecho Social Comunitario sobre despidos colectivos como eje del modelo normativo”; y, en último lugar, 4) “El despido colectivo en el ordenamiento jurídico italiano”.

La parte III dedicada a “El despido colectivo en el ordenamiento jurídico español”, en cambio, se compone de ocho capítulos: 1) “Desarrollo histórico-normativo del despido colectivo en el Derecho español”; 2) “El concepto de despido colectivo y sus elementos constitutivos: sentido y alcance”; 3) “Análisis del centro de imputación normativa: ¿empresa, centro de trabajo o grupo de empresas?”; 4) “El procedimiento de despido colectivo: significación y régimen jurídico”; 5) “Especial referencia a las medidas sociales de acompañamiento y al plan de recolocación externa”; 6) “Los trabajadores maduros en el despido colectivo”; 7) “La obligación de notificación previa en los supuestos de cierre de centros de trabajo con al menos 50 despidos (análisis de la D.A. 6ª RPDC)”; y 8) “La impugnación judicial del despido colectivo”.

Es en esta última parte donde reside la mayor parte del trabajo de investigación, ya que, como se puede observar, a lo largo de sus más de cuatrocientas páginas es aquí donde se analizan de forma detallada y minuciosa los principales elementos configuradores del despido colectivo y de su procedimiento de consultas-negociación. De destacar es que se aborde de forma rigurosa y unitaria la institución jurídica del despido colectivo de principio a fin: desde su desarrollo histórico-normativo; sus elementos constitutivos; el centro de imputación normativa; las diferentes y numerosas actuaciones que se incluyen en el procedimiento de despido colectivo tanto desde la perspectiva de la empresa, del banco social o bien del poder público; las medidas sociales de acompañamiento; el plan de recolocación externa; los trabajadores maduros

en el despido colectivo; la nueva obligación de notificación previa en supuestos de cierre o la impugnación judicial del despido colectivo.

Llegados a este punto, es necesario destacar cuáles son las aportaciones fundamentales o más relevantes que hacen de esta monografía un producto valioso en el mercado editorial:

Por un lado, resulta ciertamente novedoso que un estudio del régimen jurídico del despido colectivo incluya una llamada de atención a la reestructuración jurídica y socialmente responsable no solo para hacer frente a los peligros “tradicionales” para el empleo, sino también respecto a los nuevos retos emergentes desplegados por la transición digital y verde, así como por el progresivo envejecimiento poblacional. El desequilibrio existente en el modelo regulador del despido, que prima la expulsión de trabajadores ante crisis empresariales u operaciones de reestructuración empresarial, necesita de un replanteamiento para alcanzar salidas que maximicen los intereses de las partes en conflicto a través de una originalmente identificable y conocida como “flexiseguridad negociada ofensiva”. Es necesario que todos los agentes implicados en el conflicto (empresa, trabajadores y Administración) intervengan para negociar y encontrar soluciones equilibradas, preventivas, proactivas y ofensivas, en el sentido de que exista una programación y acompañamiento, en especial desde lo público, para que la medida más traumática, en este caso el despido colectivo, sea la medida a adoptar en última instancia en las operaciones de reestructuración. El autor apuesta, así, por la implantación de un modelo de competitividad basado en la calidad del empleo, en la calidad del producto y en la innovación, así como en el reclamo preferente de las medidas de flexibilidad interna negociada, más aún tras los retos que plantea la Cuarta Revolución Industrial, el cambio climático o la inversión de la pirámide poblacional.

Entre los elementos relevantes (y diferenciadores) de la presente monografía se sitúa la utilización de la perspectiva internacional en el abordaje de la institución jurídica del despido colectivo. En concreto, el Profesor Alejandro Muros Polo, conocedor del sistema internacional de garantías multinivel, parte de la regulación prevista en el seno de la OIT, del Consejo de Europa y de la Unión Europea para realizar un estudio técnico-jurídico de esta figura extintiva en un sentido omnicompreensivo, que comprenda sus distintas fuentes reguladoras.

Destaca el análisis que realiza en el plano internacional de la protección frente al despido sin justa causa, como derecho social de desmercantilización relativa del trabajo. El autor recoge, así, la normativa prevista tanto en el Convenio 158 de la OIT como en la Carta Social Europea revisada y, de un modo exhaustivo, detalla la doctrina elaborada por el Comité Europeo de Derechos Sociales, órgano de interpretación auténtica de la Carta, en cuanto a la configuración de la reparación apropiada o la indemnización reparativa o disuasoria frente al despido injustificado. Alejandro Muros Polo se ocupa de analizar la compatibilidad de esta doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales con el sistema tasado indemnizatorio español, el control de convencionalidad realizado por los tribunales españoles, así como vierte una serie de conclusiones críticas y

propositivas que son ciertamente útiles a la espera de la resolución de las reclamaciones colectivas planteadas por UGT y CC.OO.

El estudio detallado del Derecho Social comunitario en materia de despidos colectivos también supone una aportación fundamental en la presente obra. El autor, tras desgarnar de la mano de la jurisprudencia del TJUE la Directiva 98/59 en materia de elementos delimitadores y de la “procedimentalización” del despido colectivo, traslada estas consideraciones a la regulación interna para mostrar cuáles son los problemas interpretativos o de desajuste más importantes que se producen entre ambos niveles. En este sentido, destaca la labor que realiza el Profesor Muros Polo para sintetizar cuáles han sido las respuestas que se han dado a estos conflictos por parte de la jurisprudencia interna, incluso aportando soluciones o interpretaciones alternativas en cuestiones novedosas en cuanto a extinciones computables, a la relación del plazo de caducidad de la acción de despido con el cómputo bidireccional del elemento temporal o bien en cuanto al centro de trabajo como centro de imputación normativa.

La mirada a la regulación italiana de despido colectivo que realiza Alejandro Muros, a modo de estudio de Derecho comparado, enriquece asimismo enormemente el trabajo de investigación y lo distingue de otras obras destinadas a la misma materia. El estudio comparado de la regulación del despido colectivo entre España e Italia es de suma importancia, habida cuenta de que permite al autor elaborar una crítica al modelo nacional vigente más fundamentada, detectando sus deficiencias respecto al Derecho italiano, así como permite elaborar unas proposiciones de *lege ferenda* más asentadas sobre la base de la experiencia itálica.

Por otro lado, la flamante monografía aquí prologada también incluye las últimas modificaciones normativas que se han introducido en la regulación del despido colectivo. Estas últimas novedades, analizadas por Alejandro Muros, buscan reforzar la intervención administrativa del despido colectivo, sin llegar a reponer la autorización administrativa suprimida por la Reforma laboral de la Ley 3/2012. En efecto, a lo largo de la obra se realiza un estudio de la modificación del informe de la ITSS por la Ley 3/2023 de Empleo, en cuanto a la recuperación legal del pronunciamiento sobre las causas para despedir, así como de otras novedades introducidas por el Real Decreto 608/2023 en materia de notificación del informe a las partes o de la creación de una nueva obligación de notificación previa en supuestos de cierre con al menos 50 despidos. En palabras del autor, si bien esta última obligación procedimental está plagada de deficiencias necesarias de subsanar, también resulta obligado indicar que esta medida pretende equilibrar en mayor medida el modelo descompensado de despido colectivo y puede ser la antesala de otros procedimientos más exigentes en situaciones de cierta gravedad.

El autor, de igual modo, reflexiona en un apartado específico en cuanto a la regulación de las medidas sociales de acompañamiento y del plan de recolocación externa. Es bien conocido que la utilización de estas medidas alternativas o complementarias al despido colectivo no tienen el éxito que merecen en el panorama jurídico-laboral español, ya que este se centra sobre todo en la expulsión de los

trabajadores ante situaciones de crisis. Alejandro Muros, como conocedor de la materia, elabora un diagnóstico certero de esta situación, situando sus causas en la inexistencia de preferencia legal de medidas de flexibilidad interna frente al despido; en la falta de obligación empresarial generalizada a la hora de proponer un plan social en la comunicación inicial; en la escasa duración de las consultas; o en las facultades de intervención ciertamente débiles que ostenta la Administración laboral. Además, el Profesor Muros Polo lleva a cabo un estudio detallado de la regulación del plan de recolocación externa obligatorio, el cual se ha convertido en una medida ineficaz o de mero cumplimiento formal ante la ausencia de garantías que refuercen su verdadero papel. Sobre esta postura crítica se permite elaborar una conclusiones y propuestas de *lege ferenda* valientes, pero que caminan en la idea de garantizar el verdadero sentido de la consulta-negociación colectiva gestional o comunicativa: evitar, reducir o mitigar (buscando alternativas de flexibilidad interna negociada) los efectos del despido colectivo.

Otro de los elementos que destacan de la presente monografía es el tratamiento específico que se ofrece respecto a las personas trabajadoras maduras en los procedimientos de reestructuración y de despido colectivo, quienes son con frecuencia objeto de expulsiones preferentes y prematuras. En efecto, el Alejandro Muros no es indiferente a esta problemática, la cual genera problemas en materia de sostenibilidad de las pensiones públicas e incluso de discriminación por razón de edad. La utilización de esta medida estrella, sobre todo en forma de prejubilaciones o de bajas voluntarias incentivadas, cuando no directamente la selección de trabajadores maduros junto con la prestación de mejoras voluntarias, ha puesto en alerta al legislador, quien ha diseñado dos mecanismos para desincentivar la expulsión de trabajadores maduros en los despidos colectivos (el convenio especial con la Seguridad Social y la aportación económica al Tesoro Público). El presente trabajo de investigación también brinda un estudio detallado de sendos mecanismos, resaltando sus luces y sombras, al igual que deja la puerta abierta a otras medidas que pueden llegar a ser más efectivas en cuanto a la finalidad de proteger el empleo maduro.

En síntesis, con esta obra se viene a cubrir los escasos trabajos que de un modo actualizado, exclusivo y omnicompreensivo se dedican monográficamente al tratamiento de la institución jurídica de despido colectivo, aportando elementos innovadores como la referencia a la reestructuración jurídica y socialmente responsable, la visión del sistema internacional de garantías multinivel, la relación del despido con la Reforma Laboral de 2021 y con otros procedimientos novedosos, como la obligación de notificación previa en supuestos de cierre, prevista en la disposición adicional sexta del Reglamento de despidos colectivos.

Cabe señalar que a lo largo del desarrollo de esta obra se ha utilizado una extensa y actualizada bibliografía conformada por autores de reconocido prestigio tanto nacionales como internacionales. Además, la consulta y sistematización de la principal jurisprudencia interna y comunitaria hace que se trate de una obra enormemente útil para cualquier persona que se quiera acercar a la figura del despido colectivo. Debe destacarse, a su vez, la calidad argumentativa de Alejandro Muros en esta compleja

materia tan problemática y controvertida, lo cual constituye prueba del “buen hacer” alcanzado en este trabajo.

Para finalizar, desde estos planteamientos generales y en plena relación con el contenido de esta monografía, la obra que tiene el lector en sus manos presenta unas dimensiones sin duda cuantitativas pero también cualitativas de un tema jurídicamente relevante, no solo en la teoría, sino también en la práctica jurídica y, en definitiva, actual y trascendente para el ámbito jurídico-laboral español. Como se ha tenido ocasión de observar, nos encontramos ante una relevante e imprescindible obra que cubre de principio a fin, y de manera actualizada, la normativa, la doctrina y la jurisprudencia de la vigente configuración y régimen jurídico del despido colectivo, motivo por el cual, se recomienda sin lugar a duda su atenta lectura. Así, este libro pretende representar un elemento innovador en el mercado editorial en la reflexión sobre el sentido y alcance del despido colectivo y sobre el papel que debe de desempeñar tal figura extintiva en un entorno productivo cada vez más cambiante, competitivo e incierto a causa del cambio tecnológico, ecológico y el progresivo envejecimiento poblacional.

Destacar y señalar por último, pero no menos importante, que este referente bibliográfico se inserta en la prestigiosa editorial Laborum, la cual, ha puesto, como siempre, el empeño necesario para que este libro vea la luz en las mejores condiciones posibles.

Con todo, animamos al lector a la lectura atenta de este excelente y oportuno libro, en el cual encontrará un análisis técnicamente riguroso del Derecho vigente del despido colectivo, así como también hallará soluciones razonables de política del Derecho para su mejora en una lógica de equilibrio garantista entre los derechos e intereses en presencia subyacentes en esta importante institución y la ardua problemática de la negociación de medidas alternativas o complementarias al despido. Pero es también una *obra abierta*, toda vez que abre nuevos espacios –nuevos caminos– para llevar a cabo análisis de las cuestiones que subyacen a los procesos de reestructuración y ajuste empresarial.

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada
Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada
Miembro del Comité Ejecutivo de la Junta Directiva
de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*

INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas se viene asistiendo a una progresiva flexibilización del Derecho del Trabajo, en la medida en que el estatuto jurídico-protector de la persona trabajadora se encuentra subordinado a la eficiencia económica de la empresa¹. Las sucesivas reformas laborales han ido debilitando la posición jurídica de los trabajadores, así como sus mecanismos de defensa colectiva, en una idea no demostrada, basada en planteamientos neoliberales, de que la mayor protección del trabajador frena el crecimiento y la recuperación económica.

En una época de crisis económicas recurrentes (y persistentes), el modelo jurídico-laboral español ha optado tradicionalmente por facilitar el despido como vía de adaptación de las empresas a las exigencias del mercado y a la obtención del máximo beneficio empresarial. Así, las penúltimas reformas laborales, especialmente la del año 2012, han contribuido a configurar al despido y, en concreto, al despido colectivo como una medida plenamente normalizada dentro de las facultades organizativas y de reestructuración del empresario², en beneficio de una mal entendida política comunitaria de flexiseguridad.

Algunos de los elementos que han coadyuvado a esta situación son: la supresión del elemento teleológico en la formulación de las causas empresariales para despedir; la reducción del control público con la eliminación de la autorización administrativa para proceder al despido colectivo; la sustitución del plan de acompañamiento social obligatorio para empresas con 50 o más empleados por un plan de recolocación externa para despidos de más de 50 trabajadores; y, en definitiva, la escasa incentivación, tanto normativa como pública, de la adopción de medidas alternativas o complementarias al despido colectivo. Por no hablar de la disminución de la indemnización en caso de despido improcedente.

¹ Para un estudio omnicompreensivo del sentido técnico y político-jurídico del Derecho del Trabajo Flexible, cfr. MONEREO PÉREZ, J.L.: *El nuevo Derecho del trabajo. Una reflexión crítica del Derecho flexible del trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996 y MONEREO PÉREZ, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2017, *passim*.

² MONEREO PÉREZ, J.L.: “El régimen jurídico de los despidos colectivos después de la reforma de 2012”, *Temas Laborales*, N.º 115, 2012, p. 318.

Una nueva respuesta se ha dado tanto desde la Unión Europea como desde España para hacer frente a la crisis de la COVID-19. En efecto, se adoptaron toda una serie de mecanismos para sostener el empleo a través de la medida estrella, el ERTE, con fuertes desembolsos de dinero público en materia de prestaciones por desempleo y de bonificaciones empresariales a la Seguridad Social. Además, se desincentivó el recurso al despido por la vía del compromiso de mantenimiento del empleo y, a su vez, con la denominada o pretendida “prohibición de despedir”. No obstante, se trata de un modelo que, a pesar de sus importantes beneficios, se ha trasladado de forma parcial a la legislación ordinaria a través de la Reforma laboral de 2021, una vez sucedida la que era llamada la vuelta a la “nueva normalidad”, pues no se ha modificado la regulación del despido colectivo ni se ha introducido una preferencia de medidas de flexibilidad interna frente a este mecanismo de extinción del contrato de carácter traumático.

Es necesario tener en cuenta los efectos o externalidades negativas que produce el despido colectivo, no solo respecto al trabajador individualmente afectado, por su pérdida de sustento y la posibilidad o no de su reinserción en el mercado laboral³, sino también respecto a la sociedad y a la economía en general. En concreto, el despido colectivo puede generar una considerable destrucción de empleo que conlleve el aumento en el gasto en prestaciones por desempleo y, además, puede causar una merma del tejido productivo local que agrave la descapitalización social o la despoblación de un determinado territorio⁴. Es más, puede ocasionar efectos nocivos sobre la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social si el despido colectivo se limita a la expulsión de trabajadores maduros del mercado de trabajo a través de la negociación de simples medidas indemnizatorias y/o prejubilaciones. Esta preocupación por los efectos sociales del despido colectivo está presente en el mismo origen de su regulación a nivel internacional (Convenio 158 de la OIT y Carta Social Europea revisada) y de forma parcial en su regulación comunitaria (la Directiva 98/59/CE).

Entender el despido colectivo desde la perspectiva de la reestructuración jurídica y socialmente responsable y la denominada “flexibilidad ofensiva” es más que necesario ante los nuevos retos que plantea la globalización, que ya permite novedosas formas de deslocalización productiva; la digitalización de la economía, con las consecuencias que pueda tener la robotización o la automatización sobre la desaparición y transformación de puestos de trabajo; la transición ecológica, por mor de la afectación que pueda tener el proceso de descarbonización sobre el empleo; o el progresivo envejecimiento poblacional, con cada vez más personas maduras en edad activa, con mayor riesgo de ocupar las listas del paro de larga duración, y el aumento del gasto en pensiones por el considerable aumento de las personas en situación de jubilación.

Es prioritario que se otorgue preferencia a la estabilidad en el empleo; la modernización de la tecnología; la apuesta por la innovación, la calidad, la formación

³ Véase, ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.L.: *La dignidad del trabajador: dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*, Murcia, Laborum, 2019.

⁴ MOLINA NAVARRETE, C.: “La gestión pública de los «erte» (regulación temporal de empleo) y de los «ere» (regulación extintiva) en el autogobierno andaluz: balance y perspectivas pospandemia”, *Temas Laborales*, N.º 160, 2021, p. 179.

y la transición profesional; y no que se opte de forma recurrente y exclusiva por la reducción de costes y el incremento de beneficios en las operaciones de reestructuración empresarial. Es necesario que todos los agentes implicados en el conflicto del despido colectivo (empresario, trabajadores y Administración Pública) intervengan de forma preventiva y proactiva para evitar la medida más lesiva, el despido colectivo, y así garantizar soluciones equilibradas y consensuadas tendentes a la maximización de los intereses en conflicto y a garantizar la empleabilidad y la recolocación de los trabajadores finalmente afectados.

Junto con lo anteriores planteamientos, es necesario tener en cuenta uno de los elementos esenciales presentes en la regulación del despido colectivo, como es la relación existente entre el Derecho comunitario y la norma nacional, la cual ha sido y sigue siendo objeto de numerosas controversias. En efecto, la intervención del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sido intensa a la hora de esclarecer algunos preceptos ambiguos de la Directiva 98/59 sobre despidos colectivos (concepto de despido, trabajador comunitario, plantilla computable...), pero, sobre todo, ha sido el acicate o “guardián férreo” que ha corregido la transposición errónea realizado por algunos Estados miembros (e incluso las interpretaciones elaboradas por los Altos Tribunales internos). Este diálogo en construcción permanente entre la norma comunitaria y los ordenamientos jurídicos nacionales ha generado, como se puede imaginar, importantes problemas interpretativos y de adaptación.

El caso español no ha sido ni mucho menos una excepción. De la mano de distintas cuestiones prejudiciales se han revisitado los principales elementos constitutivos del despido colectivo a nivel interno (ámbito causal y extinciones computables, elemento temporal o centro de imputación normativa), lo cual ha lanzado a la palestra los desajustes que existen entre la norma española y el ordenamiento jurídico comunitario, e incluso ha forzado al Tribunal Supremo, en no pocas ocasiones, a cambiar su jurisprudencia, algunas veces con una interpretación de dudoso encaje legal ante la inacción del legislador. Es por ello que se habla de un concepto de despido colectivo problemático⁵, habida cuenta de los importantes desencuentros con la norma comunitaria a causa de una deficiente transposición a la norma interna. Todo lo cual genera, a su vez, una sensación de incertidumbre e inseguridad jurídica entre los operadores jurídicos (y entre las empresas), en virtud de algunos pronunciamientos excesivamente inconcretos o ambivalentes del Tribunal de Luxemburgo o bien ante algunas interpretaciones forzadas de los Tribunales españoles por causa de la inactividad del legislador nacional⁶.

Dicho lo anterior, el presente trabajo de investigación pretende analizar desde una perspectiva jurídico-crítica la regulación del despido colectivo con el fin último de proponer una serie de cambios normativos que caminen en la idea de la

⁵ DESDENTADO BONETE, A.: “La delimitación legal del despido colectivo. El despido colectivo de hecho”, en VV.AA. *Tratado de despido colectivo* (GODINO REYES, M., Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 11 y ss.

⁶ PÉREZ CAMPOS, A.I.: “La labor creadora de derecho del TJUE en la configuración de los despidos colectivos”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, N.º. 55, 2022, p. 109.

reestructuración jurídica y socialmente responsable y en la senda de hacer converger la norma nacional con los estándares del Derecho social comunitario. De lo que se trata es de abordar un estudio omnicomprendivo de la figura del despido colectivo, para así identificar las principales deficiencias y potencialidades de la ordenación normativa interna, con la finalidad última de configurar al despido colectivo como una medida de *ultima ratio* que encaje, a su vez, en los parámetros de la Directiva 98/59.

En cuanto a la metodología utilizada, se ha realizado una labor sistematizadora consistente en la explicación ordenadora, de recopilación y sistematización tanto de las disposiciones jurídicas nacionales, comunitarias e internacionales vigentes, como de las principales decisiones de los órganos jurisdiccionales y de los trabajos de la doctrina científica en sendos niveles. También se ha realizado una investigación interpretativa o de *lege data*, con el propósito de esclarecer la naturaleza de determinados problemas interpretativos a raíz de diversas alternativas, proponiendo una solución que exista en el sentido amplio del ordenamiento jurídico, ya sea en la jurisprudencia, en la doctrina judicial o la doctrina científica. Por último, la metodología utilizada se ha nutrido de una investigación reformadora, en la línea de criticar la regulación vigente de forma razonada y proponer modificaciones a la misma a través de propuestas de *lege ferenda*.

Siguiendo los objetivos y la metodología apuntados, la presente obra se compone de tres partes claramente diferenciadas pero, a su vez, íntimamente interconectadas, las cuales se ocupan, respectivamente: de un estudio de las reestructuraciones empresariales y del despido colectivo desde el plano general de una sociedad en continua transformación; del análisis del despido colectivo desde la perspectiva de la normativa internacional y de su sistema de garantías multinivel, con especial atención a la normativa italiana como muestra de un estudio de Derecho comparado; y, finalmente, la tercera parte se ocupa del despido colectivo y su regulación en el ordenamiento jurídico español. Todo ello para terminar con unas conclusiones críticas y propuestas de *lege ferenda*, que pretenden contribuir al estado de la cuestión y a una posible reforma del art. 51 ET y de su normativa de desarrollo reglamentario.

La parte I, titulada “Reestructuraciones empresariales y despido colectivo en una sociedad en constante transformación” se compone de tres capítulos. El primero de ellos se encarga de encuadrar desde una perspectiva general el conflicto de intereses entre empresa y trabajadores en las reestructuraciones empresariales como problema a resolver, sobre todo en un entorno productivo cada vez más competitivo e incierto; define el concepto de reestructuración empresarial y presta especial atención a los distintos modelos de flexibilidad desde los que se pueden acometer estos procesos de reestructuración cada vez más habituales por la dinámica del mercado. El capítulo segundo analiza los mecanismos de reestructuración empresarial desde un triple plano: desde el pasado, donde se ha venido dando una progresiva flexibilización de la institución del despido; desde el presente (o al menos el más reciente), con la respuesta a la crisis de la COVID-19 basada en la institución del ERTE y la penalización del despido, junto con el estudio de la Reforma laboral del año 2021 en materia de flexibilidad interna y externa y sus mecanismos de preferencia o prelación; y, en última instancia, desde la perspectiva del futuro, analizando cómo los retos de la transición

digital y verde, así como el progresivo envejecimiento poblacional pueden (y deben) influir en las reestructuraciones empresariales. El tercer capítulo se ocupa de un estudio del despido colectivo en el marco de la construcción de la reestructuración socialmente responsable y de cómo ello puede actuar frente a los nuevos retos presentes en el mercado de trabajo.

La parte II, dedicada a “El sistema internacional de garantías multinivel del despido colectivo. Una mirada a la regulación italiana”, se divide en cuatro capítulos. El primer capítulo se encarga de analizar la normativa de la Organización Internacional del Trabajo en materia de despido colectivo: principalmente Convenio 158 de la OIT de 1982 y Recomendación 166 del mismo año. El segundo capítulo aborda la regulación de la Carta Social Europa revisada, como instrumento normativo del Consejo de Europa, desde dos perspectivas: por un lado, respecto a la protección frente al despido sin justa causa, examinando la doctrina emanada del Comité Europeo de Derechos Sociales, su compatibilidad con el sistema legal español indemnizatorio y la aplicación del control de convencionalidad; y, por otro lado, respecto al procedimiento de despido colectivo previsto en la Carta. El capítulo tercero se ocupa del estudio del Derecho social comunitario sobre despidos colectivos como eje del modelo normativo, partiendo del Derecho primario de la Unión Europea; seguidamente, analizando minuciosamente la Directiva 98/59 como la piedra angular del procedimiento de despido colectivo (su recorrido histórico, los elementos delimitadores cualitativo y cuantitativo-temporal del despido colectivo y el procedimiento en sí, compuesto por el deber de información y de consultas y por el papel reconocido a la autoridad pública, junto con una reflexión sobre la autorización administrativa); para, finalmente, elaborar un análisis sobre el principio de interpretación conforme en el Derecho social comunitario. El capítulo cuarto ahonda en la regulación del despido colectivo del Derecho italiano, tanto en su procedimiento “común” (marco legal, delimitación del concepto, fases del procedimiento y mecanismos de tutela judicial), como en el nuevo procedimiento pretendidamente denominado “anti-deslocalizaciones” (elementos configuradores y fases del procedimiento).

La parte III, “El despido colectivo en el ordenamiento jurídico español”, constituye el grueso principal del presente trabajo, habida cuenta de que se analizan aquí los aspectos esenciales de la regulación española del despido colectivo. La citada parte se compone de ocho capítulos dedicados, respectivamente, a las siguientes materias: “Desarrollo histórico-normativo del despido colectivo en el Derecho español”; “El concepto de despido colectivo y sus elementos constitutivos: sentido y alcance”; “Análisis del centro de imputación normativa: ¿empresa, centro de trabajo o grupo de empresas?”; “El procedimiento de despido colectivo: significación y régimen jurídico”; “Especial referencia a las medidas sociales de acompañamiento y al plan de recolocación externa”; “Los trabajadores maduros en el despido colectivo”; “La obligación de notificación previa en los supuestos de cierre de centros de trabajo con al menos 50 despidos (análisis de la D.A. 6ª RPDC)”; y “La impugnación judicial del despido colectivo”.

Desglosando los anteriores capítulos, el capítulo segundo, precedido por un capítulo destinado al desarrollo histórico-normativo del despido colectivo, se ocupa del análisis de los elementos constitutivos de esta figura extintiva: los elementos cuantitativo-numérico, temporal o causal. En este sentido, se estudia el elemento cuantitativo-numérico del despido colectivo, desde la perspectiva de su escala legal y de otros supuestos de despido colectivo *ex lege* como el despido por cierre y cese de la empresa o desde su relación con los despidos individuales o plurales de carácter objetivo o bien desde la perspectiva de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, la cual influye plenamente en la construcción de piezas clave para el elemento cuantitativo-numérico del despido colectivo (como el concepto de trabajador a nivel comunitario y de plantilla computable o el concepto de despido comunitario y su encaje en la norma nacional para determinar qué extinciones son o no computables y, a su vez, qué despidos lo son en sentido estricto o asimilado). El elemento temporal también es objeto de análisis, partiendo del problema jurídico-interpretativo en cuanto a su cómputo y de la solución dada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto *Marclean*; posteriormente, examinando de qué modo los tribunales españoles han acogido esta doctrina basada en el cómputo bidireccional; y, finalmente, analizando el mecanismo antifraude previsto en el último párrafo del art. 51.1 ET. En tercer lugar, en el presente capítulo se examina el elemento causal del despido colectivo a través de: un estudio general de las causas empresariales para despedir; el análisis del control de razonabilidad elaborado por los tribunales españoles en materia causal; una individualización de las causas económicas y de las causas técnicas, organizativas o de producción de despido, con especial atención a sus particularidades (destaca la reflexión sobre las causas técnicas y el recurso al “despido tecnológico” por mor de la Cuarta Revolución Industrial); y, en última instancia, realizando un estudio del ámbito de afectación de las citadas causas.

El capítulo tercero de la parte III aborda el análisis del centro de imputación normativa de la regulación del despido colectivo desde la óptica de la empresa, el centro de trabajo o el grupo de empresas. Para ello, por un lado, se elabora un estudio del centro de trabajo como unidad de referencia frente a la empresa en su conjunto tras la jurisprudencia comunitaria *Rabal Cañas* y su traslado a la hermenéutica del Tribunal Supremo español, exponiendo sus principales problemas jurídico-interpretativos y de aplicación. Por otro lado, el presente capítulo delimita el grupo de empresas como entidad empleadora en el despido colectivo, a través de la construcción jurisprudencial elaborada por el Alto Tribunal español en cuanto a la existencia de elementos adicionales en la conformación del grupo empresarial a efectos laborales.

El cuarto de los capítulos procede a realizar un estudio analítico del procedimiento de despido colectivo respecto a su significación y régimen jurídico. Este se subdivide, a su vez, en tres apartados, los cuales se ocupan de: la configuración general del procedimiento tras los últimos cambios normativos; del procedimiento de “consultas-negociación” con los representantes de los trabajadores y de sus trámites; y, por último, de la intervención de la Administración laboral en el procedimiento de despido colectivo. El primer apartado analiza los cambios introducidos en la institución

del despido colectivo y de su procedimiento tras la supresión de la autorización administrativa por la Reforma laboral de 2012. El segundo de los apartados detalla el procedimiento de consultas-negociación con los representantes de los trabajadores, el cual se conforma por los siguientes trámites: como actos previos y fase inicial del procedimiento de despido colectivo se analiza la comunicación fehaciente de la intención de iniciar procedimiento, la constitución de la comisión negociadora, la comunicación inicial de apertura de las consultas en función del tipo de causa y la solicitud del informe a los representantes legales de los trabajadores; como fase central del procedimiento se analiza el contenido de las consultas y el deber de buena fe negocial, su duración, la sustitución de estas consultas por mediación o arbitraje y la adopción y naturaleza jurídica del acuerdo; también se estudian los criterios de selección de los trabajadores afectados, tanto en su conformación como en su aplicación; así como se analiza la fase final del procedimiento, compuesta por la finalización de las consultas y la comunicación final y por la notificación individual de despido a las personas trabajadores afectadas. El apartado tercero se dedica a la intervención de la Administración laboral en el procedimiento de despido colectivo, desmenuzando, por un lado, el papel de la autoridad laboral en el inicio, el transcurso o tras la realización de las consultas y, por otro lado, las facultades de intervención de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social durante el procedimiento y tras su finalización con la elaboración del informe; todo ello, sin olvidar una especial referencia a la vía electrónica para relacionarse con la Administración.

El capítulo quinto se destina a un estudio más pausado en torno a las medidas sociales de acompañamiento y al plan de recolocación externa. El primero de los apartados analiza cómo ha evolucionado la regulación del plan social con la Reforma laboral de 2012 tras la implantación del plan de recolocación externa obligatorio, el cual se examina minuciosamente en el apartado segundo desde la perspectiva de las empresas obligadas a ofrecer un plan de recolocación externa; las agencias de recolocación; el contenido, la duración e implementación del citado plan y su relación con los servicios públicos de empleo. Las medidas sociales de acompañamiento también son analizadas en un apartado específico, donde se aborda su tipología y clasificación, con especial atención a la indemnización por despido, así como el encaje de su negociación en el procedimiento de despido colectivo (la compatibilidad de la negociación de medidas de flexibilidad interna con la consulta-negociación del despido colectivo, el sobredimensionamiento inicial del despido colectivo y las negociaciones individuales en masa y el marco normativo para la efectiva negociación de las medidas sociales de acompañamiento). El apartado cuarto aborda un estudio del control administrativo de las medidas sociales de acompañamiento y del plan de recolocación externa y, del mismo modo, el apartado quinto elabora un análisis del control judicial. Como cierre de este capítulo quinto, el último de los apartados ofrece un tratamiento de las distintas ayudas públicas presentes en los procesos de reestructuración empresarial y de despido colectivo, así como se considera su compaginación con las reglas de la libre competencia comunitaria.

El capítulo sexto aborda la compleja problemática de las personas trabajadoras maduras en los procedimientos de despido colectivo. Para ello, en el citado capítulo se reflexiona en torno al problema de base (el progresivo envejecimiento poblacional y la delicada sostenibilidad financiera del sistema de Seguridad Social), sobre las personas trabajadoras maduras como colectivo vulnerable en el mercado laboral y en cuanto a la expulsión de trabajadores maduros en los procesos de reestructuración y de despido como una opción normalizada. Tras lo anterior, el capítulo sexto analiza las principales medidas implantadas en el Derecho español para desincentivar la selección de trabajadores maduros en el despido colectivo: por un lado, se disecciona la denominada aportación económica al Tesoro Público por despidos colectivos de trabajadores de 50 años o más respecto a sus requisitos, determinación de la cuantía, destino de los fondos y balance final; y, por otro lado, se detalla la regulación del convenio especial con la Seguridad Social en caso de despidos colectivos que incluyan a trabajadores de 55 años o más en cuanto a su sentido y alcance, requisitos, procedimiento de suscripción y consecuencias de su incumplimiento, reparto de las cargas a nivel de aportación por parte de la empresa y del trabajador y balance final. El capítulo sexto también se ocupa de la jubilación forzosa como modalidad de extinción del contrato de trabajo por razón de la edad tras su última modificación por la Ley 21/2021, analizando la modalidad general y excepcional y el régimen transitorio, para finalizar con unas conclusiones críticas.

El capítulo séptimo se destina al estudio de la novedosa obligación de notificación previa en supuestos de cierre de centros de trabajo con al menos 50 despidos, prevista en la disposición adicional sexta del reglamento de despidos colectivos. En este capítulo se delimita el supuesto de hecho que compone la nueva obligación procedimental, así como se señalan sus deficiencias (principalmente, la falta de garantías en su cumplimiento) y sus potencialidades en cuanto a la construcción futura de un procedimiento de despido colectivo más acorde a la reestructuración jurídica y socialmente responsable.

El último de los capítulos de la parte III del presente trabajo se ocupa de la impugnación judicial del despido colectivo. En este estudio de los mecanismos procesales del despido colectivo, se parte de la configuración general de las distintas vías de impugnación judicial para, seguidamente, analizar de forma individualizada cada una de ellas. En este sentido, los demás apartados diseccionan de forma separada, aunque teniendo en cuenta las interconexiones existentes, las diferentes modalidades de impugnación: la de los representantes de los trabajadores, la realizada por la propia empresa, la impugnación de oficio, así como la impugnación a nivel individual emprendida por las personas trabajadoras afectadas por el despido colectivo.

La monografía aquí introducida finaliza con unas conclusiones críticas y propositivas de *lege ferenda*, en la idea principal de someter al despido colectivo a una reestructuración jurídica y socialmente responsable, que lo convierta en una medida de *ultima ratio* y, a su vez, con la finalidad de adecuar mejor la regulación nacional a los estándares previstos en el Derecho social comunitario y en la Directiva de despidos colectivos. Para ello, en estas conclusiones se recogerán las principales debilidades del

modelo español de despido colectivo desde una perspectiva crítica y se propondrán los cambios legales necesarios para alcanzar dichos cometidos.

Como último apunte es necesario aclarar que el presente estudio se ha centrado en el despido colectivo por causas empresariales (económicas, técnicas, organizativas o productivas), sin entrar en el despido colectivo por fuerza mayor, habida cuenta de sus especificidades concretas, tanto en materia causal como procedimental, que harían necesario un tratamiento individualizado del mismo. Tampoco se ha abordado un estudio del despido colectivo en el concurso por mor de sus particularidades en materia de procedimiento, las cuales necesitarían igualmente de un estudio monográfico. Además, la delicada situación económica por la que atraviesa la empresa concursada provoca que no sea posible trasladar a este tipo de despido muchas de las soluciones que aquí se proponen sobre la base de la reestructuración socialmente responsable. En último lugar, lo mismo ocurre con el despido colectivo en el sector público ya que, tal y como ha reconocido el propio Tribunal Supremo en su sentencia de 18 de febrero de 2014 (RJ 2014, 3267), la capacidad negociadora de la Administración Pública no puede ser idéntica a la de la empresa privada, por causa del principio de objetividad que debe de guiar la actuación de la Administración en la satisfacción de los intereses generales (art. 103.1 CE) y del principio de mérito y capacidad que debe de regir en la función pública (art. 103.3 CE).

**PARTE I. REESTRUCTURACIONES EMPRESARIALES
Y DESPIDO COLECTIVO EN UNA SOCIEDAD EN
CONSTANTE TRANSFORMACIÓN**

CAPÍTULO 1. EL CONFLICTO DE INTERESES ENTRE EMPRESA Y TRABAJADORES EN LAS REESTRUCTURACIONES EMPRESARIALES COMO PROBLEMA A RESOLVER: LOS DISTINTOS MODELOS DE FLEXIBILIDAD

Desde finales del siglo XX, el “cambio” y la “incertidumbre” se han instaurado en el panorama económico y social como elementos consustanciales al mercado, a las empresas y a la vida de las personas, sobre todo a raíz de las cíclicas crisis económicas, propias del modelo de producción capitalista⁷. Junto con las crisis de corte económico (donde se incluyen las crisis financieras), también existen otros factores que han coadyuvado y siguen impulsando este proceso de cambio y adaptación constante, entre los que se incluyen: la globalización y el aumento de la competitividad empresarial; la presión por la innovación tecnológica, más aún en el tiempo de la Cuarta Revolución Industrial; las crisis sanitarias, como la de la COVID-19; crisis energéticas y crisis climáticas, aceleradas por el calentamiento global; e incluso los efectos de los distintos conflictos bélicos. Se dice por ello que “es una era de alteraciones y discrepancias: una época en la que todo (o casi todo) puede pasar, pero en la que nada (o casi nada) puede acometerse con un mínimo de certeza de que se llevará a cabo”⁸.

En este contexto, las empresas deben de operar desde diversas estrategias de “reestructuración” para acomodar sus plantillas a las nuevas necesidades del mercado y del propio aparato productivo⁹. La empresa se configura hoy en día como una organización en constante transformación, de carácter flexible y adaptación

⁷ La doctrina más autorizada expresa que la crisis económica es “compañera de viaje” histórica del Derecho del trabajo, PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: “El Derecho del trabajo frente a las transformaciones de la empresa”, en VV.AA.: *Impacto laboral de las redes empresariales*, SANGUINETI RAYMOND, W. y VIVERO SERRANO, J.B. (Dir.), Granada, Comares, 2018, p. 6.

⁸ MONEREO PÉREZ, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2017, p. 9.

⁹ Las reestructuraciones empresariales pueden venir dadas por factores inherentes al mercado e incluso por factores internos a la propia empresa, que pueden ser consecuencia o no de las condiciones del entorno competitivo (sobrecapacidad productiva, sobredimensionamiento, presión de los accionistas e inversores, reducción del crecimiento económico y de la rentabilidad, entrada en pérdidas, aparición de nuevos competidores, mala gestión, ineficiencias en producción...). DE LA TORRE GARCÍA, C.; MARTÍN JIMÉNEZ, R.; SAN MARTÍN MAZZUCONI, C. y MARURI PALACÍN, I.: *Reestructuraciones de empresas y responsabilidad social. Planes sociales, medidas alternativas y políticas de acompañamiento*, Madrid, Cinca, 2010, p. 29.

permanente, y no solo para afrontar estrictamente crisis económicas, ya que suele operar desde una racionalidad que se mide en términos de la eficiencia en la organización de los medios de producción para alcanzar (o incrementar) el beneficio económico¹⁰. Las reestructuraciones empresariales, con afectación evidente sobre las personas trabajadoras, no se vinculan solo con procesos de tipo patológico (la superación de crisis ya declaradas en la empresa), sino que también se inscriben en otros de naturaleza puramente fisiológica, que se llevan a cabo incluso cuando las empresas tienen una posición consolidada en el mercado¹¹.

Como se tendrá ocasión de analizar, la Comisión Europea ha calificado la reestructuración de empresas en Europa como necesaria e inevitable casi con un enfoque darwiniano, relacionándola con aspectos negativos de destrucción de empleo, al igual que con aspectos positivos de búsqueda de nuevas actividades económicas y empleos¹². Al estar el entorno empresarial en constante cambio de carácter impredecible y turbulento, lo que se exige a la “empresa flexible” es que elabore e implemente estrategias de adaptación, debiendo de elegir entre distintas alternativas, aunque orientadas hacia la consecución del éxito competitivo ante la creciente competencia interna e internacional¹³. De este modo, las empresas deberán de tomar diferentes opciones de reestructuración empresarial en su gestión cotidiana, que irán desde decisiones económico-financieras hasta decisiones acerca de su estructuración jurídica y, por supuesto, decisiones sobre el nivel cuantitativo y cualitativo del empleo existente.

En cualquier caso, la adaptación de la empresa al cambio vía reestructuraciones genera un conflicto de intereses entre la parte empresarial y las personas trabajadoras. Si bien la utilización de estos mecanismos puede tener efectos positivos para la supervivencia de la empresa y la viabilidad de los empleos no afectados por la reestructuración (o para el incremento del beneficio empresarial y de la competitividad en el mercado), las reestructuraciones empresariales también conllevan efectos negativos para la parte social: pérdida de empleos de manera forzosa o voluntaria a través de bajas incentivadas; reducción de los niveles de renta por uso de suspensiones de contratos y reducciones de jornada; utilización de nuevas fórmulas de trabajo de menor calidad laboral (trabajos a tiempo parcial, contratación temporal, uso del trabajo autónomo...); descentralizaciones; deslocalizaciones, etc. La sociedad en su conjunto también se puede ver afectada de forma negativa (por la socialización de los costes empresariales de despedir), a la par que “beneficiada” por las operaciones de reestructuración empresarial, ya que pueden suponer una oportunidad para

¹⁰ En este sentido, véase, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Empresa en reestructuración y ordenamiento laboral*, Granada, Comares, 2006, pp. 3-20.

¹¹ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: “Reflexiones preliminares y críticas sobre las reestructuraciones empresariales y su proyección en el ámbito laboral”, en VV.AA., *Las reestructuraciones empresariales: un análisis transversal y aplicado*, Madrid, Ediciones Cinca, 2015, p. 23.

¹² DE LA TORRE GARCÍA, C.; MARTÍN JIMÉNEZ, R.; SAN MARTÍN MAZZUCONI, C. y MARURI PALACÍN, I.: *Reestructuraciones de empresas y responsabilidad social. Planes sociales, medidas alternativas y políticas de acompañamiento*, op. cit., p. 26.

¹³ Para un estudio técnico-jurídico y de política del Derecho riguroso véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *Empresa en reestructuración y ordenamiento laboral*, op. cit., pp. 3-20.

recomponer el tejido productivo y que la destrucción de unos empleos dé lugar a la creación de otros¹⁴.

En el plano conceptual, el término reestructuración empresarial o de empresas no posee una noción unívoca. Nos encontramos ante un concepto “aleatorio y escurridizo”, pues no existe una definición general del mismo válida para todas las ramas del ordenamiento jurídico en las que este fenómeno se proyecta, como son el Derecho mercantil, el laboral y el tributario. Es más, tampoco existe una delimitación mínimamente precisa en el interior de cada una de estas especialidades que permita identificar, con claridad y seguridad, las distintas materias o técnicas comprendidas dentro de las reestructuraciones empresariales¹⁵.

Sin embargo, en un intento de simplificar y acotar el ámbito de estudio aquí presente, por “reestructuraciones empresariales” se debe de atender, más que a una concepción amplia situada en las mutaciones o transformaciones del modelo de empresa y de la forma de organización para afrontar la gestión del cambio y las variaciones del mercado, a la noción estricta de “reestructuración de plantillas”. Esta última desde el punto de vista del ordenamiento jurídico-laboral equivale a las distintas vicisitudes contractuales modificativas (objetivas y subjetivas), suspensivas y extintivas, motivadas o justificadas por causas de funcionamiento de la empresa (las denominadas causas empresariales)¹⁶.

Así, por un lado, la reestructuración de plantillas se puede desarrollar desde el punto de vista de las medidas de “flexibilidad interna”, basadas en el principio de conservación del contrato de trabajo e idóneas para situaciones de carácter coyuntural. Algunos ejemplos son el recurso a la movilidad funcional (art. 39 ET); la movilidad geográfica (art. 40 ET); la modificación sustancial de las condiciones de trabajo (art. 41 ET); la sucesión de empresa (art. 44 ET); la suspensión del contrato de trabajo o reducción de jornada (art. 47 ET); el descuelgue convencional o la preferencia del convenio de empresa (respectivamente, arts. 82.3 y 84.2 ET)¹⁷. Por otro lado, las empresas pueden hacer uso de la denominada “flexibilidad externa”, que consiste en la extinción del contrato del trabajo, generalmente sobre la base de despidos objetivos individuales o plurales, así como despidos colectivos, ambos por causas empresariales (arts. 52.c) y 51 ET).

En este sentido, queda claro que las empresas, para garantizar su sostenibilidad, deben de adaptarse continuamente a un entorno cada vez más competitivo, ya sea por la globalización, las diferentes crisis (en especial económicas por su carácter cíclico)

¹⁴ DE LA TORRE GARCÍA, C.; MARTÍN JIMÉNEZ, R.; SAN MARTÍN MAZZUCONI, C. y MARURI PALACÍN, I.: *Reestructuraciones de empresas y responsabilidad social. Planes sociales, medidas alternativas y políticas de acompañamiento*, op. cit., pp. 29 y 30.

¹⁵ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: “Reflexiones preeliminares y críticas sobre las reestructuraciones empresariales y su proyección en el ámbito laboral”, op. cit., pp. 21 y ss.

¹⁶ MONEREO PÉREZ, J.L.: *Empresa en reestructuración y ordenamiento laboral*, op. cit., p. 10.

¹⁷ ALMENDROS GONZÁLEZ, M.Á.: “Negociación colectiva y flexibilidad interna: la flexibilidad interna negociada”, en VV.AA.: *El sistema de negociación colectiva en España: estudio de su régimen jurídico*, MONEREO PÉREZ, J.L. et al. (Coords.), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2013, *passim*.

o por el acusado cambio tecnológico. Aunque una cuestión diferente es de qué modo deben de realizarse tales adaptaciones empresariales.

Frente a modelos de países escandinavos, Alemania o Francia, la opción de política del Derecho española ha venido marcada por una respuesta a la crisis empresarial en forma de la denominada “flexibilidad defensiva”, la cual ha consistido principalmente en el fomento de la flexibilización a ultranza, la desregulación parcial de las relaciones laborales, la proliferación de formas precarias de subcontratación y la aparición de fuertes desigualdades entre los colectivos de trabajadores y las propias regiones.

Es necesario, por tanto, un cambio de modelo que deje atrás la competencia basada en reducción de costes del factor trabajo y se centre en una competitividad por el conocimiento, la calidad y la innovación en la empresa. A ello contribuye la conocida como “flexibilidad ofensiva”, que busca la implicación de los trabajadores en la productividad y calidad del producto a cambio de diversas garantías y ventajas laborales; persigue la participación proactiva y preventiva de todos los agentes implicados en el conflicto (empresa, trabajadores y Estado); otorga preferencia a la estabilidad laboral, la modernización de la tecnología y la formación profesional; así como se construye sobre la negociación colectiva supraempresarial, sin excluir la concertación social ni el convenio de empresa, este último como vía de singularización de las condiciones y de la organización del trabajo¹⁸.

En este sentido, el mecanismo idóneo de adaptación de las condiciones laborales a las circunstancias siempre cambiantes del entorno empresarial se sitúa en la flexibilidad interna, no solo por permitir la conservación del contrato de trabajo y ser más coherente con el principio tuitivo del Derecho del trabajo, sino por desplazar aquella medida más traumática o lesiva como es el despido, tanto individual como colectivo, a una medida de *ultima ratio*. Una buena prueba de todo ello es la respuesta dada a la COVID-19 sobre la base del ERTE que, frente a las anteriores crisis¹⁹, ha mitigado el recurso al despido y ha posibilitado, no sin dificultades, una salida a la crisis sanitaria, económica y social del SARS-CoV-2 de una forma más equilibrada.

Con la flexibilidad interna, en su diversa tipología, se persigue que los costes de la actividad empresarial no se externalicen por la vía de la extinción del contrato de trabajo a los trabajadores y tampoco al sistema público, al menos en parte si se utilizan prestaciones por desempleo con carácter temporal. Pero no basta una flexibilidad

¹⁸ MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G.: “Los modelos de flexibilidad empresarial y jurídico-laboral”, en VV.AA.: *Medidas de flexibilidad interna como alternativa y solución en un nuevo Derecho del trabajo garantista. Estudio de flexibilidad funcional, temporal, espacial, sustancial y suspensiva en un marco de reformas laborales*, Granada, Comares, 2022, pp. 1-32.

¹⁹ Frente a la crisis financiera de 2008, donde en 2012 alrededor de 400.000 trabajadores se vieron afectados por ERTE, en un contexto en el que se destruyeron tres millones de puestos de trabajo, en 2020 tres millones y medio de trabajadores se incluyeron en ERTE y la destrucción de empleo se redujo a 1.100.000 trabajadores según los datos comparativos de los tres primeros trimestres de la EPA 2020. CRUZ VILLALÓN, J.: “Suspensiones y reducciones de la jornada laboral. Lo que hemos aprendido de la reforma laboral 2021”, *Labos*, Vol. 4, N.º 1, 2023, pp. 189 y 190.

interna unilateral, sino que ha de apostarse por una flexibilidad interna negociada, que permita la implicación y participación de los trabajadores en la gestión de la empresa. Además, ha de tratarse de una flexibilidad interna de carácter bidireccional, que también permita la adaptación de las condiciones de trabajo, no solo por razones del mercado, sino por razones de conciliación personal, familiar y profesional²⁰.

²⁰ MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G.: “Los modelos de flexibilidad empresarial y jurídico-laboral”, *op. cit.*, pp. 1-32.

CAPÍTULO 2. LOS MECANISMOS DE REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL EN EL PASADO, PRESENTE Y FUTURO

2.1. La progresiva flexibilización del despido como vía de salida a las sucesivas crisis

Desde los años 70, con la crisis del petróleo y los posteriores procesos de reconversión industrial en nuestro país —que no supusieron una verdadera política de reindustrialización²¹—, se viene ejerciendo una progresiva política de flexibilización de la norma laboral. La intensificación del proceso de globalización con la llegada de la III Revolución Industrial, la apertura del comercio internacional y la aparición de nuevos sujetos económicos, ha sido seguida de una política neoliberal de desregulación y flexibilización de los mercados de trabajo, obviando el aumento de la desigualdad que ello ha producido²².

En efecto, tras las últimas reformas laborales que se vienen sucediendo desde el año 1994 y, especialmente, con la de 2012 se ha optado por un modelo de “crecimiento” basado en la devaluación del estatuto jurídico protector del trabajo (y del salario) bajo el pretexto de crear empleo, aunque sea de mala calidad. Se ha producido un debilitamiento de los mecanismos de tutela del trabajador, a la vez que la protección pública ha dejado de cubrir su papel de instrumento de igualación y homogeneización, reduciendo su intensidad protectora, transcurriendo del Estado del Bienestar al Estado asistencialista²³.

En este nuevo escenario a causa de la globalización y el aumento de la competitividad internacional, se asume un cambio tendencial desde el Estado intervencionista, propio del garantismo jurídico de la II postguerra mundial, hacia un nuevo “Estado de Competencia Económica”, donde se subordina la protección del trabajador a planteamientos de eficiencia económica de la empresa y de los mercados²⁴.

²¹ MONEREO PÉREZ, J.L., *Las reconversiones industriales en el Derecho del Trabajo*, Granada, Universidad de Granada, 1988, *passim*.

²² RUESGA BENITO, S.M. y FUJII GAMBERO, G.: *El trabajo en un mundo globalizado*, Madrid, Pirámide, 2004, pp. 15 y ss.

²³ MONEREO PÉREZ, J.L.: “El derecho social en el umbral del siglo XXI: la nueva fase del derecho del trabajo”, *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, N.º 2, 2000, pp. 237-300.

²⁴ MONEREO PÉREZ, J.L.: *Empresa en reestructuración y ordenamiento laboral*, *op. cit.*, p. 236.

Se trata, por tanto, de un nuevo modelo denominado “Derecho flexible del trabajo”, asentado sobre una intensa “remercantilización” del trabajo, sobre el deterioro de los instrumentos de poder sindical y sobre una “acumulación por desposesión” de lo público en favor de los intereses y organizaciones privadas²⁵.

Tal deconstrucción del Derecho del Trabajo ha sido especialmente visible en el Derecho de la Unión Europea y en el nacional²⁶. La aparición de nuevos poderes económicos que han actuado directamente en la producción de normas de corte neoliberal, como las decisiones de la Comisión Europea, el Banco Central o el Fondo Monetario Internacional, ha dado lugar a una política opaca de los poderes fuertes, ignorando la vinculación que estas normas deben de tener con el respeto de los derechos fundamentales, lo que se conoce como la gobernanza económica²⁷. Los desplazamientos de poder y de influencia política desde los ámbitos públicos hacia las élites económicas han agudizado la tensión clásica entre los marcos normativos de referencia estatal (debilitados) y los autorregulativos de las realidades productivas²⁸.

Con la llegada de la crisis del 2008, dichos planteamientos en torno a la flexibilización máxima del mercado laboral —para así favorecer la adaptación permanente y constante de las empresas a un contexto cambiante y competitivo y crear o mantener el empleo— se agudizaron desde las instancias supranacionales. Muy especialmente desde la Unión Europea se promovió la receta de la “flexiseguridad” y las políticas de austeridad, que fueron ampliamente implantadas en España con la Reforma laboral de 2012. Se procede de nuevo a culpabilizar al Derecho del Trabajo de las crisis económicas sin una base empírica o científica²⁹.

Sin embargo, si se observan los tres pilares sobre los que descansa la flexiseguridad, al menos en el modelo paradigmático danés, se puede concluir que no solo no se ha trasladado correctamente dicho modelo a nuestra regulación legal, sino que no se han cumplido sus objetivos y, con ello, se ha devaluado enormemente el estatuto jurídico protector del trabajador. En esta línea, si bien sí se ha facilitado el recurso al despido, no se han cumplido los otros dos vectores básicos del modelo puro de flexiseguridad: una protección social de desempleo generosa y unas medidas eficientes de políticas activas de empleo y de formación que sean de calidad³⁰.

²⁵ MONEREO PÉREZ, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, op. cit., pp. 11 y 12.

²⁶ GIL Y GIL, J.L.: “Trabajo decente y reformas laborales”, *Revista Derecho Social y Empresa*, N.º 7, 2017, pp. 5 y ss.

²⁷ BAYLOS GRAU, A.P.: “La desconstitucionalización del trabajo en la reforma laboral del 2012”, en VV.AA.: *La flexibilidad interna y los despidos colectivos en el sistema español de relaciones laborales*, Barcelona, Huygens, 2014, pp. 19-21.

²⁸ MONEREO PÉREZ, J.L. y PERÁN QUESADA, S.: “Configuración y sentido político-jurídico y técnico-jurídico”, en VV.AA.: *El trabajo decente*, Granada, Comares, 2018, p. 3.

²⁹ MONEREO PÉREZ, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, op. cit., pp. 13 y 14.

³⁰ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Reformas laborales y «asiatización» de las condiciones de trabajo: el tránsito (inacabado) hacia el nuevo paradigma de las relaciones laborales”, en *IUSLabor*, N.º 3, 2014, versión digital, pp. 3 y ss.

A raíz de esta mal entendida flexiseguridad se procedió a la reducción drástica del Estado Social (recorte en el empleo público, en las prestaciones sociales, menos inversión en educación e investigación, etc.), así como se reformuló de manera estructural el marco institucional de las relaciones laborales³¹, haciendo caso omiso a las directrices del Pacto Mundial para el Empleo de la OIT de 2009. Además, es ciertamente significativo en el proceso de reforma de estos años la exclusión de los interlocutores sociales de la negociación de dichos cambios estructurales en materia de negociación colectiva y mercado de trabajo. Postura que ha sido contraria a la legislación de la Unión Europea, del Consejo de Europa y al Programa de Trabajo Decente de la OIT al vulnerar uno de sus cuatro objetivos estratégicos: el diálogo social. En efecto, así lo ha dictaminado el Comité de Libertad Sindical en su informe número 371 respecto a la Reforma laboral de 2012, subrayando “la importancia de que las reglas esenciales del sistema de relaciones laborales y de la negociación colectiva sean compartidas en la mayor medida posible por las organizaciones de trabajadores y de empleadores más representativas”.

Con las penúltimas reformas laborales se ha incrementado el poder unilateral empresarial, como organizador de su actividad productiva, frente al debilitamiento del poder de negociación del trabajador. De hecho, el Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva y, especialmente, el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, y posterior Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, acrecentaron el poder empresarial para imponer la descentralización de la negociación colectiva y así congelar la aplicación de los convenios colectivos³², estableciendo la prioridad aplicativa del convenio de empresa (art. 84.2 ET); ampliando las posibilidades de inaplicación de los convenios colectivos de sector o de empresa más allá del descuelgue salarial (art. 82.3 ET); facilitando la modificación sustancial de las condiciones de trabajo establecidas en acuerdos colectivos a través de la decisión unilateral del empresario después de un periodo de consultas, que no tiene ni siquiera que llevarse a cabo por modificaciones unilaterales o plurales (art. 41 ET); así como limitando la ultraactividad del convenio (art. 86.3 ET)³³. Se trata, por tanto, de un modelo de negociación colectiva que reduce enormemente la función igualadora, de reparto de riqueza y democratizadora del convenio³⁴.

En cuanto a los cambios en el paradigma del despido, los cambios son más acusados a raíz de la Reforma laboral del 2012. En esta idea de flexibilizar, facilitar o agilizar el despido se eliminó el control administrativo autorizante de la autoridad

³¹ BAYLOS GRAU, A.P.: “La desconstitucionalización del trabajo en la reforma laboral del 2012”, *op. cit.*, p. 25.

³² GIL Y GIL, J.L.: “Trabajo decente y reformas laborales”, *op. cit.*, p. 56.

³³ Estudio pormenorizado en VILA TIerno, F.: *La negociación colectiva como instrumento de flexibilidad interna en la empresa. Reflexiones tras cinco años de la última Reforma Laboral*, Granada, Comares, 2017.

³⁴ Es una de la tesis principales de RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L.: *Negociación colectiva, igualdad y democracia*, Granada, Comares, 2016, *passim*.

laboral en los despidos colectivos; se flexibilizaron las causas empresariales para despedir (especialmente las económicas), eliminando cualquier referencia al elemento teleológico; así como se posibilitó el desistimiento en el contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores, cuyo período de prueba era de un año (este ya derogado). Además, se redujo considerablemente el coste de despedir improcedentemente al disminuir la indemnización de 45 a 33 días por año de servicio, con el límite de 24 mensualidades, en lugar de 42, y se limitaron los salarios de tramitación a la opción de readmisión que, generalmente, pertenece a la decisión empresarial. Llama la atención cómo implícitamente se ha fomentado el incumplimiento de la norma laboral nacional e internacional —la extinción causal del contrato— al rebajar la cuantía indemnizatoria para el despido declarado improcedente³⁵, en una suerte de tolerancia al “despido libre” pero indemnizado³⁶. Así, se ha instaurado un sistema descompensado tendente a la expulsión de trabajadores, como medida plenamente normalizada dentro de las facultades empresariales en la búsqueda y garantía del beneficio empresarial³⁷, desterrando al despido colectivo como medida de *ultima ratio*³⁸.

Más bien al facilitarse los despidos y reducirse el control administrativo, sindical y judicial, lo que se ha ocasionado es un aumento del riesgo de arbitrariedad en el ejercicio de los poderes empresariales. A pesar de que una de las motivaciones aparentes de la Reforma de 2012 era impulsar la flexibilidad interna frente al despido, dichos cambios se han traducido en un reforzamiento del ejercicio unilateral del poder de dirección empresarial³⁹, en una suerte de “confianza” que ha sido depositada en el buen hacer del empresario para que la extinción del contrato por su voluntad sea el último recurso. En otras palabras, se ha acrecentado el riesgo de que el empresario incurra en arbitrariedad empresarial sobre la base de que ahora, por un lado, recae en el propio empresario la responsabilidad de elegir entre la alternativa que considere más idónea (mecanismo de flexibilidad interna o externa) y, por otro lado, resulta más difícil, a raíz de los últimos cambios normativos comentados, controlar y valorar la

³⁵ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Reformas laborales y «asiatización» de las condiciones de trabajo: el tránsito (inacabado) hacia el nuevo paradigma de las relaciones laborales”, *op. cit.*, p. 4.

³⁶ ORTEGA LOZANO, P.G.: *Poderes empresariales y resolución del contrato de trabajo por incumplimiento del trabajador. España e Italia*, Granada, Comares, 2020, p. 5.

³⁷ MONEREO PÉREZ, J.L.: *El despido colectivo y sus elementos configuradores tras las recientes reformas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 11.

³⁸ MONEREO PÉREZ, J.L.: “El despido colectivo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su incidencia en el derecho interno”, *Temas laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social*, N.º 130, 2015, *passim*.

³⁹ En este sentido, véase, CABEZA PEREIRO, J.: “La flexibilidad interna y su regulación en España, una reflexión en clave crítica de la Reforma Laboral del 2012”, en VV.AA.: *Flexibilidad interna e innovación en la empresa*, Madrid, Dykinson, 2013, pp. 331-352 y CORREA CARRASCO, M.: “Autonomía colectiva y reestructuraciones empresariales no extintivas”, en VV.AA.: *Reestructuraciones empresariales. XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2021, pp. 39-86.

legitimidad de la decisión dentro del principio de libertad de empresa⁴⁰, por no hablar del aumento de la judicialización y la saturación de los tribunales.

Buena prueba de ello son los pronunciamientos judiciales que sitúan la decisión última en el empresario, sin que puedan los tribunales elaborar los denominados “juicios de oportunidad” u obligar a desarrollar medidas de flexibilidad interna con anterioridad del recurso al despido. Además, en esta idea de la flexibilización, la Reforma laboral del 2012 eliminó el elemento teleológico o de conexión funcional de la formulación de las causas para despedir, que sí estaba presente en las anteriores redacciones de la norma. Según tenor literal de la Exposición de motivos de la Ley 3/2012, de 6 de julio, “ahora queda claro que el control judicial de estos despidos debe ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas”.

Afortunadamente, esta última interpretación restrictiva no ha sido acogida por el Tribunal Supremo, que sigue reconociendo el juicio de razonabilidad como estándar de control judicial (SSTS 28 de febrero 2018, rec. 1731/2016; de 26 de marzo 2014, rec. 158/2013; y de 27 de enero 2014, rec. 100/2013). Sin embargo, más bien se trata de un control de razonabilidad sobre un juicio de mínimos, esto es, sin poder descartar la causa del despido porque exista una medida empresarial que se hubiera podido tomar que, por ser menos traumática o lesiva para los derechos de los trabajadores, hubiera sido más apropiada⁴¹. La supresión de cualquier referencia a la finalidad de las extinciones supone, por tanto, un aumento del poder de gestión unilateral del empresario, así como dificulta el control judicial del elemento causal al introducirse mayores posibilidades de alegación de despido colectivo o al reducir la gravedad o actualidad exigible para las extinciones⁴².

En fin, las penúltimas reformas laborales, y especialmente la de 2012, han supuesto una contravención no solo de diversos derechos fundamentales y normas internacionales de derechos, sino de las directrices que viene proclamando la OIT de lo que debe de entenderse como “trabajo decente”. Es así que la reforma laboral como respuesta a la crisis de 2008 solo ha servido para devaluar el estatuto protector del trabajador, destruir empleo de calidad, aumentar la temporalidad e instalar la precariedad en el mercado laboral español⁴³. No se olvide que el antónimo del trabajo

⁴⁰ GIL Y GIL, J.L.: “Trabajo decente y reformas laborales”, *op. cit.*, p. 57.

⁴¹ MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 36.

⁴² MONEREO PÉREZ, J.L.: “El despido colectivo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su incidencia en el derecho interno”, *op. cit.*, p. 322.

⁴³ Especialmente críticos, aportando datos, UGT: “Los daños de la reforma laboral de 2012. Datos de su impacto negativo sobre el empleo y los salarios”, *Servicio de Estudios de la Confederación*, 15 de octubre de 2019, versión digital disponible en: https://www.ugt.es/sites/default/files/danyos-de-la-reforma-laboral-de-2012-ugt_0.pdf (visitada el 8/10/2021).

decente se sitúa en el trabajo precario⁴⁴. Y es que se ha llegado incluso a decir que la Reforma laboral de 2012 ha supuesto la “desconstitucionalización” del trabajo⁴⁵.

2.2. La respuesta a la crisis de la COVID-19: el renovado protagonismo de la flexibilidad interna frente al despido

El modelo de flexiseguridad neoliberal ha fracasado, pues tanto ha sido ineficaz en sus objetivos⁴⁶, como ha servido de pretexto para devaluar la protección jurídica del Derecho laboral “clásico”. Frente a los primeros planteamientos en el seno de la Unión Europea de este tipo de flexiseguridad (señaladamente, “Libro Verde. Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI”, COM(2006) 708 final, de 22 de noviembre de 2006), emerge ahora una flexiseguridad de corte garantista, que no deja al margen los derechos sociales fundamentales (individuales y colectivos) para crear empleo suficiente y de calidad⁴⁷.

Ante la elevada destrucción masiva de empleo y el aumento de la desigualdad tras la crisis de 2008, especialmente en los países mediterráneos, la Unión Europea se ha replanteado su enfoque neoliberal y de austeridad para afrontar las épocas de recesión y las reestructuraciones empresariales, en la línea del trabajo decente adoptada por la OIT. Aunque el Comité Económico y Social Europeo ya se había situado ciertamente en este sentido en 2008 en su Dictamen sobre la “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones — Hacia los principios comunes de la flexiguridad: Más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad”; este cambio en las políticas europeas se ha visto especialmente representado en la “Estrategia Europa 2020” y el Libro Verde “Reestructuración y previsión del cambio: ¿qué lecciones sacar de la experiencia

⁴⁴ MONEREO PÉREZ, J.L. y LÓPEZ INSUA, B.M.: “La garantía internacional del derecho a un «trabajo decente»”, *Revista española de derecho del trabajo*, N.º 177, 2015, p. 5.

⁴⁵ Opinión defendida en MONEREO PÉREZ, J.L.: “El constitucionalismo social europeo: un marco jurídico-político insuficiente para la construcción de la ciudadanía social europea”, en *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, N.º 160, 2013, pp. 17-62; MONEREO PÉREZ, J.L.: “Teoría jurídico-política de la democracia y crisis de la constitución social”, en RAMOS QUINTANA, M.I. y ROJAS RIVERO, G. (Coords.), *Transformaciones del Estado Social y Derecho del Trabajo*, Granada, Comares, 2014, pp. 117-148 y BAYLOS GRAU, A.P.: “La desconstitucionalización del trabajo en la reforma laboral del 2012”, *op. cit.*, *passim*.

⁴⁶ La evidencia científica confirma que cuanto mayor es la volatilidad (inseguridad) del empleo (“elasticidad del empleo”), a consecuencia de la devaluación de las garantías frente a las decisiones unilaterales extintivas (causa, procedimiento, indemnización), menor es la productividad del trabajo, de las empresas y, en definitiva, de la economía de un país, al contrario de lo que ocurre cuando existe seguridad en el empleo (sin perjuicio de medidas de flexibilidad interna para realizar los ajustes que sean necesarios en cada momento del ciclo económico). Véase MOLINA NAVARRETE, C.: “Actualidades y críticas del Convenio OIT n. 158 en los derechos europeos: ¿el renacer del sentido del límite jurídico a la libertad (de empresa) en favor de la seguridad (en el empleo)?”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, N.º especial de conmemoración del Centenario de la OIT, 2019, pp. 131 y 132, con cita en ILO, OECD y WORLD BANK: *G20 Labour Markets in 2015: Strengthening the Link between Growth and Employment*, 2015.

⁴⁷ MONEREO PÉREZ, J.L. y LÓPEZ INSUA, B.M.: “La garantía internacional del derecho a un «trabajo decente»”, *op. cit.*, p. 9.

reciente?” de 2012, donde se opta preferentemente por la flexibilidad interna ante reestructuraciones de empresas, como mecanismo de sostenimiento del empleo. Destaca de igual modo la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: “Marco de Calidad de la UE para la Anticipación del Cambio y la Reestructuración” de 2013.

Y en este enfoque hacia el trabajo decente es necesario destacar el Pilar Europeo de los Derechos Sociales, en forma de *soft law* comunitario⁴⁸, el cual actúa como reforzamiento de los derechos sociales en el ámbito comunitario tras el alejamiento de la “cuestión social europea” en los años pasados de crisis. Los derechos sociales se sitúan ahora, por tanto, en el centro del proyecto europeo como respuesta a los nuevos retos que se plantean en el ámbito laboral y social, contribuyendo a promocionar el acervo social existente. El Pilar Europeo de Derechos Sociales se erige, así, como el máximo representante del relanzamiento de la política social y europea tras la debacle de la crisis anterior, que confirma y refuerza la concienciación comunitaria sobre la importancia de la acción social y de la consecución de mayores cotas de igualdad y cohesión social⁴⁹.

No obstante, que el Pilar Europeo de los Derechos sociales se configure a través de una Recomendación de la Comisión sin eficacia jurídica vinculante, como declaración interinstitucional sin valor jurídico, ha provocado cierto escepticismo entre la mejor doctrina a efectos de valorar si dicho Pilar realmente desplegará efectos, actuando como contrapeso a las políticas e instrumentos derivados de la conocida como “Constitución Económica”, o, por el contrario, se convertirá en “papel mojado”⁵⁰. En cualquier caso, este modelo social europeo ha sido reforzado con la respuesta de la Unión Europea a la crisis de la COVID-19, a través tanto de los fondos europeos *NextGenerationEU* como con el Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales de marzo de 2021, en la línea de instaurar una Europa más ecológica, más digital y más resiliente⁵¹.

En cuanto a las medidas de la Unión Europea para afrontar la crisis de la COVID-19, si bien estas se hicieron esperar, en julio de 2020 el Consejo Europeo

⁴⁸ Recomendación (UE) 2017/761 de la Comisión Europea de 26 de abril de 2017, sobre el Pilar Europeo de Derechos Sociales, DOUE (L 113/56).

⁴⁹ CAIRÓS BARRETO, D.M.: “El futuro de Europa y su nuevo «código normativo social»: el Plan de acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales”, en *Trabajo y Derecho*, N.º 82, 2021, p. 1, versión digital.

⁵⁰ MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: “El pilar europeo de los derechos sociales”, en *La Ley Unión Europea*, N.º 49, 2017, versión digital; MONEREO PÉREZ, J.L.: “Pilar Europeo de Derechos Sociales y sistemas de Seguridad Social”, en *Lex social. Revista de los derechos sociales*, N.º 2, 2018, versión digital; y CASADO CASADO, L.: “El nuevo Pilar Europeo de Derechos Sociales: ¿hacia un fortalecimiento real de la dimensión social de la Unión Europea?”, en *Revista de Investigações Constitucionais*, N.º 2, 2019, pp. 375-404. DOI: 10.5380/rinc.v6i2.61813.

⁵¹ También destaca el Instrumento Europeo de Apoyo Temporal para Atenuar los Riesgos de Desempleo en una Emergencia (instrumento SURE, por sus siglas en inglés) que proporciona ayuda financiera en forma de préstamos de la UE a los Estados miembros afectados por la crisis de la COVID-19 con el fin de hacer frente a los aumentos repentinos de gasto público para preservar el empleo.

aprobó finalmente un plan de recuperación europeo (el llamado *NextGenerationEU*), ofreciendo una respuesta diametralmente opuesta a la que se había dado desde instancias comunitarias con el crack de 2008. Dicho Fondo, por valor de 806.900 millones de euros (750.000 millones a precios de 2018), es de adscripción finalista y, por tanto, está destinado a financiar proyectos de inversión que fomenten el crecimiento de la economía solvente y creadora de empleo y el bienestar social. Se quiere instaurar así una respuesta ofensiva a los planteamientos de la transición ecológica y digital, pero respetando ciertos pilares básicos como el fortalecimiento del sistema sanitario; la investigación; la educación y la transformación digital; la cultura; políticas sociales; gestión medioambiental e infraestructuras de energías renovables; movilidad sostenible, etc. En definitiva, se promueve la articulación de una serie de políticas ofensivas para hacer frente a los retos del cambio climático y de la Cuarta Revolución Industrial, tratando de anudar la racionalidad económica con la racionalidad social y ecológica⁵².

Muy significativo será para la orientación de tales inversiones de los Fondos europeos el Plan de Acción del Pilar Social Europeo, ya que se constituye como guía para la recuperación de una economía más preocupada por lo social y por la consecución de un modelo de crecimiento sostenible e integrador, de forma paralela a la recuperación tras la crisis de la COVID-19⁵³. En lo que aquí respecta, el Plan de Acción del Pilar Social Europeo recoge como uno de sus objetivos y principios básicos: “más puestos de trabajo y mejores”, en la línea del trabajo decente impulsado por la OIT. No en vano se fija que para 2030, al menos el 78% de la población de entre 20 y 64 años deberá de estar empleada, aunque sin especificar que se trate de trabajos de calidad, lo cual resulta criticable.

En este sentido, destaca el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia elaborado por el Gobierno español para canalizar los fondos europeos. Se trata de un plan que se estructura en torno a cuatro ejes transversales, concretados en 10 políticas palanca y 30 componentes, para articular un programa de reformas e inversiones en el período 2021-2023, con el objetivo de aumentar la productividad y el crecimiento potencial del Estado español, a la vez que se avanza hacia un país verde, digital, inclusivo, con mayor cohesión social y territorial y sin brechas de género. En concreto, destaca el componente 23, dedicado a “nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo”.

La llegada de la pandemia de la COVID-19 ha supuesto un “hecho social total” en el sentido de que ha impactado en el conjunto de las relaciones y estructuras sociales, conmocionando a la totalidad de los actores (políticos, sociales y económicos), de las instituciones y de los valores de la sociedad, planteando una exigencia de recomposición de la cohesión social⁵⁴. En efecto, la dramática situación vivida a causa

⁵² MONEREO PÉREZ, J.L.: “Por un nuevo pacto social garantista de los derechos fundamentales para afrontar la crisis y la recuperación”, en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, N.º 1, 2020, p. 3, versión digital.

⁵³ CAIRÓS BARRETO, D.M.: *op. cit.*, p. 8.

⁵⁴ MONEREO PÉREZ, J.L.: “Por un nuevo pacto social garantista de los derechos fundamentales para afrontar la crisis y la recuperación”, *op. cit.*, p. 3.

de la crisis sanitaria, habida cuenta de las numerosísimas muertes, pero también de la crisis económica y social, obligó a tomar medidas drásticas tanto desde el punto de vista de la prevención y la salud pública —principalmente en forma de distanciamiento físico y social y equipos de protección individual—, como desde el punto de vista del sostenimiento económico de las empresas y de los trabajadores que se habían visto perjudicados por la casi paralización total de la economía.

A partir de la primera declaración del estado de alarma, a través del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, la legislación de emergencia que se dictó al albur de los acontecimientos fue asistemática, improvisada y confusa. Críticas que deben de ser atemperadas si se tiene en cuenta la situación de candente excepcionalidad y urgencia que se vivió⁵⁵, así como los objetivos loables que se persiguieron desde el campo de las relaciones laborales: defender el empleo y mantener el tejido productivo durante la crisis para recuperar la normalidad de la actividad empresarial y de las relaciones de trabajo, una vez superada la situación de emergencia sanitaria, y proteger, a su vez, a los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia que perdieron temporalmente su ocupación⁵⁶.

Efectivamente, a diferencia de lo que ha ocurrido en las anteriores crisis⁵⁷, se pusieron en marcha todos los medios para favorecer el sostenimiento del empleo y de las empresas, principalmente, con el recurso a medidas de flexibilidad interna, de forma concreta con el recurso a los expedientes de regulación temporal de empleo o de reducción de jornada (los conocidos como ERTE).

Se construyó, así, un Derecho social de la emergencia a través de una serie de reales decretos-ley (que parten del RD-ley 8/2020, de 17 de marzo y llegan hasta el 18/2021, de 28 de septiembre) que fueron diseñados a la sazón de la crisis sanitaria, vinculados estrictamente a la situación de excepcionalidad provocada por la pandemia, aunque nutridos de la legislación laboral ordinaria para construir su

⁵⁵ MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “La protección social en la emergencia. Entre el ensayo, precipitación y búsqueda de soluciones en tiempos de incertidumbre (A propósito de la crisis sanitaria provocada por el COVID-19 y las medidas legales adoptadas)”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, N.º 23, 2020, *passim*.

⁵⁶ CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Los expedientes de regulación temporal de empleo por COVID-19. Una apuesta institucional para la preservación del empleo en tiempos de pandemia”, en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, N.º 1, 2020, p. 106.

⁵⁷ Es también cierto que al inicio de la crisis de 2008 se tomaron medidas para incentivar el recurso al ERTE (véase, Ley 27/2009, de 30 de diciembre y Ley 35/2010, de 17 de septiembre). No obstante, la excepcionalidad de las medidas y la reducida bonificación a la Seguridad Social no lograron contener la destrucción de empleo, sobre todo si se tiene en cuenta la política contraria que se implantó con la Reforma laboral de 2012 de facilitación del despido. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: “La flexibilidad interna en el contexto del despido colectivo”, en MONEREO PÉREZ, J.L.; GORELLI HERNÁNDEZ, J. y ALMENDROS GONZÁLEZ, M.Á. (Dirs.), *Medidas de flexibilidad interna como alternativa y solución en un nuevo derecho del trabajo garantista. Estudio de flexibilidad funcional, temporal, espacial, sustancial y suspensiva en un marco de reformas laborales*, Granada, Comares, 2022, pp. 757 y ss.

esqueleto⁵⁸. Se trataba, a su vez, de una legislación de emergencia que, a diferencia de algunas respuestas a crisis anteriores, fue negociada en sede de concertación social. El protagonismo de los interlocutores sociales en el diseño de las medidas frente a la COVID-19 estuvo presente desde el I Acuerdo Social en Defensa del Empleo, que dio lugar al Real Decreto-ley 18/2020, de 12 de mayo, pasando por el “Acuerdo por la reactivación económica y el empleo”, de 3 de julio de 2020⁵⁹, y hasta el VI Acuerdo Social en Defensa del Empleo. Se ha asistido de este modo a una forma típica de “Gobernanza horizontal y comunicativa” que caracteriza al fenómeno, intrínseca y sustancialmente político, de la concertación social⁶⁰.

En concreto, la normativa socio-laboral de la pandemia, a rasgos generales y sin entrar en detalle, se caracterizó por el fomento de la flexibilidad interna como mecanismo de sostenimiento del empleo a través de los ERTE por COVID-19. Así, las distintas medidas de incentivación que se implantaron fueron: la agilización del procedimiento de tramitación o negociación del ERTE; la exoneración o bonificación de las cotizaciones empresariales a la Seguridad Social⁶¹, en función del tipo de ERTE, del tamaño de la empresa, del mes en cuestión, de la afectación o desafectación de los trabajadores afectados, de la pertenencia a un sector con elevada tasa de cobertura por expedientes de regulación temporal de empleo y una reducida tasa de actividad, de la realización de acciones formativas, etc.⁶²; así como el reconocimiento del derecho a la prestación por desempleo para los trabajadores afectados por ERTE y el conocido como “contador a cero”, que posteriormente se fue modificando⁶³.

⁵⁸ CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Los expedientes de regulación temporal de empleo (ERTES) como respuesta a la crisis del COVID-19”, en FERRANDO GARCÍA, F.M. (Dir.): *El escudo social frente a la pandemia: análisis jurídico y propuestas para una legislación social más justa*, Albacete, Bomarzo, 2021, pp. 11-38.

⁵⁹ En este Acuerdo se reconoce que: “la figura del Expediente de Regulación Temporal de Empleo ha sido clave en la crisis COVID, evitando la destrucción innecesaria de muchos empleos y contribuyendo a preservar capital humano y tejido productivo que habría sido difícilmente sustituible de otra forma”. Además, destaca la relevancia de que una figura como el ERTE, propia de economías industrializadas y de empresas grandes, “haya podido ser extendida de forma tan rápida y eficiente a una economía de servicios y pymes como es la española, demostrando un éxito del Diálogo Social en la política laboral de nuestro país. Lo que nos debe servir como importante elemento de análisis para reflexionar acerca de la oportunidad de disponer de instrumentos de flexibilidad interna frente a la destrucción de empleo”.

⁶⁰ MONEREO PÉREZ, J.L. y GUINDO MORALES, S.: “¿Se convertirán finalmente los ERTES en despidos colectivos y despidos objetivos por causas empresariales? Expedientes de Regulación Temporal de Empleo y RD-ley 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo”, en *Jurisdicción Social*, N.º 215, 2020, p. 24.

⁶¹ LÓPEZ INSUA, B.M.: “La cotización a la seguridad social como instrumento de recuperación empresarial ante el impacto económico y social ocasionado por la pandemia del COVID-19”, en *Revista española de Derecho del trabajo*, N.º 235, 2020, versión digital.

⁶² Un estudio más exhaustivo en ROQUETA BUJ, R.: *Los expedientes de regulación temporal de empleo. Incluye las medidas excepcionales en relación a los ERTES por causas relacionadas con la COVID-19*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.

⁶³ Véase, FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: “Protección por desempleo en tiempos de COVID-19”, en FERRANDO GARCÍA, F.M. (Dir.): *El escudo social frente a la pandemia: análisis jurídico y propuestas para una legislación social más justa*, Bomarzo, Albacete, 2021, pp. 405-429.

En cuanto a la desincentivación del recurso al despido para garantizar el sostenimiento del empleo, el Derecho social de la emergencia integró una serie de medidas:

Por un lado, el art. 2 del RD-ley 9/2020, de 27 de marzo, originó la denominada “prohibición” de despedir por causa de fuerza mayor o por causas empresariales (económicas, técnicas, organizativas o productivas), siempre que estas causas justificaran el recurso a los expedientes de regulación temporal de empleo previstos por la normativa COVID-19⁶⁴. Con ello se modificó, por tanto, el régimen ordinario de despido para intentar limitar la libre facultad atribuida al empresario de decidir entre la extinción del contrato o el recurso a medidas de flexibilidad interna, primando las segundas⁶⁵. Una limitación al despido por causas relacionadas con la COVID-19 que estuvo sujeta a numerosas discusiones en torno a sus consecuencias en materia de calificación judicial. Mientras existía una suerte de tendencia entre los tribunales superiores de justicia en el sentido de determinar la improcedencia del despido, eran minoría los que se posicionaban en torno a la calificación de nulidad⁶⁶. Finalmente, el Tribunal Supremo se pronunció en su sentencia 841/2022, de 19 de octubre de 2022, a favor de la improcedencia del despido por causas COVID-19⁶⁷. No obstante, esta limitación del despido no ha evitado que se hayan producido despidos colectivos ajustados a derecho, siempre que las causas empresariales justificativas hubieran sido de carácter estructural y no meramente coyunturales (SSTS de 22 de febrero de 2022, rec. 232/2021, y de 20 de abril de 2022, rec. 241/2021).

Por otro lado, también se introdujo en la legislación de emergencia la denominada “cláusula de salvaguarda” o “compromiso de mantenimiento del empleo” para todas aquellas empresas que se hubieran beneficiado de las exoneraciones o bonificaciones en las cuotas empresariales a la Seguridad Social como consecuencia del ERTE⁶⁸. En virtud de esta cláusula las empresas beneficiarias se comprometían a no despedir a los trabajadores previamente afectados por ERTE durante un cierto tiempo (que solía ser de 6 meses, sin perjuicio de la acumulación de diversos compromisos), en una especie de contraprestación a cambio del fuerte gasto público invertido. Compromiso que, si se incumplía, no sin importantes dificultades interpretativas⁶⁹, daba lugar a la devolución de todas las cotizaciones bonificadas o exoneradas, más los recargos e intereses de demora correspondientes, con independencia del número

⁶⁴ Esta limitación posteriormente se trasladó al art. 2 de la Ley 3/2021, de 12 de abril, por la que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19.

⁶⁵ Un tratamiento exhaustivo en MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: *Facultades extintivas del empresario en la era Covid*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.

⁶⁶ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Extinciones pandémicas: el despido en la era COVID-19”, en *Trabajo y Derecho*, N.º 81, 2021, pp. 1-21 (versión digital).

⁶⁷ Doctrina reiterada en SSTS 13 de diciembre 2022 (rec. 3594/2021) y 24 de enero 2023 (rec. 4091/2021).

⁶⁸ La primera de las cláusulas de salvaguarda del empleo se contiene en la D.A. 6ª del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo.

⁶⁹ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: *op. cit.*, *passim*.

de trabajadores despedidos⁷⁰, aunque respecto al centro de trabajo afectado por el despido⁷¹. Por último, también se tomaron medidas para evitar la extinción del contrato temporal a través de la interrupción de su cómputo y de los períodos de referencia equivalentes al período suspendido⁷².

En definitiva, se articuló un sistema de incentivos para el sostenimiento del empleo, con diferentes matices y alcances según los correspondientes RD-ley conforme la pandemia iba avanzando, sobre la base, principalmente, de un mecanismo de flexibilidad interna, como es el expediente de regulación temporal de empleo. Sin duda, estos mecanismos de protección social del empleo en tiempos de crisis coyunturales son mecanismos muy útiles en la línea de revalorizar el papel del trabajo como condición inherente de la vida humana y fuente de sustento. Todo ello para posibilitar con posterioridad una recuperación y salida de la crisis más justa e igualitaria.

2.3. La Reforma Laboral de 2021 en materia de reestructuración empresarial ¿y del despido?

La Reforma laboral de 2021, impulsada por el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, fruto del acuerdo alcanzado en sede de concertación social, es una reforma sensata⁷³ que supone un cambio de ciclo en las políticas de devaluación laboral que se han seguido en las últimas décadas⁷⁴. El acuerdo entre los interlocutores sociales y el Gobierno ha permitido, de este modo, elaborar una reforma laboral equilibrada y moderada, que mira al futuro y busca reestablecer los equilibrios de poder en el mercado de trabajo. Se trata, sin duda, de un triunfo de la concertación social a través de su expresión de la “negociación (pre)legislativa”⁷⁵.

2.3.1. Vigorización de la suspensión del contrato y la reducción de jornada ante crisis empresariales

Entre las diversas materias que se modifican con la Reforma laboral de 2021 (contratación temporal, negociación colectiva, subcontratación...) es necesario

⁷⁰ Véase la nota informativa de la Dirección General de la ITSS de 12 de noviembre de 2020, que recoge el criterio de la Dirección General de Trabajo (DGT-SGON-1147CRA), avalado *obiter dicta* por la STSJ de Andalucía/Granada de 9 de marzo de 2023 (res. 1387/2022).

⁷¹ Criterio de la DGT de 5 de mayo de 2021, con referencia DGT-SGON-1147CRA definitivo.

⁷² ROQUETA BUJ, R.: *Los expedientes de regulación temporal de empleo...*, op. cit., *passim*.

⁷³ MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “La Reforma Laboral de 2021: elogio de la sensatez”. Blog: *El Foro de Labos*, entrada de 30 de diciembre de 2021, disponible en: https://www.elforodelabos.es/la-reforma-laboral-de-2021-elogio-de-la-sensatez/?utm_source=mailpoet&utm_medium=email&utm_campaign=las-ultimas-newsletter-total-entradas-de-nuestro-blog_5

⁷⁴ SANGUINETI RAYMOND, W.: “La reforma laboral de 2021 y el espíritu de nuestro tiempo”. Blog: *El Blog de Wilfredo Sanguineti: un espacio compartido de reflexión laboralista desde las dos orillas*, entrada de 5 de enero de 2022, disponible en: <https://wilfredosanguineti.wordpress.com/2022/01/05/la-reforma-laboral-de-2021-y-el-espiritu-de-nuestro-tiempo/>

⁷⁵ MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G.: “Mecanismo RED de flexibilidad interna y garantía de estabilización del empleo (artículo 47 bis del Estatuto de los trabajadores y disposiciones concordantes)”, *Temas laborales*, N.º 161, 2022, pp. 306 y ss.

destacar el nuevo marco regulador que se aporta a las medidas de flexibilidad interna tras la experiencia (exitosa)⁷⁶ vivida con los ERTE de la situación pandémica, a través de una reformulación del art. 47 ET y la creación del mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo en el art. 47.bis ET. En esta idea de implantar un modelo de promoción de la flexibilidad interna con carácter estructural, más allá de la situación de emergencia sanitaria⁷⁷, el art. 47 ET se modifica incorporando aquellos aspectos que más útiles se han demostrado durante la pandemia: agilización de los procedimientos; reforzamiento de la información a los representantes; incorporación de la fuerza mayor por impedimentos o limitaciones en la actividad (supuestos de fuerza mayor impropia o *factum principis*); prohibiciones durante el ERTE; exoneración parcial de la cotización empresarial a la Seguridad Social vinculada a la realización de las acciones formativas de la D.A. 25ª ET y compromiso de mantenimiento del empleo (disposición adicional 44ª TRLGSS); reglas específicas de la prestación por desempleo en ERTE por fuerza mayor (disposición adicional 46ª TRLGSS); etc.

Por otro lado, el art. 47.bis ET incorpora al ordenamiento jurídico español una novedosa figura, conocida como mecanismo RED de flexibilidad y estabilización del empleo⁷⁸, que persigue adaptar la plantilla de las empresas y sostener el empleo frente a situaciones excepcionales de crisis globales o de sectores productivos concretos, a diferencia del ERTE “ordinario” que se refiere a situaciones particulares de las empresas⁷⁹. Se trata de un mecanismo que es activado por el Consejo de Ministros y que permite reducir la jornada o suspender los contratos de trabajo a través de la solicitud y autorización de la autoridad laboral, previo procedimiento de consultas con los representantes de los trabajadores. En efecto, se prevén dos modalidades de este mecanismo RED: una cíclica (“cuando se aprecie una coyuntura macroeconómica general que aconseje la adopción de instrumentos adicionales de estabilización”) y otra sectorial (“cuando en un determinado sector o sectores de actividad se aprecien cambios permanentes que generen necesidades de recualificación y de procesos de transición profesional de las personas trabajadoras”), última modalidad que exigirá un

⁷⁶ La Exposición de motivos del RD-ley 32/2021 señala en este sentido: “El resultado ha sido muy positivo en términos de desacoplamiento de la evolución del PIB con la del empleo, así como de los saldos fiscales (gracias a la amortiguación de los estabilizadores automáticos), en la estabilidad de las relaciones laborales, en el mantenimiento del tejido productivo y del capital humano, así como en las inferiores tasas de desempleo, sin parangón con crisis anteriores”.

⁷⁷ “La exitosa experiencia con dicho instrumento (el ERTE), hasta ahora muy poco utilizado en España, proporciona una base para avanzar hacia un mecanismo permanente, que garantice un marco de flexibilidad ante fluctuaciones de la demanda, alternativo a la alta temporalidad y a la elevada oscilación del empleo y que contribuya a la estabilidad laboral y económica, con un fuerte apoyo a la formación y recualificación de las personas trabajadoras, invirtiendo, así, en el capital humano del país, sobre la base de beneficios en la cotización a la Seguridad Social” (Exposición de motivos del RD-ley 32/2021).

⁷⁸ La introducción del mecanismo RED se enmarca en la reforma 6 (“establecimiento de un mecanismo permanente de flexibilidad interna y recualificación de trabajadores en transición”) del Componente 23 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

⁷⁹ RAMOS QUINTANA, M.I.: “La flexibilidad interna en la reforma laboral: medidas temporales y permanentes para apoyar a las empresas y sostener el empleo ¿una opción prioritaria frente al despido?”, *Trabajo y Derecho*, N.º 87, 2022, versión digital, p. 3.

plan de recualificación cuando se proceda a su solicitud ante la autoridad laboral. Sin ánimo de exhaustividad, dos de las características propias del mecanismo RED son la creación de un fondo específico para su financiación (art. 47.bis apartado 6), así como la existencia de una prestación por desempleo específica prevista en la disposición adicional cuadragésima primera del TRLGSS.

Otra de las cuestiones que mayor interés suscitan en torno a la implantación de las medidas de flexibilidad interna según los postulados de trabajo decente de la OIT son la promoción de medidas de formación durante la afectación de los trabajadores al ERTE. En este sentido, en el marco de la disposición adicional vigesimoquinta del ET, introducida por la Reforma laboral de 2021, se reconoce el derecho a un incremento de crédito para la financiación de acciones en el ámbito de la formación programada, según la nueva redacción del art. 9.7 de la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, así como se reconoce a los trabajadores afectados por el mecanismo RED como colectivo prioritario para el acceso a las iniciativas del sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral. Además, la disposición adicional cuadragésima cuarta del TRLGSS, donde se regulan los beneficios a la cotización empresarial a la Seguridad Social, vincula los porcentajes de exoneración con que se realicen las acciones formativas de la D.A. 25ª ET para el caso de ERTE por causas ETOP o mecanismo RED⁸⁰.

2.3.2. La ausencia de preferencia legal de medidas de flexibilidad interna frente al despido

A pesar de que las medidas de flexibilidad interna reformuladas por la Reforma laboral de 2021, y especialmente la introducción del mecanismo RED, tienen la vocación de una política del Derecho promocional y de fomento de la adopción anticipada de este tipo de medidas frente a las más traumáticas del despido, en el Estatuto de los trabajadores no se ha introducido una referencia clara y explícita en cuanto al régimen del despido como medida de *ultima ratio*.

Durante la negociación y en los últimos borradores del texto de la reforma se introdujo una previsión en el apartado 8 del art. 47.bis ET, que finalmente se eliminó y cuyo tenor literal era el siguiente: “el Mecanismo de Sostenibilidad en el Empleo será preferente frente a las extinciones por causa económica, técnica, organizativa o de producción, debiendo la empresa motivar suficientemente en el caso de extinción por estas causas que el mecanismo del presente precepto [47bis del ET] es inviable para resolver de modo proporcionado y razonable la situación en la que se encuentra la empresa”. De este modo, si tal previsión se hubiera mantenido el debate hubiera estado zanjado, pues se contaría en la actualidad con un criterio legal preferencial u obligatorio a favor de considerar la extinción contractual como una medida de carácter subsidiario a las medidas de flexibilidad interna (en concreto, respecto al mecanismo

⁸⁰ Un análisis más minucioso en MUROS POLO, A.: “Seguridad social, ERTE y mecanismo red como instrumentos idóneos para acompañar las transiciones profesionales hacia los empleos del mañana”, en VV.AA.: *Las transformaciones de la Seguridad Social ante los retos de la era digital. Por una salud y Seguridad Social digna e inclusiva*. VII Congreso Internacional y XX Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Murcia, Laborum, 2023, pp. 285-308.

RED). De ser así nos encontraríamos ante un reforzamiento de la estabilidad en el empleo, sin perjuicio de tener en cuenta los intereses de la conservación y viabilidad de la organización empresarial⁸¹.

Para algunos autores, la nueva regulación de los ERTE gira en torno a convertirlos en el instrumento principal de reacción empresarial frente a las situaciones de excedentes de empleo. Este objetivo se concreta en medidas de incentivo de estos mecanismos para hacerlos más atractivos frente a la opción por el despido. “Resulta fácil de percibir que las medidas de evitación de los costes indemnizatorios por despidos, reducción en las cotizaciones sociales, así como financiación preferente al reciclaje profesional de los trabajadores afectados pretenden actuar como elementos que decanten las preferencias empresariales a favor de los ERTE, frente a los despidos”, siempre más costosos en términos de la pérdida de experiencia profesional de los trabajadores afectados, indemnizaciones y, en última instancia, de mayor conflictividad⁸².

En cualquier caso, como se venía indicando, al margen de estas medidas de promoción legal, en la regulación actual no existe una preferencia expresa a favor de medidas de flexibilidad interna en detrimento del uso principal de despidos, como así ha ocurrido con la crisis de la COVID-19 o con la situación de sobrecostes y de crisis energética ocasionada por la guerra de Ucrania. Para hacer frente a esta última crisis, es necesario aludir a la dos denominadas “prohibiciones” de despedir por causas relacionadas con la invasión de Ucrania, previstas inicialmente en el art. 44 RD-ley 6/2022, de 29 de marzo, y posteriormente trasladadas al art. 83 del RD-ley 8/2023, de 27 de diciembre, con fecha fin de vigencia (por el momento) hasta el 30 de junio de 2024⁸³.

Es cierto que el ET recoge las causas empresariales para realizar traslados colectivos o modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo (arts. 40 y 41 ET, respectivamente) en un sentido abierto y con menor intensidad respecto a las suspensiones de contratos de trabajo o reducciones de jornada (art. 47 ET), despidos por causas empresariales (arts. 51 y 52.c) ET) y descuelgues convencionales (art. 82.3 ET), lo cual podría dar lugar a un escalonamiento entre las medidas empresariales con base en su proporcionalidad, aunque también es cierto que este último grupo comparte una definición causal casi idéntica⁸⁴. Por esto último, la jurisprudencia viene admitiendo que la opción entre medidas de flexibilidad interna y externa es

⁸¹ MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G.: “Mecanismo RED de flexibilidad interna y garantía de estabilización del empleo (artículo 47 bis del Estatuto de los trabajadores y disposiciones concordantes)”, *op. cit.*, p. 310.

⁸² CRUZ VILLALÓN, J.: “Suspensiones y reducciones de la jornada laboral. Lo que hemos aprendido de la reforma laboral de 2021”, *op. cit.*, p. 196.

⁸³ Un análisis detallado en MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. y RODRÍGUEZ CARDO, I.: “Las «prohibiciones» de despido por la invasión de Ucrania: fines, funciones, similitudes con las medidas Covid y articulación con la legislación estructural”, *Labos*, Vol. 3, N.º 2, 2022, pp. 51-75.

⁸⁴ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: “Capítulo IX. Procedimientos de regulación temporal de empleo (art. 47 ET)”, en VV.AA.: *La reforma laboral de 2021: estudio técnico de su régimen jurídico*, Murcia, Laborum, 2022, pp. 376 y 377.

una facultad que pertenece a la empresa, pues no le compete al juez elaborar juicios de oportunidad.

Como reconoce el Tribunal Supremo “todo invita a sostener que mediando la causa descrita, el empresario es el que debe decidir soberanamente si procede acudir a medidas extintivas [ERE] o meramente suspensivas [ERTE]; y aunque una racional interpretación sistemática de ambos preceptos induce a concluir que en principio los ERE deben tener génesis en causas estructurales y los ERTE han de hallarla en las coyunturales, en todo caso resulta claro que corresponde a la exclusiva gestión empresarial decidir si está en presencia de una situación meramente coyuntural o si para ella ya es estructural, de forma tal que el acudir a un ERE o a un ERTE viene a traducirse en un juicio de «oportunidad» que exclusivamente corresponde a la dirección de la empresa” (STS de 17 de julio de 2014, rec. 32/2014, reiterada en la STS de 10 de julio de 2018, rec. 1332/2017).

Tras la Reforma laboral de 2021 se pueden utilizar nuevos argumentos para superar esta interpretación jurisprudencial y sostener que se ha elevado, en cierto modo, a rango legal la preferencia de los ERTE frente a los despidos⁸⁵. Si se realiza una interpretación “auténtica” de la norma, se puede observar de qué modo el legislador recoge en la Exposición de motivos del RD-ley 32/2021 de una forma clara y contundente que los expedientes de regulación temporal de empleo se reconocen como “fórmula alternativa y prioritaria a las extinciones” (el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia también se manifiesta en términos parecidos⁸⁶). Además, aunque no se ha modificado el tenor literal de las causas empresariales para despedir, sí que se ha alterado la regulación del ERTE para especificar que deberán de ser causas “de carácter temporal”, lo cual parece apuntar a que si se trata de situaciones temporales o coyunturales no se podrá acudir al despido. En el mismo sentido se puede situar la nueva doctrina del TS a la hora de analizar despidos colectivos en el marco de la COVID-19, donde distingue entre causas coyunturales para justificar el recurso al ERTE y causas estructurales para el despido⁸⁷.

No obstante, para otros autores es probable que el Tribunal Supremo no haya alterado su interpretación tradicional, por la cual reconoce al empleador la facultad exclusiva de decidir entre distintas medidas cuando acredita la causa. Y ello se debe a que estas últimas sentencias están dirigidas a situaciones en las que la empresa había ya adoptado previamente medidas de flexibilidad interna con resultados infructuosos, y lo que se busca es que el empleador no tenga que insistir en la adopción reiterada de

⁸⁵ Todos estos argumentos son defendidos por CRUZ VILLALÓN, J.: “Suspensiones y reducciones de la jornada laboral. Lo que hemos aprendido de la reforma laboral de 2021”, *op. cit.*, pp. 196-198 y en cierto modo por FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: “Capítulo IX. Procedimientos de regulación temporal de empleo (art. 47 ET)”, *op. cit.*, pp. 376-378.

⁸⁶ “El Plan prevé también el establecimiento de un mecanismo permanente de flexibilidad interna de las empresas alternativo al despido, reforzando la inversión en formación y recualificación y la prioridad de la reducción de jornada y de suspensión de contrato”, pp. 76 y 77.

⁸⁷ SSTs de 18 y 22 de febrero, 16 de marzo y 20 de abril de 2022 (recs. 229/2021, 232/2021, 265/2021 y 241/2021).

medidas temporales que han sido ineficientes⁸⁸. Es más, si la Reforma laboral de 2021 ha instaurado presuntamente a las medidas de flexibilidad interna como instrumentos “alternativos y prioritarios” al despido, no se entiende por qué se han introducido las denominadas “prohibiciones” de despedir por la Guerra de Ucrania, ya que, si se hubieran cumplido realmente los objetivos de la intervención legislativa, dichas prohibiciones no hubieran sido necesarias al tratarse de causas temporales que no justifican el recurso al despido. Así, “el legislador demuestra que esa “prioridad” legal no es real, o al menos que el propio legislador no está convencido de ella”⁸⁹.

Como se puede observar, la existencia de una preferencia de medidas de flexibilidad interna frente al despido tras los últimos cambios normativos no admite una respuesta certera. Mas todo lo contrario, se trata de una prioridad incierta, rodeada de inseguridad jurídica, para cuya resolución sería necesaria una intervención decidida del legislador que incluya una preferencia legal expresa que relegue al despido y, sobre todo, al despido colectivo como una medida de *ultima ratio* en las decisiones de reestructuración empresarial. Reforzar la garantía a la seguridad en el trabajo se erige, por tanto, como un objetivo coherente a la luz de los postulados del trabajo decente de la OIT y del conjunto del sistema multinivel de derechos, ya que, si se quiere dignificar el trabajo, este debe ser especialmente protegido. Por ello, hay que darle el correspondiente valor al empleo y no puede ser facilitada su extinción en extremo ya que, de lo contrario, se estaría desvalorizando el trabajo, en el marco de su “remercantilización”.

El V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (V AENC) de 10 de mayo de 2023 (suscrito por CEOE, CEPYME, CC.OO. y UGT) sí que se sitúa en la línea de primar los mecanismos de flexibilidad interna frente al despido y, por ello, también puede suponer un mecanismo adecuado para implementar tal preferencia en la práctica negocial. En concreto, se afirma en el capítulo IX del V AENC que: “los mecanismos de adaptación internos son preferibles a los externos y a los ajustes de plantilla, por ello los convenios deberían disponer de la flexibilidad interna como una herramienta para facilitar la adaptación competitiva de las empresas y para mantener el empleo, su estabilidad y calidad y la actividad productiva, con un adecuado equilibrio entre flexibilidad para las empresas y seguridad para las personas trabajadoras”. Tras introducir una serie de especificaciones respecto a la clasificación profesional y movilidad funcional, la ordenación del tiempo de trabajo y la inaplicación de determinadas condiciones de trabajo en los convenios, el V AENC dedica un apartado específico dentro del citado capítulo a los expedientes de regulación temporal de empleo y al Mecanismo RED.

En este sentido, los convenios colectivos deberán: “- Potenciar los expedientes de regulación temporal de empleo, como medida de flexibilidad interna, para abordar situaciones coyunturales y facilitar la adaptación de las empresas, haciendo

⁸⁸ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. y RODRÍGUEZ CARDO, I.: “Las «prohibiciones» de despido por la invasión de Ucrania: fines, funciones, similitudes con las medidas Covid y articulación con la legislación estructural”, *op. cit.*, p. 73.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 74.

posible el mantenimiento del empleo; - Desarrollar los objetivos y los criterios para la implementación de los ERTE,s; - Priorizar la adopción de medidas de reducción de jornada frente a las de suspensión de contratos; - Garantizar la transparencia en la transmisión de la información, asegurando la información oportuna, suficiente y adecuada a la representación de las personas trabajadoras; - Configurar propuestas de contenidos formativos a desarrollar en caso de activación del Mecanismo RED o de ERTE,s; - Crear medidas de apoyo a la formación y recualificación de las personas trabajadoras en ERTE,s”. Y todo ello finaliza con una llamada de atención a la reestructuración socialmente responsable cuando expresa que: “se recuerda la importancia de tener en cuenta la especial situación de las PYME,s y la repercusión en los territorios de los procesos de restructuración de las empresas, por su incidencia en la sociedad, la economía y el empleo”.

2.4. Las reestructuraciones empresariales ante la doble transición digital y verde y el reto demográfico

En la actualidad el mundo del trabajo está sometido a un extraordinario e incesante cambio a causa de diversos factores. Entre todos ellos destaca, sin lugar a duda, la transformación digital que, de la mano de la automatización, la robotización, la generalización de internet, la inteligencia artificial, la fabricación aditiva, el *blockchain*, el M2M, las redes de gran velocidad, la virtualización o los cobots, está mutando sensiblemente el entorno productivo y laboral, incrementando la competitividad empresarial, facilitando el trabajo humano y, en otras ocasiones, desplazando a la mano de obra por quedar total o parcialmente sustituida⁹⁰.

La preocupación por la destrucción de empleo que pueda venir anudada a los avances tecnológicos no es una cuestión nueva, baste referirse a los “ludistas” del siglo XIX o a lo que ya en 1936 identificó John Maynard Keynes como desempleo o “paro tecnológico”⁹¹. Sin embargo, afortunadamente estos conflictos pasados entre la mano de obra y el cambio tecnológico se han resuelto a favor de una mayor creación de empleo y de prosperidad para todos, a pesar de los desajustes que se produjeron en el corto plazo.

No obstante, la actual revolución tecnológica, la conocida como Cuarta Revolución Industrial⁹², presenta ciertas características que pueden presagiar una mayor destrucción de empleo o, al menos, una mayor dificultad en el medio-largo plazo para que los nuevos trabajos que emerjan compensen los extintos por la robotización o automatización. La relación que existe entre dicho proceso de cambio tecnológico y la globalización imperante provoca que ambos factores se retroalimenten

⁹⁰ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Los agentes intermediadores a la luz de la Ley 3/2023, de Empleo. Antecedentes y perspectivas desde la colaboración público-privada”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, N.º 66, 2023, p. 66.

⁹¹ KEYNES, J.M.: *Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero*, México, Fondo de Cultura Económica, 1980.

⁹² Término acuñado por SCHWAB, K.: *La cuarta revolución industrial*, Barcelona, Editorial Debate, 2016, aunque para MERCADER UGUINA, J.R.: *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 24 y ss., más bien se trata de la evolución de una única y continua revolución industrial.

de una forma acelerada. Es así que “la digitalización es más profunda en la medida en que se desarrolla en un escenario de economía globalizada, del mismo modo que la globalización se extiende con más fuerza en la medida en que la misma se desarrolla dentro de un contexto de digitalización de la economía”⁹³. Además, los avances tecnológicos se incorporan a la economía a un ritmo exponencial, no solo por la interconectividad que opera a causa de la globalización, sino por la facultad de que la nueva tecnología engendre, a su vez, una nueva tecnología más poderosa⁹⁴, sirva como ejemplo la potencialidad de la inteligencia artificial.

Al margen de posturas “tecnopesimistas” e incluso “tecnooptimistas”⁹⁵, no resulta descabellado afirmar que la nueva revolución digital⁹⁶ supone un reto para el empleo y el nivel de desempleo existente, sobre todo si se adopta un enfoque basado en la calidad del trabajo (o trabajo decente según la OIT). Si bien es cierto que en la actualidad todavía no existen estudios que hayan podido demostrar de forma fehaciente la acusada destrucción de empleo por la conocida como Cuarta Revolución Industrial⁹⁷, la digitalización y robotización de la economía⁹⁸ ya están modificando el mercado de trabajo actual y las capacidades profesionales requeridas, en el sentido de extinguir, transformar e incluso crear puestos de trabajo, aunque a distintas velocidades y con el riesgo de acrecentar la polarización o segmentación entre distintos tipos de trabajadores⁹⁹. Así, se prevé que se creen nuevos empleos basados en las nuevas tecnologías y, en contra, que la destrucción se focalice en aquellos trabajos

⁹³ CRUZ VILLALÓN, J.: «Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía», *Temas Laborales*, N.º 138, 2017, pp. 15 y 16.

⁹⁴ USHAKOVA, T.: “De la máquina al trabajador y viceversa. Un ensayo sobre la implicación de las nuevas tecnologías en el mundo laboral”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, N.º 1, 2018, p. 129.

⁹⁵ Entre las posiciones “tecnopesimistas” destaca RIFKIN, J.: *El fin del trabajo. Nuevas tecnologías contra puestos de trabajo: el nacimiento de una nueva era*, Barcelona, Paidós, 1996 y FORD, M.: *El auge de los robots: la tecnología y la amenaza de un futuro sin empleo*, Barcelona, Paidós, 2016. En el lado de las posiciones “tecnooptimistas”, es necesario aludir a la aportación de BRYNJOLFSSON, E. y MCAFEE, A.: *La segunda era de las máquinas*, Madrid, Temas, 2013.

⁹⁶ Se dice que estamos ante la Segunda Revolución Digital.

⁹⁷ BAZ RODRÍGUEZ, J.: “El impacto de la transformación digital en la financiación de la Seguridad Social. (De la «cotización de los robots» a la búsqueda de mecanismos innovadores de financiación en la era de la inteligencia artificial)”, en VV.AA., *Las transformaciones de la Seguridad Social ante los retos de la era digital. Por una salud y Seguridad Social digna e inclusiva*, Murcia, Laborum, 2023, p. 409.

⁹⁸ Un estudio en GÓMEZ SALADO, M.Á.: *La cuarta revolución industrial y su impacto sobre la productividad, el empleo y las relaciones jurídico-laborales: desafíos tecnológicos del siglo XXI*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, *passim*.

⁹⁹ Se prevé que la automatización y robotización del trabajo afecte en mayor medida a los empleos de la “clase media” y, en cambio, se incremente la demanda de trabajos altamente cualificados, de difícil acceso por su mayor formación, así como se demanden más trabajos poco sofisticados y peor pagados por ser más difíciles de sustituir (servicios de limpieza, seguridad, transporte, de cuidado, etc.), FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: “Automatización y empleo: la «Paradoja de Polanyi» revisitada”, en *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum*, N.º 1, 2021, pp. 63-93.

más fácilmente automatizables o sustituibles por ser rutinarios¹⁰⁰ que, a su vez, tienen rostro de mujer¹⁰¹ (aunque no solo, ya que la IA está afectando a otras profesiones que se creían inherentes al ser humano¹⁰²). Los primeros efectos de esta transformación digital se pueden vislumbrar en la existencia de puestos vacantes que no se pueden cubrir a causa de la dificultad de alcanzar la formación y capacitación profesional requerida para acceder a ellos¹⁰³.

Las consecuencias en el empleo de la introducción de maquinaria que genere desplazamiento de mano de obra dependerán de que una mayor productividad se corresponda con un aumento de la demanda agregada total. Un incremento en la demanda agregada tras la llegada de robots y procesos de automatización facilitará el movimiento de mano de obra a otros sectores de la economía. Por ello, si la demanda agregada no responde, a pesar de la digitalización de la economía, el empleo agregado y los salarios podrían caer. Además, no hay que tener en cuenta solo las ineficiencias del mercado, sino también las dificultades, trabas o barreras que tengan las personas trabajadoras para acceder a este nuevo mercado laboral impregnado por las tecnologías de nueva generación. La introducción de robots puede reemplazar a los trabajadores en un determinado sector y desplazarlos a otros con mayor demanda de trabajo, como puede ocurrir, por ejemplo, con la sustitución de los encargados de líneas de ensamblaje de automóviles y el aumento de demanda de trabajadores en la industria de producción de robots. No obstante, “resulta claro que en el ínterin de esa reconversión, quedarán

¹⁰⁰ Para WORLD ECONOMIC FORUM: *El informe sobre el Futuro del Empleo 2023*, disponible en: <https://es.weforum.org/publications/the-future-of-jobs-report-2023/digest/> las mayores pérdidas se prevén en las funciones administrativas y en las funciones tradicionales de seguridad, fábrica y comercio. Las organizaciones encuestadas prevén 26 millones menos de puestos de trabajo para 2027 en funciones de mantenimiento de registros y administrativas, incluidos cajeros y taquilleros; empleados de entrada de datos, contabilidad, teneduría de libros y nóminas; y secretarios administrativos y ejecutivos, impulsados principalmente por la digitalización y la automatización.

¹⁰¹ El informe de MCKINSEY GLOBAL INSTITUTE: *Generative AI and the future of work in America*, disponible en: <https://www.mckinsey.com/mgi/our-research/generative-ai-and-the-future-of-work-in-america> pronostica que las mujeres tienen 1,5 veces más probabilidades que los hombres de necesitar cambiar de profesión, habida cuenta de que están más representadas en aquellos trabajos más proclives a la automatización.

¹⁰² No obstante, también es cierto que hoy en día existen avances en materia de inteligencia artificial que pueden afectar a profesiones que se creían reservadas a la actividad humana (algoritmo Watson, Chat GPT o Dall-e-2), GORDO GONZÁLEZ, L.: “¿Existirán trabajadores por cuenta ajena en el futuro? La necesidad de desarrollar un Estatuto de los Trabajadores para el Siglo xxi (...y para el xxii)”, en Blog: *El Foro de Labos*, entrada web del 20 de diciembre de 2022, recuperada de: <https://www.elforodelabos.es/2022/12/existirán-trabajadores-por-cuenta-ajena-en-el-futuro-la-necesidad-de-desarrollar-un-estatuto-de-los-trabajadores-para-el-siglo-xxi-y-para-el-xxii/> (visitada 15/12/2023).

¹⁰³ Según la asociación de empresas tecnológicas DigitalES, en 2022 existían en España 120 mil vacantes tecnológicas (principalmente, desarrolladores de software, técnicos de ciberseguridad, ingenieros de telecomunicaciones), citado en VIDA FERNÁNDEZ, R.: “Nuevos riesgos, nuevos instrumentos de protección social: de las rentas condicionadas a la renta básica universal”, en VV.AA., *Los sistemas de protección social ante la incidencia de la disrupción digital* (J.L. MONEREO PÉREZ y J.A. MALDONADO MOLINA, Dirs.), Granada, Comares, 2023, p. 320. En este sentido, también véase GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.: “Los desajustes actuales oferta-demanda en el mercado de trabajo español”, *Cuadernos del Mercado de Trabajo*, N.º 10, 2023, pp. 6 y ss.

muchos trabajadores “descolgados”, por no gozar de las competencias que se requieren para acceder a estos nuevos empleos¹⁰⁴.

Por todo ello, es absolutamente necesario que los procesos de reestructuración empresarial movidos por la robotización y automatización del trabajo se basen en la formación, especialmente a través de medidas de flexibilidad interna, como así se prevé en el ERTE o en el Mecanismo RED (D.A. 44ª TRLGSS que vincula las exenciones en las cotizaciones con la realización de acciones formativas¹⁰⁵), o a través de planes de recolocación externa y de recualificación realmente serios. Todo ello para lograr que los trabajadores afectados por tales procesos logren reinsertarse en el mercado laboral lo antes posible y en las mejores condiciones. La mejora de la empleabilidad a la hora de diseñar estas reestructuraciones empresariales debe de ser un elemento fundamental sobre el que pivote la decisión empresarial y la intervención de los representantes de los trabajadores¹⁰⁶, con la finalidad de conseguir una recualificación y transición profesional de las personas trabajadoras afectadas lo más coherente posible con la nueva división del trabajo entre humanos y máquinas. De lo contrario, la facilitación del despido por causas técnicas, más aún en grandes empresas con beneficios, sin prestar la adecuada atención a la formación, puede conllevar importantes efectos negativos, no solo para los trabajadores despedidos, sino también para la sociedad en general y la sostenibilidad de las pensiones públicas.

De este modo, en estos procesos de desvinculación programada o de recualificación es necesaria la formación en competencias digitales avanzadas para acceder a los nuevos empleos derivados de la disrupción tecnológica (programadores, mecánicos, operadores de robots a distancia, *data scientists* o trabajos relacionados con el metaverso o la realidad virtual)¹⁰⁷, pero sobre todo resulta obligado (y puede ser más realista) partir de las competencias digitales básicas¹⁰⁸ que, además de contribuir a la empleabilidad de la persona trabajadora, son las que garantizan el respeto de la

¹⁰⁴ Una reflexión sacada de ERCILLA GARCÍA, J.: *La robotización como “causa técnica” de despido objetivo*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2020, pp. 86 y ss.

¹⁰⁵ Estas acciones formativas son las reguladas en la D.A. 25ª ET, donde se prioriza “el desarrollo de acciones formativas dirigidas a atender las necesidades formativas reales de las empresas y los trabajadores incluyendo las vinculadas a la adquisición de competencias digitales, así como aquellas que permitan recualificar a las personas trabajadoras, aunque no tengan relación directa con la actividad desarrollada en la empresa”.

¹⁰⁶ ÁLVAREZ CUESTA, H.: “Buenas prácticas convencionales frente a despidos por causas tecnológicas”, en VV.AA., *Reestructuraciones empresariales: Comunicaciones del XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2021, pp. 796 y ss.

¹⁰⁷ OFICINA NACIONAL DE PROSPECTIVA Y ESTRATEGIA DEL GOBIERNO DE ESPAÑA (Coord.), *España 2050: Fundamentos y propuestas para una Estrategia Nacional de Largo Plazo*, Ministerio de la Presidencia, 2021, p. 302.

¹⁰⁸ La comunicación de la Comisión *Agenda de Capacidades Europea para la competitividad sostenible, la equidad social y la resiliencia* [Bruselas, 1.7.2020 COM(2020) 274 final] fija como objetivo que para 2025 alrededor del 70% de la población adulta de la UE tenga competencias digitales básicas.

ciudadanía y de los valores y derechos individuales y colectivos¹⁰⁹. Asimismo, junto con las competencias técnicas, se requiere fomentar las aptitudes y competencias transversales y sociales como la capacidad de resolución de problemas, el pensamiento crítico, las habilidades de colaboración y comunicación, la cocreación y la creatividad¹¹⁰.

Otro de los factores de índole global que dificulta un pronóstico certero en cuanto a la transformación cualitativa y cuantitativa del empleo en un futuro próximo es el proceso de transición verde o de “descarbonización” para atajar o paliar el problema del calentamiento global y del cambio climático¹¹¹. En efecto, la emergencia climática y sus efectos adversos sobre la propia existencia humana están poniendo en tela de juicio nuestro modelo de desarrollo económico y social a causa de su insostenibilidad, para lo cual, si se quiere revertir o mitigar esta situación, es necesario, igualmente, una modificación de la producción basada en la descarbonización de la economía, en la utilización de energías renovables y en el uso de la economía circular, como así se viene reclamando desde instancias internacionales (Acuerdo de París, Pacto Verde Europeo)¹¹².

Todos estos cambios van a afectar, indudablemente, sobre el mercado de trabajo y el empleo existente, en el sentido de que muchos trabajos quedarán transformados por la transición verde; otros quedarán obsoletos o serán destruidos a causa del cierre de minas o de centrales térmicas en las que se utilice carbón¹¹³, entre otros supuestos; y otros trabajos emergerán en forma de “empleos verdes”¹¹⁴. De este modo, los efectos de la transición ecológica variarán según el sector, la ocupación, la región y el país, lo que implicará cambios en el empleo dentro de los sectores y los ecosistemas industriales, así como grandes redistribuciones de mano de obra entre ellos. Por ejemplo, se prevé la pérdida de puestos de trabajo en algunas actividades mineras o en la producción de energía basada en combustibles fósiles, así como en algunos segmentos del sector del automóvil. Por el contrario, se esperan nuevas oportunidades de empleo en las

¹⁰⁹ MONEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, M.N.: “Las políticas de formación profesional: su centralidad para el derecho al trabajo decente y la inclusión social”, en *Temas Laborales*, N.º 160, 2021, p. 95.

¹¹⁰ *Vid.*, *Acuerdo Marco de los interlocutores sociales europeos sobre digitalización*, junio de 2020.

¹¹¹ BAZ RODRÍGUEZ, J.: “El impacto de la transformación digital en la financiación de la Seguridad Social. (De la «cotización de los robots» a la búsqueda de mecanismos innovadores de financiación en la era de la inteligencia artificial)”, *op. cit.*, p. 409, identifica, junto con la digitalización y con la descarbonización, otros dos procesos estructurales de cambio que pueden afectar al mercado de trabajo: la demografía y la “desglobalización” (lo que se conoce como las cuatro “D”).

¹¹² ÁLVAREZ CUESTA, H.: “La formación en los nuevos yacimientos de empleo (empleos digitales, verdes) con especial atención a la perspectiva de género”, en *Lan Harremanak*, N.º 49, 2023, pp. 3 y ss.

¹¹³ En el informe BARRETO, C.; GUNDKE, R. y KRILL, Z.: *The cost of job loss in carbon-intensive sectors: Evidence from Germany*, OCDE, 2023, se estudian los efectos de la reducción de empleo en las industrias intensivas en carbono.

¹¹⁴ Sobre el concepto de “empleo verde”, véase ÁLVAREZ CUESTA, H.: “Transición energética y políticas de empleo verde: el caso de la minería del carbón en el noroeste de España”, *Labos*, Vol. 3, N.º 3, 2022, pp. 160-163 y MIÑARRO YANINI, M.: “Una nueva dimensión de las políticas de mercado de trabajo: qué es y cómo se fomenta el “empleo verde”, en VV.AA., *Cambio climático y derecho social: claves para una transición ecológica justa e inclusiva*, Universidad de Jaén, 2021, pp. 43 y ss.

actividades circulares de conservación del valor y en la producción de transportes y energías sostenibles¹¹⁵.

En este sentido, para acompañar y adaptarse a estos procesos de transformación verde es necesario que los puestos de trabajo “tradicionales” se nutran de competencias generales (concienciación y protección ambiental, capacidad de adaptabilidad a los procesos de transformación verde...) y de competencias específicas en puestos de trabajo de nivel medio y alto (análisis de riesgos y sistemas para interpretar la necesidad de cambio; capacidad de coordinación y gestión para alcanzar objetivos económicos, sociales y ecológicos; capacidad de innovación para identificar oportunidades y crear nuevas estrategias ecológicas...) ¹¹⁶. De igual modo, más allá del fomento de competencias en materia de sostenibilidad, para hacer frente a este proceso transicional deben de incentivarse nuevos empleos verdes en sectores como el de suministro de energía, el de transporte de personas y mercancías, manufacturas, edificación o agricultura ¹¹⁷.

En cualquier caso, el desplazamiento de trabajadores por cierre de industrias intensivas en carbón o en otros materiales contaminantes hacia otros sectores “limpios” es una cuestión problemática, habida cuenta de que muchas personas trabajadores podrán quedar “descolgadas” por no tener la adecuada formación para su reinserción. Estas operaciones de reestructuración de empresas, que generalmente vendrán dadas por despidos colectivos, deben de ofrecer unas medidas sociales de acompañamiento adecuadas para garantizar la empleabilidad de las personas trabajadoras afectadas, situando como eje central a la formación. A tal fin, los convenios de transición justa previstos en el art. 28 Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética, suponen unos adecuados mecanismos para gestionar con éxito estas reestructuraciones con apoyo de la Administración. En concreto, tales convenios buscan fomentar la empleabilidad “de trabajadores vulnerables y colectivos en riesgo de exclusión en la transición hacia una economía baja en emisiones de carbono, en particular, en casos de cierre o reconversión de instalaciones”.

Asimismo, el progresivo envejecimiento poblacional alerta sobre la cada vez más imperiosa exigencia de proteger el empleo de los trabajadores maduros y fomentar la prolongación voluntaria de su vida laboral para garantizar, al menos en parte, la sostenibilidad del sistema de pensiones público ¹¹⁸. Con el paso de los años cada vez se contará con una menor población en edad activa (y más envejecida), lo cual puede

¹¹⁵ Considerando 10 de la Recomendación del Consejo de 16 de junio de 2022 para garantizar una transición justa hacia la neutralidad climática.

¹¹⁶ CHACARTEGUI JÁVEGA, C.: “El concepto de «Transición Justa» para la OIT. Análisis del VI Informe «Lograr una transición justa hacia economías y sociedades medioambientalmente sostenibles para todos», presentado a la Conferencia Internacional del Trabajo 111ª reunión (2023)”, en *Trabajo y Derecho*, N.º 103, 2023, p. 5, versión digital.

¹¹⁷ Ampliamente, ÁLVAREZ CUESTA, H.: “La formación en los nuevos yacimientos de empleo (empleos digitales, verdes) con especial atención a la perspectiva de género”, *op. cit.*, p. 7.

¹¹⁸ MUROS POLO, A.: “El nuevo régimen jurídico de las cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos tras la Ley 21/2021, de 28 de diciembre”, en VV.AA., *Derecho vivo de la Seguridad Social* (G.L. BARRIOS BAUDOR y G. RODRÍGUEZ INIESTA, Dirs.), Murcia, Laborum, 2022, pp. 181 y ss.

redundar en un estancamiento económico del país y, aún más, en el difícil sostenimiento de los gastos públicos asociados a la vejez, en especial del gasto en pensiones. En este marco, el alargamiento de la vida laboral y la recapitación constante de la población madura deben de cumplir un protagonismo esencial si se quieren mitigar tales riesgos, al igual que la conocida como *silver economy* también deberá de abrir nuevos caminos y brindar nuevas oportunidades de trabajo en diversos sectores como el sanitario y de cuidados, el comercio, el turismo, el ocio y la movilidad¹¹⁹.

Como parece señalar la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo 2021-2024 (RD 1069/2021) no se puede pasar por alto el riesgo que supone la Cuarta Revolución Industrial y la transición ecológica para el colectivo de los trabajadores maduros. Como se ha puesto de manifiesto, la menor adaptación de los trabajadores de más edad a la tecnología, sin caer en su estigmatización, supone un factor de vulnerabilidad añadido y un obstáculo más para el mantenimiento y la reinserción en el empleo (es lo que se conoce como la brecha digital generacional)¹²⁰. En este punto, resulta crucial “el derecho a la formación durante las transiciones profesionales”, tal y como indica el Pilar Europeo de Derechos Sociales, en su pilar dedicado al “apoyo activo para el empleo”, y del mismo modo tanto el Plan Nacional de Competencias Digitales como la Carta de Derechos Digitales española. Las mayores dificultades que pueden tener las personas trabajadoras maduras en la recualificación y transición profesional, sobre todo si pertenecen al colectivo de desempleados de larga duración, deben de ser paliadas por el Estado, a través de políticas públicas centradas en una formación profesional adaptada a la nueva realidad del empleo y a las competencias requeridas por el mercado¹²¹.

Por todos estos desafíos anteriores para el mundo del trabajo es necesario integrar a las personas trabajadoras en un sistema de formación a lo largo del ciclo vital, junto con unas empresas implicadas en la empleabilidad, para alcanzar los empleos del futuro. Además, se requiere eliminar los obstáculos a la incorporación o al mantenimiento voluntario en el mercado de trabajo de los trabajadores maduros, así como es necesario el retorno al empleo de las personas desempleadas, especialmente de los colectivos vulnerables. Resulta obligado que las empresas y entidades educativas se coordinen para cubrir las necesidades reales del mercado de trabajo con personal cualificado, al igual que se debe de impulsar desde ya en el ámbito de la empresa la capacitación mediante la formación para el empleo ante las transiciones digital y verde

¹¹⁹ Sobre estos retos y las posibles soluciones OFICINA NACIONAL DE PROSPECTIVA Y ESTRATEGIA DEL GOBIERNO DE ESPAÑA (Coord.), *op. cit.*, pp. 201-236, capítulo dedicado a “Preparar nuestro estado de bienestar para una sociedad más longeva”.

¹²⁰ OLARTE ENCABO, S.: “Brecha digital, pobreza y exclusión social”, *Temas laborales*, N.º 138, 2017, p. 293.

¹²¹ Sobre ello reflexiona ampliamente GONZÁLEZ COBALEDA, E.: “Mayores: la lenta evolución de las políticas de empleo y el auge de la discriminación por edad”, en AA.VV. (GÓMEZ SALADO, M.Á. et al., Dirs.), *El empleo de los colectivos vulnerables en el marco de la transformación tecnológica. Una aproximación jurídico-social*, Granada, Comares, 2022, *passim*.

para conseguir la recualificación, el reciclaje y la transición profesional de las personas trabajadoras afectadas por estos procesos¹²².

La formación debe de situarse como la piedra angular de las políticas públicas para facilitar la adaptación, no solo de las personas desempleadas, sino también de las personas ocupadas, a los nuevos trabajos y a las nuevas capacidades de los empleos del mañana. Eso sí, utilizando el estándar de “trabajo decente” de la OIT o trabajo de calidad para conseguir “transiciones justas”¹²³ de la mejor forma, en el menor tiempo y con las mayores condiciones laborales y de vida posibles.

La importancia de la formación profesional dentro de las políticas activas de empleo deriva del papel que desempeña en la “desmercantilización” del trabajo, en el sentido de que protege al trabajador en las transiciones profesionales; tutela su profesionalidad; impone límites a los cambios impuestos por el empleador, ya sea en la movilidad funcional o en el despido; así como, en general, mejora la empleabilidad de la persona trabajadora como instrumento para adecuar, readaptar o adquirir nuevos conocimientos en función de las necesidades del mercado de trabajo y de la empresa en cuestión¹²⁴.

En este marco se sitúa la Decisión (UE) 2023/936 del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de mayo de 2023 sobre el Año Europeo de las Competencias, que expresa el deseo compartido de promocionar el rol crucial del *reskilling* y el *upskilling* como una prioridad para la Unión Europea y para la agendas políticas nacionales con el objetivo de, por un lado, mejorar el acceso al desarrollo de habilidades, la formación y el aprendizaje permanente, que sean de calidad e inclusivos, y, por otro lado, ayudar a abordar la escasez y las brechas de habilidades que afectan de manera negativa, en particular en las pymes, a la competitividad, el crecimiento, el empleo y la cohesión social. Todo ello tiene su base en el art. 14 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, donde se reconoce el derecho a la educación, y en el Pilar Europeo de Derechos Sociales¹²⁵ (concretamente, Pilar 1 dedicado a “educación, formación y aprendizaje permanente” y Pilar 4 dedicado al “apoyo activo para el empleo”), cuyo Plan de Acción sitúa como objetivo que para 2030 al menos el 60% de la población adulta participe en actividades de formación cada año.

El V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva también se pronuncia en este sentido cuando recalca como fundamental la adaptación permanente de las plantillas a las nuevas realidades protagonizadas por la transición digital y ecológica y el envejecimiento de la población. Se trata de implantar una formación continua para fomentar una “nueva cultura del aprendizaje permanente”, que haga frente a la

¹²² FERNÁNDEZ PRIETO, M.: “Empleabilidad e intermediación laboral: novedades y alcance en la Ley 3/2023”, en *Revista Justicia y Trabajo*, N.º extraordinario, 2023, p. 27.

¹²³ *Vid.*, aunque desde la perspectiva de la transición verde, CHACARTEGUI JÁVEGA, C.: *op. cit.*, versión digital.

¹²⁴ MONEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, M.N.: “Las políticas de formación profesional: su centralidad para el derecho al trabajo decente y la inclusión social”, *op. cit.*, p. 111.

¹²⁵ Recomendación (UE) 2017/761 de la Comisión Europea de 26 de abril de 2017, sobre el Pilar Europeo de Derechos Sociales, DOUE (L 113/56).

actualización constante de las competencias de los trabajadores y trabajadoras, también en el lugar de trabajo, sobre todo para facilitar sendas transiciones (Capítulo V). El V AENC incluso dedica un capítulo exclusivo (n.º XVI) a la “transición tecnológica, digital y ecológica”, en la idea de que, para favorecer una transición justa, inclusiva y beneficiosa para todas las partes, “los convenios colectivos de sector y de empresa deben promover e impulsar la transformación digital en el lugar de trabajo en el marco de procesos participativos”, para lo cual se entiende oportuno que se “establezcan procedimientos concretos de información previa a la representación legal de las personas trabajadoras, de los proyectos empresariales de digitalización y de sus efectos sobre el empleo, las condiciones de trabajo y las necesidades de formación y adaptación profesional de las plantillas, apostando por la formación continua para la mejora de las competencias digitales de las personas trabajadoras que facilite esta transición en la empresa”. Asimismo, es necesario que la negociación colectiva impulse una política de igualdad de oportunidades para asegurar que la tecnología digital resulte beneficiosa para todas las personas trabajadoras, superando la brecha (digital) por edad.

La transición ecológica también tiene una especial mención en el V AENC, aunque siempre en relación con su “gemela” (la transición digital)¹²⁶, pues indica que ambas “deben ser afrontadas de manera temprana y efectiva desde la negociación colectiva, en el marco de procesos participativos con la representación de las personas trabajadoras, para poder así sensibilizar e identificar soluciones que puedan adaptarse a las especificidades de los diferentes sectores y plantear cuestiones esenciales”. Así, “es imprescindible identificar nuevas necesidades de cualificación y mejora de las competencias, rediseño de los puestos de trabajo, organización de las transiciones entre empleos o mejoras en la organización del trabajo”, pero sobre todo “resulta prioritario impulsar líneas de formación e información a las personas trabajadoras para asegurar su implicación ante la adopción de medidas que reclama el cambio climático”.

¹²⁶ Sobre la confusa y a veces errónea equiparación entre las transiciones digital y verde véase MIÑARRO YANINI, M.: “Las pretendidas “transiciones gemelas” ecológica y digital: en particular, su impacto en el empleo y los procedimientos de adaptación”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, N.º 156, 2023.

CAPÍTULO 3. EL DESPIDO COLECTIVO Y LAS REESTRUCTURACIONES SOCIALMENTE RESPONSABLES. UNA NUEVA RESPUESTA ANTE LOS RETOS EMERGENTES

Al margen de antecedentes más remotos¹²⁷, la responsabilidad social corporativa o empresarial empezó a adquirir cierto protagonismo en los años ochenta del siglo XX a causa de tres principales motivos: el proceso de globalización económica y la deslocalización de empresas a terceros países emergentes; la implantación de la “Sociedad de la información” y la canalización de las preocupaciones sociales ante la incapacidad de los Estados de poner freno a prácticas insostenibles; y la entrada en escena del Medio Ambiente como bien jurídico a proteger¹²⁸.

De este modo, las primeras iniciativas de responsabilidad social empresarial (en adelante, RSE) vinieron impulsadas por parte de las empresas multinacionales para contrarrestar los posibles efectos negativos y/o la sujeción a normativas nacionales y a decisiones judiciales ante los impactos generados en sus cadenas de valor. Por ello, las mayores presiones y exigencias sociales provocaron que las empresas multinacionales fueran incorporando a su actividad políticas y acciones de responsabilidad social empresarial (redactando los primeros códigos de conducta a nivel empresarial), ya que ello permitía, a su vez, mantener los beneficios en términos de reputación e imagen corporativa, reduciendo el riesgo de oposición pública a sus proyectos, así como permitía conservar clientes y facilitaba el acceso a nuevos mercados con mayores exigencias¹²⁹.

En este contexto, si bien existen otras instancias internacionales que también han prestado atención a la RSE¹³⁰, es necesario destacar la labor que ha desempeñado

¹²⁷ SALGUERO MOLINA, P.: *La responsabilidad social en la crisis y reestructuración de empresas*, Gramada, Comares, 2016, pp. 1-38.

¹²⁸ A estos tres factores se refieren expresamente GRAU RUIZ, M.A. y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “Presentación”, en VV.AA.: *La responsabilidad social de las organizaciones*, SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. (Dir.) y GRAU RUIZ, M.A. (Coord.), Madrid, Editorial Grupo 5, 2013, pp. 17 y ss.

¹²⁹ ANCOS FRANCO, H. y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “Marco normativo de la responsabilidad social empresarial”, en VV.AA.: *La responsabilidad social de las organizaciones*, SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. (Dir.) y GRAU RUIZ, M.A. (Coord.), Madrid, Editorial Grupo 5, 2013, pp. 29 y 38.

¹³⁰ Destaca la actividad desarrollada por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). *Vid.*, “Recomendaciones para una conducta responsable por parte de las empresas en el contexto internacional” (2011).

la Unión Europea. En concreto, la Comisión Europea ha venido promocionando la RSE entre los estados miembros de la Unión, aunque dicha estrategia no se ha materializado en actos normativos en sentido estricto, sino en planes de acción, estrategias y declaraciones de objetivos a conseguir¹³¹.

Autorizada doctrina sitúa el inicio de la política comunitaria de RSE en 1993 con la publicación del Libro Blanco sobre “Crecimiento, Competitividad y Empleo”, donde se presenta una estrategia europea para desarrollar el empleo y la creación de empresas en Europa. A partir del año 2000, con la Estrategia de Lisboa se va a situar a la empresa como el principal agente para el desarrollo sostenible, en el objetivo de conseguir una economía dinámica y competitiva basada en el conocimiento¹³². En concreto, la Cumbre de Lisboa del año 2000 en su conclusión 39 expresa que: “el Consejo Europeo hace un llamamiento especial al sentido de responsabilidad social de las empresas con respecto a las prácticas idóneas en relación con la formación continua, la organización del trabajo, la igualdad de oportunidades, la integración social y el desarrollo sostenible”¹³³.

Es a partir de la Estrategia de Lisboa cuando empieza a relacionarse estrechamente el concepto de la responsabilidad social empresarial con los aspectos sociales y, en concreto, laborales. La Agenda Social Europea de Niza del año 2000 también ahondaría en este sentido, dedicando un apartado especial en los siguientes términos: “anticiparse a los cambios del entorno de trabajo y sacar partido de los mismos, desarrollando un nuevo equilibrio entre flexibilidad y seguridad”¹³⁴.

Siguiendo estos antecedentes, es en 2001 cuando se publica la Comunicación de la Comisión denominada “Libro Verde: Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas”¹³⁵, cuyo objetivo era iniciar un amplio debate sobre cómo la Unión Europea podía fomentar la responsabilidad social de las empresas a nivel europeo e internacional, aprovechando las experiencias existentes, fomentando el desarrollo de prácticas innovadoras, aumentando la transparencia e incrementando la fiabilidad de la evaluación y la validación.

Es el Libro Verde de 2001 el primer intento de definir la RSE en el ámbito comunitario. Así, la Comisión Europea entiende que la RSE es “la integración voluntaria, por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus

¹³¹ SALGUERO MOLINA, P.: *La responsabilidad social en la crisis y reestructuración de empresas*, op. cit., pp. 100-103.

¹³² ANCOS FRANCO, H. y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “Marco normativo de la responsabilidad social empresarial”, op. cit., p. 55.

¹³³ A ello se refiere el “Informe del Foro de Expertos en Responsabilidad social de las empresas” (2007). Se trata de un foro constituido por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales el 17 de marzo de 2005.

¹³⁴ CALVO GALLEGU, F.J.: “Responsabilidad social y relaciones laborales en España”, *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, N.º 64, 2010, pp. 135 y 136.

¹³⁵ Bruselas, 18.7.2001 COM(2001) 366 final.

operaciones comerciales y sus relaciones con sus interlocutores”¹³⁶. Una vez situada la RSE como el cumplimiento voluntario de estándares sociales y medioambientales que vayan más allá del marco legal obligatorio, el Libro Verde también ejerce una labor para distinguir las dos grandes vertientes de este concepto: la dimensión externa o interna. Así, mientras la dimensión externa de la RSE se sitúa en la necesidad de que la empresa colabore con la comunidad local, proporcionando puestos de trabajo, salarios, servicios e ingresos fiscales; la dimensión interna se refiere más a los aspectos laborales de su gestión¹³⁷.

Y es en esta última dimensión donde ya la Comisión Europea se refiere a la reestructuración socialmente responsable. En efecto, la Comisión resalta los posibles efectos negativos de las reestructuraciones empresariales, en el sentido de que “el cierre de una fábrica o los recortes importantes de mano de obra pueden provocar una crisis económica, social o política grave en las comunidades”. Añadiendo que: “menos del 25 % de las operaciones de reestructuración logran sus objetivos de reducción de costes, incremento de la productividad y mejora de la calidad y del servicio al consumidor, ya que a menudo dañan la moral, la motivación, la lealtad, la creatividad y la productividad de los trabajadores”.

En este sentido, la Comisión Europea defiende que: “reestructurar desde un punto de vista socialmente responsable significa equilibrar y tener en cuenta los intereses y preocupaciones de todos los afectados por los cambios y las decisiones. En la práctica, la forma es a menudo tan importante como el fondo para el éxito de las reestructuraciones. En particular, conviene buscar la participación y la implicación de todos los afectados mediante una información y una consulta abiertas. Además, (*sic*) las reestructuración debe prepararse bien identificando los riesgos más importantes, calculando todos los costes directos e indirectos de las estrategias y medidas alternativas, y evaluando todas las opciones que permitirían reducir los despidos necesarios”.

Para la Comisión el éxito de las operaciones de reestructuración empresarial depende de la colaboración de las autoridades públicas, las empresas y los representantes de los trabajadores. Es necesario tratar de salvaguardar los derechos de los trabajadores, ofrecer cursos de reciclaje profesional, modernizar los instrumentos y los procesos de producción, obtener financiación pública y privada y establecer procedimientos de información, diálogo, cooperación y asociación. En definitiva, la Comisión entiende que las empresas deben de “asumir su cuota de responsabilidad por lo que respecto al mantenimiento de la empleabilidad de su personal”.

Fruto del proceso de consulta del Libro Verde con diferentes agentes surge en 2002 la “Comunicación de la Comisión relativa a la responsabilidad social de las empresas: una contribución empresarial al desarrollo sostenible”¹³⁸. Una comunicación

¹³⁶ MOLL NOGUERA, R.: “La dimensión laboral interna de la Responsabilidad Social Empresarial y el Derecho del Trabajo”, *Revista Internacional y Comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*, N.º 1, 2017, p. 6.

¹³⁷ CALVO GALLEGU, F.J.: “Responsabilidad social y relaciones laborales en España”, *op. cit.*, p. 137.

¹³⁸ /* COM/2002/0347 final */

donde se establecieron una serie de principios básicos y se propuso una estrategia de RSE, en especial integrándola dentro de las políticas comunitarias, concretamente dentro de la política de empleo y asuntos sociales de la Unión (con referencia a la necesidad de una reestructuración socialmente responsable)¹³⁹.

Partiendo de la base del cumplimiento estricto del marco normativo comunitario (como se analizará, Directiva 98/59/CEE sobre despidos colectivos) y de la responsabilidad social que tiene la empresa en la asunción de las externalidades negativas que provocan sus decisiones de reorganización, la Comisión elabora su comunicación “Reestructuraciones y empleo - Anticipar y acompañar las reestructuraciones para desarrollar el empleo: el papel de la Unión Europea” (2005)¹⁴⁰. En esta comunicación se reconoce que solo desde la anticipación en la gestión empresarial se podrán limitar los efectos negativos que tienen los despidos colectivos en el mercado de trabajo. La Comisión entiende que las reestructuraciones no tienen por qué ser dañinas, pues muchas veces son necesarias para el desarrollo económico, social y tecnológico. De ello depende que se realicen desde una perspectiva anticipada y preventiva, con acompañamiento público, en el sentido de que no impliquen una destrucción de capital humano; todas las partes interesadas participen en la reestructuración; y que se tenga en cuenta la dimensión territorial, puesto que es a nivel local donde la anticipación al cambio es más eficaz¹⁴¹.

De este modo, en el ámbito de la reestructuración socialmente responsable tiene absoluto protagonismo: la anticipación, la información y consulta con los representantes de los trabajadores, las medidas sociales de acompañamiento, la empleabilidad de los trabajadores y la colaboración entre empresas, Administración Pública y sindicatos¹⁴².

Tiempo más tarde la propia Comisión Europea en su Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: “Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas” redefine el concepto de RSE que se elaboró en el Libro Verde de 2001, reforzando el carácter del cumplimiento obligatorio de la legislación como paso previo para la responsabilidad social. En concreto, “el respeto de la legislación aplicable y de los convenios colectivos entre los interlocutores sociales es un requisito previo al cumplimiento de dicha responsabilidad. Para asumir plenamente su responsabilidad social, las empresas deben aplicar, en estrecha colaboración con las partes interesadas, un proceso destinado a integrar las preocupaciones sociales, medioambientales y éticas, el respeto de los derechos humanos y las preocupaciones de los consumidores en sus operaciones empresariales y su estrategia básica, a fin de:

¹³⁹ ANCOS FRANCO, H. y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “Marco normativo de la responsabilidad social empresarial”, *op. cit.*, pp. 58 y 59.

¹⁴⁰ /* COM/2005/0120 final */

¹⁴¹ SERRANO GARCÍA, J.M.: “El plan social obligatorio para las reestructuraciones empresariales socialmente responsables”, *Temas laborales*, N.º 99, 2009, pp. 208-211.

¹⁴² SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “Dimensión laboral de la responsabilidad social”, en VV.AA.: *La responsabilidad social de las organizaciones*, SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. (Dir.) y GRAU RUIZ, M.A. (Coord.), Madrid, Editorial Grupo 5, 2013, pp. 282 y ss.

maximizar la creación de valor compartido para sus propietarios/accionistas y para las demás partes interesadas y la sociedad en sentido amplio; identificar, prevenir y atenuar sus posibles consecuencias adversas”¹⁴³.

En el ámbito de la Estrategia Europa 2020 [COM(2010) 2020] destaca el Libro Verde “Reestructuración y previsión del cambio: ¿qué lecciones sacar de la experiencia reciente?” de 2012¹⁴⁴. Con este documento, tras los devastadores efectos de la crisis de 2008 y la implantación en algunos países comunitarios de estrategias de flexiseguridad neoliberales (entre ellos, España), la Comisión propone abrir un proceso de consulta con el fin de señalar las prácticas y políticas más acertadas en el ámbito de la reestructuración y adaptación al cambio para fomentar el empleo, el crecimiento y la competitividad. El Libro Verde también pretende contribuir a mejorar la sinergia entre todos los protagonistas a la hora de abordar los retos relacionados con la reestructuración. Este debate se enmarca en las experiencias extraídas de la crisis económica, en los profundos cambios en el contexto económico y competitivo mundial y en la estrategia de reforma de la Unión Europea de estos años.

En este Libro Verde la Comisión resalta su interés en promover la adaptación permanente de las empresas a las circunstancias económicas en rápida evolución y perseguir un alto nivel de empleo y protección social a través de medidas de apoyo apropiadas. Como experiencias de la crisis destacan las acciones emprendidas por empresas para mantener el empleo sobre la base de la reducción de horas de trabajo (“la respuesta más innovadora a la crisis ha sido la semana laboral reducida, que ha gozado de un amplio apoyo popular”); el uso del diálogo social y la negociación colectiva para adaptar las condiciones de trabajo a las circunstancias de recesión económica; al igual que destaca la labor de los servicios públicos de empleo o la creación de organismos específicos de recolocación, aunque la Comisión también resalta que algunos Gobiernos impusieron recortes en estos servicios públicos conforme la crisis se prolongaba. En cualquier caso, en esta idea de abrir una consulta para mejorar la respuesta a la reestructuración desde una visión responsable, concluye que “puede advertirse que las prácticas en este ámbito son más bien reactivas que previsoras y proactivas; posiblemente se actúe con demasiado retraso en el proceso de toma de decisiones y no sea posible implicar a entidades exteriores con la suficiente anticipación para que puedan ayudar a mitigar el impacto social de la reestructuración”.

Como resultado del anterior Libro Verde y del llamado “Informe Cercas”¹⁴⁵, es necesario destacar la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: “Marco de Calidad de la UE para la Anticipación del Cambio y la Reestructuración” de

¹⁴³ MOLL NOGUERA, R.: “La dimensión laboral interna de la Responsabilidad Social Empresarial y el Derecho del Trabajo”, *op. cit.*, p. 6.

¹⁴⁴ Bruselas, 17.1.2012 COM(2012) 7 final.

¹⁴⁵ Petición del Parlamento Europeo, de 15 de enero de 2013, en su Resolución sobre información y consulta de los trabajadores, anticipación y gestión de las reestructuraciones, basada en el artículo 225 del TFUE.

2013¹⁴⁶. En esta comunicación se parte de la común respuesta defensiva o reactiva a las reestructuraciones empresariales (falta de medidas de apoyo anticipadas, como formación especializada a los trabajadores; intervención tardía de los representantes de los trabajadores en las reestructuraciones; escasa participación de las autoridades, muchas veces por obstáculos que impone la empresa) y de sus efectos negativos.

En el ámbito de los despidos colectivos, destaca la referencia que hace la Comisión al “control de aptitud” de las directivas 98/59/CE, 2001/23/CE y 2002/14/CE, por el cual si bien declara que son positivas y que podrían haber ayudado a mitigar las consecuencias sociales de la crisis, también señala algunos factores que podrían haber contribuido a la reducción de la efectividad: “la (baja) incidencia de los órganos representativos; la calidad de su implicación (en particular, cómo son consultados, lo cual, en muchos casos, se hace de manera limitada o formal); su influencia estratégica; una sensibilización insuficiente acerca de sus derechos y obligaciones; y el cumplimiento y la ejecución de la legislación. Como consecuencia de ello, parecen no haberse alcanzado plenamente algunos de los objetivos de las directivas, en particular, una reducción del número de despidos colectivos, la mejora de la gestión y la anticipación del cambio, y la mejora de la adaptabilidad y la empleabilidad de los trabajadores”.

En este sentido, el Marco de Calidad para la Reestructuración (en adelante, MCR), tras los resultados de la consulta del Libro Verde de 2012, recoge un catálogo de buenas prácticas en materia de reestructuración empresarial, tanto desde la perspectiva de la anticipación del cambio, como de la gestión (socialmente responsable) de estos procesos. Como elementos característicos del MCR es necesario destacar que no solo contiene medidas de anticipación y de gestión, sino también de seguimiento y de evaluación; al igual que incluye medidas para todos los actores involucrados (empresas, representantes de los trabajadores, interlocutores sociales, servicios públicos de empleo, autoridades públicas, etc.) a diferentes niveles (europeo, nacional, regional, sectorial y de organización)¹⁴⁷.

En definitiva, con el MCR se pretende difundir una serie de buenas prácticas que han sido llevadas a cabo con éxito, las cuales “muestran que la anticipación de las necesidades en materia de competencias y formación, así como una reestructuración responsable, pueden tener éxito cuando los actores sociales y regionales cooperan” (véase el Cuadro 1 de la Comunicación de la Comisión, donde se recogen las diferentes medidas recomendadas, en función del sujeto encargado de llevarlas a cabo y de si están destinadas a la anticipación al cambio o a la gestión de los procesos de reestructuración¹⁴⁸). La difusión de estas acciones, con el objetivo de

¹⁴⁶ /* COM/2013/0882 final */

¹⁴⁷ CANALDA CRIADO, S.: “Transición socialmente justa y procesos de reestructuración empresarial en clave verde”, en *Documentación laboral*, N.º 128, 2023, p. 110.

¹⁴⁸ En un sentido amplio destacan las medidas destinadas a: la elaboración de un listado de necesidades en materia de puestos de trabajo y de competencias; la flexibilidad, formación y desarrollo de la carrera profesional; a la promoción de la movilidad interna y externa; la información, consulta y negociación colectiva sobre los aspectos relacionadas con la reestructuración; el refuerzo de políticas activas de empleo, promoción de planes de cualificación y de servicios de orientación

que sean cumplidas en el ámbito comunitario, están destinadas a garantizar la competitividad de las empresas, la transición laboral de los trabajadores afectados por las reestructuraciones y el mantenimiento del empleo. No obstante, el informe de 2018 que evalúa la aplicación del MCR ha concluido que, a pesar de que existen avances, sigue existiendo la necesidad de mejorar la visibilidad y difusión de las buenas prácticas en materia de reestructuración¹⁴⁹.

Posteriormente documentos institucionales de la Unión Europea han ido redirigiendo al MCR para obtener una respuesta adecuada y negociada a las reestructuraciones empresariales por distintas crisis o procesos de cambio. En el marco de la pandemia, destaca la Recomendación (UE) 2021/402 sobre un apoyo activo eficaz para el empleo tras la crisis de la COVID-19 (EASE), donde se establecen una serie de directrices para que los Estados miembros elaboren paquetes de políticas destinados a la superación de la crisis pandémica y a preparar la transición ecológica y digital sobre la base de incentivos a la transición y la contratación y apoyo al emprendimiento; oportunidades de perfeccionamiento y reciclaje y medidas de apoyo; así como mayor apoyo por parte de los servicios de empleo a las transiciones laborales. Todo ello sin olvidar que los Estados miembros deberán de “animar” a los empresarios y representantes de los trabajadores a anticipar las necesidades de capital humano, “especialmente mediante diagnósticos conjuntos, apoyo personalizado a los trabajadores y asociaciones externas de apoyo a los trabajadores”, de conformidad con el MCR. En el contexto de la transición verde justa, igualmente destaca la Recomendación del Consejo de 16 de junio de 2022 para garantizar una transición justa hacia la neutralidad climática, que también remite al MCR para anticipar y gestionar estos procesos de reestructuración.

El Pilar Europeo de Derechos Sociales también dedica una especial atención al derecho de información y consulta en las reestructuraciones y en los despidos colectivos (que se sitúa como elemento o presupuesto de base del MCR). El Pilar número 8, dedicado al diálogo social y participación de los trabajadores, expone que: “[l]os trabajadores o sus representantes tienen derecho a ser informados y consultados oportunamente sobre asuntos de interés para ellos, en particular sobre la transferencia, reestructuración y fusión de empresas y sobre despidos colectivos”. El Plan de Acción también se sitúa en este sentido cuando añade que: “en este proceso de cambio, la cooperación con los servicios de empleo y el diálogo entre los interlocutores sociales es fundamental para impulsar una reestructuración socialmente responsable. El diálogo social, la información, la consulta y la participación de los trabajadores y de sus representantes a diferentes niveles (especialmente el nivel empresarial y sectorial) desempeñan un papel importante en la configuración de las transiciones económicas y el fomento de la innovación en el lugar de trabajo, en concreto con vistas a la doble

y concesión de apoyo financiero; los pactos territoriales de empleo y asociaciones público-privadas; programas de recolocación y promoción de la creación de empleo; el apoyo a medidas de formación y movilidad; el examen de todas las opciones posibles antes de recurrir a los despidos; y la organización de un apoyo individual y personalizado a los trabajadores despedidos, entre otras medidas.

¹⁴⁹ COMISIÓN EUROPEA: *Stocktaking report on the application of the EU Quality Framework for anticipation of change and restructuring*, 2018.

transición en curso y los cambios en el mundo laboral”; siempre teniendo en cuenta el cumplimiento de las directivas sobre información y consultas.

No obstante, el “talón de Aquiles” de todas las medidas de reestructuración socialmente responsable es precisamente “el reducido o nulo valor jurídico de muchos de los documentos comunitarios sobre tan particular materia”¹⁵⁰. En efecto, el cumplimiento de las buenas prácticas recogidas en el MCR se relega a la voluntariedad, sobre todo de la parte empresarial. Y ello parece discutible en un sistema de gobernanza empresarial a corto plazo, que prioriza los intereses de los accionistas y en el que los trabajadores asumen los costes (pérdida de empleo, ingresos, competencias, oportunidades y a menudo salud), en lugar de la adopción de un enfoque basado en la verdadera participación de las partes, en una visión a largo plazo y en la existencia de empresas sostenibles que generen crecimiento gracias a su productividad y calidad elevadas¹⁵¹. En estos documentos políticos no se impone a los Estados miembros un régimen jurídico vinculante, sino tan solo un planteamiento de “bajo perfil o de mínimos”, al tratarse de una guía de buenas prácticas o de reglas de conducta que no van acompañadas de ningún tipo de sanciones en caso de incumplimiento. Es así que nos encontramos frecuentemente ante una especie de bipolaridad entre lo formalmente proclamado por las instituciones comunitarias y lo ocurrido en la práctica, donde suelen primar los beneficios económicos frente a los costes sociales¹⁵².

Dicho lo anterior, dentro del MCR y de la política de recolocación público-privada asumen un protagonismo especial los Fondos de Política de Cohesión (Fondo Social Europeo y Fondo Europeo de Desarrollo Regional) pero, sobre todo, el Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización para Trabajadores Despedidos (FEAG), que se regula por el Reglamento 2021/691 del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de abril de 2021¹⁵³.

La misión del FEAG es la de apoyar “las transformaciones socioeconómicas causadas por la globalización y los cambios tecnológicos y medioambientales ayudando a los trabajadores despedidos y a los trabajadores por cuenta propia que hayan cesado en sus actividades para adaptarse al cambio estructural”. Se trata, por tanto, de un fondo de solidaridad que presta ayudas para la financiación de acciones formativas y de política activas de empleo con el objetivo de promover el empleo digno y sostenible en la Unión Europea¹⁵⁴, así como de acompañar las “reestructuraciones importantes,

¹⁵⁰ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: “Reflexiones preeliminares y críticas sobre las reestructuraciones empresariales y su proyección en el ámbito laboral”, *op. cit.*, p. 32.

¹⁵¹ VOSS, E.: *Revisión de la reestructuración, la anticipación del cambio y la participación de los trabajadores en un mundo digitalizado – informe para la CES* –, Febrero de 2016, p. 17.

¹⁵² ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: “Reflexiones preeliminares y críticas sobre las reestructuraciones empresariales y su proyección en el ámbito laboral”, *op. cit.*, pp. 32 y 33.

¹⁵³ A ello se refiere MOLINA NAVARRETE, C.: “La gestión pública de los «erte» (regulación temporal de empleo) y de los «ere» (regulación extintiva) en el autogobierno andaluz: balance y perspectivas pospandemia”, *Temas laborales*, N.º 160, 2021, pp. 183 y 184.

¹⁵⁴ Destaca la ayuda concedida por la Comisión Europea a través del FEAG para apoyar a los 303 trabajadores afectados por el despido colectivo de la empresa Alu Ibérica. <https://spain.representation.ec.europa.eu/noticias-eventos/noticias-0/el-fondo-europeo-de-adaptacion-la->

en particular las causadas por los retos relacionados con la globalización, tales como cambios en las tendencias del comercio mundial, diferencias comerciales, cambios significativos en las relaciones comerciales de la Unión o en la composición del mercado interior, y crisis financieras o económicas, así como la transición hacia una economía baja en carbono o como consecuencia de la digitalización o la automatización”.

En cuanto a los requisitos para que los Estados miembros puedan solicitar estas ayudas se encuentran que el cese de actividad afecte a al menos 200 trabajadores en una determinada empresa, en diversos sectores de una misma región o bien en un sector concreto de una o más regiones vecinas¹⁵⁵, sobre todo si se trata de pymes, con excepciones posibles para Estados miembros pequeños o regiones alejadas o ultraperiféricas, en donde se reduce el umbral mínimo de despidos, siempre que los despidos tengan un grave impacto en el empleo y en la economía local, regional o nacional.

Como se tendrá ocasión de comentar con posterioridad¹⁵⁶, las ayudas de la FEAG están destinadas a cofinanciar políticas activas de empleo para los trabajadores afectados por los despidos (medidas destinadas a la asistencia en la búsqueda de empleo; a la orientación profesional; a la educación, formación y reciclaje profesional; a la tutoría y asesoramiento individual; o bien al emprendimiento y la creación de empresas). Por ello, la mejor doctrina defiende que el FEAG es un mecanismo de compensación de la destrucción de empleo provocada (no solo) por las deslocalizaciones. Así, puede actuar frente a deslocalizaciones de empresas a terceros países, sin que se aplique a las que se produzcan dentro de la Unión Europea. En cualquier caso, es un mecanismo publicado que no asegura la participación de los actores sociales (sí su consulta) ni contempla ayudas para las reestructuraciones de empresas, al igual que no sustituye la responsabilidad empresarial legal y convencionalmente fijada¹⁵⁷.

A la vista de todo lo anterior, es necesario que se refuercen a nivel comunitario los instrumentos mencionados con el fin de garantizar una reestructuración jurídica y socialmente responsable. Los retos, ya apuntados, que suponen la doble transición digital y verde, así como el progresivo envejecimiento poblacional, hacen necesarias respuestas preventivas y proactivas por parte de todos los actores implicados (empresa, trabajadores y Estado) para, en última instancia, proteger la empleabilidad y promover la recolocación y reinserción profesional de los trabajadores afectados por estos procesos de reestructuración. Junto con los nuevos retos emergentes, los problemas de los que ya adolece nuestro mercado de trabajo, basados en la alta tasa de desempleo estructural; la dependencia del sector servicios; los déficits de formación digital, sobre

[globalizacion-moviliza-12-millones-de-euros-para-ayudar-300-2023-03-16_es](#) (comunicado de prensa de 16 de marzo de 2023).

¹⁵⁵ El período de cómputo de estos despidos es de 4 meses o de 6 si los despidos se focalizan en un sector concreto de una o más regiones vecinas.

¹⁵⁶ Véase apartado 5.6.3. del capítulo 5, parte III, “Apoyo público para una transición digital y verde socialmente justa”.

¹⁵⁷ Todas estas ideas son defendidas en BAYLOS GRAU, A.P.: *Deslocalizaciones de empresas y despidos colectivos*, Albacete, Bomarzo, 2022, pp. 19 y 20.

todo en la población madura¹⁵⁸; así como las deficiencias que viene sufriendo el sistema de políticas activas de empleo español¹⁵⁹, reclama un necesario replanteamiento, más acusado si cabe, en cuanto al modo de gestionar las reestructuraciones empresariales y los despidos colectivos, de un modo más social, justo e inclusivo.

¹⁵⁸ De estos aspectos alerta MONTAÑA MEDINA, D.: “Nuevas relaciones de trabajo, disrupción tecnológica y su impacto en las condiciones de trabajo y de empleo”, *Revista de Treball, Economia I Societat*, N.º 92, 2019, pp. 3-5.

¹⁵⁹ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.: “Los desajustes actuales oferta-demanda en el mercado de trabajo español”, *op. cit.*, pp. 12-16.

**PARTE II. EL SISTEMA INTERNACIONAL DE
GARANTÍAS MULTINIVEL DEL DESPIDO COLECTIVO.
UNA MIRADA A LA REGULACIÓN ITALIANA**

CAPÍTULO 1. LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO Y SU PRINCIPAL NORMATIVA EN MATERIA DE DESPIDO

La primera “regulación” de la Organización Internacional del Trabajo referida a la extinción del contrato de trabajo es una norma no vinculante: la Recomendación N.º 119 sobre la terminación de la relación de trabajo de 1963¹⁶⁰. Casi 20 años más tarde, la OIT elabora el Convenio N.º 158 de la OIT de 1982¹⁶¹ bajo el mismo nombre, pero, esta vez, a través de un Tratado Internacional, de obligado cumplimiento tras la correspondiente ratificación. Aunque debe de indicarse que este tratado, a raíz de las fuertes resistencias por parte de la patronal, no ha sido ratificado por muchos de los países miembros de la OIT¹⁶². No obstante, en la práctica algunos de estos países que no han ratificado sí aplican los estándares de esta normativa internacional en su regulación interna¹⁶³.

Si bien el Convenio 158 de la OIT no se refiere expresamente a la figura del despido colectivo como tal, sí que contiene determinadas previsiones normativas que tienen relación directa con este procedimiento de despido en cuestión, ya sea en materia causal, procedimental (información, consultas y notificación a la autoridad laboral) e incluso de negociación de medidas alternativas o complementarias al despido colectivo.

¹⁶⁰ Respecto a la desarrollo histórico-normativo de la protección frente al despido en la OIT, véase, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R.: “La protección de los trabajadores frente al despido en la historia de la OIT”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, N.º 147, 2020, pp. 325-351.

¹⁶¹ El Convenio 158 de la OIT es un convenio de los que se consideran de carácter técnico y no se incluye dentro de la categoría de los convenios de carácter fundamental.

¹⁶² En la actualidad el citado convenio cuenta con 36 ratificaciones.

¹⁶³ Así lo reconoce MOLINA NAVARRETE, C.: “Protección contra el despido injusto en la Carta Social Europea: nueva aurora de su sinergia con el Convenio 158 OIT”, en SALCEDO BELTRÁN, C. (Dir.), *La Carta Social Europea. Pilar de recuperación y sostenibilidad del modelo social europeo. Homenaje al Profesor José Vida Soria*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, p. 152, cuando cita el Informe Final de la Reunión tripartita de expertos para el examen del Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo (n. 158) y de la Recomendación (n. 166), 2011, párrafo 288 de la Parte V (conclusión y puntos para la discusión).

Respecto a la protección frente al despido sin causa, este tratado internacional (arts. 4, 5, 8, 9 y 10)¹⁶⁴ supone la consagración del principio de “justificado motivo” para proceder al despido por voluntad del empresario. El art. 4 del Convenio 158 de la OIT reconoce que “no se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”. En este sentido, ante el derecho a recurrir el despido por parte del trabajador (art. 8), los tribunales estarán facultados para verificar si la terminación por causas empresariales se debió realmente a tales razones, “pero la medida en que esos organismos estarán facultados también para decidir si esas razones son suficientes para justificar la terminación deberá determinarse por los métodos de aplicación mencionados en el artículo 1 de este Convenio” (art. 9.3). De este modo, el control judicial causal del despido vendrá determinado por el alcance que aporte la legislación nacional¹⁶⁵.

En cualquier caso, el artículo 10 reconoce que el despido declarado injustificado tendrá como consecuencia anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, siempre que la legislación y la práctica nacional faculte al Tribunal o este lo considere posible, a la vista de las circunstancias. En su defecto, ante un despido injustificado el Tribunal tendrá la facultad de ordenar el pago de una “indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada”.

Sobre este último aspecto, el artículo 12 regula la indemnización, aunque desde una perspectiva flexible tendente a alcanzar el equilibrio transaccional entre trabajador y empresa, a pesar de que la patronal se haya empeñado en resaltar su rigidez para justificar las todavía escasas ratificaciones con las que cuenta¹⁶⁶. En concreto, según el artículo 12 la cuantía de la indemnización se fijará en función, entre otras cosas, del tiempo de servicios y del monto del salario. Esta indemnización podrá ser abonada directamente por el empleador o por un fondo constituido mediante cotizaciones de los empleadores (dando cabida a lo que se conoce como “mochila austriaca”). Indemnización que incluso puede ser excluida si el Estado cuenta con un seguro de

¹⁶⁴ El artículo 5 recoge diversos motivos que no podrán justificar la terminación (afiliación a sindicato o participación en actividades sindicales, condición de representante de los trabajadores o candidato, protección frente a la garantía de indemnidad, raza, color, sexo...) y el artículo 6 reconoce que la incapacidad temporal no deberá ser causa justificada de despido. Los artículos 8 y 9 se ocupan del control externo de la causa de la extinción contractual (ya sea por juez o árbitro).

¹⁶⁵ JURADO SEGOVIA, Á.: “Robotización/automatización y despido objetivo por causas técnicas (Art. 52 c ET)”, *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, N.º 3, 2020, p. 33, sobre la relación de este precepto con la reforma del elemento causal en 2012.

¹⁶⁶ En contra de la rigidez del Convenio 158 de la OIT, véase MOLINA NAVARRETE, C.: “Actualidades y críticas del Convenio OIT n. 158 en los derechos europeos: ¿el renacer del sentido del límite jurídico a la libertad (de empresa) en favor de la seguridad (en el empleo)?”, *op. cit.*, pp. 175 y ss. En el mismo sentido, MOLINA NAVARRETE, C.: “Protección contra el despido injusto en la Carta Social Europea: nueva aurora de su sinergia con el Convenio 158 OIT”, *op. cit.*, p. 155, indica que “el C158 OIT no prohíbe el despido, sino la arbitrariedad, y ni siquiera, porque no impone la readmisión obligatoria como regla, solo como excepción, por lo que admite, de facto, que se convalide, con compensación monetaria”.

desempleo, y así lo decide (aunque también puede optar por que la indemnización y la prestación por desempleo sean complementarias)¹⁶⁷.

Más allá de la protección frente al despido injustificado, que como se observará a raíz del estudio de la Carta Social Europea es una cuestión de absoluta actualidad fruto de su litigiosidad y del control de convencionalidad que se está ejerciendo respecto a la norma española¹⁶⁸, el Convenio 158 se ocupa también de otras cuestiones que asumen relevancia en el plano del despido colectivo.

El art. 13, dentro de la sección A de la Parte III dedicada a la consulta de los representantes de los trabajadores, indica que “cuando el empleador prevea terminaciones por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos” (causa justificada basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio *ex art. 4*) se deberá de prestar “en tiempo oportuno” “la información pertinente” a los representantes de los trabajadores y entablar con ellos, “lo antes posible”¹⁶⁹, unas consultas “sobre las medidas que deban adoptarse para evitar o limitar las terminaciones y las medidas para atenuar las consecuencias adversas de todas las terminaciones para los trabajadores afectados, por ejemplo, encontrándoles otros empleos”¹⁷⁰. Por “información pertinente” se entiende: “los motivos de las terminaciones previstas, el número y categorías de los trabajadores que puedan ser afectados por ellas y el período durante el cual habrían de llevarse a cabo dichas terminaciones” (art. 13.1.a).

Además, el art. 14 indica que el empleador que prevea tales terminaciones deberá de notificarlo “lo antes posible”¹⁷¹ a la autoridad competente, “comunicándole la información pertinente”, que básicamente será la que se traslade a los representantes:

¹⁶⁷ MOLINA NAVARRETE, C.: “Protección contra el despido injusto en la Carta Social Europea: nueva aurora de su sinergia con el Convenio 158 OIT”, *op. cit.*, pp. 162 y 163.

¹⁶⁸ La cuestión de la audiencia previa en todos los supuestos de despido disciplinario (art. 7 del Convenio) también está suscitando controversia en la doctrina judicial respecto a la normativa española. *Vid.*, BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Despido disciplinario, audiencia previa *ex art. 7* Convenio 158 OIT y ampliación de la demanda”, Blog: *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, entrada de 27 de marzo de 2023, disponible en: <https://ignasibeltran.com/2023/03/27/despido-disciplinario-audiencia-previa-ex-art-7-convenio-158-oit-y-ampliacion-de-la-demanda/> (visitada el 10 de abril de 2023).

¹⁶⁹ Para GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R.: “La protección de los trabajadores frente al despido en la historia de la OIT”, *op. cit.*, p. 147, con ello se pretende que el procedimiento se realice con tanta anterioridad como sea posible, lo cual permitirá contemplar “sin precipitación” las posibles medidas para evitar, reducir o paliar la entidad del despido colectivo.

¹⁷⁰ Para DE LA CASA QUESADA, S.: “Las empresas de recolocación («*outplacement*») y nuevos derechos del trabajador a la prevención del desempleo”, *Trabajo: Revista iberoamericana de relaciones laborales*, N.º 20, 2007, p. 152, el Convenio 158 de la OIT (y la correspondiente Recomendación 166) se refiere en este punto de forma indirecta a las agencias privadas de empleo, lo que más adelante se analizará como agencias de recolocación o de *outplacement*.

¹⁷¹ “El empleador notificará a las autoridades competentes las terminaciones a que se hace referencia en el párrafo 1 del presente artículo con un plazo mínimo de antelación a la fecha en que se procederá a las terminaciones, plazo que será especificado por la legislación nacional” (art. 14.3, Convenio OIT C158).

“una constancia por escrito de los motivos de las terminaciones previstas, el número y las categorías de los trabajadores que puedan verse afectados y el período durante el cual habrían de llevarse a cabo dichas terminaciones”. Dicha aplicación del procedimiento de información, consulta y notificación a la autoridad laboral puede limitarse a una determinada cifra de despidos o porcentaje de extinciones respecto a la plantilla total.

En definitiva, desde la regulación en el seno de la OIT ya se aprecia cuál debe de ser el sentido de las consultas, previa información pertinente: alcanzar un acuerdo que tenga como contenido medidas que eviten, reduzcan o atenúen los efectos del despido colectivo. No obstante, la labor que se le reconoce a la Administración en este instrumento normativo es ciertamente reducida, pues en principio podría limitarse a la mera recepción de la notificación ¹⁷².

Al margen del escaso valor vinculante de las recomendaciones de la OIT, la Recomendación N.º 166 de 1982 contiene elementos que van más allá del Convenio de la OIT y caminan en la idea del despido colectivo como medida de *ultima ratio*. En efecto, el apartado 19 prevé que “todas las partes interesadas deberían tratar de evitar o limitar en todo lo posible la terminación de la relación de trabajo por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos, sin perjuicio para el funcionamiento eficaz de la empresa, establecimiento o servicio, y esforzarse por atenuar las consecuencias adversas de toda terminación de la relación de trabajo por estos motivos para el trabajador o los trabajadores interesados”. Y añade algo que recuerda a lo dispuesto por la Directiva 98/59, otorgándole más funciones a la autoridad laboral que el Convenio 158, en el sentido de que la autoridad competente debería de ayudar a las partes a buscar soluciones a los problemas que planteen los despidos.

El § 20 reitera el procedimiento de despido colectivo, compuesto de información y consultas, y el § 21 de la citada Recomendación N.º 166 refuerza, a su vez, la idea de que las consultas deben de mitigar el alcance del despido colectivo, para lo cual recoge incluso ejemplos de medidas alternativas al despido: “entre las medidas que deberían considerarse con miras a evitar o limitar al máximo las terminaciones por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos podrían figurar la restricción de la contratación de personal, el recurso a la disminución natural del personal sin reponer las bajas durante cierto período, los traslados internos, la formación y el readiestramiento de los trabajadores, el retiro anticipado voluntario con la adecuada protección de los ingresos, la disminución de las horas extraordinarias y la reducción de la duración normal del trabajo”. Asimismo, la Recomendación resalta la importancia de las reducciones temporales de la duración normal del trabajo en situaciones de crisis transitorias, como medida alternativa al despido colectivo, con ayuda de compensaciones parciales por la pérdida de salario a causa del tiempo no

¹⁷² No obstante, la patronal también es crítica con este modelo de consulta, pues le imputa un marcado efecto restrictivo en el sentido de que restringe la capacidad de los empleadores para adaptarse a las circunstancias cambiantes. Unas críticas que no son consistentes según MOLINA NAVARRETE, C.: “Protección contra el despido injusto en la Carta Social Europea: nueva aurora de su sinergia con el Convenio 158 OIT”, *op. cit.*, p. 160.

trabajado financiadas según la legislación o prácticas nacionales que, en el caso español, se instrumenta a través de la prestación por desempleo (§ 22).

Por otro lado, la mencionada Recomendación OIT 166 también se refiere a los criterios de selección de los trabajadores, que deberán de ser fijados de antemano según los intereses tanto del empresario como de los trabajadores (§ 23), al igual que quedar ordenados por su importancia relativa en función de la ley, el convenio colectivo o la sentencia (§ 1). Además, el apartado 24 sugiere que los trabajadores afectados por el despido colectivo deberían de gozar de cierta prioridad, que puede quedar limitada a un tiempo determinado, para ser readmitidos si el empleador vuelve a contratar trabajadores con calificaciones comparables”, siempre que hubieran manifestado su deseo de ser readmitidos dentro de cierto plazo a partir de la terminación.

Como medidas complementarias la Recomendación se refiere a la recolocación, instando como sujeto activo a la autoridad competente (el servicio público de empleo), en lo posible con la colaboración del empleador y los representantes de los trabajadores, impartiendo a dichos trabajadores, llegado el caso, la formación o el readiestramiento necesarios (§ 25.1). Además, “siempre que sea posible, el empleador debería ayudar a los trabajadores afectados a buscar otro empleo adecuado, por ejemplo mediante contactos directos con otros empleadores” (§ 25.2). Por último, la Recomendación también se refiere como medida específica de atenuación de los efectos del despido colectivo a la protección de los ingresos durante los procesos de formación o “readiestramiento”, así como al reembolso parcial o total de los gastos para la formación y para la búsqueda de un empleo o bien de los gastos de la incorporación al trabajo cuando este implique cambio de residencia. Una financiación que podrá ser de carácter pública, pues “la autoridad competente debería estudiar la posibilidad de otorgar recursos financieros que cubran en todo o en parte el costo” de estas medidas (§ 26).

Ante la escasa atención al colectivo de trabajadores maduros en el Convenio 158 y Recomendación 166 de la OIT¹⁷³, es necesario acudir a la Recomendación 162 sobre los trabajadores de edad de 1980, que se aplica a todos aquellos trabajadores que, por el avance de su edad, están expuestos a encontrar dificultades en materia de empleo y ocupación. Esta Recomendación, que incide en el principio de igualdad de oportunidades y de trato, expone que todo Estado miembro debería de adoptar medidas para impedir la discriminación respecto de los trabajadores de edad en materia de empleo y de ocupación.

En lo que aquí respecta, deberían de adoptarse “medidas para ofrecer a los trabajadores de edad que así lo deseen nuevas oportunidades de empleo en la misma profesión o en otra distinta donde puedan hacer uso de sus capacidades y experiencia, de ser posible, sin pérdida de ingresos” y, en situaciones de reestructuración empresarial o de reducción de plantilla, “deberían hacerse esfuerzos especiales para tener en cuenta las necesidades específicas de los trabajadores de edad, por ejemplo facilitando su readaptación profesional en otras industrias, mediante una ayuda para asegurarles

¹⁷³ La Recomendación 166 OIT se limita a excluir a la edad respecto a las causas de despido, “sin perjuicio de la legislación y la práctica nacionales con respecto a la jubilación” (apartado 5).

un nuevo empleo o garantizándoles una protección adecuada de sus ingresos o una compensación financiera apropiada” (§ 17 y 18, respectivamente) ¹⁷⁴.

¹⁷⁴ CEGARRA CERVANTES, F.: *La protección jurídica de las personas maduras en los despidos colectivos. Especial referencia a la aportación al Tesoro Público*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2022, pp. 42-44.

CAPÍTULO 2. LA CARTA SOCIAL EUROPEA REVISADA DEL CONSEJO DE EUROPA COMO FUENTE DE GARANTÍAS REFORZADAS

2.1. Breve aproximación a la Carta Social Europea como instrumento normativo del Consejo de Europa

La Carta Social Europea, como instrumento normativo del Consejo de Europa, se constituye como la auténtica “Constitución Social” de la Europa amplia¹⁷⁵. Así, la Carta Social Europea contiene la declaración de derechos sociales más completa del ámbito europeo¹⁷⁶, superando en este sentido a otros textos internacionales en el plano comunitario como la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989 o la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que, recuérdese, tiene el mismo valor jurídico que los Tratados originarios según el art. 6.1 TUE.

La Carta Social Europea es un tratado internacional adoptado por el Consejo de Europa en Turín el 18 de octubre de 1961, que no entró en vigor hasta el 26 de febrero de 1965, y que complementa al otro instrumento internacional del Consejo de Europa: el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), adoptado en Roma de 1950. En este sentido, la Carta Social Europea supone un complemento indispensable del CEDH para la protección de los derechos humanos en toda su extensión, habida cuenta de su indivisibilidad, ya que los derechos humanos no se pueden “compartimentalizar” en derechos civiles y políticos, por un lado, y derechos sociales y económicos, por otro¹⁷⁷.

¹⁷⁵ Vid. MONEREO PÉREZ, J.L.: “La garantía de los derechos sociales en la Carta Social Europea como ‘Constitución Social’ de la Europa amplia”, en *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, N.º 4, 2022, *passim*.

¹⁷⁶ GARCÍA GONZÁLEZ, G.: “La recepción de la Carta Social Europea en el ordenamiento español: aspectos jurídicos, políticos e institucionales (1978-2018)”, *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, N.º 137, 2018, p. 43 con cita en JIMENA QUESADA, L.: “La Carta Social Europea como instrumento de democracia social en Europa y en España”, en JIMENA QUESADA, L. (Coord.), *Escritos sobre derecho europeo de los derechos sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 137.

¹⁷⁷ GARCÍA GONZÁLEZ, G.: “La recepción de la Carta Social Europea en el ordenamiento español: aspectos jurídicos, políticos e institucionales (1978-2018)”, *op. cit.*, pp. 43-45. Sobre el principio de indivisibilidad e interdependencia entre todos los derechos fundamentales, véase MONEREO

Una buena muestra de la interpretación conjunta de estos dos tratados internacionales reside en la labor que realiza el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, máximo intérprete del CEDH, cuando aplica la protección frente al despido injustificado (reconocida en el art. 24 Carta Social Europea revisada) generalmente desde el derecho del art. 6 CEDH a un proceso justo y sin dilaciones indebidas, incluso frente a países que no han suscrito la Carta¹⁷⁸.

Dicho lo anterior, la Carta Social Europea se conforma por cinco instrumentos jurídicos distintos: la Carta Social Europea en su versión originaria, tres protocolos (el adicional de 1988¹⁷⁹; el de enmienda de 1991¹⁸⁰ y el adicional de reclamaciones colectivas de 1995¹⁸¹) y la Carta Social Europea en su versión revisada (en adelante, CSER), adoptada en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996.

En cuanto a su ratificación por parte del Estado español, la versión originaria de la Carta se ratificó el 29 de abril de 1980 y, tiempo más tarde, el 24 de enero de 2000, España ratificó el Protocolo Adicional de 1988. Respecto a la ratificación de la Carta Social Europea en su versión revisada, la espera ha sido larga, ya que no se ha producido hasta el 11 de junio de 2021 con la publicación en el BOE del instrumento de ratificación, con entrada en vigor el 1 de julio de 2021¹⁸². En relación con el Protocolo Adicional de reclamaciones colectivas, la ratificación de este instrumento ha suscitado mayor confusión: en un primer momento, el instrumento de ratificación de la CSER contenía una declaración de aceptación del citado protocolo¹⁸³; unos días más tarde, se publicó en el BOE de 28 de junio de 2021 una resolución que establecía la aplicación provisional del Protocolo de reclamaciones colectivas desde el 1 de julio¹⁸⁴ y, finalmente, el 2 de noviembre de 2022 el BOE recogió el instrumento de ratificación del citado Protocolo Adicional¹⁸⁵.

PÉREZ, J.L.: “Los principios del sistema jurídico internacional multinivel de garantía de los derechos fundamentales”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, N.º 45, 2017, versión electrónica.

¹⁷⁸ PRECIADO DOMÈNECH, C.H.: *El despido en la Carta Social Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Albacete, Bomarzo, 2023, pp. 107 y ss.

¹⁷⁹ El Protocolo Adicional a la Carta Social Europea adoptado en Estrasburgo, de fecha de 5 de mayo de 1988.

¹⁸⁰ El protocolo de enmienda a la Carta Social Europea, hecho en Turín el 21 de octubre de 1991.

¹⁸¹ Protocolo Adicional a la Carta Social Europea en el que se establece un sistema de reclamaciones colectivas, hecho en Estrasburgo el 9 de noviembre de 1995.

¹⁸² Instrumento de Ratificación de la Carta Social Europea (revisada), hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996. «BOE» núm. 139, de 11/06/2021.

¹⁸³ “En relación a la parte IV, artículo D, párrafo 2, de la Carta Social Europea (revisada), España declara que acepta la supervisión de sus obligaciones contraídas en la Carta según lo que establece el procedimiento recogido en el Protocolo Adicional a la Carta Social Europea que desarrolla un sistema de reclamaciones colectivas, hecho en Estrasburgo, el 9 de noviembre de 1995”.

¹⁸⁴ Aplicación provisional del Protocolo Adicional a la Carta Social Europea en el que se establece un sistema de reclamaciones colectivas, hecho en Estrasburgo el 9 de noviembre de 1995, «BOE» núm. 153, de 28 de junio de 2021.

¹⁸⁵ Instrumento de ratificación del Protocolo Adicional a la Carta Social Europea en el que se establece un sistema de reclamaciones colectivas, hecho en Estrasburgo el 9 de noviembre de 1995. «BOE» núm. 263, de 2 de noviembre de 2022.

De este modo, con la ratificación de la Carta Social Europea Revisada en su totalidad se introducen en el ordenamiento jurídico nacional ocho nuevos derechos sociales que no estaban en la versión originaria, entre los que destaca el derecho a la protección frente al despido sin causa (art. 24). Por ello, se abre un nuevo “escenario inédito para los derechos sociales”¹⁸⁶, el cual queda más reforzado con la labor del Comité Europeo de Derechos Sociales a través de su sistema de informes y el Protocolo Adicional ya ratificado de reclamaciones colectivas, donde los sindicatos ostentan un papel relevante en la aplicación de la norma internacional al preguntar al citado Comité sobre su compatibilidad con la norma nacional. En este sentido, el Comité Europeo de Derechos Sociales (en adelante, CEDS) es la instancia suprema de garantía, equivalente al TEDH para el CEDH, que asegura la interpretación auténtica de la Carta a través de dos principales mecanismos: *grosso modo* las conclusiones en el sistema de informes y las decisiones sobre el fondo en el procedimiento de reclamaciones colectivas¹⁸⁷.

2.2. La protección frente al despido sin justa causa en la Carta Social Europea Revisada. Un repaso por la interpretación del Comité Europeo de Derechos Sociales

La normativa socio-laboral internacional ha venido reconociendo, dentro de lo que se conoce como Sistema Garantista Multinivel de los Derechos Humanos¹⁸⁸, el derecho a la protección frente a los despidos sin causa (injustos o arbitrarios), dotando a este derecho de ciertas garantías en orden a su efectiva protección (art. 30 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹⁸⁹ y Convenio 158 de la OIT de 1982). No obstante, también es cierto que otros instrumentos internacionales, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de la ONU o la Carta Social Europea en su versión originaria, no recogen con carácter expreso la protección frente al despido injustificado, aunque es innegable que se haya comprendido dentro del contenido esencial del derecho social al trabajo¹⁹⁰.

¹⁸⁶ SALCEDO BELTRÁN, M.C.: “La Carta Social Europea y el procedimiento de reclamaciones colectivas: un nuevo y excepcional escenario en el marco legislativo laboral”, *Trabajo y Derecho*, N.º 91, 2022, pp. 1 y ss., versión digital.

¹⁸⁷ Para una explicación sobre su funcionamiento y la defensa de la interpretación del CEDS como jurisprudencia, cfr., SALCEDO BELTRÁN, C.: “La supervisión de la Carta Social Europea mediante el sistema de informes: Su idoneidad para la determinación de un estándar común de protección de los derechos sociales”, en HOLGADO GONZÁLEZ, M. y PÉREZ ALBERDI, M.R. (Dirs.), *Descentralización, poder y derechos sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 246 y ss.

¹⁸⁸ MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dirs.y Coords.): *El Sistema Universal de Derechos Humanos*, Granada, Comares, 2014, 1043 pp.

¹⁸⁹ Un estudio completo en: MONEREO PÉREZ, J.L.: “Artículo 30. Protección en caso de despido injustificado”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dirs. y Coords.), *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012, pp. 695-738.

¹⁹⁰ MONEREO PÉREZ, J.L.: “Derecho al trabajo y derecho a la libre elección del trabajo (artículo 23.1 DUDH; artículos 6 y 8.3 PIDESC y normas concordantes)”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dirs.y Coords.): *El Sistema Universal de Derechos Humanos*, Granada, Comares, 2014, pp. 773-796; MONEREO PÉREZ, J.L.: “¿Qué sentido jurídico-político tiene la garantía del derecho «al trabajo» en la «sociedad del riesgo»?”, *Temas laborales*, N.º 126, 2014, pp. 47-90; MONEREO

En efecto, la Carta Social Europea de 1961, adoptada en Turín, reconoce tan solo en su artículo 4.4 (rubricado “derecho a una remuneración equitativa”) el derecho “de todos los trabajadores a un plazo razonable de preaviso en caso de terminación del empleo”¹⁹¹ —que no se aplica en caso de despido por infracción grave (*vid.* Anexo)— y, por otro lado, la protección frente al despido de trabajadoras durante su baja por maternidad o en una fecha tal que el período de preaviso expire durante esa ausencia (art. 8). Fuera de estos supuestos, la Carta Social Europea de 1961 nada indica respecto a la protección frente al despido injustificado y sus garantías, ya sea respecto a la readmisión o respecto a una indemnización adecuada.

Así, la Carta Social Europea revisada (CSEr) ordena la protección frente al despido sin justa causa en su articulado, basándose en la regulación del Convenio 158 de la OIT de 1982¹⁹². Y ello supone un hito fundamental ya que la protección frente al despido resultar ser un eje fundamental en la legislación laboral y en el cumplimiento de su función principal: la igualdad entre las posiciones e intereses de la parte social (parte débil que busca la estabilidad en el empleo) y el empresario (contraparte que busca el máximo rendimiento empresarial). Esto es, con ello se busca alcanzar un equilibrio necesario entre la racionalidad social y la racionalidad económica, que hunde sus raíces en la misma noción del “derecho al trabajo”. De este modo, un trabajo “con derechos” sería incomprensible sin la protección de los trabajadores frente al despido. La protección frente al despido se constituye, así, como un “derecho social de desmercantilización relativa” del trabajo, que se inserta la línea de lo que ha venido defendiendo la OIT como “trabajo decente” o trabajo con derechos¹⁹³.

PÉREZ, J.L.: “Derecho a protección en caso de despido (artículo 24)”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dirs. y Coords.): *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Comares, 2017, pp. 835-852. Garantía constitucional del “contenido esencial” que, por cierto y significativamente, se contempla en nuestro art. 53.1 CE [“Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161,1, a)”], para el mismo “derecho al trabajo”, ubicado sistemáticamente en el Capítulo II del Título I (“De los derechos y deberes fundamentales”) de la Constitución Española.

¹⁹¹ Para un estudio de las resoluciones del CEDS frente a España respecto al derecho de preaviso en caso de terminación del contrato de trabajo, véase, GARRIDO PALACIOS, M.Á.: *Control de convencionalidad y Derecho del trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 267-271.

¹⁹² Así consta en el Informe Explicativo de la Carta Social Europea revisada. *Id.*, JIMENA QUESADA, L. y SALCEDO BELTRÁN, C.: “Carta Social Europea, despido y control de convencionalidad: la odisea por alcanzar el reconocimiento de los derechos y sus garantías navegando en las procelosas aguas de las instancias superiores (excusatio non petita...)”, *Lex Social, Revista De Derechos Sociales*, N.º 1, 2022, p. 618.

¹⁹³ MONEREO PÉREZ, J.L.: “Derecho a protección en caso de despido (artículo 24)”, *op. cit.*, pp. 835 y ss. Respecto al concepto de trabajo decente, véase, MONEREO PÉREZ, J.L. y LÓPEZ INSUA, B.M.: “La garantía internacional del derecho a un «trabajo decente»”, *Revista española de derecho del trabajo*, N.º 177, 2015, pp. 27-72; MONEREO PÉREZ, J.L.: *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*, Murcia, Laborum, 2019, espec., Capítulo II.2 (“Dignidad humana y trabajo decente: la función garantista de la OIT”), pp. 217 y ss.

En este sentido, es la CSEr la que recoge una referencia al derecho a la protección en caso de despido en su artículo 24, en sintonía con el art. 1 de la Carta¹⁹⁴. En concreto, el art. 24 dispone que:

“Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los trabajadores a protección en caso de despido, las Partes se comprometen a reconocer:

- a) el derecho de todos los trabajadores a no ser despedidos sin que existan razones válidas para ello relacionadas con sus aptitudes o su conducta, o basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio;
- b) el derecho de los trabajadores despedidos sin razón válida a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada.

A tal fin, las Partes se comprometen a garantizar que un trabajador que estime que se le ha despedido sin una razón válida tenga derecho a recurrir ante un organismo imparcial”.

A través de esta técnica normativa, la CSEr pretende “garantizar” el derecho a la protección en caso de despido como un derecho social fundamental, y no simplemente “declarar”, ya que se les imponen a los Estados Parte obligaciones jurídicas positivas de actuación. Su lógica es, así, la propia del garantismo jurídico, que otorga plena garantía jurídico-institucional y exigibilidad y “justiciabilidad” jurídica¹⁹⁵. En concreto, el art. 24 CSEr reconoce tres garantías: una causal, otra monetaria o de estabilidad obligacional y, por último, una procesual, que reconoce el derecho de la persona trabajadora despedida de forma injustificada a recurrir ante un organismo imparcial, ya sea judicial o extrajudicial. Así, el art. 24 CSEr garantiza el derecho a la protección en caso de despido, fijando un contenido mínimo esencial o sustancial con la finalidad de dotarlo de plena efectividad y exigibilidad jurídica, sin desconocer que pueda ser mejorado por los Derechos nacionales (art. H, Parte V), así como complementado por otras referencias normativas de la Carta (arts. 8, 20, 27.3, 29, etc.) en la idea de que no contiene una enumeración cerrada, sino abierta¹⁹⁶.

En cuanto a la primera garantía, la Carta reconoce el derecho de las personas trabajadoras a no ser despedidas si no existe una “razón válida”, conectando con el principio clásico de estabilidad en el empleo, el cual se refleja en el reforzamiento del principio de conservación del contrato de trabajo, en la preferencia por la contratación

¹⁹⁴ El art. 1 CSEr, que regula el derecho al trabajo, reconoce que “para garantizar el ejercicio efectivo del derecho al trabajo, las Partes se comprometen: 1. a reconocer como uno de sus principales objetivos y responsabilidades la obtención y el mantenimiento de un nivel lo más elevado y estable posible del empleo, con el fin de lograr el pleno empleo; 2. a proteger de manera eficaz el derecho del trabajador a ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido; 3. a establecer o mantener servicios gratuitos de empleo para todos los trabajadores; 4. a proporcionar o promover una orientación, formación y readaptación profesionales adecuadas”.

¹⁹⁵ MONEREO PÉREZ, J.L.: “Derecho a protección en caso de despido (artículo 24)”, *op. cit.*, p. 837.

¹⁹⁶ *Ibidem*, pp. 836-840, aunque se echa en falta una mayor concreción garantista respecto a las causas de despido, los procedimientos o las formalidades (carta de despido, preaviso, etc.).

indefinida y especialmente en la existencia de un “justificado motivo” para la extinción del contrato de trabajo. El CEDS ha venido interpretando que las razones del despido “basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio” deben ser razones económicas¹⁹⁷. Además, ha interpretado que los tribunales deben de tener la competencia para revisar un caso sobre los hechos económicos que subyacen a las razones del despido y no solo por cuestiones de Derecho¹⁹⁸, al igual que ha recordado que el art. 24 CSEr exige que se logre un equilibrio entre el derecho del empleador a dirigir/administrar su empresa como mejor le parezca y la necesidad de proteger los derechos de los empleados¹⁹⁹.

El Anexo de la Carta²⁰⁰, que forma parte integrante de la misma (artículo N, Parte VI), especifica que no se considerarán motivos válidos para el despido: “a) la afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales fuera del horario de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante el horario de trabajo; b) el hecho de presentarse como candidato a representante de los trabajadores, o de actuar o haber actuado en esa calidad; c) la presentación de una demanda o la participación en un procedimiento contra un empleador por supuesta infracción de las leyes o reglamentos, o la presentación de un recurso ante las autoridades administrativas competentes; d) la raza, el color, el sexo, el estado civil, las responsabilidades familiares, el embarazo, la religión, la opinión política, la ascendencia nacional o el origen social; e) el permiso de maternidad o de paternidad; f) la ausencia temporal del trabajo debido a enfermedad o lesión”.

Respecto a la segunda de las garantías, que es la que aquí nos ocupa, la Carta Social Europea revisada de 1996, utilizando los mismos conceptos jurídicos indeterminados que el Convenio 158 de la OIT, reconoce el derecho a “una indemnización adecuada” o a “otra reparación apropiada” ante un despido injustificado o sin causa. El Anexo de la CSEr expresa que: “se entiende que la indemnización o cualquier otra reparación apropiada en caso de despido sin que medien razones válidas deberá ser fijada por las leyes o reglamentos nacionales, por los convenios colectivos o por cualquier otro procedimiento adecuado a las circunstancias nacionales”. De este modo, se obliga a fijar o a determinar el importe de la indemnización u otra reparación apropiada a través de las fuentes jurídicas típicas de la relación de trabajo (“o por cualquier otro procedimiento adecuado a las circunstancias nacionales”), sobre la base del principio de seguridad jurídica y de la prohibición de arbitrariedad empresarial respecto a la

¹⁹⁷ Conclusiones del CEDS de 2016, para Letonia.

¹⁹⁸ Conclusiones del CEDS de 2012, para Turquía.

¹⁹⁹ Conclusiones del CEDS de 2016, para Letonia.

²⁰⁰ El Anexo de la CSEr también especifica respecto al art. 24 que la palabra despido “significa la resolución de la relación laboral a iniciativa del empleador”. Además, indica que dicho artículo se aplica a todos los trabajadores pero que “una Parte puede excluir total o parcialmente de su protección a las siguientes categorías de trabajadores por cuenta ajena: a) los trabajadores vinculados por un contrato de trabajo de duración determinada o para una tarea determinada; b) los trabajadores que estén en período de prueba o que no hayan cumplido un período de antigüedad exigido, siempre que dicho período se fije por anticipado y tenga una duración razonable; c) los trabajadores contratados de manera eventual por un período breve”.

fijación de la reparación del despido sin justificado motivo. Cuestión distinta es que la indemnización u otra reparación que sea fijada por la legislación nacional sea adecuada o apropiada.

Para valorar en qué supuestos la indemnización es adecuada o la reparación es apropiada en el caso de un despido injustificado, es necesario acudir a la doctrina o la interpretación que ha venido acuñando el Comité Europeo de Derechos Sociales.

El Compendio de la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales, actualizado a fecha del 31 de diciembre de 2021²⁰¹, recoge la interpretación que el CEDS ha venido construyendo en torno a los diferentes preceptos de la CSer y, en concreto, respecto al art. 24 y a la indemnización adecuada o reparación apropiada²⁰². En este sentido, el artículo 24 de la Carta exige que los tribunales u otros órganos competentes puedan ordenar una indemnización adecuada, la reincorporación u otra reparación apropiada²⁰³. Y añade: para que se considere adecuada, la indemnización debe incluir:

- el reembolso de las pérdidas financieras sufridas entre la fecha del despido y la decisión del órgano jurisdiccional que se pronuncie sobre la legalidad del despido,
- la posibilidad de reincorporación y/o
- una indemnización suficiente tanto para disuadir al empleador como que sea proporcional al daño sufrido por la víctima²⁰⁴.

Además, las conclusiones de 2012, tanto de Eslovenia como de Finlandia, así como la decisión de admisibilidad y sobre el fondo de 8 de septiembre de 2016 (*Sociedad Finlandesa de Derechos Sociales c. Finlandia*, reclamación colectiva 106/2014), ya han determinado que cualquier límite máximo en la indemnización que pueda impedir que los daños sean proporcionales a la pérdida sufrida y suficientemente disuasorios es, en principio, contrario a la Carta. Asimismo, dicha doctrina del CEDS indica que si existe tal tope en la indemnización por daños materiales, la víctima debe poder resarcirse de los daños morales a través de otras vías legales (por ejemplo, legislación contra la discriminación), al igual que los tribunales competentes para otorgar dichas

²⁰¹ COUNCIL OF EUROPE: “Digest of the case law of the European Committee of Social Rights”, 2022, disponible en: <https://rm.coe.int/digest-ecsr-prems-106522-web-en/1680a95dbd>

²⁰² Hasta el momento se recogen del art. 24 de la CSer tres observaciones interpretativas, siete decisiones sobre el fondo y ciento tres conclusiones, de las que treinta y siete han sido de no conformidad y veintiséis pospuestas, requiriendo información adicional para poder pronunciarse. Datos extraídos de JIMENA QUESADA, L. y SALCEDO BELTRÁN, C.: “Carta Social Europea, despido y control de convencionalidad: la odisea por alcanzar el reconocimiento de los derechos y sus garantías navegando en las procelosas aguas de las instancias superiores (excusatio non petita...)”, *op. cit.*, p. 619, y confirmados en el buscador HUDOC: [https://hudoc.esc.coe.int/eng/#{%22sort%22:%22ESCPublicationDate%20Descending%22,%22ESCArticle%22:\[%2224-00-163%22,%22ESCDcType%22:\[%22FOND%22,%22Conclusion%22,%22Ob%22\]}](https://hudoc.esc.coe.int/eng/#{%22sort%22:%22ESCPublicationDate%20Descending%22,%22ESCArticle%22:[%2224-00-163%22,%22ESCDcType%22:[%22FOND%22,%22Conclusion%22,%22Ob%22]})

²⁰³ Conclusiones 2016, Macedonia del Norte.

²⁰⁴ Conclusiones 2016, Macedonia del Norte y Sociedad Finlandesa de Derechos Sociales c. Finlandia, decisión sobre el fondo del 8 de septiembre de 2016.

indemnizaciones por daños materiales e inmateriales deben decidir dentro de un plazo razonable²⁰⁵.

De este modo, el CEDS tiene una interpretación consolidada en cuanto a lo que debe entenderse por indemnización adecuada u otra reparación apropiada del despido sin causa, que ha ido aplicando a las distintas reclamaciones colectivas que se han presentado frente a países como Finlandia, Italia o Francia, los cuales tienen un sistema indemnizatorio tasado similar al que prevé el ordenamiento jurídico español. Y de ahí la actualidad de los pronunciamientos del CEDS (los dos últimos son del reciente año 2022 contra Francia)²⁰⁶, por haber declarado contrarios al art. 24 CSEr sistemas indemnizatorios del despido injustificado semejantes al sistema español, una vez que están pendientes de resolución las dos reclamaciones colectivas que han presentado UGT y CC.OO.

En la decisión de admisibilidad y sobre el fondo 8 de septiembre de 2016, fruto de la reclamación colectiva 106/2014 presentada por *Finnish Society of Social Rights* contra Finlandia²⁰⁷, el CEDS resolvió que la *Employment Contracts Act* es contraria al art. 24 CSEr sobre la base de dos razones. Por un lado, porque tal regulación limitaba la indemnización por despido improcedente a como máximo 24 meses de salario, teniendo en cuenta, a su vez, que la indemnización adicional que concede tanto la legislación antidiscriminatoria como la *Tort Liability Act* solo se prevé respectivamente para supuestos de despidos discriminatorios y para casos muy restringidos, de los que no ha dado suficientemente ejemplo el Gobierno finés. Por otro lado, porque la legislación finlandesa no prevé que el tribunal pueda ordenar la readmisión, pues el CEDS ha venido interpretando que, a pesar de que el art. 24 CSEr no se refiere expresamente a la restitución, este es un mecanismo apropiado para compensar o prestar una reparación adecuada.

Con base en lo anterior, el Comité considera que el límite superior de la indemnización previsto en la Ley de Contratos de Trabajo de Finlandia puede dar lugar a situaciones en las que la indemnización concedida no sea proporcional a la pérdida sufrida. Además, el CEDS concluye que no se dispone de otras vías legales alternativas adecuadas para proporcionar una reparación en tales casos. Y, por último, también le vale para sostener la vulneración del art. 24 CSEr que la legislación laboral finesa no prevea la posibilidad de readmitir en el puesto de trabajo como opción del juez ante un despido injustificado.

La decisión sobre el fondo de 11 de septiembre de 2019 (*Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL) c. Italia*, reclamación colectiva 158/2017)²⁰⁸ también ha

²⁰⁵ Doctrina recogida y traducida por PRECIADO DOMÈNECH, C.H.: *El despido en la Carta Social Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, op. cit., pp. 69 y 70.

²⁰⁶ Un análisis de estas decisiones del CEDS en SALCEDO BELTRÁN, C.: “Las indemnizaciones por despido injustificado y el art. 24 de la Carta Social Europea revisada: no hay dos condenas (Finlandia e Italia) sin tres (Francia)”, *Lex Social, Revista De Derechos Sociales*, N.º 1, 2022, pp. 625-631.

²⁰⁷ Disponible en: <https://hudoc.esc.coe.int/eng/?i=cc-106-2014-dadmissandmerits-en>

²⁰⁸ Disponible en: <https://hudoc.esc.coe.int/eng/?i=cc-158-2017-dmerits-en>

sostenido la violación del art. 24 CSEr por parte de la legislación italiana de despido y su reforma del año 2015, que se aplica a las nuevas contrataciones que se hagan a partir del 7 de marzo de 2015 (el Decreto Legislativo 4 marzo 2015, n. 23. *Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti*). En efecto, el Decreto legislativo 23/2015, como parte más significativa del proceso reformista conocido como *Jobs Act*, ha supuesto la culminación de un cambio de modelo en el despido, donde se prima más la tutela obligatoria o resarcitoria, ciertamente debilitada, frente a la tutela real o de readmisión, siguiendo el camino que otros países europeos han emprendido tras la salida de la crisis de 2008²⁰⁹, en una idea malentendida de que la protección frente al despido “en sentido fuerte” entra en contradicción y lastra el progreso económico²¹⁰.

En esta decisión sobre el fondo el CEDS estima que no es oportuno manifestarse sobre la forma tasada de cálculo de indemnización por despido improcedente del art. 3.1 D. Legislativo 23/2015, ya que el Tribunal Constitucional italiano en su sentencia 194/2018 ya ha declarado inconstitucional tal previsión normativa, dando cabida a que los jueces puedan tener en cuenta no solo la antigüedad en el servicio, sino también otros factores para calcular la indemnización como el número de trabajadores, el tamaño de la empresa, la conducta o la situación de las partes. Sin embargo, el Comité, tras analizar los diferentes tipos de calificaciones judiciales y sus efectos, en función del correspondiente defecto y el tamaño de la empresa, se centra en aquellos despidos injustificados a los que no se les permite la readmisión y se aplica un límite máximo a la indemnización de 6, 12, 24 o 36 veces la retribución mensual de referencia, según el caso (arts. 3.1, 4, 9 y 10)²¹¹. En este sentido, el CEDS reitera su doctrina y señala que cualquier tope a la indemnización que pueda impedir que la indemnización

²⁰⁹ Este proceso también se ha vivido en España con la regulación del despido y su protección, como ilustrativamente lo afirma ORTEGA LOZANO, P.G.: *Poderes empresariales y resolución del contrato de trabajo por incumplimiento del trabajador. España e Italia*, Granada, Comares, 2020, p. 5: “Es evidente que en la práctica jurídica prevalece el modelo de readmisión intercambiable por dinero —en otros términos, la no readmisión del trabajador a cambio de asumir el coste económico de despedir; en la praxis, la denominada estabilidad obligacional— sobre el modelo de la readmisión obligatoria para todo despido sin causa y sin forma —la denominada estabilidad real—. Este es el modelo legal vigente: las transformaciones sufridas evidencian que evolucionamos hacia un despido cada vez más libre y menos indemnizado —desistimiento unilateral ad nutum—; en suma, hacia un nuevo derecho flexible del trabajo”. Sobre esta problemática, estableciendo una crítica a la “monetización” del despido ilegítimo, véase, ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, M.N.: “Forma y procedimientos del despido disciplinario. El despido nulo”, en BORRAJO DACRUZ (Dir.): *Comentarios a las Leyes Laborales: La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, Tomo II. *El despido*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado (EDERSA), 1994; MONEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, M.N.: “Despido Nulo”, en MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.), *Modalidades de extinción del contrato de trabajo: Análisis de su régimen jurídico*, Granada, Comares, 2014, pp. 85-147.

²¹⁰ SPEZIALE, V.: “La nueva regulación en Italia del contrato indefinido a “tutela creciente” entre el Derecho y el Economicismo y los imperativos constitucionales”, *Temas laborales*, N.º 131, 2015, pp. 14-22.

²¹¹ Una clasificación de la calificación judicial del despido y la cuantía de la indemnización tras la reforma laboral de 2015 en ESPOSITO, M.; GAETA, L.; ZOPPOLI, A. y ZOPPOLI, L.: *Diritto del lavoro e sindacale*, Turín, Giappichelli, 2021, pp. 334 y ss.

sea proporcional a la pérdida sufrida y que sea suficientemente disuasoria para el empleador es, en principio, contrario a la Carta Social Europea Revisada.

Por ello, el Comité pasa a analizar si existen otras vías legales para compensar los daños morales que exceden del límite indemnizatorio. El Gobierno italiano alega que existen dos recursos alternativos: una indemnización adicional sobre la base de las reglas generales de responsabilidad civil y la posibilidad de readmisión de conformidad con el art. 1418 del Código Civil italiano sobre nulidad de los contratos. En cambio, el sindicato demandante expone que tales recursos alternativos se restringen, respectivamente, a daños físicos o psíquicos como consecuencia del despido y a supuestos muy raros de declaración de nulidad de los despidos. El Comité, por tanto, entiende que el Gobierno no ha presentado ejemplos en los que se haya concedido una indemnización adicional o la readmisión ante despidos sin causa.

Por último, el CEDS observa que el mecanismo de conciliación previsto en el art. 6 del D. Legislativo 23/2015 tiene por objeto “evitar el proceso judicial”. Esto es, las medidas de conciliación están previstas de tal modo que permiten al empresario evitar el procedimiento judicial y reducir los costes del despido (que se limitan a 27 veces la remuneración mensual de referencia y a 6 veces para las pequeñas empresas), mientras que los trabajadores se comprometen a renunciar a su derecho de impugnación, siendo su único beneficio la certeza de recibir una indemnización en un plazo breve. Asimismo, los recursos judiciales tampoco tienen necesariamente un efecto disuasorio sobre el despido improcedente dado que, en primer lugar, el importe neto de la indemnización por daño material no es significativamente superior al previsto en caso de conciliación y, en segundo lugar, la duración del procedimiento favorece a los empleadores ya que el pago de la compensación no puede exceder de los límites máximos a la indemnización ya expuestos.

En consecuencia, el CEDS considera que ni los recursos jurídicos alternativos que ofrecen a las víctimas de despidos improcedentes la posibilidad de una indemnización superior al límite máximo fijado por la legislación vigente ni el mecanismo de conciliación, tal y como está formulado, permiten, en todos los casos de despido sin causa justificada, obtener una reparación adecuada, proporcionada al daño sufrido y capaz de disuadir a los empresarios de recurrir al despido improcedente, por lo que se estima que la legislación italiana es contraria al art. 24 de la CSEr.

Otra de las decisiones sobre el fondo más significativas es la decisión que adopta el Comité el 23 de marzo de 2022, en las reclamaciones colectivas acumuladas 160/2018, presentada por la *Confédération Générale du Travail Force Ouvrière* (CGT-FO), y 171/2018, presentada por la *Confédération générale du travail* (CGT), contra Francia²¹². A raíz de estas reclamaciones colectivas, el CEDS analiza la reforma emprendida por la Orden núm. 2017-1387, de 22 de septiembre de 2017, relativa a la previsibilidad y la protección de las relaciones de trabajo, en el sistema indemnizatorio que el art. L1235-3 del Código del Trabajo francés prevé para los supuestos de despidos calificados sin causa o ilegales.

²¹² Disponible en: <https://hudoc.esc.coe.int/eng/?i=cc-171-2018-dmerits-fr>

De este modo, el Comité procede a recordar su doctrina ya plasmada en las dos decisiones sobre el fondo anteriores y estudia, en primer lugar, la posibilidad de readmisión en el puesto de trabajo que, en el supuesto del art. L1235-3 del Código del Trabajo sigue siendo potestad del juez, con mantenimiento de los derechos adquiridos por el trabajador, a menos que cualquiera de las dos partes se oponga. En este último supuesto, el juez concederá una indemnización al trabajador. En cambio, si el despido es declarado nulo el juez podrá ordenar al empresario, aunque se niegue, la readmisión. Si es el trabajador el que se niega al reintegro en la empresa o ello es imposible, el juez establecerá una indemnización. El Comité Europeo de Derechos Sociales llegado a este punto recuerda su doctrina contenida en la decisión sobre el fondo finesa y reconoce que la readmisión, a pesar de que no se incluye expresamente en el art. 24 CSEr, es un remedio apropiado, junto con otros más, con el que deben de contar los Tribunales para garantizar la protección frente al despido injustificado. En este sentido, el CEDS argumenta que la legislación francesa es compatible con la Carta Social Europea de 1996.

En cuanto a la indemnización y su cálculo, el Comité recuerda que la decisión sobre el fondo contra Finlandia ya determinó que un límite máximo en la indemnización de 24 meses era insuficiente pues no suponía una compensación adecuada. En este caso, el legislador francés ha previsto una escala de límites mínimos y máximos en la indemnización en función de la antigüedad del trabajador y del tamaño de la empresa²¹³, que para el mejor de los supuestos sitúa el límite máximo en 20 meses para los trabajadores con 29 años de antigüedad. Este baremo es incluso inferior para los trabajadores con baja antigüedad y para aquellos trabajadores cuya empresa tiene menos de 11 trabajadores. Es más, el CEDS reconoce que para estos trabajadores los montos mínimos y máximos de compensación son tan bajos y, a veces, cercanos, que hacen que el rango de compensación no sea lo suficientemente amplio.

El Comité desmonta los argumentos del Gobierno galo para introducir esta reforma, basados en la seguridad jurídica y la previsibilidad de los costos judiciales, pues esta “previsibilidad” puede servir más bien como un incentivo para que el empleador despidiera ilegalmente a los trabajadores, ya que este podrá hacer una estimación de la carga financiera que puede suponer un despido improcedente sobre la base de un análisis de coste-beneficio. Además, el límite máximo de la indemnización no permite otorgar una indemnización superior en función de la situación personal e individual del trabajador. Por último, el CEDS, si bien reconoce que existen otras vías legales para la reparación (la prestación por desempleo, ley general de responsabilidad civil o indemnizaciones por daños y perjuicios vinculados, por ejemplo, a infracciones procesales), determina que dichas vías no se aplican en todos los casos de despido injustificado y, por ende, no representan “un remedio legal alternativo completo”.

Por todo lo anterior, el Comité Europeo de Derechos Sociales dictamina, por unanimidad, que la legislación francesa vulnera el art. 24 CSEr, habida cuenta de que no

²¹³ Pueden consultarse dos tablas con dicha escala en la propia Decisión sobre el fondo y en SALCEDO BELTRÁN, C.: “Las indemnizaciones por despido injustificado y el art. 24 de la Carta Social Europea revisada: no hay dos condenas (Finlandia e Italia) sin tres (Francia)”, *op. cit.*, p. 627.

garantiza una indemnización adecuada u otra reparación apropiada frente al despido sin causa pues el límite máximo de la indemnización no es lo suficientemente alto para reparar el daño sufrido por la víctima y ser disuasorio para el empleador, a la vez que el margen que se concede a los tribunales para tener en cuenta las características individuales del caso es estrecho. Además, las otras vías legales de reparación están limitadas a ciertos casos.

Por último, una vez más Francia ha sido condenada por el CEDS con base en su incumplimiento de la Carta. La reciente decisión sobre el fondo de 5 de julio de 2022 que resuelve la reclamación colectiva 175/2019, presentada por el *Syndicat CFDT de la métallurgie de la Meuse* contra Francia²¹⁴, reitera todo lo expuesto en la decisión sobre el fondo de 23 de marzo de 2022 para concluir que la legislación francesa sobre la indemnización del despido injustificado vulnera el art. 24.b) CSEr. Sin embargo, lo relevante de esta nueva decisión es que se hace eco de la sentencia del Tribunal de Casación francés (la *Cour de Cassation*) de 11 de mayo de 2022 (apelaciones n.º 21-14.490 y 21-15.247), por la cual se niega la pretensión de la demandante respecto a los límites máximos de la indemnización al considerar que la Carta se basa en una “lógica programática” y que su artículo 24 no tiene efecto directo en la ley francesa²¹⁵. Además, dicho tribunal ha considerado que las decisiones del Comité no tienen carácter judicial y, por tanto, no son vinculantes o no tienen efecto directo para los Estados Parte. Por todo ello, el Tribunal de Casación francés concluye que los trabajadores o los empleadores no pueden invocar el art. 24 CSEr en los litigios ante tribunal.

Ante este pronunciamiento judicial, el CEDS responde de forma categórica y recuerda que la Carta establece obligaciones de derecho internacional que son jurídicamente vinculantes para los Estados Parte y que el Comité, como órgano creado en virtud de un tratado, tiene la responsabilidad de realizar evaluaciones jurídicas sobre si las disposiciones de la Carta se han aplicado satisfactoriamente. El Comité reconoce que corresponde a las jurisdicciones nacionales pronunciarse sobre cuestiones concretas (por ejemplo, de una indemnización adecuada) pero siempre a la luz de los principios que ha establecido este órgano, como órgano de supervisión, o bien, en su caso, corresponde al legislador francés proporcionar a los tribunales nacionales los medios necesarios para extraer las consecuencias apropiadas para que las disposiciones internas en cuestión sean conformes a la Carta. Por ende, si los tribunales nacionales no pueden aplicar directamente el art. 24 CSEr con base en la doctrina del Tribunal de Casación francés para garantizar una compensación adecuada frente al despido injustificado, el art. 24.b) de la Carta está siendo vulnerado habida cuenta de las limitaciones ya analizadas del art. L.1235-3 del Código de Trabajo galo.

²¹⁴ Disponible en: <https://hudoc.esc.coe.int/eng/?i=cc-175-2019-dmerits-en>

²¹⁵ Desde la entrada en vigor de la reforma francesa, diferentes tribunales han ido inaplicando la escala legal de indemnización por medio del control de convencionalidad, reconociendo indemnizaciones más altas, sobre la base del art. 10 del Convenio 158 de la OIT y las decisiones del fondo del CEDS contra Finlandia e Italia. Sin embargo, la *Cour de Cassation* con esta sentencia intenta acabar con esta práctica, al declarar la compatibilidad de la reforma con el Convenio 158 de la OIT. SALCEDO BELTRÁN, C.: “Las indemnizaciones por despido injustificado y el art. 24 de la Carta Social Europea revisada: no hay dos condenas (Finlandia e Italia) sin tres (Francia)”, *op. cit.*, p. 629.

2.2.1. El sistema legal español de reparación del despido injustificado y su compatibilidad con la doctrina del CEDS

Si bien es cierto que la Constitución Española no contiene una referencia expresa a la protección frente al despido injustificado en el art. 35, el Tribunal Constitucional ya desde su STC 22/1981 interpretó que tal protección forma parte de la dimensión individual del derecho al trabajo. Según este pronunciamiento, el derecho al trabajo se integra por una dimensión colectiva, que contiene un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de pleno empleo, así como por una dimensión individual que se concreta “en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación”, por un lado, y en el “derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedidos si no existe una justa causa”, por otro lado.

Por ello, para que el empresario pueda extinguir el contrato de trabajo por su sola voluntad tiene que existir una “causa justa o motivo justificado” (STC 103/1990). Además, “la inexistencia de una reacción adecuada contra el despido o cese debilitaría peligrosamente la consistencia del derecho al trabajo y vaciaría al Derecho que lo regula de su función tuitiva, dentro del ámbito de lo social como característica esencial del Estado de Derecho (art. 1 CE), cuya finalidad en este sector no es otra que compensar la desigualdad de las situaciones reales de empresario y trabajador a la hora de establecer las condiciones o el contenido de esa relación mutua o sinalagmática, máxime si ello acontece a título individual y no colectivo” (STC 20/1994)²¹⁶.

De este modo, a pesar de que el Tribunal Constitucional reconoce que el poder de despedir se integra dentro de las facultades del empresario para gestionar su empresa, en virtud del reconocimiento constitucional del derecho a la libertad de empresa y de la defensa de la productividad, “lo que resulta claro es que no puede deducirse de esa libertad de empresa ni una absoluta libertad contractual, ni tampoco un principio de libertad *ad nutum* de despido, dada la necesaria concordancia que debe establecerse entre los arts. 35.1 y 38 CE” y, sobre todo, con el principio de Estado social y democrático de Derecho (STC 192/2003).

En definitiva, la protección contra el despido ilegítimo o arbitrario forma parte del contenido esencial del derecho al trabajo²¹⁷, incidiendo no solo en la regulación de las causas para despedir (arts. 51.1, 52 y 54 ET), sino también en la forma de exteriorizar la decisión de despedir, todo ello para informar y poner en conocimiento del trabajador las circunstancias del despido (arts. 51, 53 y 55 ET) y que, así, este pueda ejercitar su derecho a la tutela judicial efectiva a través del posterior control judicial²¹⁸.

²¹⁶ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Ley 3/2012, desistimiento y derecho al trabajo”, en VV.AA.: *Constitución Española y Relaciones Laborales ante el actual escenario social y económico*, Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2013, pp. 101-114.

²¹⁷ MONEREO PÉREZ, J.L.: “¿Qué sentido jurídico-político tiene la garantía del derecho «al trabajo» en la «sociedad del riesgo?»”, *Temas laborales*, N.º 126, 2014, p. 76.

²¹⁸ “Tanto exigencias constitucionales, como compromisos internacionales, hacen que rijan entre nosotros el principio general de la limitación legal del despido, así como su sujeción para su licitud a condiciones de fondo y de forma” (STC 192/2003).

No obstante, tal y como se encargó de recordar el auto del TC 43/2014, de 12 de febrero, corresponde al legislador tanto determinar las justas causas de extinción como los efectos del despido injustificado, ya sea determinando la opción entre la readmisión o indemnización en casos de despido improcedente o el modo de cálculo de la indemnización, que puede ser tasada. De hecho, para el Alto Tribunal existen razones que justifican la indemnización tasada del despido, como son: la eliminación de dificultades de prueba para el trabajador, la unificación de criterios a aplicar por el juez, la simplificación del cálculo judicial y, en fin, la certeza y seguridad jurídica²¹⁹.

Así, el legislador ha optado por que el sistema indemnizatorio frente a la extinción injustificada del contrato de trabajo en el ordenamiento jurídico español sea de carácter tasado. En concreto, la STS de 28 de enero de 2013 (rec. 149/2012) determina que: “la regulación que en la materia hace el ET tiene por presupuesto un acto ilícito del empresario [la ruptura de la relación laboral sin causa legalmente justificativa], y que en orden a reparar el mal injustamente causado se establece la correspondiente obligación de ‘hacer’ [readmitir en el puesto de trabajo en igualdad de condiciones], pero se le añade el opcional cumplimiento por equivalencia [indemnizar los daños y perjuicios causados]. Con ello se sigue el esquema del Código Civil en orden a las consecuencias del cumplimiento/incumplimiento de las obligaciones [arts. 1088 ... 1101], aunque con la peculiaridad -antes referida- de fijar para la ‘solutio’ una indemnización tasada que comprende -limitadamente- todos los perjuicios que al trabajador hubieran podido causársele, tanto de orden material como inmaterial, según ha mantenido la doctrina tradicional de la Sala respecto de la cuestión objeto de debate; siquiera en los últimos tiempos hayamos admitido la posibilidad de reclamaciones adicionales -independientes y compatibles- por vulneración de derechos fundamentales (SSTS 23 de marzo 2000, rec 362/1999; 12 de junio 2001, rec. 3827/2000; y 13 de junio 2011, rec. 2590/2010)”. En cualquier caso, la jurisprudencia ha venido negando la compatibilidad de la indemnización del art. 56 ET con la indemnización civil del art. 1.101 CC (STS de 31 de mayo de 2006, rec. 5310/2004).

De este modo, se ha optado por un modelo de estabilidad obligacional (indemnizatorio pero tasado), frente a uno de estabilidad real (readmisorio). Es más, las últimas reformas laborales han ido caminando hacia un despido cada vez más libre o sin causa, al igual que indemnizado con una cuantía cada vez más reducida²²⁰. En efecto, tras las sucesivas modificaciones legislativas la respuesta frente al despido sin causa que contemplan los arts. 56 ET y 110 LRJS²²¹ deja en manos del empresario

²¹⁹ PRECIADO DOMÈNECH, C.H.: *El despido en la Carta Social Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, op. cit., pp. 117 y 118.

²²⁰ ORTEGA LOZANO, P.G.: *Poderes empresariales y resolución del contrato de trabajo por incumplimiento del trabajador. España e Italia*, op. cit., *passim*.

²²¹ Un estudio amplio de la reforma del despido en España en VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La regulación del despido en España. Teoría e ideología de sus debates”, en VV.AA.: *El régimen de despidos en Italia y España: una comparación de los ordenamientos jurídicos*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017, pp. 27-69.

la opción entre la readmisión o la extinción indemnizada²²², siendo esta última incentivada al reducirse el coste del despido improcedente, no solo con la limitación de los salarios de tramitación a la opción empresarial por la readmisión²²³ (salvo que se trate de un despido de representante legal o sindical de los trabajadores), sino, además, con la rebaja que ha realizado la Reforma laboral de 2012 desde la indemnización de los 45 días por año de servicio con el límite de 42 mensualidades, a los 33 días por año de servicio con el límite de 24 mensualidades actuales, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año²²⁴.

Todo ello, junto con la posibilidad de extinguir el contrato aunque se trate de un despido fraudulento por inexistencia de causa (al que con anterioridad se le aplicaba la nulidad según una construcción jurisprudencial que descartó el Tribunal Supremo a partir del año 1993²²⁵) y la progresiva devaluación del elemento causal (*vid.*, reforma de las causas empresariales del art. 51.1 por la Ley 3/2012), provoca que la doctrina se pregunte sobre si realmente la protección constitucional frente al despido sin causa se encuentra garantizada, por mucho que el Tribunal Constitucional sí que lo haya avalado²²⁶.

En esta misma línea se sitúan las reclamaciones colectivas presentadas por UGT (n. 207/2022) y CCOO (n. 218/2022) contra el Estado español, en las que se reclama, entre otras cuestiones²²⁷, que el sistema legal indemnizatorio español de carácter tasado

²²² Salvo que se trata de despido de un representante legal o sindical de los trabajadores, ya que la opción corresponderá al trabajador.

²²³ Con esta opción legal se desincentiva la opción por la readmisión, ya que se vuelve más onerosa que la indemnización, y, además, como efecto colateral se acorta la duración de la prestación por desempleo de los trabajadores despedidos, pues esta no se incrementa con las cotizaciones adicionales que había de efectuar el empresario por los salarios de tramitación. SALA FRANCO, T. y ESTEVE SEGARRA, A.: “La regulación de la extinción del contrato de trabajo”, en VV.AA.: *Propuestas para un debate sobre la reforma laboral*, Madrid, Francis Lefebvre, 2018, pp. 311 y 312.

²²⁴ Véase, disposición transitoria undécima ET.

²²⁵ Sobre la institución jurídica del despido nulo y su recorrido histórico-normativo véase MONEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, M.N.: “Despido nulo”, en MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.): *Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, Granada, Comares, 2014, pp. 85 y ss.; sobre la construcción jurisprudencial del despido radicalmente nulo por fraude de ley, *vid.*, *Ibidem*, pp. 108-112.

²²⁶ Cfr., ATC 43/2014, 12 de febrero y STC 8/2015, 22 de enero, con sendos votos particulares y las observaciones de ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: “Artículo 35”, en VV.AA.: *Comentario a la Constitución Española. 40 aniversario 1978-2018: Libro-homenaje a Luis López Guerra*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 731 y 732. Ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C.: “El derecho al trabajo, la libertad de elección de profesión u oficio: principios institucionales del mercado de trabajo (artículo 35.1 CE)”, en MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M.N. (Dir. y Coords.): *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Granada, Comares, 2002, pp. 287-355.

²²⁷ Especialmente la reclamación colectiva de CC.OO. se refiere a otros aspectos como: la imposibilidad de valorar la readmisión por parte del juez como vía de reparación adecuada frente al despido injusto y sobre todo fraudulento; la falta de abono de los salarios de tramitación en los casos de opción por la extinción ante despido improcedente; la ausencia de vía para reclamar una indemnización adicional vinculada a los daños efectivos del despido injustificado... Un estudio exhaustivo de estas dos reclamaciones colectivas en: MONEREO PÉREZ, J.L. y MUROS POLO, A.: “La indemnización por

no ofrece una reparación adecuada y disuasoria frente a los despidos injustificados. A la espera de las resoluciones del CEDS, todo hace pensar que este sistema indemnizatorio será declarado incompatible con la Carta Social Europea revisada, ya que se ha optado por tasar la indemnización, como ha ocurrido en Finlandia, Italia o Francia, y por limitarla a un máximo de 24 mensualidades.

2.2.2. El control de convencionalidad en la aplicación de la protección de la CSEr frente al despido sin justa causa

Los derechos laborales fundamentales ostentan una serie de garantías que se despliegan de forma multinivel en diferentes tratados internacionales adecuadamente suscritos por España, como el Convenio 158 de la OIT o la CSEr, los cuales establecen la protección frente al despido injustificado. En efecto, los tratados internacionales, en virtud del art. 27 la Convención de Viena de 23 de mayo de 1969, una vez hayan sido debidamente firmados y ratificados por un Estado resultan de obligado cumplimiento para el mismo, sin que pueda invocarse el Derecho interno para justificar su incumplimiento.

Ello viene a suponer que los tratados internacionales están por encima de la legislación interna, como también lo pone de manifiesto el art. 96 CE (“los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”), al igual que el art. 10.2 CE (“las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”)²²⁸. En este sentido, el art. 10.2 es un canon hermenéutico que no es de libre acogimiento para los tribunales, sino de obligada observancia para la interpretación del contenido, alcance y garantías de efectividad de todos los derechos humanos/fundamentales reconocidos en los textos internacionales ratificados por España²²⁹.

De este modo, se viene admitiendo el valor supra legal de los tratados (e infra constitucional), como así también lo indica el art. 31 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, por el cual “las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y

despido improcedente ante la interpretación de la Carta Social Europea Revisada: análisis de las reclamaciones colectivas presentadas por UGT y CC OO”, *La Ley Unión Europea*, N.º 117, 2023, versión digital.

²²⁸ GARCÍA BLASCO, J. y ÁLVAREZ GIMENO, R.: “Supervisión y reclamaciones: especial referencia al Comité Europeo de Derechos Sociales (artículo C y protocolo de 1991, y artículo C y protocolo de 1995)”, en VV.AA.: *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, MONEREO PÉREZ, J.L. y MONEREO ATIENZA, C. (Dir. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2017, p. 981.

²²⁹ MONEREO PÉREZ, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2017, p. 205.

publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional”.

Así, los jueces en su aplicación del Derecho deben de atenerse a las anteriores reglas²³⁰, seleccionando y aplicando la norma más favorable, para lo cual el propio Tribunal Constitucional ha admitido el denominado “control de convencionalidad difuso”. Como indica la conocida STC 140/2018, “[e]llo supone que, en aplicación de la prescripción contenida en el artículo 96 CE, cualquier juez ordinario puede desplazar la aplicación de una norma interna con rango de ley para aplicar de modo preferente la disposición contenida en un tratado internacional, sin que de tal desplazamiento derive la expulsión de la norma interna del ordenamiento, como resulta obvio, sino su mera inaplicación al caso concreto” (F.J. 6º).

De este modo, el Tribunal Constitucional, en una doctrina que ha sido seguida por las SSTC 10/2019, 23/2019, 35/2019, 36/2019, 80/2019 y 87/2019, atribuye al juez ordinario el control de convencionalidad, el cual consiste en controlar el ajuste de la norma interna al Tratado o convenio, y su inaplicación al caso concreto en caso de contravención, por imperativo del art. 9.3 CE, el art. 31 de la Ley de Tratados internacionales y el art. 6 LOPJ, sin que ello implique un juicio de validez de dicha norma²³¹. En cualquier caso, los tribunales nacionales no deben de limitarse a conocer el texto del Tratado internacional, sino que deben de atender, además, a la forma en la que estos son interpretados por sus órganos aplicativos (como ocurre en la Carta Social Europea por parte del CEDS)²³².

No obstante, recientes sentencias del Tribunal Supremo de las que se ha hecho eco la doctrina científica más autorizada (SSTS 268/2022, de 28 de marzo y 270/2022, de 29 de marzo) indican que se ha procedido a realizar una “recomposición de la jerarquía” entre las diferentes instancias aplicativos de las normas internacionales²³³. En ellas parece apreciarse una postura más restrictiva en torno al control de convencionalidad ya que, por un lado, se indica que los pronunciamientos del Tribunal Constitucional

²³⁰ Art. 29 Ley 25/2014: “Todos los poderes públicos, órganos y organismos del Estado deberán respetar las obligaciones de los tratados internacionales en vigor en los que España sea parte y velar por el adecuado cumplimiento de dichos tratados”.

²³¹ PRECIADO DOMÈNECH, C.H.: *El despido en la Carta Social Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, op. cit., p. 20.

²³² GARCÍA BLASCO, J. y ÁLVAREZ GIMENO, R.: “Supervisión y reclamaciones: especial referencia al Comité Europeo de Derechos Sociales (artículo C y protocolo de 1991, y artículo C y protocolo de 1995)”, op. cit., p. 982, aunque parece atribuir este valor interpretativo solo a las decisiones sobre el fondo o las conclusiones que determinen una condena del Estado parte.

²³³ MOLINA NAVARRETE, C.: “Despido y control de convencionalidad: ¿el Tribunal Supremo «abre la veda» de la indemnización disuasoria? A propósito de las Sentencias del Tribunal Supremo 268/2022, de 28 de marzo, y 270/2022, de 29 de marzo”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, N.º 469, 2022 y GOERLICH PESET, J.M.: “El control de convencionalidad ante el Tribunal Supremo: sentencias de 28 y 29 de marzo de 2022”, Blog: *El foro de Labos*, entrada de 11 de mayo de 2022, disponible en: <https://www.elforodelabos.es/2022/05/el-control-de-convencionalidad-ante-el-tribunal-supremo-sentencias-de-28-y-29-de-marzo-de-2022/#:~:text=En%20palabras%20de%20la%20otra,%2C%20evitando%20la%20inseguridad%20jur%C3%ADdica%E2%80%9D>. (consultada el 15/03/2023)

que hayan determinado la compatibilidad o incompatibilidad de la norma interna con la internacional son vinculantes, se hayan pronunciado expresa o implícitamente, lo cual impide que con posterioridad se puede realizar un control de convencionalidad por parte del juez ordinario. Y, por otro lado, el TS determina que el art. 30.1 de la Ley de Tratados Internacionales²³⁴ conlleva que el juez, antes de desplazar la norma interna, debe de cerciorarse de que “la norma internacional ofrezca claridad y certeza, evitando la inseguridad jurídica” (STS 270/2022, de 29 de marzo). Es más, la STS 268/2022, de 28 de marzo, si bien aplica la Carta Social Europea, indica que “puesto que el contenido de la CSE es muy heterogéneo, no es seguro que todo él posea la misma aplicabilidad directa en el ámbito de una relación de Derecho Privado como es el contrato de trabajo. Más bien creemos, incluso tras la vigencia de la versión revisada, solo a la vista de cada una de las prescripciones que alberga cabe una decisión sobre ese particular”.

A la vista del control de convencionalidad, los tribunales se han venido preguntando en torno a la compatibilidad de la indemnización por despido improcedente del art. 56 ET con la norma internacional, incluso antes de la ratificación de la CSEr, intentando conceder indemnizaciones complementarias a la legal por medio de la aplicación del Convenio 158 de la OIT (aunque es cierto que han sido pronunciamientos judiciales de instancia más aislados y que han tenido menor repercusión doctrinal)²³⁵. Un mayor protagonismo de esta cuestión llega con los despidos realizados al margen de la pretendida “prohibición de despedir” por COVID-19, sobre la base del carácter poco disuasorio de la indemnización²³⁶, así como con la ratificación de la Carta Social Europea en su versión revisada por parte del Estado español, con entrada en vigor el 1 de julio de 2021.

En efecto, en la actualidad puede avistarse un debate existente entre las salas de suplicación de lo social, que se dividen entre aquellas que están en contra de conceder indemnizaciones complementarias a la legal y aquellas que están a favor. Respecto a estas últimas, sobresale el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que ha venido construyendo una doctrina judicial, cuyo máximo exponente es la STSJ de Cataluña de 23 de abril de 2021 (rec. 5233/2020), en la cual se destaca que en determinados supuestos excepcionales la indemnización puede no resultar adecuada si se cumplen “dos requisitos coincidentes: por un lado, la notoria y evidente insuficiencia de la indemnización por resultar la misma manifiestamente exigua; por otro, que sea clara y evidente la existencia de una ilegalidad, fraude de ley o abuso de derecho en la decisión empresarial extintiva del contrato”. Así, para vincular la indemnización complementaria a límites objetivos, garantizando la seguridad jurídica, el TSJ propone el incremento en

²³⁴ “Los tratados internacionales serán de aplicación directa, a menos que de su texto se desprenda que dicha aplicación queda condicionada a la aprobación de las leyes o disposiciones reglamentarias pertinentes”.

²³⁵ GODINO DE FRUTOS, M.: “La indemnización por despido improcedente ante la Carta Social Europea revisada: control de convencionalidad y posible reforma legislativa”, *Trabajo y Derecho*, N.º 98, 2023, p. 5, versión digital.

²³⁶ Sentencias del Juzgado de lo Social de Barcelona número 26 de 28 de julio 2020 (rec. 848/2019) y de 31 de julio 2020 (núm. 174/2020 y núm. 170/2020).

la indemnización del art. 281.2.b) LRJS²³⁷; aunque también admite que si se cuantifican los daños en la demanda y se acreditan en juicio pueda reconocerse un resarcimiento adicional siguiendo la legislación civil.

Ahora bien, aunque es cierto que la doctrina judicial del TSJ catalán ha sido seguida parcialmente por otras salas de suplicación, como la de Galicia (con contradicciones)²³⁸, la de Navarra²³⁹ o la de Castilla y León²⁴⁰, también es cierto que por el momento (salvo error) en tan solo una ocasión se ha concedido efectivamente una indemnización complementaria²⁴¹, por ser los requisitos muy estrictos y excepcionales a la hora de su reconocimiento, sobre todo en cuanto a la dificultad probatoria de los daños. En cualquier caso, la mayoría de los tribunales superiores de justicia españoles²⁴², como así indica la reclamación colectiva de UGT, vienen negando la posibilidad de reconocer una indemnización adicional a la propia del despido improcedente, ya sea porque el despido se produjo con anterioridad a la entrada en vigor de la Carta Social Europea revisada, porque este se trata de un instrumento normativo que carece de carácter *self-executing* (entendimiento, éste, que se opone frontalmente a lo establecido expresamente en el art. 96 CE), porque la jurisprudencia ha venido negando la compatibilidad de una indemnización civil con la laboral o, muy especialmente, porque el Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado acerca de que la indemnización del art. 56 ET es acorde con el art. 10 del Convenio 158 de la OIT a raíz de los cambios introducidos con la Reforma laboral de 2012 (AATC 43/2014 y 35/2015).

Ante las contradicciones existentes entre ambas doctrinas judiciales queda esperar a la unificación de doctrina por parte del Tribunal Supremo²⁴³, siempre que se aprecie igualdad de contradicción. No obstante, los pronunciamientos del Tribunal Supremo en sus sentencias 268/2022, de 28 de marzo y 270/2022, de 29 de marzo, hacen presagiar una postura contraria del Alto Tribunal ordinario español al control

²³⁷ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Valor social del trabajo y el despido injustificado «agravado»: la indemnización complementaria a la legal tasada como instrumento de «disuasión marginal»”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, N.º 1, 2022, pp. 44 y ss.

²³⁸ A favor: STSJ Galicia 27 de mayo 2022 (rec. 1631/2022). En contra: STSJ Galicia 23 de marzo 2021 (rec. 360/2021).

²³⁹ STSJ Navarra 24 de junio 2021 (rec. 198/2021).

²⁴⁰ STSJ Castilla y León (Valladolid) 1 de marzo 2021 (rec. 103/2021).

²⁴¹ Destaca la STSJ de Cataluña de 30 de enero de 2023 (rec. 6219/2022), en la que se reconoce la indemnización complementaria a la legal tasada sobre la base del lucro cesante derivado de la no percepción de la prestación por desempleo que le hubiera correspondido al trabajador de haber sido incluido en el ERTe que la empresa planteó a los pocos días del despido.

²⁴² STSJ Andalucía\Granada 9 de junio 2022 (rec. 3127/2021); STSJ Castilla-La Mancha 1 de diciembre 2021 (rec. 1807/2020); STSJ Asturias 21 de diciembre 2021 (rec. 2295/2021); SSTSJ Galicia 26 de septiembre 2023 (rec. 2317/2023), 23 marzo 2021 (rec. 360/2021) y de 12 enero 2021 (rec. 1507/2017 y rec. 1563/2017); SSTSJ Madrid 19 de octubre 2023 (rec. 454/2023) y 26 de mayo 2022 (rec. 264/2022).

²⁴³ Este es uno de los escenarios que contempla VILA TIerno, F.: “A vueltas con la indemnización adicional en caso de despido...”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, N.º 6, 2023, p. 12.

de convencionalidad en materia de reconocimiento de indemnización complementaria, ya sea porque ha sembrado la duda sobre la aplicabilidad directa de la CSEr en toda su extensión (algo incorrecto que no se corresponde con el valor jurídico de la CSEr, ni con el propio art. 96 CE); ya sea porque no ha nombrado ni siquiera a la doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales, en especial en la STS 4090/2022 de 2 de noviembre que reitera el fallo de la STS 270/2022 de 29 de marzo (a pesar de que tal doctrina resulta jurídica e institucionalmente vinculante); o bien porque se ha referido a la vinculación que hay que mantener respecto a lo dispuesto por el Tribunal Constitucional (y que ya ha analizado en sentido afirmativo la compatibilidad del sistema legal indemnizatorio con el Convenio 158 de la OIT).

2.2.3. *Valoración final*

A la vista de todo lo expuesto, y a la espera de la resolución de las dos reclamaciones colectivas presentadas por UGT (N.º 207/2022) y CC.OO. (N.º 218/2022) contra el Estado español, parece probable que el sistema legal indemnizatorio español del despido improcedente será declarado por el CEDS como no conforme a la CSEr, ya que nuestro sistema ha optado, como ha ocurrido en Finlandia, Italia o Francia, por tasar la indemnización en función del salario y la antigüedad y limitarla, en este caso, a un máximo de 24 mensualidades, lo cual provoca que la indemnización en muchos supuestos no sea ni reparadora ni disuasoria.

Ante este panorama, nada sencillo sino de enorme complejidad, es necesario aportar soluciones que caminen en la línea de garantizar la compatibilidad de la norma española con el art. 24 de la CSEr y la doctrina vinculante del CEDS. No está de más recordar que la CSEr es un tratado internacional de carácter jurídicamente vinculante, una vez que ha sido ratificado válidamente por el Estado español, y como tal debe de ser aplicado conforme a la interpretación auténtica que realiza su órgano de supervisión: el CEDS, el cual es el órgano competente para llevar a cabo la interpretación adecuada y finalista de este instrumento de Derecho Internacional regional europeo (verdadera “constitución social europea”, entendiendo esta expresión en su sentido material). Así, la CSEr se inserta como un instrumento jurídico más dentro del sistema internacional de garantías multinivel de los derechos por mandato constitucional; y sus preceptos actúan como canon hermenéutico en la interpretación del sentido y alcance de los derechos constitucionalmente consagrados (arts. 10.2 y 96 CE)²⁴⁴.

En esta idea de aportar soluciones de *lege ferenda*, podría resultar adecuado recuperar la construcción jurisprudencial del “despido radicalmente nulo por fraude de ley”²⁴⁵, esto es, aquel despido caracterizado por una arbitrariedad manifiesta, ya sea por causa inexistente o irreal, dolosamente inventada o absolutamente desproporcionada,

²⁴⁴ La CSEr contiene verdaderas obligaciones jurídicas de los Estados, correlativas a la garantía de los derechos subjetivos sociales de prestación y de libertad. Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L.: “El valor jurídico de la Carta Social Europea revisada y su significación”, en *Documentación laboral*, N.º 125, 2022, p. 19.

²⁴⁵ Construcción jurisprudencial en SSTs de 30 de noviembre de 1991 (A/8425); de 23 de junio de 1988 (A/6033); de 18 de julio de 1988 (A/6177); de 12 de julio de 1986 (A/4032) y de 26 de enero de 1987 (A/128)].

con el fin torticero de lograr una declaración de improcedencia que permita la compensación económica y la definitiva desvinculación laboral, pues en estos supuestos los efectos jurídicos serían los de la readmisión y el abono de los salarios dejados de percibir, los cuales podrían ser considerados una reparación apropiada ante el despido injustificado. En este sentido, el legislador debería de introducir una causa específica de nulidad para acabar con la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha negado el despido nulo por fraude de ley por no encontrarse dentro de las causas tasadas (STS de 2 de noviembre de 1993, rec. 3669/1992)²⁴⁶. En cualquier caso, para la mejor doctrina la interpretación del Tribunal Supremo podría ser fácilmente refutable si se tiene en cuenta que el fraude de ley es una institución jurídico-positiva de aplicación general a los actos o negocios jurídicos —que encuentra su fundamento en el Derecho común y, en concreto, en el art. 6.4 CC—, y que es compatible, por tanto, con la normativa laboral especial²⁴⁷. En defecto de lo anterior, instaurar en la persona trabajadora afectada la facultad de decisión entre la indemnización o la readmisión en caso de despido improcedente, también puede ser un adecuado mecanismo para reforzar la protección frente al despido sin causa.

Respecto al carácter tasado de la indemnización, cabe hacer dos precisiones:

Por un lado, que la doctrina judicial por la que ciertos tribunales superiores de justicia están abriendo la puerta a indemnizaciones complementarias a la legal no está siendo efectiva, ya sea por su escaso seguimiento entre las salas, ya sea por su excepcionalidad o por los criterios tan estrictos que rigen en su aplicación ante un despido fraudulento y una indemnización exigua, pues la demostración del daño emergente y del lucro cesante es de tal dificultad que provoca que se haya reconocido efectivamente la indemnización adicional en muy pocas ocasiones. En este sentido, no parece probable que el CEDS admita esta doctrina judicial como vía adicional para conseguir una indemnización adecuada ante el despido injustificado, como argumentan los sindicatos en sendas reclamaciones colectivas.

Por otro lado, como ambos sindicatos defienden en sus reclamaciones colectivas, y más enérgicamente afirma CC.OO., no se trata de acabar con la indemnización legal tasada, ya que lo que se pretende es introducir determinados ajustes para garantizar que la indemnización sea reparativa y disuasoria. Siguiendo la propuesta de este sindicato, podría ser útil introducir en la legislación una indemnización mínima (en la reclamación de CC.OO. se habla de seis meses de salario) que garantice la reparación suficiente del daño y disuada de prácticas empresariales de despido sin causa a las personas con menor antigüedad, posibilitando, a su vez, que se reclame un importe superior de indemnización sobre la base de daños específicos y adicionales probados, según las circunstancias del caso. De este modo, una indemnización legal tasada en función del salario y la antigüedad que incluya importes mínimos, que posibilite la reclamación de daños adicionales y que no contenga techos máximos (recuérdese el caso de Finlandia, Italia y Francia que los declaró contrarios a la CSEr) puede garantizar

²⁴⁶ Doctrina reiterada por las SSTs de 19 de enero de 1994 (rec. 3400/1992); de 23 de mayo de 1996 (rec. 2369/1995); 30 de diciembre de 1997 (rec. 1649/1997) y de 5 de mayo de 2015 (rec. 2659/2014).

²⁴⁷ MONEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, M.N.: “Despido nulo”, *op. cit.*, pp. 108-112.

la compatibilidad con la Carta y la doctrina del CEDS. Es necesario subrayar que los sindicatos, en especial CC.OO., se muestran contrarios a diseñar una indemnización totalmente desvinculada de parámetros objetivos que deje en manos del juez la determinación del importe indemnizatorio sobre la base de unos daños difíciles de demostrar, lo cual generaría inseguridad jurídica y desigualdad de trato.

Otra de las propuestas para adaptar el sistema legal indemnizatorio español a la CSEr podría ser reflexionar acerca de la regulación de los salarios de tramitación. Con la Reforma laboral de 2012 estos se limitaron a la opción empresarial por la readmisión ante el despido declarado improcedente, lo cual ha podido generar un cierto incentivo a favor de la elección por la extinción indemnizada. Debido a que el CEDS reconoce a los salarios de tramitación como una reparación apropiada se debería de replantear su extensión a los supuestos de la elección por la indemnización de despido improcedente, o cuanto menos reservar el abono de tales salarios en exclusiva a la extinción indemnizada para encarecer dicha elección e intentar beneficiar la opción por la readmisión en el puesto de trabajo²⁴⁸.

Mucho se ha discutido en torno a la aplicación directa de la CSEr por parte de los tribunales superiores de justicia respecto a admitir o no el control de convencionalidad y la indemnización complementaria en sede judicial. Esta visión restrictiva, amparada por una interpretación del Tribunal Supremo, no casa adecuadamente con la protección multinivel de los derechos que conceden los tratados internacionales, una vez que estos son ratificados por España, como así ha ocurrido recientemente con la CSEr. En cuanto a la vinculación con la interpretación del Comité Europeo de Derechos Sociales, es una cuestión que ya ha sido tratada por el propio Comité en la decisión sobre el fondo de 5 de julio 2022 (núm. 175/2019), *Syndicat CFDT de la métallurgie de la Meuse v. France*. En este sentido, una parte de la doctrina científica coincide en que si bien las conclusiones del CEDS en su sistema de informes tienen un valor jurisprudencial más cuestionable, las decisiones sobre el fondo de las reclamaciones colectivas, por asemejarse más a un proceso jurisdiccional, deben de desempeñar realmente un papel de interpretación auténtica que sirva para la aplicación del Derecho, sobre todo si se tiene en cuenta que tales decisiones podrán ser posteriormente asumidas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa²⁴⁹.

Por ello, es realmente valioso que el CEDS, como intérprete legítimo, se pronuncie en las dos reclamaciones colectivas de UGT y CC.OO. sobre el caso específico de España, ya sea para forzar un cambio de enfoque o de valorización de las decisiones de este Comité por parte de los tribunales, o bien para impulsar un cambio

²⁴⁸ SALA FRANCO, T. y ESTEVE SEGARRA, A.: “La regulación de la extinción del contrato de trabajo”, *op. cit.*, p. 312.

²⁴⁹ PRECIADO DOMÈNECH, C.H.: *El despido en la Carta Social Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, *op. cit.*, pp. 22 y ss. En un sentido más amplio y exhaustivo véase JIMENA QUESADA, L.: “El Comité Europeo de Derechos Sociales: valor jurídico de sus resoluciones”, en *Documentación laboral*, N.º 125, 2022, pp. 75-90.

normativo que busque la compatibilidad de la norma con el art. 24 CSEr y la doctrina del CEDS²⁵⁰.

Esta nueva construcción de la indemnización por despido improcedente puede desplegar importantes efectos en el procedimiento de despido colectivo, no solo porque los trabajadores afectados por un despido colectivo declarado como no ajustado a derecho por sentencia colectiva puedan reclamar indemnizaciones reparadoras y disuasorias, sino porque, además, estos trabajadores podrán impugnar de forma individual las causas del despido para conseguir la indemnización del art. 24 CSEr, aunque se haya alcanzado acuerdo en consultas y el despido colectivo no haya sido impugnado de forma colectiva. En efecto, la sentencia del Tribunal Constitucional 140/2021, de 12 de julio, ha invalidado que el acuerdo blinde frente a una posterior impugnación judicial a nivel individual sobre la concurrencia de las causas.

2.3. El procedimiento de despido colectivo en la Carta Social Europea Revisada

Como ya se ha indicado, la Carta Social Europea en su versión originaria no contiene referencia alguna a la protección “genérica” frente al despido sin causa y, ni mucho menos, reconoce el derecho al procedimiento de información y consulta en el despido colectivo. No obstante, el Protocolo Adicional de Estrasburgo de 1988, el cual fue ratificado por España en el año 2000, sí que introdujo, ante las lagunas de la versión originaria, una regulación del derecho a información y consulta, que se podría relacionar con el despido colectivo. En concreto, en su artículo 2.1.b) el Protocolo reconoce el derecho a que los representantes sean consultados “a su debido tiempo acerca de las decisiones previstas que puedan afectar sustancialmente a los intereses de los trabajadores y, en particular, acerca de las que puedan tener consecuencias importantes sobre la situación del empleo en la empresa”²⁵¹.

Por ello, es la Carta Social Europea revisada de 1996 la que establece específicamente como objetivo de los Estados Parte, a conseguirse por todos los medios adecuados, tanto nacionales como internacionales, que todos los trabajadores tengan el derecho a ser informados y consultados en los procedimientos de despido colectivo (Parte I, apartado 29).

Es más, el artículo 29 CSEr, siguiendo la estela del Convenio 158 de la OIT, reconoce el “derecho a información y consulta en los procedimientos de despido colectivo”, con el siguiente tenor literal: “para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los trabajadores a ser informados y consultados en los casos de despidos colectivos,

²⁵⁰ Para GARCÍA BLASCO, J. y ÁLVAREZ GIMENO, R.: “Supervisión y reclamaciones: especial referencia al Comité Europeo de Derechos Sociales (artículo C y protocolo de 1991, y artículo C y protocolo de 1995)”, *op. cit.*, p. 981, la mayor virtud del procedimiento de reclamaciones colectivas está en su capacidad para centrar de manera más rápida y eficaz las posibles contradicciones del Derecho interno de los Estados con la CSEr.

²⁵¹ MARTÍNEZ GIRÓN, J.: “El cumplimiento por España de los artículos 2 y 3 del protocolo adicional de 1988 a la Carta Social Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, N.º 137, 2018, pp. 303 y ss.

las Partes se comprometen a garantizar que los empleadores informen y consulten oportunamente a los representantes de los trabajadores, antes de dichos despidos colectivos, sobre las posibilidades de evitar dichos despidos colectivos o de limitar su número y mitigar sus consecuencias, por ejemplo recurriendo a medidas sociales simultáneas dirigidas, en particular, a promover la recolocación o la reconversión de los trabajadores afectados”.

Siguiendo al Compendio o al Digesto de Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales²⁵², el Comité interpreta que el despido colectivo que regula el art. 29 CSEr es aquel que afecta a varios trabajadores dentro de un plazo fijado por la ley y por causas que no tienen que ver con circunstancias individuales del trabajador, sino que corresponden a una reducción o cambio en la actividad de la empresa²⁵³. El CEDS, asimismo, indica que los procedimientos de consulta deben tener lugar con tiempo suficiente antes de los despidos colectivos y, por ende, que la legislación nacional debe de garantizar que los empleadores estén obligados a proporcionar a los empleados la información sobre los despidos colectivos previstos con suficiente antelación para que los representantes de los trabajadores se puedan familiarizar con los aspectos clave de los despidos. Además, la legislación debe de garantizar que los representantes de los trabajadores tengan el derecho a recibir toda la información pertinente durante el proceso de consulta, a la vez que esta debe desarrollarse dentro de un periodo de tiempo suficiente que permita a los representantes presentar propuestas adecuadas para evitar, limitar o mitigar el efecto de los despidos propuestos. En efecto, los trabajadores tendrán que recibir información relevante necesaria para garantizar el procedimiento, la cual consistirá en particular en: las razones de los despidos propuestos, los criterios para determinar qué empleados van a ser despedidos, el orden propuesto y la programación de dichos despidos, el monto de cualquier beneficio económico o de otras formas de compensación, así como el alcance y contenido de las medidas sociales previstas y destinadas a mitigar las consecuencias de este proceso²⁵⁴.

En este sentido, de la redacción del art. 29 de la Constitución Social de la Europa amplia y de su interpretación por parte del Comité pueden obtenerse las siguientes conclusiones²⁵⁵: que lo que pretende la Carta no es simplemente “declarar”, sino “garantizar” los derechos de información y consulta (dos derechos diferenciados, pero íntimamente relacionados), obligando a los Estados Parte a arbitrar instrumentos normativos y jurisdiccionales para la exigibilidad y “justiciabilidad” jurídica de tales derechos; que el art. 29 debe de interpretarse en relación con otros artículos de la Carta, como el art. 24 o, más específicamente, con el artículo 21, relativo a la garantía

²⁵² Disponible en: <https://rm.coe.int/digest-ecsr-prems-106522-web-en/1680a95dbd>

²⁵³ Conclusiones de 2003, declaración de interpretación del art. 29.

²⁵⁴ Cfr., Conclusiones de 2014, declaración de interpretación del art. 29.

²⁵⁵ Todas ellas extraídas de MONEREO PÉREZ, J.L.: “Derecho a la información y consulta en los procedimientos de despido colectivo (Artículo 29 de la Carta Social Europea)”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir. y Coords.), *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Comares, 2017, pp. 907 y ss.

del derecho a la información y a la consulta; que el artículo aquí analizado reconoce la obligación de que los Estados parte garanticen que los empleadores informen y consulten “oportunamente”, esto es, con anterioridad a la toma de decisión relativa a los despidos colectivos; que la titularidad del derecho pertenece a los trabajadores, ahora bien la efectividad de este derecho participativo requiere que se realice a través de sus representantes²⁵⁶; que el objeto mínimo de la información y consulta debe de versar necesariamente “sobre las posibilidades de evitar dichos despidos colectivos o de limitar su número y mitigar sus consecuencias, por ejemplo recurriendo a medidas sociales simultáneas dirigidas, en particular, a promover la recolocación o la reconversión de los trabajadores afectados”; y que esta consulta, que es más bien una consulta cualificada orientada a alcanzar un acuerdo (consultas-negociación), debe de contener necesariamente la información sobre la situación económica y financiera de la empresa concernida, con base en las facilidades apropiadas que se le deben de conceder a los representantes de los trabajadores en el desempeño de sus funciones *ex art. 28 CSEr*.

En definitiva, el artículo 29 CSEr está dirigido, por un lado, a garantizar que los trabajadores sean conscientes de las razones y la magnitud de los despidos previstos y, por otro lado, a garantizar que la posición de los trabajadores se tenga en cuenta cuando el empleador planifique despidos colectivos, en particular en lo que se refiere al alcance, el modo y la forma de tales despidos y la medida en que pueden evitarse, limitarse y/o mitigarse sus consecuencias²⁵⁷. Para el CEDS esta obligación de información y consulta no se puede cumplir con una información unilateral por parte del empleador, sino que debe de ponerse en marcha un proceso en el que haya suficiente diálogo entre el empleador y los representantes de los trabajadores sobre las diferentes medidas alternativas o complementarias al despido colectivo, aunque también interpreta este órgano que no es necesario que se alcance acuerdo²⁵⁸. Las consultas deben incluir a los despidos en sí, en cuanto a sus formas como a los medios para evitarlos o limitarlos, aunque también diferentes medidas sociales para facilitar la reubicación o el reciclaje de los trabajadores afectados²⁵⁹. Además, se les debe de exigir a los empleadores que cooperen con las administraciones públicas, especialmente con las encargadas de la política de empleo, ya sea notificándoles los despidos y/o cooperando con estas respecto a la readaptación de los empleados despedidos u ofreciéndoles otro tipo de asistencia con vistas a obtener un nuevo puesto de trabajo²⁶⁰.

²⁵⁶ El anexo de la CSEr establece que por “representantes de los trabajadores” se entenderán las personas reconocidas como tales por la legislación o la práctica nacionales.

²⁵⁷ Cfr., Conclusiones de 2014, declaración de interpretación del art. 29.

²⁵⁸ Conclusiones de 2003, Suecia.

²⁵⁹ Conclusiones de 2014, Georgia.

²⁶⁰ Cfr., Conclusiones de 2014, declaración de interpretación del art. 29.

CAPÍTULO 3. EL DERECHO SOCIAL COMUNITARIO SOBRE DESPIDOS COLECTIVOS COMO EJE DEL MODELO NORMATIVO

3.1. El Derecho primario de la Unión Europea: la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

El artículo 3.3 del Tratado de la Unión Europea indica que la Unión “obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico”. En el mismo sentido, el art. 145 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea recoge que los Estados miembros y la Unión se esforzarán “por desarrollar una estrategia coordinada para el empleo, en particular para potenciar una mano de obra cualificada, formada y adaptable y mercados laborales con capacidad de respuesta al cambio económico”.

El artículo 151 TFUE también ahonda en la “idea social” de la Unión Europea cuando indica que “la Unión y los Estados miembros, teniendo presentes derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 1989, tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones”. Además, los arts. 154 y 155 TFUE resaltan la importancia de la interlocución social como base para la aplicación de la política social, al igual que el art. 153 TFUE reconoce que para la consecución de los objetivos de política social la Unión apoyará y completará la acción de los Estados en materia de la representación y la defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y de los empresarios, incluida la cogestión, sin perjuicio de que ello no se aplique a las remuneraciones, al derecho de asociación y sindicación, al derecho de huelga y al derecho de cierre patronal.

Dicho lo anterior, el reconocimiento de derechos en materia de información, consulta y participación de los trabajadores en el despido colectivo vino reconocido en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores de 1989²⁶¹. No obstante, es la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la cual tiene el mismo valor jurídico que los Tratados originarios (así lo indica el art. 6.1 TUE), la que ha potenciado, por un lado, la protección frente al despido injustificado y, por otro, la participación de los trabajadores en la empresa a través de la información y consulta.

Es de resaltar que la naturaleza de la CDFUE no es ya la de una Declaración político-jurídica, sino la de una norma europea con rango de Tratado de la Unión, de valor idéntico o igual al de los Tratados comunitarios, no simplemente análogo o similar a los mismos (los términos del precepto *ex art. 6.1 del TUE* son inequívocos en sentido literal). De esta manera los derechos fundamentales contenidos en la Carta son verdaderos derechos y no simples principios generales del Derecho comunitario. Para autorizada doctrina se podrá hablar ahora, con todas las indudables limitaciones del texto en cuestión, de una Europa de los Derechos fundamentales; aunque hubiera sido lo más pertinente su inserción en el Sistema de los Tratados, y no la solución del Tratado de Lisboa, que apostó por la “desconstitucionalización” formal del texto de la Carta configurándolo como norma de la Unión externa al Sistema de los Tratados originarios o fundacionales²⁶².

En materia de despido colectivo se debe de destacar, en primer lugar, el art. 30 CDFUE, donde se reconoce que “todo trabajador tiene derecho a una protección en caso de despido injustificado, de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales”, siguiendo lo ya establecido en la Carta Social Europea revisada. De este modo, con este artículo se consagra el despido por justificado motivo y la protección frente al despido arbitrario o ilegítimo (ya sea improcedente o nulo) en el ámbito de la Unión Europea, en clara conexión con el derecho al trabajo reconocido en el art. 15.1 CDFUE (aunque resulta criticable su parquedad)²⁶³.

En segundo lugar, junto con el art. 47 CDFUE que reconoce el derecho a un juez imparcial en situaciones de despido injustificado, el art. 27 CDFUE reconoce el derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa, que, aunque no se refiera

²⁶¹ Un análisis exhaustivo en MONEREO PÉREZ, J.L.: “La Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores” (I) y (II), en *Revista Española de Derecho del Trabajo*. Civitas, nº. 56-57, 1992-1993.

²⁶² MONEREO PÉREZ, J.L.: *La protección de los derechos fundamentales. El Modelo Europeo*, Albacete, Bomarzo, 2009, p. 202. Asimismo, ahondando en las consecuencias jurídicas del nuevo paradigma, MONEREO PÉREZ, J.L.: “Ámbito de aplicación (Artículo 51) y “Alcance e interpretación de los derechos y principios (Artículo 52)”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (dirs. y coord.): *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de los Trabajadores*, Granada, Comares, 2012, pp. 1301-1396.

²⁶³ MONEREO PÉREZ, J.L.: “Artículo 30. Protección en caso de despido injustificado”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (dirs. y coord.): *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de los Trabajadores*, Granada, Comares, 2012, pp. 695 y ss.

expresamente al despido colectivo, sí que supone la base para al acervo comunitario en esta materia. Es de resaltar que la norma habla aquí de “garantizar”, lo que implica una juridificación como verdaderos derechos en normas de Derecho positivo; se refiere a que la información y las consultas se desarrollen en los niveles adecuados (centros de trabajo, empresa o grupo empresarial, aplicando el principio de correspondencia entre el centro de decisión empresarial y el ámbito donde se articula la participación); y, por último, indica que la información y consulta debe de realizarse con la suficiente antelación, con el fin de que sea eficaz²⁶⁴.

3.2. La piedra angular de la regulación del despido colectivo: la Directiva 98/59/CE

3.2.1. El recorrido histórico de la regulación comunitaria sobre despido colectivo y su sentido político-jurídico

La primera Directiva en materia de despido colectivo, la Directiva 75/129/CEE del Consejo, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, supuso un hecho trascendental, ya que dicha Directiva inició la andadura de aproximación de las diferentes legislaciones nacionales en materia estrictamente laboral, más allá de la libertad de circulación de trabajadores y de los primigenios textos en materia de discriminación por razón de sexo²⁶⁵.

Es así que a través de la Directiva 75/129 se reforzó la protección de los trabajadores en caso de despidos colectivos, aunque más bien para atenuar los efectos negativos que pudieran tener las diferentes legislaciones en el mercado común —en términos de competitividad—, que para conseguir la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores y su equiparación por la vía del progreso²⁶⁶. En efecto, esta Directiva se implanta en el contexto de la grave crisis económica de los años 70 con el fin de solventar dicha situación de recesión económica y contribuir al logro de un Mercado Único y equilibrado en toda Europa. Por ello, el interés directo del legislador comunitario no era tutelar los derechos de los trabajadores frente a las decisiones extintivas del empresario, aunque ciertamente sí lo hace de forma indirecta²⁶⁷.

En términos análogos se reformaría la citada Directiva, en virtud de la Directiva 92/56/CEE del Consejo de 24 de junio de 1992, con el objetivo de modernizarla y conjugarla con la realidad del momento. Finalmente, sendas Directivas fueran codificadas en la actual Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa

²⁶⁴ MONEREO PÉREZ, J.L.: “Artículo 27. Derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (dirs. y coord.): *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de los Trabajadores*, Granada, Comares, 2012, pp. 605 y ss.

²⁶⁵ CRUZ VILLALÓN, J.: “La aplicación de la Directiva sobre despidos colectivos”, *Temas Laborales*, N.º 44, 1997, pp. 28-29.

²⁶⁶ MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los despidos colectivos en el ordenamiento interno y comunitario*, Madrid, Cívitas, 1994, p. 35.

²⁶⁷ SERRANO GARCÍA, J.M.: *El plan social en los despidos colectivos*, Valladolid, Lex Nova, 2002.

a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos.

De este modo, la regulación comunitaria de los despidos colectivos ha intentado desde siempre conjuntar dos objetivos básicos interdependientes: la protección de los trabajadores (finalidad social que sirve a la racionalidad social), así como evitar que las diferencias en materia de regulación incidan de forma negativa en el funcionamiento del mercado interior (finalidad económica que sirve a la racionalidad económica)²⁶⁸. Aunque tanto de la parte preliminar de la Directiva 98/59/CE (véase considerandos 2 y 3), como de la interpretación del Tribunal de Justicia en algunos sentidos²⁶⁹, se ha deducido que la finalidad de la Directiva es preferentemente económica, pues su objetivo principal consiste en impedir que las empresas dejen de invertir en un país o se retiren del mismo con el fin de eludir sus procedimientos en materia de reducción de personal por ser más exigentes, para instalarse en otros Estados miembros cuya protección sea menos onerosa, intentando alcanzar de este modo una igualación de costes o cargas entre todos los Estados miembros y sus empresas (y, por tanto, evitar estrategias de *dumping social*)²⁷⁰.

Ante este panorama, el legislador comunitario ha optado por aproximar las legislaciones a través de un modelo abierto en el que caben diferentes opciones de política legislativa desde la perspectiva de un “mínimo común denominador”²⁷¹, el cual pasa por abordar únicamente la “procedimentalización” de la decisión empresarial de despido colectivo a través de un período de información y consulta con los representantes de los trabajadores y de la comunicación y facultades de intervención de la autoridad pública competente.

Con este carácter flexible se busca, como se ha indicado, que quepan distintas opciones de política legislativa por parte de los Estados miembros en el desarrollo de la Directiva comunitaria²⁷², pero siempre desde la perspectiva de una flexibilidad negociada que se construye sobre el preceptivo período de consulta-negociación y sobre las funciones atribuidas a la Administración laboral en un sentido proactivo. En

²⁶⁸ MONEREO PÉREZ, J.L.: “El despido colectivo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su incidencia en el Derecho Interno”, *op. cit.*, pp. 314 y 315.

²⁶⁹ STJUE de 13 de mayo de 2015, *Little y otros*, C-182/13, apartado 43, “sin embargo, es preciso recordar que esta Directiva no sólo pretende reforzar la protección de los trabajadores en caso de despidos colectivos, sino también, por un lado, garantizar una protección comparable de los derechos de los trabajadores en los diferentes Estados miembros y, por otro lado, equiparar las cargas que estas normas de protección suponen para las empresas de la Unión (véanse, en este sentido, las sentencias Comisión/Reino Unido, C-383/92, EU:C:1994:234, apartado 16; Comisión/Portugal, C-55/02, EU:C:2004:605, apartado 48, y Confédération générale du travail y otros, C-385/05, EU:C:2007:37, apartado 43)”.

²⁷⁰ MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los despidos colectivos en el ordenamiento interno y comunitario*, *op. cit.*, pp. 35 y 36.

²⁷¹ MONEREO PÉREZ, J.L.: “El despido colectivo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su incidencia en el Derecho Interno”, *op. cit.*, pp. 314-316.

²⁷² LÓPEZ INSUA, B.M.: “El despido colectivo de los trabajadores de edad avanzada”, en VV.AA.: *Envejecimiento activo y vida laboral*, MONEREO PÉREZ, J.L. y MALDONADO MOLINA, J.A. (Dirs.), Granada, Comares, 2019, pp. 411 y 412.

este sentido, la Directiva no niega a los Estados miembros la posibilidad de introducir disposiciones más favorables a los derechos de los trabajadores. En concreto, el artículo 5 indica que “la presente Directiva no afectará a la facultad de los Estados miembros de aplicar o de introducir disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables para los trabajadores o de permitir o de fomentar la aplicación de disposiciones convencionales más favorables para los trabajadores”.

De este modo, la regulación comunitaria del despido colectivo desde la perspectiva de evitar la concurrencia económica en el interior del Mercado Común se enriquece, por otro lado, con el fortalecimiento de la ratio social de la Directiva. Una ratio que está ligada al desarrollo de la lógica participativa y garantista de los derechos de los trabajadores en el ámbito de la normativa de la reestructuración de empresas, y que viene reforzada por la búsqueda del efecto útil de las disposiciones sobre derechos de información y consulta en las últimas reformas, sobre la base de negociar medidas alternativas o complementarias al despido²⁷³.

Esta lógica de participación de los trabajadores en la empresa también se encuentra presente en otras Directivas que regulan procesos de reestructuración. En un sentido genérico, es necesario destacar la Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea, sobre la base de un “espíritu de cooperación” entre el banco social y empresarial para cumplir con sus derechos y obligaciones recíprocos, teniendo en cuenta tanto los intereses de la empresa o centro de trabajo como los de los trabajadores (de aquí se deriva que no se persigue solo una participación funcional, esto es, supeditada a las exigencias de funcionamiento de la empresa, sino también una orientación a los principios de justicia social²⁷⁴). En el ámbito de la información y consulta por reestructuración empresarial, el art. 4.2.c) recoge la información y consulta “sobre las decisiones que pudieran provocar cambios sustanciales en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo”. La Directiva 2009/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de mayo de 2009, sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, también contiene en su anexo derechos de información en caso de procedimiento de despido colectivo. Por último, la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001 sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes

²⁷³ NAVARRO NIETO, F.: “Medidas sociales de acompañamiento y mantenimiento del empleo”, en VV.AA.: *Reestructuraciones empresariales. XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2021, p. 256.

²⁷⁴ MÁRQUEZ PRIETO, A.: “Autonomía colectiva y reestructuración sectorial en la transición ecológica”, *Ponencia presentada en las XL Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales ‘40 años de propuestas jurídicas sobre empleo, negociación colectiva y solución de conflictos laborales en Andalucía’*, p. 4, disponible en: <https://www.juntadeandalucia.es/sites/default/files/2023-11/Ponencia%20Antonio%20M%C3%A1rquez.pdf> (consultada el 10/01/2024).

de empresas o de centros de actividad, de igual modo recoge un proceso de información y consultas, estas últimas si el cedente o el cesionario prevé la adopción de medidas de distinto signo respecto a sus trabajadores.

3.2.2. Elementos delimitadores del despido colectivo en la Unión Europea

A) Elemento cualitativo

La Directiva 98/59 no delimita claramente la causa de la extinción del contrato de trabajo, sino que se limita a indicar que “se entenderá por «despidos colectivos» los despidos efectuados por un empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores”. En cambio, la Directiva sí que se encarga de precisar, en primer lugar, que el despido colectivo es una acción “efectuada por un empresario”, es decir, por su propia voluntad, haciendo manifiesta la visión del despido como ejercicio de poder del empresario²⁷⁵. De este modo, el despido colectivo se integra en lo que se conoce como “poder autoorganizativo o de gestión de la fuerza de trabajo en la empresa”²⁷⁶, excluyendo de su aplicación, *a priori*, a las extinciones del contrato por mutuo acuerdo de las partes, por voluntad unilateral del trabajador (dimisión libre) o por causas que comportan la extinción automática²⁷⁷.

Sobre esta primera cuestión, relacionada con que el despido es una facultad del empleador, la sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de diciembre de 2009, *Ovidio Rodríguez Mayor y otros* (C-323/08), tuvo que resolver qué ocurría si el despido colectivo se debía al fallecimiento del empresario persona física. En concreto, a través de una cuestión prejudicial, planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, se le preguntó al Tribunal de Luxemburgo si la disposición legal del art. 49.1.g) de nuestro Estatuto de los Trabajadores, por la que se establece una indemnización limitada a un mes de salario, con exclusión del procedimiento de despido colectivo, era contraria a la Directiva 98/59.

En tal sentido, el Tribunal de Justicia se pronunció indicando que “el sentido del artículo 1, apartado 1, letra a), de la Directiva 98/59 presupone la existencia de un empresario que tenga la intención de efectuar esos despidos y que pueda, por una parte, llevar a cabo, con esta finalidad, las acciones previstas en los artículos 2 y 3 de la mencionada Directiva y, por otra, proceder, en su caso, a tales despidos”. De este modo, al no existir ni voluntad del empresario de despedir ni persona que efectúe las obligaciones procedimentales en situaciones de muerte del empresario, la regulación española es plenamente compatible con la Directiva 98/59. En cambio, sí habría obligación de llevar a cabo el procedimiento de despido colectivo si los herederos

²⁷⁵ USHAKOVA, T.: “El despido colectivo en el derecho de la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, N.º 162, 2014, p. 7.

²⁷⁶ MONEREO PÉREZ, J.L y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 1997, p. 28.

²⁷⁷ SERRANO GARCÍA, J.M.: *El plan social en los despidos colectivos*, *op. cit.*, p. 44.

aceptaran la herencia (al haber sucesión de empresa *ex art. 44 ET*) o por extinción de la personalidad jurídica del empresario²⁷⁸.

Como se venía indicando, la Directiva comunitaria no precisa claramente cuál debe de ser la causa de extinción del contrato de trabajo, sino que define la extinción a través de una fórmula amplia: “por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores”. En este sentido, para algunos autores la causa de extinción podría englobar tanto el despido por crisis empresarial como por simple decisión estratégica²⁷⁹. En efecto, esta delimitación causal por la vía negativa no ha buscado introducir limitaciones esenciales a la libertad de decisión del empresario a la hora de organizar su empresa, pues no individualiza específicamente las causas, lo cual da lugar a entender la centralidad que ocupa el procedimiento de despido colectivo en la regulación comunitaria, eso sí, una vez superados los umbrales numéricos en el ámbito temporal escogido²⁸⁰. La expresión “por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores” sí que parece excluir, en principio, a los despidos disciplinarios y a los ligados al comportamiento del trabajador²⁸¹, siempre que sean lícitos.

En cuanto al ordenamiento jurídico español, este sí ha precisado y limitado las causas a las llamadas “causas empresariales” (económicas, técnicas, organizativas y productivas) en un intento de garantizar el derecho al trabajo (art. 35.1 CE) en su vertiente de estabilidad en el empleo o a “no ser despedido si no existe justa causa” (STC 22/1981, de 2 de julio). Sin embargo, a pesar de esta loable vocación de limitar la voluntad del empresario de despedir, ello no quiere decir que ello sea más garantista en todos los sentidos, pues puede que acabe llevándose a cabo la extinción de los contratos (que son materialmente despidos colectivos) por otras figuras sin observar el período de consultas con los representantes de los trabajadores y, por ello, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea hasta en dos ocasiones (*Comisión c. Reino Unido*²⁸² y *Comisión c.*

²⁷⁸ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: “Fallecimiento del empresario sin sucesión hereditaria y despido colectivo a la luz de la Directiva 98/59/CE. (STJCE 323/08, Asunto Rodríguez Mayor)”, *Noticias de la Unión Europea*, N.º 321, 2011, *passim*.

²⁷⁹ SÁEZ LARA, C.: *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 33.

²⁸⁰ MONEREO PÉREZ, J.L.: “El despido colectivo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su incidencia en el Derecho Interno”, *op. cit.*, pp. 315 y 320.

²⁸¹ SERRANO GARCÍA, J.M.: *El plan social en los despidos colectivos*, *op. cit.*, p. 43.

²⁸² STJCE de 8 de junio de 1994, *Comisión c. Reino Unido*, C-383/92, apartado 29: “Según esta Institución, la EPA, según se establece en sus artículos 99 y 100, sólo se aplica a los «despidos económicos», es decir, según la interpretación que dan a estos términos los Tribunales británicos, a los casos de cese o de reducción de la actividad de una empresa y a los casos de disminución de la demanda de un trabajo de tipo especial, mientras que, según la letra a) del apartado 1 de su artículo 1, la Directiva se aplica a los «despidos colectivos», es decir, a los despidos efectuados por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, lo que comprende supuestos diferentes del mero «despido económico»”.

*Portugal*²⁸³) se mostró en contra de esta posición, al ser la definición comunitaria más amplia que la recogida por los ordenamientos internos²⁸⁴.

Y, de igual modo, el Abogado General en sus conclusiones presentadas a la sentencia de 13 de mayo de 2015, *Rabal Cañas*, C-392/13, acabó refiriéndose a la regulación española en el sentido de que la Directiva 98/59 se oponía a una disposición de Derecho nacional que limitaba el alcance del concepto del despido colectivo restringiéndolo única y exclusivamente a las extinciones de trabajo fundadas en causas económicas, técnicas, organizativas o productivas, pues dicha reserva restringía el alcance abierto del despido colectivo. De hecho, “la normativa española controvertida recuerda el asunto Comisión/Portugal, en el que Portugal había limitado ilícitamente ese mismo concepto, incluyendo en él únicamente los despidos por motivos de índole estructural, tecnológica o coyuntural”²⁸⁵.

El Tribunal de Justicia ha venido defendiendo que los Estados miembros, a la luz del art. 5 de la Directiva²⁸⁶, pueden garantizar a los trabajadores una mejor tutela que la prevista en la normativa comunitaria, pero lo que no pueden es negarla. Asimismo, también pueden ampliar el ámbito subjetivo de la Directiva, pero lo que no pueden es restringirlo²⁸⁷. Sobre la mayor favorabilidad abierta a los Estados y a la negociación colectiva pueden consultarse las STJCE *CGT*, C-385/05 (apartado 44) y a las SSTJUE *USDAW*, C-80/14 (ap. 65 a 67); *Lyttle*, C-182/13 (ap. 46 a 48) y *AGET Iraklis*, C-201/15 (ap. 32)²⁸⁸.

De este modo, la jurisprudencia nacional se vio obligada a romper con el criterio anterior, por el cual el despido colectivo en el ordenamiento jurídico español solo obedecía a extinciones por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas, quedando fuera cualquier otro tipo de despido o extinción contractual articulado

²⁸³ STJCE de 12 de octubre de 2004, *Comisión c. Portugal*, C-55/02, parte declarativa: “Declarar que la República Portuguesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 1 y 6 de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, al haber limitado el concepto de despidos colectivos a los despidos por motivos de índole estructural, tecnológica o coyuntural y al no haber ampliado el citado concepto a los despidos por todas las razones no inherentes a la persona de los trabajadores.

²⁸⁴ En sentido análogo, la STJCE en su sentencia 215/1985, de 28 de marzo, sancionó a Bélgica por falta de adaptación de su ordenamiento jurídico a la Directiva, en concreto, por haber excluido de la regulación del despido colectivo los ceses de empresas no ocasionados por decisión judicial y algunas categorías de trabajadores no contempladas expresamente en la regulación comunitaria.

²⁸⁵ Conclusiones del Abogado General Nils Wahl en el asunto C-392/13 –*Rabal Cañas*– apartado 68.

²⁸⁶ “La presente Directiva no afectará a la facultad de los Estados miembros de aplicar o de introducir disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables para los trabajadores o de permitir o de fomentar la aplicación de disposiciones convencionales más favorables para los trabajadores”.

²⁸⁷ SERRANO GARCÍA, J.M.: *El plan social en los despidos colectivos*, op. cit., p. 45.

²⁸⁸ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “Despidos colectivos (Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998)”, en VV.AA., *Derecho social de la Unión Europea: aplicación por el Tribunal de Justicia* (CASAS BAAMONDE, M.E. et al., Dirs.), Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2023, pp. 1469 y 1470.

por otra vía (*v.gr.*: SSTS de 22 de enero de 2008, rec. 806/2007 y de 14 de mayo de 2008, rec. 3688/2006.), con el peligro que ello acarrearía para aquellos supuestos en los que el empresario recurría a despidos disciplinarios declarados improcedentes o a bajas incentivadas para eludir el procedimiento de despido colectivo²⁸⁹. Como se venía reclamando²⁹⁰ tras los diversos pronunciamientos del Tribunal de Justicia ya apuntados, el Tribunal Supremo español ha cambiado su jurisprudencia para en cierto modo admitir dentro del cómputo de despidos colectivos a todas aquellas extinciones efectuadas por la empresa en virtud de motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, sin que tengan que articularse necesariamente por la senda del despido por causas empresariales [SSTS de 8 de julio de 2012 (rec. 2341/2011); 25 de noviembre 2013 (rec. 52/2013); 18 de noviembre 2014 (rec. 65/2014); y 4 de abril 2019 (rec. 165/2018)].

En definitiva, con esta nueva hermenéutica el elemento causal a efectos de catalogación de un despido como colectivo pasa a un segundo plano, constituyéndose, por tanto, el elemento cuantitativo-temporal en el presupuesto determinante tras este cambio jurisprudencial²⁹¹. Aunque ello no significa que el principio de causalidad deje de estar vigente en nuestro ordenamiento, pues este deberá de ser valorado en el control judicial para determinar si la medida extintiva es ajustada a derecho (procedente) o no (improcedente), salvo supuestos tasados de nulidad, pues al menos en el plano formal en nuestro ordenamiento jurídico está prohibido el despido *ad nutum*²⁹².

Sobre la base del despido “por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores”, como elemento cualitativo del despido colectivo, se ha venido haciendo una diferencia entre los que se conocen como “despidos en sentido estricto”, “propio” o bien “en sentido fuerte” y aquellas otras extinciones denominadas “extinciones asimiladas” o “despidos por equiparación”²⁹³, recogidas en el art. 1.1.b), párrafo segundo de la Directiva (“...se asimilarán a los despidos las extinciones del contrato de trabajo producidos por iniciativa de empresario en base o uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores...”).

La distinción entre ambos tipos de despidos es una cuestión de suma importancia, pues cada una de las figuras extintivas tiene efectos jurídicos diferentes. Así, por un lado, a los despidos en sentido estricto se les aplicarán las garantías comunitarias y se les tendrá en cuenta a efectos del cómputo; mientras que las extinciones asimiladas

²⁸⁹ DE CASTRO MARÍN, E.: *Despido colectivo “de hecho”. Aspectos controvertidos en la aplicación práctica del art. 51.1 ET*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2018, p. 30.

²⁹⁰ MONEREO PÉREZ, J.L.: “El despido colectivo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su incidencia en el Derecho Interno”, *op. cit.*, pp. 320.

²⁹¹ DESDENTADO BONETE, A.: “La delimitación legal del despido colectivo. El despido colectivo de hecho”, en VV.AA. *Tratado de despido colectivo* (GODINO REYES, M., Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 67.

²⁹² ORTEGA LOZANO, P.G.: *Poderes empresariales y resolución del contrato de trabajo por incumplimiento del trabajador. España e Italia*, Granada, Comares, 2020, *passim*.

²⁹³ Sobre esta distinción, véase, DE CASTRO MARÍN, E.: *Despido colectivo “de hecho”. Aspectos controvertidos en la aplicación práctica del art. 51.1 ET*, *op. cit.*, p. 31.

(si se supera igualmente un determinado umbral de “despidos propios”) solo serán relevantes de cara al cómputo de los umbrales del despido colectivo, como “criterio corrector del cómputo”²⁹⁴, junto con los despidos en sentido estricto, sin que se les apliquen las garantías del despido colectivo²⁹⁵.

Sin embargo, la diferenciación entre sendas figuras extintivas no es una cuestión sencilla. El Tribunal de Justicia en su sentencia *Pujante Rivera*²⁹⁶ ahonda en este tema, partiendo de la base de que “la Directiva 98/59 no define de forma expresa el concepto de «despido»” (apartado 48), sino que, como se sabe, opta por la fórmula “por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores”. El Tribunal recuerda que el concepto de “despido” es un concepto típico de Derecho comunitario y que, como tal, no puede ser definido por referencia a las legislaciones de los Estados miembros. Por ello, aborda un concepto comunitario de despido (entiéndase despido en sentido estricto) “en el sentido de que engloba cualquier extinción del contrato de trabajo no deseada por el trabajador y, en consecuencia, sin su consentimiento”²⁹⁷, sin que se exija, por otro lado, que las causas subyacentes de la extinción correspondan a la voluntad del empresario, dando cabida en principio a las extinciones por fuera mayor²⁹⁸.

Respecto a las extinciones asimiladas el Tribunal de Justicia indica que: “debe señalarse que de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que los despidos se distinguen de las extinciones del contrato de trabajo, que, en las condiciones mencionadas en el artículo 1, apartado 1, último párrafo, de la Directiva 98/59, se equiparan a los despidos por falta de consentimiento del trabajador”²⁹⁹. Es decir, la acción de asimilar no significa equivalencia sino semejanza y, por tanto, estaríamos ante dos especies distintas de un mismo género³⁰⁰. Lo cual da a entender que lo que diferencia a los despidos de las extinciones asimiladas es su falta de consentimiento, esto es, que las extinciones asimiladas son aquellas extinciones a iniciativa del empresario por uno o varios motivos no inherentes a los trabajadores pero que, a

²⁹⁴ DESDENTADO BONETE, A.: “La delimitación legal del despido colectivo. El despido colectivo de hecho”, *op. cit.*, p. 38.

²⁹⁵ Véase las conclusiones de la Abogada General Kokott en el asunto C-422/14 (*Pujante Rivera*), presentadas el 3 de septiembre de 2015, en su apartado 49: “La cuestión de si se trata de un despido o únicamente de una extinción de contrato asimilada al despido tiene importantes efectos prácticos, ya que lo dispuesto en la Directiva 98/59 en materia de protección de los trabajadores en caso de despidos colectivos sólo se aplica a los despidos. En cambio, las extinciones de contrato asimiladas sólo se tienen en cuenta para el cálculo del umbral a efectos de aplicar la Directiva, sin que los propios trabajadores afectados, sin embargo, se beneficien de las medidas de protección de la Directiva”.

²⁹⁶ STJUE de 11 de noviembre de 2015, *Pujante Rivera*, C-422/14.

²⁹⁷ STJUE de 11 de noviembre de 2015, *Pujante Rivera*, C-422/14, apartado 48, con cita a las sentencias *Comisión/Portugal*, C55/02, EU:C:2004:605, apartados 49 a 51, y *Agorastoudis y otros*, C187/05 a C190/05, EU:C:2006:535, apartado 28.

²⁹⁸ STJUE de 12 de octubre de 2004, *Comisión contra Portugal*, C-55/02, apartados 49 a 51.

²⁹⁹ STJUE de 11 de noviembre de 2015, *Pujante Rivera*, C-422/14, apartado 49, con cita a sentencia *Comisión/Portugal*, C55/02, EU:C:2004:605, apartado 56.

³⁰⁰ DE CASTRO MARÍN, E.: *Despido colectivo “de hecho”. Aspectos controvertidos en la aplicación práctica del art. 51.1 ET*, *op. cit.*, pp. 33 y 34.

su vez, cuentan con el consentimiento del trabajador³⁰¹. Una doctrina que ha tenido una cierta acogida en nuestra jurisprudencia interna (véase STS 8 de julio de 2012, rec. 2341/2011, fundamento de derecho cuarto) pero que, como se analizará con posterioridad, es ciertamente confusa, sobre todo tras las sentencias *Ciupa* (C-429/16) y *Socha* (C-149/16) del Tribunal de Luxemburgo.

Como muestra de lo anterior, en la dicción de la norma comunitaria se recoge el término despidos “efectuados” para los despidos en sentido estricto y el término “a iniciativa de empresario” para las extinciones asimiladas, lo cual es expresivo de que mientras unos se producen por la voluntad unilateral del empresario (los despidos), las otras extinciones se producen con el consentimiento del trabajador, pero sobre la iniciativa del empresario (las extinciones asimiladas).

Por otro lado, el artículo 1.2 de la Directiva recoge una serie de exclusiones del ámbito de aplicación de la norma comunitaria. Unas exclusiones que para la doctrina autorizada son de carácter taxativo y suponen un *numerus clausus*³⁰². En efecto, el Tribunal de Justicia ha venido interpretando que los Estados miembros no pueden ampliar las exclusiones previstas en la normativa comunitaria (véase, STJCE de 8 de junio de 1982, asunto 91/1981, dictada contra Italia respecto a las limitaciones que regían para determinados sectores, como la agricultura o el comercio).

En primer lugar, el art. 1.2.a) indica que la Directiva no se aplicará “a los despidos colectivos efectuados en el marco de contratos de trabajo celebrados por una duración o para una tarea determinadas, salvo si estos despidos tienen lugar antes de la finalización o del cumplimiento de esos contratos”. Esto es, la extinción “ordinaria” de contratos temporales, que no sea *ante tempus* (o bien que no se trate de contratos temporales celebrados fraudulentamente), no serán extinciones computables ni entrará dentro de la aplicación de las garantías de la Directiva 98/59³⁰³.

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2015, *Rabal Cañas* (C-392/13) precisa que, a pesar de que la mencionada exclusión se refiere a “despidos colectivos”, “no es posible deducir, a contrario, que las extinciones

³⁰¹ Véase las conclusiones de la Abogada General Kokott en el asunto C-422/14 (*Pujante Rivera*), presentadas el 3 de septiembre de 2015, en su apartado 59: “Cabe entenderlo así porque ese precepto, según su tenor, incluye las extinciones del contrato de trabajo producidas por iniciativa del empresario y que se basan en motivos no inherentes a la persona del trabajador. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, tales extinciones se diferencian de los despidos en que éstos tienen lugar sin consentimiento del trabajador. Una extinción equiparada al despido, a efectos del artículo 1, apartado 1, último párrafo, de la Directiva 98/59 es, por consiguiente, cada una de las extinciones contractuales acordadas por el empresario, basadas en motivos objetivos -esto es, no inherentes a la persona del trabajador- que se produce con el consentimiento del trabajador afectado”.

³⁰² MONEREO PÉREZ, J.L.: “El despido colectivo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su incidencia en el Derecho Interno”, *op. cit.*, pp. 321 y 322 y jurisprudencia allí citada.

³⁰³ No obstante, las personas trabajadoras con contrato temporal sí que entrarán dentro de la plantilla computable (los trabajadores habitualmente empleados) según la STJUE de 11 de noviembre de 2015, *Pujante Rivera* (C-422/14).

individuales de los contratos de trabajo celebrados por una duración o para una tarea determinadas no quedan excluidas del ámbito de aplicación de dicha Directiva”. La exclusión de las extinciones individuales de contratos temporales para el Tribunal de Justicia resulta coherente con el tenor y el sistema de la Directiva, ya que tales extinciones no se extinguen a iniciativa del empresario (y valga decir que tampoco como despidos efectuados por el empresario en el sentido del despido directo), “sino en virtud de las cláusulas que contienen o de la normativa aplicable, cuando llegan a término o cuando se realiza la tarea para la que fueron celebrados”. En consecuencia, carecería de sentido llevar a cabo el procedimiento de consulta-negociación de despido colectivo, destinado a evitar o reducir los despidos, así como a buscar alternativas para atenuar las consecuencias del despido. Avalando esta exclusión, el Tribunal de Justicia declara que: “el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 98/59 debe interpretarse en el sentido de que, para apreciar si se ha llevado a cabo un «despido colectivo» en el sentido de dicha disposición, no han de tenerse en cuenta las extinciones individuales de contratos de trabajo celebrados por una duración o para una tarea determinadas, cuando dichas extinciones tienen lugar en la fecha en la que el contrato de trabajo llega a su fin o se finaliza la tarea encomendada”.

En la misma sentencia *Rabal Cañas* el Tribunal de Justicia resuelve otra cuestión prejudicial relacionada con la exclusión del art. 1.2.a) de la Directiva. En concreto, se pregunta si para que se considere la aplicación de la exclusión de la extinción de los contratos temporales es necesario que la causa de tales despidos se derive de un mismo marco de contratación colectiva por una misma duración o para una misma tarea. El Tribunal de Justicia entiende que no es necesario que se den estas circunstancias, pues lo contrario implicaría limitar el ámbito de aplicación de la Directiva 98/59, al igual que el art. 1.1.a) de la Directiva no establece limitación alguna a la causa del despido como “no inherente a la persona de los trabajadores”. Para el Tribunal de Luxemburgo, “al limitar el ámbito de aplicación de esta Directiva, tales exigencias podrían resultar contrarias a su objetivo, que consiste, según se desprende de su considerando 2, en proteger a los trabajadores en caso de despidos colectivos”, por lo que el Tribunal de Justicia acaba por declarar que: “para considerar que se han producido despidos colectivos efectuados en el marco de contratos de trabajo celebrados por una duración o para una tarea determinadas, no es necesario que la causa de tales despidos se derive de un mismo marco de contratación colectiva por una misma duración o para una misma tarea”.

En segundo lugar, el art. 1.2.b) de la Directiva 98/59 excluye de la aplicación de la norma comunitaria “a los trabajadores de las administraciones públicas o de las instituciones de Derecho público (o las entidades equivalentes en los Estados miembros en que no conozcan esta noción)”. De este modo, el Tribunal Supremo español ha venido negando la aplicación de la Directiva y de los criterios interpretativos del TJUE al despido colectivo en el sector público [SSTS 21 de abril 2015 (rec. 1235/2014); 19 de julio 2016 (rec. 159/2015); 13 y 20 de octubre 2016 (rec. 3138/2015; y 3250/2015); 30 de enero 2017 (rec. 2780/2015); (3) 4 de abril 2017 (rec. 3423/2016; 3609/2016 y

3422/2015); y 24 de abril 2017 (rec. 3336/2015); 27 de abril 2017 (rec. 3233/2015); y 19 de julio 2017 (rec. 3884/2015)]³⁰⁴.

Por último, el artículo 1.2.c) de la Directiva indica que la norma no se aplicará “a las tripulaciones de buques marítimos”.

Finalmente, la Directiva 98/59 no excluye de su ámbito de aplicación al despido colectivo concursal. Lo que sí prevé la Directiva es un régimen específico, pues se otorga a los Estados miembros la facultad para exonerar al empresario de la obligación de notificar a la autoridad competente, salvo que sea expresamente solicitado por ella (art. 3.1.2º) y, además, no obliga al respeto del plazo de 30 días en el despido colectivo concursal para proceder a la extinción de los contratos (art. 4.4)³⁰⁵.

B) Elemento cuantitativo-temporal

Para que rijan la protección que otorga la Directiva 98/59 sobre despidos colectivos es necesario, no solo que se produzcan extinciones “por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores”, sino que tales extinciones de contratos de trabajo superen un determinado umbral numérico en un determinado período de tiempo (art. 1.1.a) Directiva). Se trata de una diferenciación “puramente numérica y en cierto sentido aleatoria en la medida en que no cabe conectarla con ningún criterio material de agrupamiento, aparte de la condición de trabajador y de la adscripción a un centro de trabajo”, ya que, por ejemplo, en un período de 90 días 19 despidos no serán colectivos, pero 20 sí³⁰⁶.

A estos efectos, la Directiva deja a la elección de los Estados miembros dos opciones para la configuración del despido colectivo en la legislación interna, denominados, por un lado, “método de cómputo de escala” y, por otro lado, “método indiferenciado”³⁰⁷.

En el primero de ellos (art. 1.1.a), inciso i) de la Directiva 98/59), “para un período de 30 días”, la Directiva establece una horquilla de despidos que va desde:

“- al menos igual a 10 en los centros de trabajo que empleen habitualmente más de 20 y menos de 100 trabajadores,

- al menos el 10 % del número de los trabajadores, en los centros de trabajo que empleen habitualmente como mínimo 100 y menos de 300 trabajadores,

³⁰⁴ Una valoración en BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Criterios TJUE *Rabal Cañas*, Rivera Pujante, Ciupa y Socha: ¿son aplicables a despidos colectivos del sector público?”, entrada de 9 de octubre de 2017, disponible en: <https://ignasibeltran.com/2017/10/09/criterios-tjue-rabal-canas-rivera-pujante-ciupa-y-socha-son-aplicables-a-despidos-colectivos-del-sector-publico/> (consultada el 10/01/2024).

³⁰⁵ SERRANO GARCÍA, J.M.: *El plan social en los despidos colectivos*, op. cit., p. 44.

³⁰⁶ DESDENTADO BONETE, A.: “La delimitación legal del despido colectivo”, op. cit., p. 13.

³⁰⁷ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, M.Y. y DE FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, C.: “Despido colectivo y unidad de referencia (I). La transposición de la Directiva 98/59/CE y el margen de apreciación de los Derechos nacionales”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, N.º 194, 2017, pp. 3 y 4, versión digital.

- al menos igual a 30 en los centros de trabajo que empleen habitualmente 300 trabajadores, como mínimo”.

En segundo lugar, “para un período de 90 días”, la Directiva 98/59 establece un límite de 20 extinciones (según tenor literal “al menos igual a 20”), con independencia de cuál sea el número de trabajadores habitualmente empleados en los centros de trabajo afectados (art. 1.1.a), inciso ii) de la Directiva 98/59).

En efecto, la Directiva recoge dos posibles regulaciones para calcular los umbrales del despido colectivo, esto es, para configurar el mínimo de “despidos en sentido estricto” y “extinciones asimiladas” en el centro de trabajo con el fin de que se considere la aplicación de las garantías del despido colectivo, lo cual es expresivo del método abierto o flexible por el que opta la Directiva a la hora de su transposición. Para el caso del período de 30 días, este límite mínimo de despidos depende del tamaño del centro de trabajo, en función de los trabajadores habitualmente empleados (siendo las escalas: al menos 10 despidos en centros de trabajo de 21 a 99 trabajadores; al menos el 10% del número de los trabajadores en centros de 100 a 299 trabajadores y al menos 30 despidos en centros de 300 trabajadores o más)³⁰⁸. Para el supuesto de que se opte por el período de 90 días, este límite de despidos mínimos se fija en al menos 20, con independencia de la plantilla existente en los centros de trabajo afectados.

A la vista de estas dos opciones, los distintos ordenamientos jurídicos nacionales han optado o bien por el método de escala, bien por el método indiferenciado o bien por ambos métodos de cálculo, introduciendo, a su vez, modificaciones sobre lo previsto en la Directiva en algunos casos. Ello provoca que difícilmente se puedan reconducir todas las soluciones legales internas a un esquema homogéneo³⁰⁹.

Otro método de cómputo se establece, en cambio, para las denominadas “extinciones asimiladas”, definidas con anterioridad, ya que aquí “a efectos del cálculo del número de despidos previsto en la letra a)” del art. 1.1.a) de la Directiva, solo se tendrán en cuenta cuando los “despidos en sentido estricto” sean al menos 5. Una regla de cómputo que, en su incorrecta transposición al ordenamiento jurídico español, ha suscitado problemas interpretativos, que han tenido que ser resueltos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 11 de noviembre de 2015, *Pujante Rivera* (C-422/14).

En cualquier caso, el elemento cuantitativo-temporal ha sido fuente de numerosas intervenciones por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el sentido de aclarar el significado de ciertos preceptos a causa de su indeterminación en la Directiva, o bien con el fin de sacar a la luz las deficientes transposiciones que han realizado algunos Estados miembros de la norma comunitaria, y en muchas ocasiones incluso corregir la jurisprudencia seguida por Altos Tribunales nacionales. El ejemplo

³⁰⁸ DESDENTADO BONETE, A.: “La delimitación legal del despido colectivo”, *op. cit.*, p. 13.

³⁰⁹ Todas estas regulaciones nacionales han sido estudiadas por SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, M.Y. y DE FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, C.: “Despido colectivo y unidad de referencia (I). La transposición de la Directiva 98/59/CE y el margen de apreciación de los Derechos nacionales”, *op. cit.*, pp. 5-8, versión digital.

paradigmático de ello es la regulación española puesto que, a través de cuestiones prejudiciales, el Tribunal de Luxemburgo ha revisado prácticamente todo el núcleo duro del régimen jurídico del despido colectivo³¹⁰. Como se analizará a raíz del estudio detenido del despido colectivo a nivel nacional, el TJUE ha intervenido en numerosos supuestos relacionados con el propio concepto de trabajador (*Balkaya*, C-229/14), en materia de plantilla computable (*Pujante Rivera*, C-422/14), de extinciones computables (*Pujante Rivera*; *Ciupa*, C-429/16 y *Socha*, C-149/16), del cómputo temporal (*Marclean*, C-300/19) e incluso a nivel del centro de imputación normativa centro de trabajo/ empresa (*Rabal Cañas*, C-392/13), lo cual ha tenido importantes consecuencias en cuanto a la construcción de la figura del despido colectivo y, por supuesto, a nivel de la articulación de la jurisprudencia en el ordenamiento jurídico español.

3.2.3. El procedimiento de despido colectivo en la Directiva comunitaria

Como se ha comentado, la Directiva sobre despidos colectivos lo que pretende precisamente es legitimar la decisión empresarial del despido colectivo a través de un procedimiento específico. Un procedimiento que se compone, respectivamente, por un control “sindical” (por parte de la representación de los trabajadores) y por un control por parte de la Administración.

No obstante, esta “procedimentalización” de la decisión empresarial de despedir no pretende cuestionar la libertad de empresa ni la facultad de decidir un despido colectivo, que es inherente al poder empresarial³¹¹. Según el Tribunal de Justicia, “la Directiva tiene como finalidad exclusiva la armonización parcial de los procedimientos de despido colectivo, y no tiene por objeto restringir la libertad de las empresas para proceder a la organización de sus actividades y estructurar su departamento de personal de la forma que les parezca más en consonancia con sus necesidades” (STJUE de 1 de febrero de 1995, C-449/3, *asunto Rockfon*, ap. 21).

Ahora bien, aunque la Directiva no impide la unilateralidad de la decisión empresarial³¹², esto es, no supedita el despido colectivo al acuerdo con las partes o al visto bueno de la Administración laboral, sí que restringe de forma indirecta el poder empresarial, pues impone al empresario una negociación con los representantes de los trabajadores, en torno a las causas y sus efectos sobre la plantilla, y obliga a comunicar

³¹⁰ PÉREZ DEL PRADO, D.: “El Tribunal de Justicia y el despido colectivo español: una relación compleja”, en VV.AA., *Reestructuraciones empresariales: Comunicaciones del XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2021, p. 514.

³¹¹ NAVARRO NIETO, F.: “Medidas sociales de acompañamiento y mantenimiento del empleo”, *op. cit.*, p. 256.

³¹² RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: “La reforma de las directivas sobre reestructuración empresarial”, *Relaciones laborales: revista crítica de teoría y práctica*, N.º 1, 1999, *passim*.

su proyecto de despido a la autoridad laboral³¹³. En concreto, así se consigue una limitación significativa de la discrecionalidad del empleador³¹⁴.

A) Las consultas con los representantes de los trabajadores y el deber de información

En cuanto al control efectuado por los representantes de los trabajadores, el art. 2 de la Directiva 98/59 obliga al empresario que quiera llevar a cabo un despido colectivo (o “tenga la intención de”) a que desarrolle unas consultas, “en tiempo hábil”, con tales representantes, con el fin de alcanzar un acuerdo. La STJUE de 27 de enero de 2005, *Junk*, C-188/03, ya advirtió de que no se pueden haber adoptado ya los despidos, puesto que las obligaciones de información y consulta nacen “con anterioridad” a la decisión extintiva empresarial, en coherencia con la finalidad de las consultas y la obligación de negociación (en el mismo sentido, STJUE de 10 de septiembre de 2009, *AEK y otros*, C-44/98)³¹⁵.

El artículo 2.2 indica que tales consultas deberán 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 destinadas, en especial, a la ayuda para la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos”. De este modo, en coherencia con el Convenio N.º 158 de la OIT, la Directiva exige una intervención por parte de los representantes y, como veremos, por parte de la Administración laboral, antes de que se produzcan las extinciones, con el fin de encontrar medidas alternativas o complementarias al despido colectivo. Se trata, en fin, de una tutela comunitaria basada sobre medidas de carácter preventivo, esto es, antes de que se produzcan los despidos³¹⁶.

Es necesario recalcar que el elemento clave de las consultas en el Derecho social comunitario del despido colectivo son las medidas sociales de acompañamiento. La participación de los representantes de los trabajadores se dirige, en un primer lugar, a la búsqueda de alternativas a los despidos y, en un segundo lugar, a la búsqueda de ayudas para la readaptación o reconversión de los trabajadores que, “final e inevitablemente”, han sido despedidos, con el fin de que consigan otro empleo lo antes posible y se mantengan en situación de desempleo solo el tiempo indispensable³¹⁷. Es por ello que algunos autores afirman que la voluntad de la Directiva comunitaria es instaurar al

³¹³ SERRANO GARCÍA, J.M.: “El plan social obligatorio para las reestructuraciones empresariales socialmente responsables”, *Temas laborales*, N.º 99, 2009, pp. 208 y 209.

³¹⁴ CRUZ VILLALÓN, J.: “La aplicación de la Directiva sobre despidos colectivos”, *op. cit.*

³¹⁵ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “Despidos colectivos (Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998)”, *op. cit.*, pp. 1464 y 1465.

³¹⁶ SERRANO GARCÍA, J.M.: “El plan social obligatorio para las reestructuraciones empresariales socialmente responsables”, *op. cit.*, p. 208.

³¹⁷ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “Despidos colectivos (Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998)”, *op. cit.*, p. 1465, con cita en STJUE de 17 de marzo de 2021, *Consulmarketing*, C-652/19).

despido colectivo como medida de *ultima ratio*, tal y como también se manifiesta la propia Unión Europea en diversos documentos políticos³¹⁸.

Obsérvese de qué modo el art. 2.2 de la Directiva solo se ocupa de establecer las medidas sociales de acompañamiento como contenido mínimo del período de consultas, sin que se indique nada acerca del modo en el que deben recogerse tales medidas. Es por ello que el plan social en sentido estricto (que sí estaba previsto en la legislación española hasta la modificación en el año 2012), como fuente de regulación de las condiciones de los despidos y las medidas sociales, no es regulado por la normativa comunitaria, sino por parte de los diferentes Estados miembros. Para el legislador comunitario no es importante dónde se incluyan estas medidas, sino más bien que efectivamente se negocien y que alcancen el objetivo previsto³¹⁹.

El propósito de armonización de la Directiva 98/59 se mueve en una lógica preventiva plasmada en el art. 2.2 de dicha Directiva. En este sentido subrayan los considerandos 3 y 7 de dicha Directiva que lo que debe ser objeto de una aproximación de las legislaciones son principalmente las diferencias que siguen existiendo entre las disposiciones en vigor en los distintos Estados miembros en lo referido a las medidas capaces de atenuar las consecuencias de los despidos colectivos. En esta perspectiva insiste el TJUE cuando señala que el artículo 2 de la Directiva 98/59 impone “una obligación de negociación (...) con vistas a llegar a un acuerdo, que debe versar, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos programados y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento y permitir a los representantes de los trabajadores que formulen propuestas constructivas sobre la base de una serie de informaciones que el empresario debe poner a su disposición” (STJUE 21 de diciembre de 2016, C-201/15, asunto *AGET Iraklis*, ap. 39)³²⁰.

La Directiva habilita a los Estados miembros para que dispongan que los representantes de los trabajadores puedan recurrir a expertos de conformidad con las legislaciones o prácticas nacionales. En este punto, la norma comunitaria posibilita que los Estados permitan la intervención de expertos en las consultas, con el fin de que las negociaciones lleguen “a buen puerto” y, por tanto, se pueda alcanzar un acuerdo que contenga medidas alternativas o compensatorias del despido colectivo.

El art. 2.3 Directiva 98/59 recoge que “a fin de permitir que los representantes de los trabajadores puedan formular propuestas constructivas, el empresario, durante el transcurso de las consultas y en tiempo hábil, deberá:

- a) proporcionarles toda la información pertinente, y
- b) comunicarles, en cualquier caso, por escrito:

³¹⁸ SÁEZ LARA, C.: *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, op. cit., pp. 26 y 27.

³¹⁹ SERRANO GARCÍA, J.M.: *El plan social en los despidos colectivos*, op. cit., pp. 56 y ss., donde se defiende esta idea y se analizan específicamente los planes sociales y sus diferencias en el Derecho francés y alemán.

³²⁰ NAVARRO NIETO, F.: “Medidas sociales de acompañamiento y mantenimiento del empleo”, p. 258.

- i. los motivos del proyecto de despido;
- ii. el número y las categorías de los trabajadores que vayan a ser despedidos;
- iii. el número y las categorías de los trabajadores empleados habitualmente;
- iv. el período a lo largo del cual está previsto efectuar los despidos;
- v. los criterios tenidos en cuenta para designar a los trabajadores que vayan a ser despedidos, si las legislaciones o prácticas nacionales confieren al empresario competencias en tal sentido^[321];
- vi. el método de cálculo de las posibles indemnizaciones por despido distintas a las directivas de las legislaciones o prácticas nacionales”.

El legislador comunitario obliga al empresario, en aras de garantizar una efectiva consulta-negociación, a que informe a los representantes de los trabajadores, en el inicio del procedimiento (y con posterioridad)³²², para que estos puedan formular propuestas constructivas durante las consultas. De este modo, la Directiva detalla una serie de elementos informativos que deben de comunicarse a los representantes de los trabajadores “en cualquier caso” (art. 2.3.b), así como recoge una cláusula general por la que debe de proporcionarse “toda la información pertinente” a los representantes (art. 2.3.a). Y, en coherencia con el contenido de las consultas, dentro de esta cláusula genérica o abierta debería de incluirse la información relativa a las medidas sociales de acompañamiento³²³.

La Directiva 98/59, en un intento de impedir la elusión del procedimiento de despido colectivo sobre la base de la existencia de un grupo empresarial, añade que las obligaciones de información y consultas se aplicarán “con independencia de que la decisión relativa a los despidos colectivos sea tomada por el propio empresario o por una empresa que ejerza el control sobre él” (art. 2.4). En este sentido, el art. 2.4 reitera “en lo que se refiere a las infracciones alegadas de las obligaciones de información, consulta y notificación establecidas en la presente Directiva, cualquier justificación del empresario, basada en el hecho de que la empresa que tomó la decisión relativa a los despidos colectivos no le ha facilitado la información necesaria, no se podrá tomar en consideración”.

Respecto a lo que debe de entenderse por “empresa que ejerza el control”, el Tribunal de Justicia se ha pronunciado en el sentido de que se refiere a “una situación en la que una empresa puede adoptar una decisión estratégica o comercial que obliga

³²¹ La STJUE de 17 de marzo de 2021, C-656/19, *Consulmarketing SpA*, ha determinado que el régimen de protección de un trabajador frente a un despido injustificado por inobservancia de los criterios de selección no entra dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 98/59.

³²² La STJUE de 13 de julio de 2023, C-134/22, con cita en la sentencia de 10 de septiembre de 2009 (C-44/08) indica que se debe de proporcionar cualquier nueva información pertinente hasta el último día de la consulta.

³²³ NAVARRO NIETO, F.: “Medidas sociales de acompañamiento y mantenimiento del empleo”, *op. cit.*, p. 272.

al empresario a examinar o proyectar despidos colectivos” (STJUE 10 de septiembre 2009, C-44/08, *Akavan Erityisalojen Keskusliitto AEK y otros*). Además, “engloba toda empresa que, en virtud de la pertenencia al mismo grupo o de una participación en el capital social que le confiere la mayoría de los votos en la junta o en los órganos de decisión del empresario, puede obligarlo a adoptar una decisión de examinar o proyectar despidos colectivos”, al igual que ocurre cuando, en defecto de lo anterior, la empresa pueda ejercer una influencia determinante en la votación del órgano societario del empleador, “debido a la dispersión del capital social del empresario, a un grado de participación relativamente bajo de los accionistas en las juntas o a la existencia de pactos entre socios en el seno del empresario” (STJUE 7 de agosto 2018, C-61/17, C-62/17 y C-72/17, asuntos *Bichat, Chlubna y Walkner*).

De este modo, con independencia de que la decisión de despido colectivo haya sido tomada por la empleadora o por la empresa que ejerce control sobre esta, el procedimiento de despido colectivo deberá de llevarse necesariamente a cabo. No obstante, el propio Tribunal de Justicia ha precisado que el obligado a realizar los deberes de información y consulta será en todo caso la empleadora, pues “con independencia de que los despidos colectivos se consideren o proyecten a raíz de una decisión de la empresa que emplea a los trabajadores afectados o de una decisión de su sociedad matriz, es siempre la primera la que está obligada, como empresario, a llevar a cabo consultas con los representantes de sus trabajadores” (STJUE 10 de septiembre 2009, C-44/08, *Akavan Erityisalojen Keskusliitto AEK y otros*). Así, la Directiva 98/59 no ha previsto un aconsejable mecanismo de imputación de responsabilidades a la empresa controladora o al centro de decisión unitaria del complejo empresarial respecto al cumplimiento de las obligaciones por ella establecida, ya que esta responsabilidad se ciñe a la empresa controlada³²⁴.

A la luz de estos planteamientos, el grupo de empresas es ciertamente irrelevante a efectos del despido colectivo en la Directiva comunitaria. Por ello, aunque la decisión de despedir se tome por la sociedad dominante o matriz, solo será la concreta empresa que acometa los despidos la que deberá de realizar y protagonizar el periodo de información y consultas con los representantes de los trabajadores. Es más, para la norma comunitaria la unidad de referencia para proceder al cómputo de los despidos será el centro de trabajo afectado por las extinciones, sin que se refiera a la empresa y ni mucho menos al grupo empresarial³²⁵.

³²⁴ MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G.: *Fundamentos del Derecho Social de la Unión Europea. Configuración técnica y estudio sistemático del marco normativo regulador*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2022, pp. 676 y 677.

³²⁵ BLASCO JOVER, C.: “La inexcusable reforma del despido colectivo para integrar al grupo de empresas como ámbito de referencia”, en VV.AA., *Reestructuraciones empresariales: Comunicaciones del XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2021, pp. 578 y 579.

B) El papel de la autoridad pública en la regulación comunitaria

La Directiva 98/59/CE atribuye a la autoridad pública competente dos roles, pasivo y activo, en su intervención en el procedimiento de despido colectivo³²⁶. Una intervención que se justifica atendiendo al papel que desempeña la Administración como garante del interés general que, como ya se indicó, se ve afectado por la decisión del despido colectivo. En concreto, el fuerte gasto público que puede suponer para las arcas del Estado un amplio número de despidos en materia de prestaciones por desempleo hace necesario la intervención de la Administración Laboral³²⁷.

Así, por un lado, la Directiva 98/59 atribuye a la autoridad pública una función pasiva a la hora de la recepción de la comunicación escrita a los representantes de los trabajadores (art. 2.3, último párrafo)³²⁸. Como indica la STJUE de 13 de julio de 2023, C-134/22, la transmisión de esta información “únicamente permite a la autoridad pública competente hacerse una idea de los motivos del proyecto de despido, del número y de las categorías de los trabajadores que vayan a ser despedidos, del número y de las categorías de los trabajadores empleados habitualmente, del período a lo largo del cual está previsto efectuar los despidos y de los criterios tenidos en cuenta para designar a los trabajadores que vayan a ser despedidos, si las legislaciones o prácticas nacionales confieren al empresario competencias en tal sentido” (apartado 32).

Siguiendo con lo expuesto en la citada sentencia, “[p]or consiguiente, la transmisión de información a la autoridad pública competente contemplada en el artículo 2, apartado 3, párrafo segundo, de la Directiva 98/59 solo tiene lugar con fines informativos y preparatorios, a efectos de que la autoridad pública competente pueda ejercer eficazmente, en su caso, las prerrogativas que le asigna el artículo 4 de dicha Directiva. Así pues, la finalidad de la obligación de transmitir información a la autoridad pública competente es permitirle anticipar tanto como sea posible las consecuencias negativas de los despidos colectivos considerados, a fin de que pueda buscar eficazmente soluciones a los problemas planteados por tales despidos cuando le sean notificados”.

Por otro lado, y en coherencia con lo recogido, la autoridad laboral desempeñará su papel activo tras la notificación de los despidos, pues “el empresario estará obligado a notificar por escrito cualquier proyecto de despido colectivo a la autoridad pública

³²⁶ Como expresa la STJUE de 13 de julio de 2023, C-134/22, en su apartado 34: “procede señalar que, durante el procedimiento de consulta a los representantes de los trabajadores, no se confiere ningún papel activo a la autoridad pública competente. En efecto, el artículo 2, apartado 3, párrafo segundo, de la Directiva 98/59 solo la designa como destinataria de una copia de la comunicación escrita que contenga los elementos previstos en su apartado 3, párrafo primero, letra b), incisos i) a v), mientras que los artículos 3 y 4 de dicha Directiva, que figuran en la sección III de esta, titulada «Procedimiento de despido colectivo», le atribuyen ese papel activo”.

³²⁷ SERRANO GARCÍA, J.M.: “El plan social obligatorio para las reestructuraciones empresariales socialmente responsables”, *op. cit.*, p. 212.

³²⁸ “El empresario deberá transmitir a la autoridad pública competente una copia de la comunicación escrita, que contenga, al menos, los elementos previstos en los incisos i) a v) de la letra b) del párrafo primero”.

competente”, a menos que se trate de un “despido colectivo producido por el cese de las actividades del establecimiento en virtud de decisión judicial”, esto es, de un despido colectivo concursal, pues en este último supuesto será el Estado miembro el que decidirá si el empresario solo debe de notificar tal despido por escrito a la autoridad pública previa petición de esta. Dicha notificación contendrá “todos los informes útiles referentes al proyecto de despido colectivo y a las consultas con los representantes de los trabajadores previstas en el artículo 2, especialmente los motivos del despido, el número de trabajadores que se va a despedir, el número de trabajadores habitualmente empleados y el período en el que se prevé que se van a efectuar los despidos” (art. 3.1 Directiva 98/59).

De esta notificación de los despidos, el empresario estará obligado a entregar copia a los representantes de los trabajadores. Además, estos representantes podrán dirigir “observaciones” a la autoridad pública competente (art. 3.2), sin que la Directiva comunitaria precise nada más en cuanto a su finalidad, lo cual puede interpretarse en el sentido de que el banco social pueda emitir cualquier aclaración, precisión o información adicional a la documentación entregada a la autoridad laboral.

Por ello, a raíz de la información transmitida a la Administración, tanto en el inicio de las consultas como tras su finalización³²⁹, la Directiva comunitaria otorga un papel a la autoridad pública de carácter activo orientado a la búsqueda de soluciones³³⁰, en la línea de evitar o reducir la entidad del despido colectivo, o bien proponer medidas paliativas o complementarias. En este sentido, el artículo 4.1 establece un plazo de 30 días, desde la notificación a la autoridad del proyecto de despido colectivo, en el que los despidos no podrán surtir efecto, y dicho plazo será aprovechado por parte de la autoridad pública competente “para buscar soluciones a los problemas planteados por los despidos colectivos considerados” (art. 4.2). Y obsérvese la importancia de que este plazo de 30 días puede ser ampliado³³¹ por parte de la autoridad, a elección del Estado miembro, hasta un período máximo de 60 días “cuando los problemas planteados por los despidos colectivos considerados corran el riesgo de no encontrar solución en el plazo inicial”, sin perjuicio de facultades prórroga más amplias concedidas por los Estados miembros (art. 4.3). Esta prórroga deberá de ser avisada al empresario, antes de que finalice el plazo inicial de 30 días.

³²⁹ Respecto a lo establecido en el art. 3.1 Directiva 98/59, “dicha obligación de notificar debe permitir a la autoridad pública competente explorar, a partir de toda la información que le transmita el empresario, las posibilidades de limitar las consecuencias negativas de los despidos mediante medidas adaptadas a las condiciones que definen el mercado de trabajo y la actividad económica en la que se produzcan los despidos colectivos” (STJUE de 13 de julio de 2023, C-134/22).

³³⁰ Esta previsión no es obligatoria para los casos de despidos colectivos concursales. “Los Estados miembros no estarán obligados a aplicar el presente artículo a los despidos colectivos producidos por el cese de las actividades del establecimiento cuando éste resulte de una decisión judicial” (art. 4.4).

³³¹ También se abre la posibilidad de que el período de 30 días sea reducido a elección de los Estados miembros. Según el artículo 4.1: “los Estados miembros podrán conceder a la autoridad pública competente la facultad de reducir el plazo contemplado en el párrafo anterior”.

De este modo, la Directiva 98/59/CE impone a la Administración laboral una función de apoyo y mediación, como forma de implicación en la búsqueda de soluciones a los problemas planteados, proponiendo soluciones equilibradas entre los actores sociales³³². El papel de la autoridad pública se presenta en clave mediadora, no dirimente, tendente a la búsqueda de acuerdos en virtud del art. 2.2 de la Directiva o a la adopción de medidas compensatorias, paliativas o atenuadoras del proyecto de despido colectivo. Un papel mediador que aparece claramente reforzado por la posibilidad de que los representantes de los trabajadores dirijan sus eventuales observaciones a la autoridad pública competente (art. 3.2)³³³.

Tales medidas propuestas por la autoridad pública para afrontar los problemas derivados del despido colectivo parecerían más ir en la línea de medidas complementarias, como mecanismos compensatorios (prestaciones por desempleo) o mecanismos jurídico-administrativos de intervención del mercado de trabajo (planes de formación profesional, recolocación de trabajadores despedidos, etc.), sin quitar importancia a la función mediadora que puede desempeñar la autoridad pública en la consecución del acuerdo tras el período de consultas-negociación³³⁴.

El legislador comunitario busca, así, el establecimiento de garantías sociales de negociación del proceso de reestructuración, así como garantías del intervencionismo de apoyo y mediación activa para la solución de los problemas planteados por los despidos colectivos. La Directiva 98/59/CE no tiene la finalidad principal de facilitar los despidos, ni tampoco de orientar exclusivamente las soluciones a las reestructuraciones a través de la “monetización” de las indemnizaciones³³⁵, pues si atendemos a diferentes comunicaciones de la Comisión, se puede observar que lo que realmente se busca es una intervención preventiva y proactiva de todos los agentes implicados en el conflicto (empresario, trabajadores y autoridad pública) para evitar la medida más lesiva, el despido colectivo, y garantizar soluciones equilibradas y consensuadas tendentes a la maximización de los intereses en conflicto.

En efecto, las comunicaciones ya comentadas “Reestructuraciones y Empleo. Anticipar y Acompañar las reestructuraciones para desarrollar el empleo: El papel de la Unión Europea”, Bruselas, 31.3.2005 COM (2005) 120 final; y el “Libro Verde. Reestructuración y previsión del cambio: ¿qué lecciones sacar de la experiencia

³³² Véase, MONEREO PÉREZ, J.L.: “La intervención administrativa en los despidos colectivos”, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, N.º 125, 2014, pp. 268 y ss., donde se indica que este modelo de intervención pública participativo es tributario en cierto modo de lo previsto en el Convenio N.º 158 sobre la terminación de la relación de trabajo de 1982 de la OIT, que recoge el simple deber de notificar el proyecto de despido y la fecha en que se producirán las extinciones, y de lo previsto en la Recomendación n.º 166 del mismo año de la OIT, en la que se recoge una tímida o débil función proactiva de la autoridad pública.

³³³ CRUZ VILLALÓN, J.: “La aplicación de la Directiva sobre despidos colectivos”, *op. cit.*, p. 64.

³³⁴ MERCADER UGUINA, J.R.: “El periodo de consultas: la intervención de la autoridad laboral durante el periodo de consultas”, en VV.AA.: *Tratado de despido colectivo*, MARTÍN GODINO, R. (Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 381 y 382.

³³⁵ MONEREO PÉREZ, J.L.: “La intervención administrativa en los despidos colectivos”, *op. cit.*, pp. 270 y 271.

reciente?” De 2012 [Bruselas, 17.1. 2012. COM (2012) 7 final. SEC (2012) 59 final), apuntan a una flexiseguridad negociada de carácter garantista, ofensiva y preventiva, amparada bajo el paraguas de la reestructuración responsable, en la que la autoridad laboral debe desempeñar un papel fundamental como “facilitadora” de soluciones³³⁶.

C) Autorización administrativa para proceder al despido colectivo

Como se ha podido observar, la Directiva 98/59 solo reserva una función pasiva y proactiva en la búsqueda de soluciones a la Administración laboral, sin que se otorgue una función de autorización administrativa como requisito para proceder al despido colectivo. Una autorización administrativa en el despido colectivo que ha estado muy presente en distintos ordenamientos jurídicos europeos pero que en las últimas décadas ha ido desapareciendo, como ocurrió en España con la Reforma laboral de 2012. No obstante, se trata de una cuestión sobre la que se sigue discutiendo en la actualidad, y sobre la que hace unos años se pronunció la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 21 de diciembre de 2016, *AGET Iraklis* (C-201/15).

En efecto, la sentencia mencionada ha suscitado enorme interés en la doctrina *iuslaboralista* ya que supuso, con ciertas reticencias y límites, una revalorización de la función de la autoridad administrativa en el control de los despidos colectivos³³⁷, al admitir, en principio, la compatibilidad de la autorización por parte de la autoridad pública con la Directiva comunitaria sobre despidos colectivos³³⁸. En definitiva, en esta sentencia se aclara cuál es el papel que debe de jugar la autoridad administrativa en un procedimiento de despido colectivo y, por ello, se intenta clarificar cuál es el margen de actuación que una normativa interna puede conceder a la Administración laboral y de qué modo se pueden conciliar los intereses de las empresas que deciden una decisión de tal calibre con los intereses de los trabajadores afectados³³⁹.

Se trata de una sentencia que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada por el Consejo de Estado de Grecia, tras el hecho de que el Ministerio de Trabajo heleno le haya denegado la autorización administrativa para despedir de forma colectiva a la empresa *AGET Iraklis*³⁴⁰. En concreto, la ley griega reguladora de los

³³⁶ Más restrictivo en el sentido de que la Administración laboral pueda buscar soluciones al despido colectivo se sitúa DESDENTADO BONETE, A.: “Marked by invalidations. The consultation period in collective redundancies”, *Spanish Labour Law and Employment Relations Journal*, N.º 1-2, 2015, pp. 9 y 10.

³³⁷ LÓPEZ CUMBRE, L.: “Intervención de la autoridad laboral en los despidos colectivos. Criterio europeo”, *Análisis GA&P*, diciembre de 2016. Disponible en: <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2018/03/intervencion-de-la-autoridad-laboral-en-despidos-colectivos-criterio-europeo.pdf> (visitada el 2 de noviembre de 2022).

³³⁸ Esto ya era defendido por MONEREO PÉREZ, J.L., entre otras obras, en *Los despidos colectivos en el ordenamiento interno y comunitario*, Madrid, Cívitas, 1994.

³³⁹ ROJO TORRECILLA, E.: “El impacto de la jurisprudencia del tribunal de justicia de la ue en la regulación de los despidos colectivos: sobre el concepto de trabajador, los derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores, y la intervención, y límites de la autoridad administrativa laboral”, *Documentación laboral*, N.º 111, 2017, p. 32.

³⁴⁰ *AGET Iraklis* es una empresa que forma parte del grupo multinacional francés Lafarge y que producía cemento en tres fábricas situadas en Agria Volou, Aliveri y Chalkida (Grecia). El Consejo

despidos colectivos prevé que, en ausencia de acuerdo con los representantes de los trabajadores, la autoridad administrativa podrá denegar la autorización para despedir sobre la base de la valoración de los documentos del expediente y “las condiciones del mercado de trabajo, la situación de la empresa y el interés de la economía nacional”. Por mor de esta habilitación normativa el Ministerio de Trabajo denegó la autorización para despedir a AGET Iraklis³⁴¹ y dicha resolución fue recurrida ante el Consejo de Estado de Grecia, el cual interpone dos cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pues dicho órgano albergaba dudas de que la regulación griega de autorización del despido colectivo fuera contraria a la Directiva comunitaria y al Derecho de la Unión en general. Dichas cuestiones prejudiciales eran las siguientes:

“¿Es conforme con las disposiciones de la Directiva 98/59, en particular, o con los artículos 49 TFUE y 63 TFUE, en general, una disposición nacional como el artículo 5, apartado 3, de la Ley 1387/1983, que supedita la realización de despidos colectivos en una empresa determinada a la autorización por parte de la Administración de dichos despidos sobre la base de los siguientes criterios: a) las condiciones del mercado de trabajo, b) la situación de la empresa, y c) el interés de la economía nacional?”

“En caso de respuesta negativa a la primera cuestión, ¿una disposición nacional con el contenido antes señalado es conforme con las disposiciones de la Directiva 98/59, en particular, o con los artículos 49 TFUE y 63 TFUE, en general, si concurren razones sociales especiales, como una grave crisis económica y un desempleo particularmente elevado?”

Tras este planteamiento, el Tribunal de Justicia pasa a resolver las cuestiones prejudiciales, recordando que la Directiva 98/59 (al igual que la anterior) solo garantiza una armonización parcial de las normas de protección de los trabajadores en caso de despidos colectivos, esto es, el procedimiento que debe seguirse para llevar a cabo dichos despidos colectivos (con cita en la sentencia de 10 de diciembre de 2009, *Rodríguez Mayor y otros*, C-323/08, apartado 51 y jurisprudencia citada). De este modo, como ya precisó la sentencia de 12 de febrero de 1985, *Dansk Metalarbejderforbund y*

de Administración de AGET Iraklis acordó el 25 de marzo de 2013 un plan de reestructuración que preveía el cese definitivo de la fábrica de Chalkida, que daba empleo en ese momento a 236 trabajadores, y una concentración de la producción en las otras dos fábricas a través del incremento de la productividad de éstas. La motivación de este plan residió en una reducción de las actividades de construcción en la región de Ática (Grecia) y la existencia de capacidades de producción excedentarias, así como la necesidad de preservar la viabilidad de la empresa y las condiciones del desarrollo de las actividades del grupo tanto en el mercado griego como en el extranjero.

³⁴¹ La Dirección de Empleo del Ministerio de Trabajo emitió un informe en el que se analizaban las condiciones del mercado de trabajo, la situación de la empresa y el interés de la economía nacional, y en el que recomendó la denegación de dicha solicitud por no existir un plan de integración de los trabajadores afectados en otras fábricas pertenecientes a AGET Iraklis y porque las estadísticas de la Oficina de Empleo helénica registraban una tasa de desempleo cada vez mayor. El Ministerio finalmente, tras oír a AGET Iraklis y el sindicato, se pronunció en contra de la autorización del proyecto de despido colectivo controvertido, al considerar que su motivación era insuficiente, debido, en particular, a que no se justificaba con pruebas concretas y detalladas el carácter necesario de los despidos programados, y a que los argumentos esgrimidos por AGET Iraklis resultaban excesivamente vagos.

Specialarbejderforbundet i Danmark (C-284/83), respecto a la anterior Directiva sobre despido colectivos, la regulación comunitaria no concreta las circunstancias en las que el empresario debe plantearse realizar despidos colectivos y no afecta de ningún modo a su libertad de decidir si debe elaborar un proyecto de despido colectivo y en qué momento.

Tal y como recuerda el Abogado General en sus conclusiones³⁴² “corresponde al Derecho nacional establecer los requisitos materiales en virtud de los cuales puede ponerse fin a las relaciones laborales de forma colectiva” y ello en virtud del art. 5 de la Directiva 98/59, que permite introducir disposiciones nacionales más favorables para los trabajadores. Y con base en lo anterior, el Tribunal de Justicia afirma que: “de ello se deduce igualmente que dicha Directiva no puede, en principio, interpretarse en el sentido de que se opone a un régimen nacional que confiere a una autoridad pública la facultad de impedir tales despidos mediante una resolución motivada adoptada después de examinar el expediente y tomar en consideración criterios de fondo predeterminados”.

No obstante, el Tribunal de Justicia seguidamente plantea ciertas dudas de la habilitación normativa ya que la aplicación de tal normativa por parte de la autoridad pública en la práctica podría privar de efecto útil a la Directiva comunitaria. Y añade: “así sucedería con una normativa nacional que supeditase los despidos colectivos a la aprobación previa de una autoridad pública si, atendiendo, por ejemplo, a los criterios respecto de los que dicha autoridad debe pronunciarse o al modo en que ésta los interpreta y aplica concretamente, quedase excluida en la práctica toda posibilidad efectiva de que el empresario realizase tales despidos colectivos”.

Para el Tribunal de Luxemburgo, una vez que se agoten los procedimientos establecidos por la Directiva 98/59 —incluido el supuesto de que las consultas no hayan permitido llegar a un acuerdo—, los despidos colectivos deben por lo menos, seguir siendo posibles, aunque sólo sea a condición de que se cumplan determinadas exigencias objetivas fijadas, en su caso, por la normativa nacional aplicable. El Tribunal de Justicia termina por reclamar al órgano jurisdiccional nacional competente para que compruebe si la autoridad nacional está aplicando la habilitación normativa de la autorización de un modo que priva de efecto útil a la Directiva³⁴³.

En consecuencia, el Tribunal de Luxemburgo responde a la primera parte de la primera cuestión prejudicial del siguiente modo: “la Directiva 98/59 debe interpretarse en el sentido de que no se opone, en principio, a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, en virtud de la cual, a falta de acuerdo con

³⁴² Conclusiones del Abogado General Sr. Nils Wahl, presentadas el 9 de junio de 2016 en el asunto C-201/15.

³⁴³ El apartado 42 de la sentencia recoge que: “A este respecto, AGET Iraklis ha sostenido ante el Tribunal de Justicia que la autoridad pública competente se ha opuesto sistemáticamente a los proyectos de despido colectivo que se le han notificado, lo que ha llevado, en particular, a que los representantes de los trabajadores con frecuencia no participen, como sucedió en el contexto del litigio principal, en las consultas destinadas a intentar alcanzar un acuerdo sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos programados y atenuar sus consecuencias”.

los representantes de los trabajadores sobre un proyecto de despido colectivo, un empresario únicamente podrá efectuar dicho despido si la autoridad pública nacional competente a la que debe notificarse el proyecto no adopta, en el plazo previsto por dicha normativa y después de examinar el expediente y valorar las condiciones del mercado de trabajo, la situación de la empresa y el interés de la economía nacional, una resolución motivada por la que se deniegue la autorización para realizar la totalidad o una parte de los despidos programados. Sin embargo, no sucede lo mismo si resulta que, atendiendo a los tres criterios de evaluación indicados en la mencionada normativa y al modo concreto en que los aplica esa autoridad pública bajo el control de los tribunales competentes, tal normativa tiene como consecuencia privar de efecto útil a lo dispuesto en dicha Directiva, extremo que corresponde comprobar, en su caso, al órgano jurisdiccional remitente”.

En cuanto a la existencia o no de una restricción a las libertades de establecimiento (art. 49 TFUE)³⁴⁴ y de libre circulación de capitales (art. 63 TFUE) el Tribunal de Justicia aborda la siguiente argumentación:

Por un lado, precisa que el concepto de “restricción” de la libertad de establecimiento se refiere, en particular, a las medidas que, aun cuando sean aplicables sin discriminación por razón de nacionalidad, puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de la libertad de establecimiento³⁴⁵. Por otro lado, precisa que el concepto de establecimiento supone una “implantación real de la sociedad de que se trate en ese Estado y el ejercicio de una actividad económica efectiva en éste”³⁴⁶, por lo que se incluye dentro de este concepto que la filial, agencia o sucursal creada por una persona jurídica establecida en otro Estado miembro pueda contratar trabajadores en el Estado miembro de establecimiento, así como “en principio, la libertad de determinar la naturaleza y el alcance de la actividad económica que se realizará en el Estado miembro de acogida y en especial el tamaño de las instalaciones permanentes y el número de trabajadores necesario para tal fin, así como, según señaló el Abogado General en el punto 65 de sus conclusiones, la libertad de reducir posteriormente el volumen de esa actividad e incluso, en su caso, de renunciar a ella y a dicho establecimiento”³⁴⁷.

³⁴⁴ La libertad de establecimiento comprende la situación en la que una sociedad establecida en un Estado miembro crea una filial en otro Estado miembro. También comprende que una sociedad o un nacional de un Estado miembro adquiera en el capital de una sociedad establecida en otro Estado miembro una participación que le permita ejercer una influencia efectiva en las decisiones de la sociedad y determinar las actividades de esta (con cita en las sentencias de 21 de octubre de 2010, *Idryma Typou*, C-81/09, apartado 47 y jurisprudencia citada, y de 8 de noviembre de 2012, *Comisión/Grecia*, C-244/11, apartado 21 y jurisprudencia citada). Así ocurre en el supuesto en cuestión ya que el grupo francés Lafarge es el principal accionista de AGET Iraklis, al poseer una participación equivalente al 89% de su capital.

³⁴⁵ Con cita en las sentencias de 21 de abril de 2005, *Comisión/Grecia*, C140/03, EU:C:2005:242, apartado 27, y de 21 de octubre de 2010, *Idryma Typou*, C81/09, EU:C:2010:622, apartado 54).

³⁴⁶ STJUE de 12 de julio de 2012, *VALE*, C378/10, EU:C:2012:440, apartado 34 y jurisprudencia citada).

³⁴⁷ Muy crítico con que haya incluido el TJUE la “libertad de despedir” en la libertad de establecimiento ROJO TORRECILLA, E.: “El impacto de la jurisprudencia del tribunal de justicia de la UE en la regulación de los despidos colectivos: sobre el concepto de trabajador, los derechos de información

Concluyendo el Tribunal de Justicia que: “la decisión de realizar un despido colectivo es una decisión fundamental en la vida de la empresa” y, por tanto, “una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal puede hacer menos atractivo el acceso al mercado griego y, en caso de acceso a ese mercado, reducir considerablemente o incluso suprimir las posibilidades de que los operadores económicos de otros Estados miembros que hayan optado por instalarse en un nuevo mercado modulen posteriormente su actividad en él o renuncien a ella, prescindiendo por este motivo de los trabajadores que hayan contratado”.

De este modo, si bien existe una restricción a la libertad de establecimiento reconocida en el art. 49 TFUE (en palabras del Tribunal “una normativa nacional de esta índole puede constituir un obstáculo grave para el ejercicio de la libertad de establecimiento en Grecia”), la restricción a la libertad de circulación de capitales del art. 63 TFUE es una consecuencia inevitable de la primera restricción, por lo que el Tribunal de Luxemburgo solo se limita a analizar si la restricción a la libertad de establecimiento se encuentra o no justificada.

A este respecto, el Tribunal de Luxemburgo indica que solo puede admitirse una restricción a la libertad de establecimiento, como parte integrante del derecho fundamental a la libertad de empresa contenido en el art. 16 CDFUE que es, si esta restricción está justificada por razones imperiosas de interés general³⁴⁸. El Tribunal recuerda que los derechos fundamentales garantizados por la Carta deben ser aplicados en todas las situaciones reguladas por el Derecho de la Unión y deben, por tanto, ser respetados cuando una normativa nacional esté incluida en el ámbito de aplicación de ese Derecho. El artículo 52.1 CDFUE expresa que: “cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás”.

En concreto, la normativa griega reguladora de los despidos colectivos prevé tres criterios sobre los que pivota la concesión o denegación de la autorización administrativa: las condiciones del mercado de trabajo, la situación de la empresa y el interés de la economía nacional. Por tanto, “los objetivos de interés general que persigue en este caso dicha normativa se refieren tanto a la protección de los trabajadores y a la lucha contra el desempleo como a la salvaguardia del interés de la economía nacional”.

y consulta de los representantes de los trabajadores, y la intervención, y límites de la autoridad administrativa laboral”, *op. cit.*, pp. 35 y 36.

³⁴⁸ En el apartado 69 el TJUE reconoce la autorización administrativa como una restricción a la libertad de empresa: “no puede negarse que el establecimiento de un régimen de regulación de los despidos colectivos como el controvertido en el litigio principal constituye una injerencia en el ejercicio de la libertad de empresa y, en particular, de la libertad contractual de la que gozan en principio las empresas, en especial frente a los trabajadores a los que emplean, ya que consta que, en virtud de dicho régimen, la oposición de la autoridad nacional a determinados proyectos de despido colectivo puede llevar a impedir que el empresario los lleve a cabo”.

En este sentido, el Tribunal de Justicia niega que el interés de la economía nacional pueda suponer una justificación de la restricción a la libertad de empresa o a la libertad de establecimiento y, en última instancia, de la instauración de una autorización administrativa para proceder al despido colectivo³⁴⁹. En cambio, el Alto Tribunal sí que reconoce como razones imperiosas de interés general la protección de los trabajadores³⁵⁰ o bien el fomento del empleo y de la contratación para disminuir el desempleo como objetivo legítimo de política social³⁵¹.

El artículo 3.3 TUE indica que “la Unión establecerá un mercado interior” y “obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social”. A consecuencia de lo anterior, el Tribunal de Justicia recuerda que la Unión no solo tiene un finalidad económica, sino también una finalidad social, por lo que deben de sopesarse los derechos derivados de las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales en relación con los objetivos perseguidos por la política social, entre los que figuran, como se indica en el artículo 151 TFUE, párrafo primero, el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones (véase, en este sentido, en relación con las disposiciones correspondientes del Tratado CE, la sentencia de 11 de diciembre de 2007, *International Transport Workers’ Federation y Finnish Seamen’s Union*, C-438/05)³⁵².

Habiendo fijado como razones de interés general que justifican las restricciones a la libertad de establecimiento y de empresa la protección de los trabajadores y el empleo, el Tribunal de Luxemburgo pasa a preguntarse si tales restricciones son proporcionales, esto es, si dichas restricciones son adecuadas para garantizar el objetivo de interés general que persiguen y que no van más allá de lo necesario para alcanzarlo. Además, las restricciones deben de respetar el contenido esencial de los derechos en cuestión.

³⁴⁹ Motivos de carácter meramente económico, como el fomento de la economía nacional o el buen funcionamiento de esta, no pueden servir de justificación para obstáculos prohibidos por el Tratado (véanse en este sentido, en particular, las sentencias de 5 de junio de 1997, *SETTG*, C398/95, EU:C:1997:282, apartados 22 y 23; de 6 de junio de 2000, *Verkooijen*, C35/98, EU:C:2000:294, apartados 47 y 48, y de 4 de junio de 2002, *Comisión/Portugal*, C367/98, EU:C:2002:326, apartado 52 y jurisprudencia citada).

³⁵⁰ Con cita en las sentencias de 23 de noviembre de 1999, *Arblade y otros*, C369/96 y C376/96, EU:C:1999:575, apartado 36; de 13 de diciembre de 2005, *SEVIC Systems*, C411/03, EU:C:2005:762, apartado 28, y de 11 de diciembre de 2007, *International Transport Workers’ Federation y Finnish Seamen’s Union*, C438/05, EU:C:2007:772, apartado 77).

³⁵¹ Véanse, en este sentido, las sentencias de 11 de enero de 2007, *ITC*, C208/05, EU:C:2007:16, apartados 38 y 39; de 18 de enero de 2007, *Confédération générale du travail y otros*, C385/05, EU:C:2007:37, apartado 28, y de 13 de diciembre de 2012, *Caves Krier Frères*, C379/11, EU:C:2012:798, apartado 51).

³⁵² En relación con los fines sociales de la UE, el TJUE también cita a los arts. 147 y 9 del TFUE.

Sobre la base de lo anterior, el Tribunal de Justicia reitera algo que ya había establecido con anterioridad en su argumentación: “el mero hecho de que un Estado miembro establezca en su legislación nacional que, antes de llevarse a cabo, los proyectos de despido colectivo deben notificarse a una autoridad nacional que dispone de facultades de control que le permiten oponerse, en determinadas circunstancias, a dicho proyecto por motivos relacionados con la protección de los trabajadores y del empleo no puede considerarse contrario a la libertad de establecimiento garantizada por el artículo 49 TFUE ni a la libertad de empresa reconocida en el artículo 16 de la Carta”. Por ello, el Tribunal de Justicia reconoce que la regulación de la autorización administrativa en el despido colectivo no supone una contravención del contenido esencial de la libertad de empresa, pues no excluye, por su propia naturaleza, cualquier posibilidad de que las empresas lleven a cabo despidos colectivos, ya que solo tiene por objeto regular esa posibilidad.

En lo que se refiere a la proporcionalidad de las limitaciones, el Tribunal de Justicia recuerda que el artículo 30 CDFUE reconoce que todo trabajador tiene derecho a protección en caso de despido injustificado, de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales, por lo que la regulación del despido colectivo tiene que conciliar y encontrar el justo equilibrio entre los intereses vinculados a la protección de los trabajadores y del empleo (sobre todo en caso de despido injustificado) y los relativos a la libertad de establecimiento y de empresa. Por ello, el Tribunal de Justicia sentencia que “al no existir normas del Derecho de la Unión destinadas a prevenir tales despidos y que vayan más allá de los ámbitos de información y consulta cubiertos por la Directiva 98/59”, resulta “idóneo para reforzar el nivel de protección efectiva de los trabajadores y de su empleo” regular, “en cuanto al fondo, la toma de esas decisiones económicas y empresariales por las empresas”. En definitiva, se trata de un mecanismo adecuado para garantizar la consecución de los objetivos de interés general así perseguidos. Y lo más llamativo, el Tribunal de Justicia reconoce que: “no parece que medidas menos restrictivas garantizarían la consecución de los objetivos así perseguidos de un modo tan eficaz como el que resulta del establecimiento de dicha regulación”.

De este modo, si bien el Tribunal de Justicia se muestra proclive a la autorización administrativa en el despido colectivo, pues supera el principio de proporcionalidad en las limitaciones a los derechos de establecimiento y de empresa, una conclusión tan positiva no puede deducirse del análisis concreto de la normativa griega. En efecto, cuando el Tribunal de Luxemburgo estudia los tres criterios que sustentan la concesión de la autorización administrativa, el Tribunal niega el “interés de la economía nacional”, con base en lo ya expuesto, y acepta, en principio, los criterios de la “situación de la empresa” y las “condiciones del mercado de trabajo”.

En cambio, en palabras del Tribunal de Justicia: “sin embargo, ha de constatarse que tales criterios están formulados de manera muy general e imprecisa. Pues bien, como resulta de una jurisprudencia reiterada, cuando las facultades de intervención de un Estado miembro o de una autoridad pública, como las facultades de oposición que posee en este caso el Ministro, no están sujetas a ninguna condición, a excepción

de una referencia a tales criterios formulados de manera general, sin que se precisen las circunstancias específicas y objetivas en las que se ejercerán esas facultades, se produce una vulneración grave de la libertad afectada, que puede conducir a la exclusión de dicha libertad”. Y añade: “aunque la normativa nacional controvertida en el litigio principal dispone que la facultad de no autorizar el despido colectivo de la que goza en este caso la autoridad pública debe ejercerse previo análisis del expediente, teniendo en cuenta la situación de la empresa y las condiciones del mercado de trabajo, y dar lugar a una resolución motivada, ha de considerarse que, a falta de precisiones sobre las circunstancias concretas en las que puede ejercerse esta facultad, los empresarios afectados no saben en qué circunstancias concretas y objetivas puede aplicarse, ya que las situaciones que permiten ejercerla son potencialmente numerosas, indeterminadas e indeterminables, y dejan a la autoridad en cuestión un amplio margen de apreciación difícilmente controlable. Tales criterios, que no son precisos y que no se basan, por tanto, en condiciones objetivas y controlables, van más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos indicados y no pueden, por ende, satisfacer las exigencias del principio de proporcionalidad”.

Además, el Tribunal de Justicia niega que el posible control posterior judicial pueda validar esta restricción a la libertad de establecimiento y de empresa, ya que “en particular, la normativa de que se trata tampoco proporciona al juez nacional criterios suficientemente precisos para permitirle controlar el ejercicio de la facultad discrecional de la autoridad administrativa”.

Por consiguiente, en respuesta a la segunda parte de la primera cuestión prejudicial el Tribunal de Justicia indica que: “el artículo 49 TFUE debe interpretarse en el sentido de que, en una situación como la del litigio principal, se opone a una normativa nacional en virtud de la cual, a falta de acuerdo con los representantes de los trabajadores sobre un proyecto de despido colectivo, un empresario únicamente podrá efectuar dicho despido si la autoridad pública nacional competente a la que debe notificarse el proyecto no adopta, dentro del plazo previsto por dicha normativa y después de examinar el expediente y valorar las condiciones del mercado de trabajo, la situación de la empresa y el interés de la economía nacional, una resolución motivada por la que se deniegue la autorización para realizar la totalidad o una parte de los despidos programados”.

El Tribunal de Luxemburgo pasa seguidamente a responder a la segunda cuestión prejudicial, sobre la base de negar que tampoco un contexto caracterizado por una crisis económica grave o por una tasa de desempleo particularmente elevada pueda suponer una justificación a una limitación como la que se trata de imponer en el presente caso a la libertad de establecimiento o de empresa. Además, una crisis económica grave y una tasa de desempleo particularmente elevada no autoriza a privar de efecto útil a las disposiciones de la Directiva 98/59, ya que ésta no contiene ninguna cláusula de salvaguardia para autorizar que, en el caso de que exista ese contexto nacional, se establezcan excepciones a las disposiciones de armonización que contiene.

De este modo, “procede responder a la segunda cuestión prejudicial que la posible existencia, en un Estado miembro, de un contexto caracterizado por una crisis económica grave y una tasa de desempleo particularmente elevada no afecta a las respuestas dadas a la primera cuestión prejudicial”.

En resumen, el Tribunal de Justicia cuando hace un planteamiento general de la autorización administrativa del despido en relación con los derechos a la libertad de establecimiento y de empresa sí que se muestra proclive a ella, mostrando el “lado social” de la normativa comunitaria y, por tanto, de la jurisprudencia del Tribunal, aunque cuando entra a analizar la regulación helénica rechaza su compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea ya que los criterios sobre los que se fundamenta la autorización administrativa aparecen redactados “de manera muy general e imprecisa”. Por ello, todo parece apuntar a que una normativa que desarrolle con mayor concreción los términos en los que ha de intervenir la Administración laboral a la hora de la autorización no sería contraria al Derecho social comunitario³⁵³.

3.3. El principio de interpretación conforme en el Derecho Social Comunitario

Tal y como se observará a lo largo del presente trabajo, la labor jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de despidos colectivos ha resultado ser fundamental. En el ámbito español más si cabe, habida cuenta de las distintas sentencias del Alto Tribunal comunitario que han puesto en evidencia las contradicciones existentes entre la Directiva 98/59 y la norma de transposición nacional, afectando incluso a elementos esenciales del art. 51.1 ET relacionados con el elemento temporal, el cuantitativo-numérico o el centro de imputación normativa. En este sentido, la existencia de importantes desajustes entre la normativa comunitaria y la nacional ha sido el pretexto para que los jueces españoles hayan planteado diversas cuestiones prejudiciales al TJUE, dando lugar a sentencias de distinto signo que han corregido la norma e incluso la jurisprudencia del Tribunal Supremo español³⁵⁴.

Es muy importante destacar que la reconstrucción judicial que está viviendo el despido colectivo y, concretamente, el art. 51 ET, parte del llamado sistema de control multinivel de los derechos laborales en el ámbito de la Unión Europea³⁵⁵, marcado por una superposición de órdenes normativos (el comunitario y los diversos nacionales),

³⁵³ ROJO TORRECILLA, E.: “El impacto de la jurisprudencia del tribunal de justicia de la ue en la regulación de los despidos colectivos: sobre el concepto de trabajador, los derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores, y la intervención, y límites de la autoridad administrativa laboral”, *op. cit.*, pp. 37-39.

³⁵⁴ DESDENTADO BONETE, A.: “Problemas de aplicación del derecho social europeo. Del caso Telefónica al caso Zardoya Otis”, en *El Derecho.com*, entrada de 16 de marzo de 2017, disponible en: <https://elderecho.com/problemas-de-aplicacion-del-derecho-social-europeo-del-caso-telefonica-moviles-al-caso-zardoya-otis> (consultada el 25/01/2024).

³⁵⁵ MONEREO PÉREZ, J.L.: “La Carta Comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores”, *Revista española de derecho del trabajo*, N.º 56, 1992, *passim*; MONEREO PÉREZ, J.L.: “Los principios del sistema jurídico internacional multinivel de garantía de los derechos fundamentales”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, N.º 45, 2017, *passim*; y MONEREO PÉREZ, J.L. y MONEREO ATIENZA, C.: *La garantía multinivel de los derechos*

la articulación de la defensa de los derechos de los ciudadanos y las reglas para superar el conflicto entre ambos planos.

Esta superposición de órdenes normativos comienza con la entrada de España en la Unión Europea, a través de la Ley Orgánica 10/1985, de 2 de agosto, de Autorización para la Adhesión de España a las Comunidades Europeas, tal como exige el art. 93 CE³⁵⁶. A partir de aquí el ordenamiento comunitario se inserta en el ordenamiento jurídico nacional en una posición infraconstitucional (sobre esto se ha discutido) pero supralegal, sobre todo respecto a aquella normativa que tiene eficacia directa, como son los tratados originarios o los reglamentos.

Mayores controversias plantean las normas comunitarias de Derecho derivado, entre las que destaca la Directiva y, entre ellas, la Directiva 98/59/CE de despidos colectivos, ya que es aquí donde se han suscitado los mayores problemas en cuanto a la relación Derecho de la Unión-Derecho nacional y la garantía del cumplimiento del primero frente al segundo, teniendo en cuenta que las directivas no tienen reconocida eficacia directa horizontal (entre particulares)³⁵⁷. De este modo, si existen discrepancias en la transposición de la Directiva comunitaria y estas son apreciadas por el Tribunal de Justicia, la aplicabilidad directa de estas resoluciones en el plano interno se encuentra envuelta en un halo de inseguridad jurídica e incertidumbre en virtud de la falta de eficacia horizontal de las directivas, que se intenta superar, no sin dificultades, acudiendo al principio de interpretación conforme comunitario³⁵⁸.

El artículo 4.bis LOPJ supone una cristalización de los principios comunitarios a favor de la aplicación del Derecho de la Unión, conformados, por un lado, por el principio de primacía del derecho comunitario europeo (apartado primero art. 4 bis.1: “los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”) y, por otro lado, por la atribución de la función a los órganos judiciales de interpretar, aplicar y velar por la adecuada acomodación del derecho europeo a los derechos de los Estados miembros a

fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea, Granada, Comares, 2017, *passim*.

³⁵⁶ “Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión”.

³⁵⁷ MILLÁN MORO, L.: “Tribunal de Justicia de la Unión Europea -- TJUE - Sentencia del Tribunal de Justicia de 15.1.2014 (Gran Sala) - Association de médiation sociale, asunto C-176/12, «Política social - Directiva 2002/14/CE - Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea - Artículo 27 - Sujeción de la constitución de órganos representativos del personal a ciertos umbrales de trabajadores empleados - Cálculo del número de trabajadores empleados - Normativa nacional contraria al derecho de la Unión - Función del juez nacional». Eficacia directa versus primacía”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, N.º 49, 2014, pp. 1029 y ss.

³⁵⁸ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, M.Y. y DE FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, C.: “Despido colectivo y unidad de referencia (II). La transposición de la Directiva 98/59/CE y el margen de apreciación de los Derechos nacionales”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, N.º 196, 2017, p. 3, versión digital.

través de la técnica de la cuestión prejudicial (apartado segundo: “cuando los Tribunales decidan plantear una cuestión prejudicial europea lo harán de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, en todo caso, mediante auto, previa audiencia de las partes”).

Respecto al primero de ellos, el principio de primacía se podría resumir en dos corolarios³⁵⁹: el principio de “vinculabilidad” del efecto útil de la norma europea y el de interpretación conforme, principios que han sido remarcados en abundantes sentencias del Tribunal de Luxemburgo³⁶⁰, y acogidos en nuestra jurisprudencia interna, cuya vulneración incluso podría afectar a la tutela judicial efectiva (STC 232/2015, de 5 de noviembre).

Como resume la STJUE de 6 de noviembre de 2018, *Max-Planck*, C-684/16: “el principio de interpretación conforme exige que los órganos jurisdiccionales nacionales, tomando en consideración la totalidad de su Derecho interno y aplicando los métodos de interpretación reconocidos por este, hagan todo lo que sea de su competencia a fin de garantizar la plena efectividad de la Directiva de que se trate y alcanzar una solución conforme con el objetivo perseguido por esta (sentencia de 24 de enero de 2012, *Domínguez*, C 282/10, EU:C:2012:33, apartado 27 y jurisprudencia citada). Como también ha declarado el Tribunal de Justicia, la exigencia de interpretación conforme incluye la obligación de los órganos jurisdiccionales nacionales de modificar, en caso necesario, su jurisprudencia reiterada si esta se basa en una interpretación del Derecho nacional incompatible con los objetivos de una directiva. Por lo tanto, el tribunal nacional no puede considerar válidamente que se encuentra imposibilitado para interpretar la norma nacional de que se trata de conformidad con el Derecho de la Unión por el mero hecho de que, de forma reiterada, haya interpretado esa norma en un sentido que no es compatible con ese Derecho (sentencia de 17 de abril de 2018, *Egenberger*, C 414/16, EU:C:2018:257, apartados 72 y 73 y jurisprudencia citada)”.

En cuanto a los límites de la interpretación conforme, el TJUE recuerda que los jueces en su obligación de interpretar y aplicar las normas nacionales según la Directiva no pueden incurrir en una vulneración de los principios generales del Derecho, así como no pueden realizar una interpretación *contra legem* del Derecho nacional (SSTJUE de 15 de abril de 2008, *Impact*, C 268/06; y de 24 de enero de 2012, *Domínguez*, C-282/10). En otras palabras, lo que no cabe es una interpretación contraria a la letra misma del precepto nacional cuando su tenor claro y unívoco resulte irreconciliable con el precepto de una Directiva, “ya que no se puede exigir a los tribunales nacionales que en su función de intérpretes lleguen al extremo de sustituir al poder normativo”³⁶¹.

³⁵⁹ GONZÁLEZ DE PATTO, R.M.: “El TJUE y el proceso de revisión del régimen jurídico de despido colectivo: ¿héroe o «villano»?”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, N.º 5, 2019, p. 2/12.

³⁶⁰ Entre otras, SSTJUE de 10 de abril de 1984, *Von Colson y Kamann*, C-14/83, y de 13 de noviembre de 1990, *Manleasing*, C-106/89.

³⁶¹ NOGUEIRA GUSTAVINO, M.: “La eficacia de las directivas y la responsabilidad del Estado por su incumplimiento”, en VV.AA., *Derecho social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia* (CASAS BAAMONDE, M.E. et al., Dirs.), Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2023, p. 187.

Cuando no sea posible el principio de interpretación conforme ni se pueda aplicar directamente la CDFUE —en los casos en los que el contenido del derecho quede suficientemente precisado y no se remita a su desarrollo por las normas nacionales o de la Unión (la STJUE de 15 de enero de 2014, *Association de médiation sociale*, asunto C-176/12, ya ha determinado que el art. 27 CDFUE no cumple tales requisitos)—, la última posibilidad que le queda a la persona afectada es solicitar la responsabilidad al Estado por defectos en la transposición de la norma comunitaria con base en la doctrina *Francovich* (STJUE de 19 de noviembre de 1991, *Francovich y Bonifaci*, C-6/90 y C-9/90)³⁶².

Teniendo en cuenta lo anterior y atendiendo a la aplicación uniforme del Derecho de la Unión a través de la técnica de la cuestión prejudicial, los tribunales nacionales ordinarios viven una suerte de “empoderamiento fuerte”³⁶³ a la hora de garantizar una interpretación jurisprudencial acorde con los postulados comunitarios. De este modo, acudiendo a la técnica de reenvío prejudicial, la llamada “jurisprudencia menor” se ha rebelado en algunas ocasiones frente a la “jurisprudencia mayor”, principalmente del TS, en la mayoría de las ocasiones en beneficio de la parte contratante más débil, en aquellos supuestos en los que no se compartía el *status quo*³⁶⁴.

Sin embargo, a pesar de esta loable práctica dirigida a armonizar el Derecho de la Unión, que ha dado lugar en muchas ocasiones a la acomodación de nuestro derecho interno con una interpretación en interés del efecto útil de la Directiva y a la protección de los trabajadores, no es menos cierto que otras veces a través de la cuestión prejudicial se han dado respuestas por parte del TJUE que no eran del todo garantistas, pues no se debe de olvidar la doble finalidad o función de la Directiva comunitaria (v.gr.: la STJUE de 21 de diciembre de 2016, *AGET Iraklis*, C-201/15)³⁶⁵.

Además, el hecho de tener que acudir a la interpretación conforme ha provocado que los órganos judiciales tengan que recurrir en algunas situaciones a técnicas de interpretación de muy difícil asimilación, incluso incurriendo en posible interpretación *contra legem* si el juez nacional modula los elementos gramaticales o textuales en

³⁶² MILLÁN MORO, L.: “Tribunal de Justicia de la Unión Europea -- TJUE - Sentencia del Tribunal de Justicia de 15.1.2014 (Gran Sala) - *Association de médiation sociale*, asunto C-176/12, «Política social - Directiva 2002/14/CE - Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea - Artículo 27 - Sujeción de la constitución de órganos representativos del personal a ciertos umbrales de trabajadores empleados - Cálculo del número de trabajadores empleados - Normativa nacional contraria al derecho de la Unión - Función del juez nacional». Eficacia directa versus primacía”, *op. cit.*, pp. 1029 y ss.

³⁶³ GONZÁLEZ DE PATTO, R.Mª.: “El TJUE y ...”, *op. cit.*, p. 3/12.

³⁶⁴ MOLINA NAVARRETE, C.: “La cuestión prejudicial y ¿El fin de los tribunales de «última palabra»? : Experiencias de tutela del contratante débil”, *La Ley*, N.º 9008, 2017, pp. 2-4.

³⁶⁵ ROJO TORRECILLA, E.: “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ¿héroe o villano? A propósito de la autorización administrativa para proceder a un despido colectivo (en Grecia) como una limitación a la libertad de empresa. Notas a la sentencia del 21 de diciembre (C-201/15) y amplio recordatorio (muy crítico) de las conclusiones del abogado general”, Blog: *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, entrada de 22 de diciembre de 2016, disponible en: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/12/el-tribunal-de-justicia-de-la-union.html> (consultada 1/12/2023).

un sentido no expresado en la ley, extralimitándose en su actividad jurisdiccional y arrogándose funciones que corresponden al legislador³⁶⁶. En definitiva, creando un ambiente de inseguridad jurídica en una institución tan transcendental para los derechos de los trabajadores como es el despido colectivo, a causa de una falta de intervención por parte del legislador³⁶⁷.

³⁶⁶ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, M.Y. y DE FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, C.: “Despido colectivo y unidad de referencia (II). La transposición de la Directiva 98/59/CE y el margen de apreciación de los Derechos nacionales”, *op. cit.*, p. 4, versión digital.

³⁶⁷ PÉREZ CAMPOS, A.I.: “La labor creadora de derecho del TJUE en la configuración de los despidos colectivos”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, N.º. 55, 2022, p. 109.

CAPÍTULO 4. EL DESPIDO COLECTIVO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ITALIANO

4.1. Configuración legal del procedimiento “común” de despido colectivo en Italia

4.1.1. *El marco legal: la Legge 223/1991*

No fue hasta el año 1991 cuando se introdujo en el ordenamiento jurídico italiano una regulación legal específica del despido colectivo, a pesar de que ya desde el año 1975 se encontraba vigente la Directiva 75/129 sobre despidos colectivos (con un período de transposición de dos años) y de que, por ello, la República italiana había sido condenada por su incumplimiento hasta en dos ocasiones por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (SSTJCE de 8 de junio de 1982, C-91/81, y de 26 de noviembre de 1985, C-131/84). En efecto, hasta la intervención normativa del año 1991 la regulación del despido colectivo se contenía esencialmente en un Acuerdo interconfederal del año 1950, renovado en 1965, por el cual el Tribunal de Justicia comunitario entendió que no se ofrecía la tutela idónea para asegurar las garantías individualizadas en la Directiva, habida cuenta de que dicho Acuerdo dejaba sin protección a sectores como la agricultura y el comercio, así como no imponía la notificación del despido a la autoridad administrativa. Por ello, a la vez que se desprotegía a ciertos sectores, no se favorecía una activa presencia del poder público en la gestión de las situaciones de crisis empresariales³⁶⁸.

Finalmente, los requerimientos de la Unión Europea fueron atendidos con la promulgación de la *Legge* 23 luglio 1991, n. 223, denominada, “*norme in materia di cassa integrazione, mobilità, trattamenti di disoccupazione, attuazione di direttive della Comunità europea, avviamento al lavoro ed altre disposizioni in materia di mercato del lavoro*” (en adelante, *Legge* 223/1991). Una ley que como se puede observar no se ocupa en exclusiva de la regulación del despido colectivo, sino que incluye un ámbito

³⁶⁸ En este sentido, véase, MAMMONE, G.: “Capitolo V. La regolazione dei licenziamenti collettivi: itinerari legislativi ed orientamenti giurisprudenziali”, en VV.AA.: *Il licenziamento collettivo in Italia nel quadro del Diritto dell'Unione Europea*, a cargo de COSIO, R; CURCURUTO, F y FOGLIA, R., Milán, Giuffrè Editore, 2016, pp. 111-116.

bastante amplio donde se recoge tanto la *cassa integrazione*³⁶⁹ como la *indennità di disoccupazione* y la de *mobilità*³⁷⁰, e incluso incentivos a la ocupación o medidas alternativas de recolocación. Y ello explica por qué el legislador italiano tardó tanto en transponer la Directiva, pues lo que buscaba era prevenir el recurso al despido colectivo a través del tratamiento de la *cassa integrazione straordinaria* en casos de crisis empresarial³⁷¹. Ahora bien, la “kilométrica rúbrica” de la *Legge* 223/1991 es expresiva de su voluntad de racionalizar la gestión de la excedencia de personal en la empresa, de un lado privilegiando la *cassa integrazione* y la intervención pública y, de otro lado, impidiendo la ficción jurídica de mantener puestos de trabajos ya destruidos sobre la base de una intervención prolongada de la *cassa integrazione*, posibilitando el recurso al despido colectivo en la utilización del principio de correcta gestión económica³⁷².

A partir de aquí, la *Legge* 223/1991 se introduce en el ordenamiento jurídico italiano y moderniza el Derecho del trabajo italiano pues, siguiendo las directrices de la Directiva comunitaria, condiciona el despido colectivo a una determinada “procedimentalización” en la que las organizaciones sindicales tienen un rol protagonista, junto con el poder “blando” que desarrolla la Administración pública³⁷³. Una ley que, a pesar de las numerosas modificaciones normativas que se han sucedido en el tiempo, mantiene las causas y el procedimiento del despido colectivo de forma sustancialmente inalterada. Las reformas de los años 2012 (*Legge* 92/2012 de 28 de junio, conocida como *Ley Fornero*) y de 2015 (*Decreto legislativo* 23/2015 de 4 de marzo, dentro del proceso de reforma conocido como *Jobs Act*) han afectado principalmente a las consecuencias de la ilegitimidad del despido colectivo, como se expondrá con posterioridad³⁷⁴.

4.1.2. Delimitación del concepto de despido colectivo: supuestos de hecho y requisitos

En el Derecho del trabajo español existe un “grupo normativo unitario complejamente estructurado” para los despidos por causas relativas a las necesidades de funcionamiento de la empresa, que integra al despido colectivo (art. 51 ET) y al

³⁶⁹ La *cassa integrazione guadagni ordinaria* o *straordinaria* puede ser un instrumento análogo al ERTE en el caso español. Esto es, se trata de una suspensión del contrato de trabajo o una reducción de jornada acompañada de una prestación por desempleo total temporal o parcial, dotada de ciertas reglas específicas que ahora se contienen principalmente en el *Decreto Legislativo 14 settembre 2015*, n. 148. *Disposizioni per il riordino della normativa in materia di ammortizzatori sociali in costanza di rapporto di lavoro, in attuazione della legge 10 dicembre 2014*, n. 183 y el art. 1, apartados 192-257, *Legge* 30 dicembre 2021, n. 234. *Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2022 e bilancio pluriennale per il triennio 2022-2024*.

³⁷⁰ Cfr., art. 7 *Legge* 223/1991, antes de su derogación por la *Legge* 92/2012 de 28 de junio.

³⁷¹ MIMMO, G.: “Il licenziamento collettivo”, en VV.AA.: *Il licenziamento*, a cargo de DI PAOLA, L., Milán, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, pp. 333 y 334.

³⁷² MAMMONE, G.: “Capitolo V. La regolazione dei licenziamenti collettivi: itinerari legislativi ed orientamenti giurisprudenziali”, *op. cit.*, p. 118.

³⁷³ ESPOSITO, M.; GAETA, L.; ZOPPOLI, A. y ZOPPOLI, L.: *Diritto del lavoro e sindacale*, Turín, Giappichelli, 2021, p. 329.

³⁷⁴ MIMMO, G.: “Il licenziamento collettivo”, *op. cit.*, pp. 334 y 335.

despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas (art. 52.c) ET). Se trata, en efecto, de dos tipos de despidos que comparten las mismas causas (causas empresariales) pero que son solo “procedimentalizados” en el sentido de la Directiva 98/59 en función de que alcancen un determinado umbral de extinciones (despido colectivo, por un lado, y despidos individuales o plurales, por otro)³⁷⁵. Grosso modo algo muy similar ocurre en el ordenamiento italiano entre el despido colectivo (*licenziamento collettivo*) y el *licenziamento per giustificato motivo oggettivo* inherente a “la actividad productiva, a la organización del trabajo o al regular funcionamiento de esta”, pues ambos despidos comparten las mismas causas (en última instancia, económicas) y se distinguen en función de elementos cuantitativos: el número de trabajadores ocupados en la empresa y el número de trabajadores a despedir³⁷⁶.

En el ordenamiento jurídico-laboral italiano dentro del ámbito del despido colectivo es posible, a su vez, distinguir dos supuestos de hecho que pueden dar lugar a este tipo de despido. Por un lado, la imposibilidad de reutilizar a los trabajadores que tienen su contrato de trabajo suspendido y están bajo la *cassa integrazione straordinaria* (supuesto previsto en el art. 4.1 de la *Legge* 223/1991, también llamado *collocamento in mobilità*). Por otro lado, el denominado “despido colectivo por reducción del personal” del art. 24.1 de la citada ley³⁷⁷. Una distinción que ha sido tradicionalmente tratada tanto por la doctrina como por los Tribunales pero que ha venido a menos con la *Ley Fornero*³⁷⁸, ya que con ella se derogaron aspectos esenciales del *collocamento in mobilità*, tales como las listas de movilidad, la indemnización de movilidad, la colocación de los trabajadores en movilidad o la cancelación del trabajador de la lista de movilidad, así como se sustituyó de los artículos vigentes la denominación de la *collocazione in mobilità* por el término de despido colectivo. Reforma que buscó la desaparición progresiva de la indemnización de movilidad y, asimismo, evidenciaba la voluntad del legislador de no querer considerar más al despido colectivo como mero apéndice de la CIG³⁷⁹. En definitiva, se trata de dos presupuestos diferentes pero que comparten el mismo procedimiento, pues lo único que cambia son los requisitos para acceder a una u otra especie del despido colectivo (en el *collocamento in mobilità* es necesario

³⁷⁵ Para esta configuración, véase, MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo en el Derecho español. Estudio de su régimen jurídico*, Pamplona, Aranzadi Editorial, 1997, pp. 42 y ss.

³⁷⁶ VENDITTI, L.: “Il licenziamento collettivo riformato”, en VV.AA.: *Il regime dei licenziamenti in Italia e Spagna: ordinamenti a confronto. El régimen de despidos en Italia y España: una comparación de los ordenamientos jurídicos*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017, pp. 391-396.

³⁷⁷ Dentro de este supuesto se integra el despido colectivo por cesación de la actividad (art. 24.2) y los despidos producidos tras el proceso concursal (art. 3.3).

³⁷⁸ MAMMONE, G.: “Capitolo V. La regolazione dei licenziamenti collettivi: itinerari legislativi ed orientamenti giurisprudenziali”, *op. cit.*, pp. 120 y 127-130 con cita en la sentencia del Tribunal Constitucional italiano n.º 6 de 1999 y en la sentencia del Tribunal de Casación de 20 de marzo de 2000, n.º 3271.

³⁷⁹ Siglas de la *cassa integrazione guadagni*, que puede ser *straordinaria* u *ordinaria* (CIGS o CIGO, respectivamente).

que previamente se haya accedido a la *cassa integrazione straordinaria* y en el despido colectivo por reducción de personal no)³⁸⁰.

En cuanto a los requisitos, nos centraremos en los elementos delimitadores del despido colectivo por reducción del personal del art. 24 *Legge* 223/1991, pues al otro supuesto de hecho del despido colectivo tras *cassa integrazione guadagni straordinaria* solo le son aplicables los requisitos que dan acceso a esta figura de sostenimiento de la renta salarial³⁸¹ que, por cuestión de espacio, no es objeto de atención en el presente trabajo³⁸². Para una mejor comprensión de los requisitos o elementos delimitadores del despido colectivo por reducción del personal, estos se pueden clasificar del siguiente modo:

- Elemento cuantitativo-numérico. De una parte, es necesario que la empresa que va a proceder a despedir tenga una plantilla mínima de 15 trabajadores en su conjunto, incluyéndose a los dirigentes³⁸³. Los trabajadores se computan según la ocupación media de los seis meses anteriores al inicio del procedimiento (sentencia del Tribunal de Casación del 21 de enero de 2011, N.º 1465). De otra parte, es necesario que la empresa pretenda efectuar al menos 5 despidos en cada unidad productiva o en varias unidades productivas en el ámbito territorial de una misma provincia³⁸⁴. En este sentido, el legislador no se refiere a la efectiva realización de 5 despidos, sino a la intención de efectuar despidos superando el citado umbral, con independencia de que tras la realización

³⁸⁰ MIMMO, G.: “Il licenziamento collettivo”, *op. cit.*, pp. 335 y 336.

³⁸¹ Por ello, el límite de despidos del art. 24 no es aplicable al despido colectivo tras CIGS. Sobre esta cuestión, cfr., RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P.: “El despido por motivos económico-productivos en el ordenamiento italiano: funciones y disfunciones”, en VV.AA.: *La regulación del despido en Europa. Régimen formal y efectividad práctica*, CRUZ VILLALÓN, J. (Ed.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 171-174.

³⁸² Así lo identifica el art. 4.1 de la *Legge* 223/1991 cuando expresa que “*l’impresa che sia stata ammessa al trattamento straordinario di integrazione salariale, qualora (...) ritenga di non essere in grado di garantire il reimpiego a tutti i lavoratori sospesi e di non poter ricorrere a misure alternative, ha facoltà di avviare la procedura di licenziamento collettivo ai sensi del presente articolo*”. Para un resumen de la *Cassa integrazione guadagni straordinaria*, vid., ESPOSITO, M.; GAETA, L.; ZOPPOLI, A. y ZOPPOLI, L.: *Diritto del lavoro e sindacale*, *op. cit.*, pp. 391 y 392 y RENGÀ, S.: *La tutela del reddito*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022, pp. 121-141.

³⁸³ Los *dirigenti* se incluyen en el despido colectivo italiano tanto en la plantilla computable como en el número de despidos, tras la modificación de la *Legge* 223/1991 introducida por la *Legge* 161/2014 como consecuencia de un incumplimiento de transposición en la Directiva comunitaria (STJUE de 13 de febrero de 2014, *Comisión Europea contra la República Italiana*, C-596/12). El procedimiento de despido colectivo para los dirigentes tiene especialidades en materia de comunicación inicial y consultas, pero sobre todo rige un sistema indemnizatorio diferente (de 12 a 24 mensualidades) para supuestos de vicios de procedimiento y de criterios de selección. Para un estudio más profundo, véase, COLOMBO, D.: “Licenziamento collettivo dei manager”, *Diritto & Pratica del Lavoro*, N.º 5, 2015, pp. 285-289.

³⁸⁴ En aplicación de la doctrina *Ciupa* y *Socha* del TJUE, la sentencia del Tribunal de Casación italiano de 20 de julio de 2020, n. 15401, determina que las dimisiones tras modificaciones sustanciales, las resoluciones consensuadas o las prejubilaciones pueden entrar dentro de la noción de despido colectivo al fin de aplicar el procedimiento de despido colectivo.

del procedimiento de despido colectivo el número de extinciones no llegue a cinco (sentencia del Tribunal de Casación de 22 de noviembre de 2011, N.º 24566)³⁸⁵.

- Elemento causal. El art. 24.1 de la *Legge* 223/1991 indica que las disposiciones del art. 4 que se refieren al procedimiento de despido colectivo se aplican a las empresas que despiden, cumpliendo los requisitos aquí expresados, “*in conseguenza di una riduzione o trasformazione di attivita' o di lavoro*”. Esto es, despidos como consecuencia de una reducción de actividad; de una reducción del trabajo; de una transformación de la actividad; o bien de una transformación del trabajo. Como se puede observar, se trata de una definición causal ciertamente amplia, con recurso a conceptos jurídicos indeterminados, que comprende potencialmente cualquier decisión del empresario de redimensionar el personal de la empresa. También se puede extraer de la configuración legal que las exigencias o valoraciones que sirven de base a la reducción o transformación de la actividad empresarial o del trabajo carecen de valor, y lo que asume el protagonismo es que efectivamente se produzcan tales reducciones o transformaciones³⁸⁶. Y ello se diferencia de la regulación española del despido colectivo, sobre todo respecto a las causas económicas que, si bien ha sido flexibilizada con las últimas reformas, no pone tanto el acento en las consecuencias sino en la misma configuración de la causa (situación económica negativa, como pérdidas actuales o previstas o bien disminución persistente en el nivel de ingresos ordinarios o ventas)³⁸⁷.
- Elemento temporal. Por último, los 5 despidos por las causas indicadas deben de computarse en un arco temporal de 120 días. En efecto, la última oración del apartado primero del art. 24 *Legge* 223/1991 subraya que deberán de tenerse en cuenta todos los despidos que se produzcan en el ámbito temporal de 120 días que sean reconducibles a la misma reducción o transformación a la que se refiere el elemento causal. Por ello, la doctrina entiende que las empresas que quieran reducir su personal deberán de valorar muy bien *ex ante* si deben de llevar o no a cabo procedimiento de despido colectivo, pues si despiden sin desarrollar tal procedimiento por no alcanzar el umbral de 5 despidos no podrán

³⁸⁵ Sobre el elemento cuantitativo-numérico MIMMO, G.: “Il licenziamento collettivo”, *op. cit.*, pp. 339-341.

³⁸⁶ Un estudio más exhaustivo en GAMBACCIANI, M.: *Impresa e lavoro: il nuovo bilanciamento nei licenziamenti collettivi*, Roma, Roma Tre Press, 2017, pp. 63 y ss.

³⁸⁷ PENSABENE LIONTI, G.: “El despido colectivo ante el proceso de reforma en Italia y España”, en VV.AA., *El estatuto de los trabajadores 40 años después. XXX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2020, pp. 1330 y 1331 determina que la regulación española de las causas del despido colectivo es más exhaustiva que la regulación italiana, de carácter más amplia e indefinida. Y de ello deriva, por tanto, la mayor capacidad y margen del juez italiano de apreciar la causa del despido colectivo.

despedir a otros trabajadores por las mismas causas en el período de 120 días con el fin de no superar el límite de despidos del art. 24, so pena de las correspondientes consecuencias jurídicas³⁸⁸.

4.1.3. Las fases del procedimiento de despido colectivo: inicio, desarrollo y desenlace

En el despido colectivo, con el fin de conseguir un equilibrio de intereses entre la tutela del empleo como bien colectivo y la libertad de empresa (o de reorganización empresarial), el ordenamiento jurídico-laboral italiano somete la decisión del empresario a un doble control, primero por parte de los sindicatos y posteriormente, si no se alcanza un acuerdo, a un control por parte de determinados órganos administrativos³⁸⁹. La relevancia social del despido colectivo ya sea por la entidad del número de trabajadores despedidos, ya sea por incardinarse dentro de un instrumento extraordinario de integración salarial, es la base del procedimiento preventivo sindical y administrativo que prevé el art. 4 *Legge* 223/1991, el cual se destina a garantizar un control sobre el programa de despidos y a encontrar soluciones alternativas o complementarias al despido colectivo, sobre todo para aquellos trabajadores cuyo despido no se ha podido evitar³⁹⁰.

El procedimiento de despido colectivo³⁹¹ se inicia con la comunicación empresarial de apertura del período de consulta-negociación, que el art. 4.2 cataloga como una “comunicación preventiva por escrito” y que debe dirigirse a una pluralidad de sujetos sindicales, los cuales tienen cabida tanto en seno de la empresa (representación sindical empresarial³⁹² o representación sindical unitaria³⁹³) como fuera de ella (sindicatos de categoría a los que pertenece la representación sindical empresarial o bien, a falta de representación en la empresa, sindicatos de categoría adheridos a las confederaciones sindicales más representativas)³⁹⁴.

³⁸⁸ TATARELLI, M.: *Il licenziamento individuale e collettivo*, Padova, Cedam, 2006, p. 436.

³⁸⁹ ESPOSITO, M.; GAETA, L.; ZOPPOLI, A. y ZOPPOLI, L.: *Diritto del lavoro e sindacale*, op. cit., pp. 340 y 341.

³⁹⁰ VENDITTI, L.: “Il licenziamento collettivo riformato”, op. cit., p. 396.

³⁹¹ El procedimiento de despido colectivo también se aplica a los empleadores que no tienen ánimo de lucro, por expresa inclusión del Decreto legislativo de 8 de abril de 2004 N.º 110, tras una nueva condena del TJCE en su sentencia de 16 de octubre de 2003 (C-32/02), siempre que se cumplan los requisitos causales, cuantitativo-numérico y temporal. No obstante, tienen un régimen de consecuencias distinto en caso de ilegitimidad del despido colectivo. MAMMONE, G.: “Capitolo V. La regolazione dei licenziamenti collettivi: itinerari legislativi ed orientamenti giurisprudenziali”, op. cit., pp. 126 y 127.

³⁹² Art. 19 *Legge* 300/1970, rubricada *norme sulla tutela della libertà e dignità dei lavoratori, della libertà sindacale e dell'attività sindacale, nei luoghi di lavoro e norme sul collocamento* (también llamada Estatuto de los trabajadores).

³⁹³ A diferencia de la anterior representación, la representación sindical unitaria tiene su origen en la autonomía colectiva (vid., Texto único sobre la representación sindical de 10 de enero de 2014).

³⁹⁴ Para un estudio de la representación sindical en Italia sobre la base de la teoría del “ordenamiento intersindical”, véase, ESPOSITO, M.; GAETA, L.; ZOPPOLI, A. y ZOPPOLI, L.: *Diritto del lavoro e sindacale*, op. cit., pp. 135-182.

Una comunicación que debe de tener un determinado contenido de manera que se permita a los interlocutores sindicales ejercitar de manera transparente y consciente un efectivo control sobre el programa de reducción del personal, evaluando asimismo la posibilidad de implantar medidas sociales de acompañamiento³⁹⁵. En concreto, el art. 4.3 precisa que la comunicación debe de contener: los motivos que determinan la situación de excedente de personal³⁹⁶; los motivos técnicos, organizativos y productivos por los cuales no es posible adoptar medidas idóneas para poner remedio a la situación y evitar en todo o en parte el despido colectivo³⁹⁷; el número y ámbito geográfico y funcional tanto de los trabajadores afectados como del personal habitualmente empleado; los tiempos de actuación del programa de reducción del personal; las medidas programadas para afrontar las consecuencias sobre el plano social de la decisión empresarial o bien los métodos de cálculo de todas aquellas atribuciones patrimoniales que no estén reguladas ni en la legislación ni en la negociación colectiva. Asimismo, deberá de entregarse una copia del contenido de la comunicación al órgano administrativo territorialmente competente según el art. 4.4.

Hasta 7 días después de recibir la comunicación inicial se procede, previa petición del banco social, al examen conjunto entre las partes tanto de las causas que han contribuido a determinar el excedente de personal³⁹⁸ como de las diferentes medidas alternativas (destinadas a evitar el despido colectivo o a reducir el número de despidos) y complementarias (destinadas a atenuar los efectos del despido en la persona de los trabajadores afectados, en especial para su mejor reinserción en el mercado de trabajo) que se pueden implementar tras la consulta-negociación y el acuerdo con los representantes de los trabajadores (art. 4.5 *Legge* 223/1991). Unas consultas que tienen un plazo de 45 días (art. 4.6), reducido a la mitad en caso de que el número de trabajadores afectados sea inferior a 10 (art. 4.8), y que deberán de desarrollarse sin recurrir al cumplimiento meramente formal de las previsiones normativas, recurriendo a fórmulas genéricas o vacías, al igual que deberán de estar guiadas por el principio de

³⁹⁵ MIMMO, G.: “Il licenziamento collettivo”, *op. cit.*, p. 349.

³⁹⁶ Es aconsejable incluir en la comunicación inicial no solo el dato objetivo de la transformación o reducción de la actividad o del trabajo, sino también las exigencias organizativas que han justificado la decisión de redimensionar el personal, sobre todo cuando no se pretende aplicar los criterios de selección sobre el total de la empresa. GAMBACCIANI, M.: *Impresa e lavoro: il nuovo bilanciamento nei licenziamenti collettivi*, *op. cit.*, p. 73.

³⁹⁷ Sobre el alcance de esta obligación, que se cataloga como incierto, véase, GAMBACCIANI, M.: *Impresa e lavoro: il nuovo bilanciamento nei licenziamenti collettivi*, *op. cit.*, pp. 110 y ss.

³⁹⁸ La discusión de las causas en la consulta-negociación es ciertamente importante ya que con posterioridad el control judicial no puede entrar a valorar los motivos específicos de reducción del personal, sino solo la correcta ejecución del procedimiento de despido colectivo. MIMMO, G.: “Il licenziamento collettivo”, *op. cit.*, pp. 329 y 330. En cambio, para ESPOSITO, M.; GAETA, L.; ZOPPOLI, A. y ZOPPOLI, L.: *Diritto del lavoro e sindacale*, *op. cit.*, pp. 342, este “blindaje” de la causa en sede judicial solo opera si existe acuerdo, hasta tal punto que se habla incluso de despido colectivo “acausal”, con cita en diferentes sentencias del Tribunal de Casación (v.gr.: 12122/2015; 4177/2015; 27237/2014...).

lealtad, evitando cualquier comportamiento obstruccionista o dilatorio de cualquiera de las partes³⁹⁹.

Como ya se ha indicado, las consultas con los representantes de los trabajadores tendrán la finalidad de encontrar medidas que eviten o reduzcan la entidad del despido colectivo. Para ello, tal y como indica el propio art. 4.5 de la *Legge* 223/1991, se podrá negociar un *contratto di solidarietà*, el cual está destinado a reducir la jornada de trabajo como vía para evitar total o parcialmente el despido colectivo (contrato de solidaridad defensivo)⁴⁰⁰. Además, también se podrá acudir a otras medidas para recolocar internamente a los trabajadores afectados por el despido colectivo, recurriendo, por ejemplo, a la degradación de funciones que permite el Derecho italiano⁴⁰¹ (lo cual se conoce por la doctrina italiana como *demansionamento*⁴⁰²). O bien se puede acudir a otras formas de gestión flexible del tiempo de trabajo, que pueden ir desde la conversión de contratos a tiempo parcial⁴⁰³; el recurso a la prejubilación en su modalidad de *isopensione*; la anticipación de la jubilación y la conversión del contrato de tiempo completo a tiempo parcial junto con un programa de formación y de nuevas contrataciones, en el ámbito de un programa de reindustrialización o de reorganización (*contratto di espansione*)⁴⁰⁴; o el llamado *comando* o *distacco* a otra empresa (art. 8.3 *Decreto-Legge* 148/1993), por el que se ceden trabajadores a una tercera empresa de forma temporal para evitar la reducción de personal, incluso con modificación *in peius* de las funciones⁴⁰⁵. El mismo art. 4.5 indica que, si no es posible evitar la reducción del personal, también se pueden examinar medidas sociales de acompañamiento destinadas, en particular, a la recualificación y reconversión de las personas trabajadoras despedidas.

Una vez que finaliza la fase de consulta-negociación, el empresario debe de comunicar a la autoridad laboral el resultado de la misma y los motivos de la eventual conclusión negativa (esto es, sin acuerdo). Análoga comunicación puede ser enviada a las asociaciones sindicales de los trabajadores (art. 4.6). En caso de que las consultas finalicen sin acuerdo, la autoridad laboral convocará a las partes con el fin de realizar un

³⁹⁹ VENDITTI, L.: “Il licenziamento collettivo riformato”, *op. cit.*, p. 397, con cita de, entre otros, NATULLO, G.: *Il licenziamento collettivo. Interessi procedure tutele*, Milán, F. Angeli, 2004.

⁴⁰⁰ De hecho, este contrato es una de las causas de acceso a la *cassa integrazione guadagni straordinaria* (art. 21 del Decreto legislativo 148/2015).

⁴⁰¹ *Vid.*, art. 4.11 *Legge* 223/1991 que excepciona el cumplimiento del art. 2103 del Código Civil italiano.

⁴⁰² BINI, S.: “Contributo allo studio del demansionamento del lavoratore in Italia”, *Diritto delle Relazioni Industriali*, N.º 1, 2016, pp. 211-238.

⁴⁰³ Un estudio de las posibilidades de transformación del contrato de trabajo de tiempo completo a tiempo parcial por iniciativa del empleador en BRUN, S.: “Trasformazione dei tempi di lavoro ed esigenze organizzative dell’impresa”, *Rivista italiana di Diritto del lavoro*, N.º 2, 2011, pp. 1-27, versión digital.

⁴⁰⁴ Para un análisis de estas dos últimas medidas alternativas al despido colectivo, cfr., BONOMO, M.; D’ONOFRI, E.; MARESCA, A. y ORLANDO, A.: “Crisi occupazionali e misure alternative ai licenziamenti collettivi”, *Lavoro Diritti Europa. Rivista nuova di Diritto del lavoro*, N.º 3, 2021, versión digital.

⁴⁰⁵ *Vid.*, sentencia de la Corte de Casación italiana de 5 marzo de 2020, n. 6289.

nuevo examen tanto de las causas como de las medidas alternativas o complementarias al despido colectivo, así como formulará propuestas para alcanzar un acuerdo (art. 4.7). Se trata de una fase administrativa que se agota en el plazo de 30 días (reducido a la mitad si los trabajadores afectados son menos de 10 *ex* art. 4.8) a contar desde la comunicación del resultado de la consulta-negociación. Según autorizada doctrina, el control administrativo si bien sirve para diluir en última instancia la adopción de los despidos, también es cierto que poco añade en concreto a lo que ya se pudo hacer durante el procedimiento de negociación sindical⁴⁰⁶.

Como ocurre en el ordenamiento jurídico-laboral español, existe obligación de negociar el despido colectivo con buena fe, pero no existe la obligación de alcanzar acuerdo. En este sentido, el procedimiento podrá finalizar tanto por acuerdo (que podrá subsanar algunos vicios procedimentales)⁴⁰⁷ como por el agotamiento de la fase de consultas sindical y administrativa. En efecto, una vez finalizado el procedimiento de despido colectivo se deberá de comunicar de forma individual y por escrito a los trabajadores despedidos la extinción del contrato de trabajo, respetando los correspondientes plazos de preaviso. Hasta siete días después de la comunicación individual de despido⁴⁰⁸, asimismo, se deberá de comunicar a la autoridad laboral competente y a las asociaciones sindicales correspondientes la lista de trabajadores despedidos con indicación para cada uno de ellos de su lugar de residencia, categoría profesional, edad, carga familiar, así como se detallará de forma precisa la aplicación de los criterios de selección de los trabajadores despedidos según lo dispuesto en el art. 5.1 (art. 4.9)⁴⁰⁹.

En efecto, los criterios de selección de los trabajadores afectados por los despidos colectivos se regulan en el art. 5.1, con la finalidad de que la elección de las personas trabajadoras no quede a la libre voluntad del empresario, sino que se discipline según parámetros objetivos previamente fijados tanto por la autonomía colectiva como por la ley. En concreto, el mencionado artículo especifica que la identificación de los trabajadores despedidos debe de realizarse, por un lado, en relación con las necesidades técnico-productivas y organizativas de la empresa en su conjunto, y, por otro lado, conforme a los criterios previamente establecidos en el convenio colectivo que se

⁴⁰⁶ ESPOSITO, M.; GAETA, L.; ZOPPOLI, A. y ZOPPOLI, L.: *Diritto del lavoro e sindacale*, *op. cit.*, p. 342.

⁴⁰⁷ El art. 4.12 de la *Legge* 223/1991, tras la modificación introducida por la *Legge* 92/2012, expone que los vicios de la comunicación inicial del despido colectivo podrán ser subsanados, para todos los efectos legales, en virtud de acuerdo alcanzado en la consulta-negociación. Cfr., MIMMO, G.: “Il licenziamento collettivo”, *op. cit.*, pp. 357-359, donde se discute si la subsanación debe de quedar explícita o implícita en el acuerdo, aunque de lo que no cabe duda es que debe de existir necesariamente anterior comunicación inicial.

⁴⁰⁸ Este plazo de siete días ha sido introducido por la *Legge* 92/2012, puesto que con anterioridad la comunicación a la autoridad administrativa competente y a las organizaciones sindicales se preveía “simultáneamente” al inicio de las comunicaciones individuales, lo cual producía problemas interpretativos acerca de qué debía de entenderse por simultáneo. MAMMONE, G.: “Capitolo V. La regolazione dei licenziamenti collettivi: itinerari legislativi ed orientamenti giurisprudenziali”, *op. cit.*, pp. 122 y 123.

⁴⁰⁹ Las comunicaciones que se realicen sin respetar la forma escrita y el procedimiento previsto en el art. 4.9 quedarán privadas de eficacia (art. 4.12 de la *Legge* 223/1991).

aplique a la empresa o bien conforme al acuerdo que se haya alcanzado en consultas. En defecto de producto de la autonomía colectiva, el art. 5.1 establece unos criterios legales subsidiarios que deberán de respetarse “en concurso entre ellos”: a) cargas familiares; b) ancianidad; y, de nuevo, c) exigencias técnico-productivas y organizativas.

De este modo, la individualización de los trabajadores a despedir debe de realizarse, en primer lugar, teniendo en cuenta las exigencias técnico-productivas y organizativas de la empresa en su conjunto, lo cual indica que deben de considerarse a todos los trabajadores de la organización empresarial, a menos que el programa de reestructuración empresarial se refiera en exclusiva a una unidad productiva o sector concreto de la empresa dotado de autonomía y especificidad, en el sentido de que los trabajadores afectados desempeñen funciones no comparables a las del resto de trabajadores de otras partes no afectadas de la empresa. En estos casos, el empresario deberá de razonar adecuadamente este extremo en la comunicación inicial del despido colectivo, así como deberá de exponer las razones por las que no puede transferir los trabajadores afectados por la supresión de la unidad productiva a otra próxima geográficamente⁴¹⁰, en una especie de obligación de *repechâge* o *ripescaggio*⁴¹¹.

Dicho lo anterior, los criterios de selección de trabajadores podrán ser determinados en el convenio colectivo aplicable o en el acuerdo alcanzado tras la consulta-negociación, sin que tengan por qué obedecer a los criterios legales predispuestos⁴¹². Eso sí, siempre con respeto, además de a las normas imperativas (observando el porcentaje de mano de obra femenina)⁴¹³ y al principio de no discriminación, al principio de racionalidad, por el cual los criterios acordados deben tener los caracteres propios de la objetividad y de la generalidad y deben ser coherentes con el fin del procedimiento de despido colectivo (sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 30 de junio de 1994, N.º 268)⁴¹⁴. Además, los criterios deben de estar suficientemente precisados y no deben de dejar un margen de aplicación discrecional al empresario (sentencia del Tribunal de Casación de 15 de noviembre de 2022, N.º 33623).

⁴¹⁰ VENDITTI, L.: “Il licenziamento collettivo riformato”, *op. cit.*, p. 408 con cita en sentencia del Tribunal de Casación de 16 de febrero de 2012, N.º 2255, y MIMMO, G.: “Il licenziamento collettivo”, *op. cit.*, pp. 366-368 con cita en sentencias del Tribunal de Casación de fecha de 17 de marzo de 2014, N.º 6112; de 12 de septiembre de 2018, N.º 22178; y de 16 de septiembre de 2016, N.º 18190, entre otras.

⁴¹¹ En contra de que se aplique la construcción jurisprudencial del *repechâge* al despido colectivo GAMBACCIANI, M.: *Impresa e lavoro: il nuovo bilanciamento nei licenziamenti collettivi*, *op. cit.*, pp. 111 y 112.

⁴¹² De hecho, ESPOSITO, M.; GAETA, L.; ZOPPOLI, A. y ZOPPOLI, L.: *Diritto del lavoro e sindacale*, *op. cit.*, p. 342, exponen que, una vez puesta a salvo la tutela antidiscriminatoria, los criterios de selección en el acuerdo tienen casi campo libre en cuanto a su materia.

⁴¹³ El art. 5.2 *Legge* 223/1991 indica que la empresa no puede despedir a un porcentaje de mano de obra femenina superior al porcentaje de mano de obra femenina ocupada respecto a las funciones tomadas en consideración. *Vid.*, sentencia del Tribunal de Casación de 29 de septiembre de 2021, n.º 26454.

⁴¹⁴ MAMMONE, G.: “Capitolo V. La regolazione dei licenziamenti collettivi: itinerari legislativi ed orientamenti giurisprudenziali”, *op. cit.*, p. 135.

Respecto a los criterios legales (cargas familiares; ancianidad y exigencias técnico-productivas y organizativas), estos se aplican de forma subsidiaria a la regulación colectiva y deben de ser valorados de forma conjunta (“en concurso entre ellos”). No obstante, sí que se permite que, a través del peso concedido a cada uno de los criterios recogido de forma debidamente motivada en el acuerdo colectivo y en todo caso en la comunicación final, se privilegie o se dé prevalencia a uno o a dos de los criterios legales, siempre que no esconda discriminación⁴¹⁵. En cualquier caso, parece existir cierto consenso en que se conceda un peso prevalente a los criterios de exigencia empresarial frente al resto de criterios, los llamados “criterios sociales” (cargas familiares y ancianidad). En cuanto a la definición de los criterios sociales, las cargas familiares tienden a valorarse de forma global, siempre que sean los trabajadores los que aporten la documentación necesaria para acreditar un determinado nivel de renta o bien la edad o el estado de salud de algunos de sus familiares. La ancianidad puede interpretarse de dos formas: de un lado, como una ancianidad relacionada con la mayor edad, dando relevancia a la mayor posibilidad que ostentan los jóvenes de encontrar otro trabajo; o bien se opta por una ancianidad en la empresa (antigüedad), donde se reconoce el servicio prestado y la dedicación al puesto de trabajo. Las exigencias técnico-productivas y organizativas, en cambio, se valoran en función de los puestos de trabajo afectados y en mayor interés de la empresa, pero siempre desde factores técnicos objetivos, que se refieren a la competencia, profesionalidad y experiencia laboral⁴¹⁶.

Desde el 1 de enero de 2017⁴¹⁷, la empresa que realice despido colectivo debe de hacer frente a una contribución (denominada “*ticket di licenziamento*”), respecto a cada uno de los trabajadores despedidos, equivalente al 41% del máximo mensual del NASPI (la prestación italiana por desempleo definitivo) por cada doce meses de antigüedad en la empresa en los últimos tres años (art. 2.31 *Legge* 92/2012). Una contribución a la Seguridad Social que se multiplica por tres para el caso de que no se alcance acuerdo (art. 2.35 *Legge* 92/2012). Siguiendo este esquema, la contribución asciende al 81% (a partir del 1 de enero de 2018) cuando el despido colectivo se desarrolle en el marco de la *cassa integrazione guadagni straordinaria* (art. 1.137 *Legge* 205/2017) y se multiplica igualmente por 3 para el caso de que no se alcance acuerdo.

Unido a lo anterior, el empresario deberá de entregar al trabajador despedido el denominado *trattamento di fine rapporto* (TFR), que más que una indemnización por despido supone una retribución diferida que se le entrega con ocasión de cualquier extinción del contrato (con independencia de la causa, incluso por dimisión, y del tipo de contrato)⁴¹⁸. En concreto, dicho importe se calcula en función de lo que establece el

⁴¹⁵ MIMMO, G.: “Il licenziamento collettivo”, *op. cit.*, p. 370 con cita en sentencia del Tribunal de Casación de 13 de diciembre de 2016, N.º 25553.

⁴¹⁶ VENDITTI, L.: “Il licenziamento collettivo riformato”, *op. cit.*, pp. 409 y 410.

⁴¹⁷ Con anterioridad había que abonar la contribución del art. 5.4 de la *Legge* 223/1991 junto con la comunicación inicial.

⁴¹⁸ RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P.: “El despido por motivos económico-productivos en el ordenamiento italiano: funciones y disfunciones”, *op. cit.*, p. 188.

art. 2120 del Código civil italiano⁴¹⁹ sobre la base de la retribución anual de cada año de trabajo dividida por 13,5. El montante se reduce proporcionalmente si el trabajador solo ha trabajado una parte de un determinado año, salvo que esta intermitencia se deba a enfermedad, embarazo, accidente de trabajo o desempeño de cargo electo⁴²⁰.

Por último, en clara sintonía con la Directiva comunitaria sobre despidos colectivos, el art. 15-bis *Legge* 223/1991⁴²¹ establece que las obligaciones de información, consulta y comunicación deberán de cumplirse con independencia de que quien haya tomado la decisión de realizar el despido colectivo sea la empresa que controle al empleador en cuestión. Es más, el empleador que infrinja tales obligaciones no podrá alegar la falta de transmisión de información, por parte de la empresa que lo controla, relativa a las decisiones que han determinado la apertura del procedimiento de despido colectivo⁴²².

4.1.4. Mecanismos de tutela judicial del despido colectivo tras las diferentes reformas

El control judicial del despido colectivo ha sufrido importantes modificaciones en los últimos tiempos, sobre todo en lo que tiene que ver con los efectos de la calificación judicial. Con anterioridad a la *Ley Fornero* de 2012 el artículo 5.3 *Legge* 223/1991 no distinguía entre las consecuencias del despido colectivo viciado, ya fuera por violación de la forma escrita, del proceso o de los criterios de selección, imponiendo para todos ellos la reintegración o readmisión en el puesto de trabajo (tutela real). No obstante, la violación de los criterios de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo no imponía la repetición del procedimiento, pues el empresario podía despedir, aplicando correctamente los criterios, a un número igual a los trabajadores readmitidos, dando previa comunicación a los representantes de los trabajadores (art. 17)⁴²³.

Sin embargo, con la reforma del año 2012 y con la *Jobs Act* del año 2015 se produce un progresivo cambio de modelo en el que se prima la tutela obligatoria o rescabitoria frente a la tutela real o de readmisión⁴²⁴, sobre la base de un planteamiento

⁴¹⁹ *Regio Decreto* 16 marzo 1942, n. 262. *Approvazione del testo del Codice civile*.

⁴²⁰ ALES, E. y D'AVINO, E.: "Italy", en VV.AA.: *Restatement of Labour Law in Europe Volume III: Dismissal Protection*, edición a cargo de WAAS, B., publicada por C.H.Beck, Hart y Nomos, 2023, pp. 610 y 611.

⁴²¹ Artículo introducido por el art. 4 del Decreto legislativo de 26 de mayo de 1997, N.º 151, como transposición de la Directiva 92/56/CEE.

⁴²² Un tratamiento exhaustivo de los grupos de empresas en el despido colectivo italiano en LOREA, L.: *Licenziamento collettivo, gruppi di imprese e tutele dei lavoratori*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2021, *passim*.

⁴²³ VENDITTI, L.: "Il licenziamento collettivo riformato", *op. cit.*, p. 411.

⁴²⁴ Este proceso también se ha vivido en España con el despido en general como ilustrativamente lo afirma ORTEGA LOZANO, P.G.: *Poderes empresariales y resolución del contrato de trabajo por incumplimiento del trabajador. España e Italia*, Granada, Comares, 2020, p. 5: "Es evidente que en la práctica jurídica prevalece el modelo de readmisión intercambiable por dinero —en otros términos, la no readmisión del trabajador a cambio de asumir el coste económico de despedir; en

neoliberal no demostrado por el cual la protección frente al despido “en sentido fuerte” entra en contradicción con el progreso económico y lastró la economía⁴²⁵. En efecto, frente a la pasada respuesta unitaria que daba el art. 5.3 *Legge* 223/1991, la *Legge* 92/2012 modifica el mencionado artículo y el artículo 18 del Estatuto de los trabajadores italiano⁴²⁶ para incluir una triple sanción en función del correspondiente vicio del procedimiento de despido colectivo.

Así, para el caso de la falta de comunicación escrita (despido colectivo realizado de forma verbal o en ausencia total de procedimiento) el art. 18.1 *Legge* 300/1970 establece la llamada “tutela reintegradora plena o fuerte”, que consiste en la readmisión obligatoria más una indemnización por el daño sufrido proporcional a los salarios dejados de percibir desde el despido hasta la fecha de la readmisión, con un límite mínimo de 5 meses de salario (“tutela resarcitoria plena”), debiendo de satisfacer la contribución correspondiente a la Seguridad Social. Por otro lado, en cuanto a la aplicación incorrecta de los criterios de selección acordados colectivamente o de carácter legal, el art. 5.3 *Legge* 223/1991 remite al art. 18.4 del Estatuto de los trabajadores, donde se sigue estableciendo como consecuencia la readmisión en el puesto de trabajo y la indemnización por los salarios dejados de percibir, aunque esta última ha sido reducida con la reforma de 2012 a un límite máximo de doce mensualidades (“tutela reintegradora débil”) ⁴²⁷. En último lugar, la violación del procedimiento previsto en el art. 4.12 *Legge* 223/1991, que se refiere tanto a la comunicación inicial o de apertura como a la comunicación final (ya sea por incumplimiento del contenido o de los destinatarios) ⁴²⁸, produce tan solo la indemnización que prevé el art. 18.5 *Legge* 300/1970 ⁴²⁹, la cual consiste en una cuantía de entre un mínimo de 12 y un máximo de 24 mensualidades ⁴³⁰, fijada en relación con la antigüedad del trabajador y teniendo en cuenta el tamaño de la empresa, la actividad económica o el comportamiento y las condiciones de las partes.

la praxis, la denominada estabilidad obligacional— sobre el modelo de la readmisión obligatoria para todo despido sin causa y sin forma —la denominada estabilidad real—. Este es el modelo legal vigente: las transformaciones sufridas evidencian que evolucionamos hacia un despido cada vez más libre y menos indemnizado —desistimiento unilateral ad nutum—; en suma, hacia un nuevo derecho flexible del trabajo”.

⁴²⁵ SPEZIALE, V.: “La nueva regulación en Italia del contrato indefinido a “tutela creciente” entre el Derecho y el Economicismo y los imperativos constitucionales”, *Temas laborales*, N.º 131, 2015, pp. 14-22.

⁴²⁶ *Legge* 20 maggio 1970, n. 300. *Norme sulla tutela della libert  e dignit  dei lavoratori, della libert  sindacale e dell'attivit  sindacale, nei luoghi di lavoro e norme sul collocamento*.

⁴²⁷ ESPOSITO, M.; GAETA, L.; ZOPPOLI, A. y ZOPPOLI, L.: *Diritto del lavoro e sindacale*, op. cit., p. 334.

⁴²⁸ MIMMO, G.: “Il licenziamento collettivo”, op. cit., op. cit., p. 376 con cita en sentencia del Tribunal de Casación del 22 de septiembre de 2016, N.º 19320.

⁴²⁹ Sobre el problemático reenvío del art. 5.3 *Legge* 223/1991 al art. 18 del Estatuto de los trabajadores italiano, véase, ALBI, P.: “La riforma Monti-Fonero e i licenziamenti collettivi”, *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” .IT*, N.º 161, 2012, pp. 5 y 6.

⁴³⁰ GAMBACCIANI, M.: *Impresa e lavoro: il nuovo bilanciamento nei licenziamenti collettivi*, op. cit., pp. 194 y 195 indica que esta tutela indemnizatoria no coincide con la prevista para los defectos formales o procedimentales del despido individual, que es más reducida en este último, puesto que asumen mayor relevancia dichos incumplimientos en el procedimiento de despido colectivo.

En cambio, tras la reforma introducida por el Decreto legislativo 23/2015⁴³¹, parte fundamental de la *Jobs Act*, se ha introducido un régimen sancionador más flexible para los trabajadores contratados desde el 7 de marzo de 2015 (estos son titulares de los llamados contratos “*a tutele crescenti*” puesto que la indemnización se calcula sobre la antigüedad del trabajador). En efecto, el art. 10 del Decreto legislativo 23/2015 ya solo prevé la readmisión para el caso de despido colectivo llevado a cabo en ausencia de forma escrita (reenvía al art. 2 de la misma norma), junto con la correspondiente tutela resarcitoria plena. Por el contrario, según el art. 10 ahora los defectos de procedimiento y la violación de los criterios de selección se regulan por el art. 3.1 del Decreto legislativo, donde se establece una tutela indemnizatoria de un importe no inferior a 6 y no superior a 36 mensualidades, cuantía que ha sido incrementada por la *Legge* 96/2018⁴³². Este último artículo, el 3.1., ha sido declarado inconstitucional en parte por el Tribunal Constitucional italiano, en su sentencia 194/2018, en el sentido de que atendiendo a la doble función de la indemnización (resarcitoria y disuasoria) no puede calcularse el importe sobre la única base de la antigüedad⁴³³. Por ello, es necesario que los tribunales tengan en cuenta otras cuestiones en la cuantificación de la indemnización como el número de trabajadores contratados, la dimensión de la actividad económica o el comportamiento y condiciones de las partes⁴³⁴. En cambio, el límite o tope máximo en la indemnización sigue estando vigente, algo que ya ha sido declarado contrario al art. 24 de la Carta Social Europea revisada por el propio Comité Europeo de Derechos Sociales (decisión sobre el fondo de 11 de septiembre de 2019, *Confederazione Generale Italiana del Lavoro* (CGIL) contra Italia, reclamación colectiva 158/2017).

En definitiva, se establece un complejo y diverso control judicial, con sus correspondientes efectos, en función del tipo de defecto del que adolezca el despido colectivo y, a su vez, en función de que el trabajador haya sido contratado en una o en otra determinada fecha. Distintos regímenes de tutela que, como se puede imaginar, dan lugar a numerosos problemas aplicativos. Situación que se complica, a su vez, habida cuenta de que también se prevé un distinto régimen de control judicial en función del tamaño de la empresa. En este sentido, el umbral cuantitativo-numérico de la *Legge* 223/1991 no coincide con el previsto en el art. 18 del Estatuto de los trabajadores, que se reserva para empresas que ocupen a más de 15 trabajadores en la unidad productiva afectada por el despido colectivo o bien a más de 60 trabajadores en el conjunto de la empresa. Por ello, pueden darse situaciones en las que se despidan colectivamente a trabajadores *ex art. 24.1 Legge* 223/1991 con contrato anterior al 7 de

⁴³¹ Decreto Legislativo 4 marzo 2015, n. 23. *Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, in attuazione della legge 10 dicembre 2014*, n. 183.

⁴³² *Legge* 9 agosto 2018, n. 96. *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 12 luglio 2018, n. 87, recante disposizioni urgenti per la dignità dei lavoratori e delle imprese*.

⁴³³ En concreto, ha sido declarado inconstitucional del art. 3.1 lo siguiente: “*di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio*”.

⁴³⁴ CARINCI, M.T.: “El rediseño constitucional de la tutela contra el despido individual en Italia”, *Trabajo y Derecho*, N.º 60, 2019, pp. 14-30.

marzo de 2015 pero no se alcance el límite del art. 18 del Estatuto. En estos casos, se ha venido aplicando el art. 8 *Legge* 604/66 para los despidos individuales. Sin embargo, si se llega al umbral del art. 18 del Estatuto por contrataciones a “*tutele crescenti*” en la unidad productiva afectada, el art. 1.3 Decreto legislativo 23/2015 dictamina que todas las extinciones, incluso las de contratos anteriores al 7 de marzo de 2015, se regirán por lo establecido en el decreto legislativo mencionado⁴³⁵.

Como se puede observar, la regulación de los efectos del control judicial del despido colectivo no prevé una referencia expresa al control causal. Ello se debe a que según reiterada jurisprudencia el juez no puede entrar a valorar los motivos específicos de reducción de personal, pues con la “procedimentalización” del despido colectivo este control de las causas para despedir se ha trasladado a la fase sindical y administrativa preventiva, por ser más idónea⁴³⁶. Incluso ocurre que, en caso de acuerdo alcanzado en consulta-negociación, el control judicial es normalmente excluido de los presupuestos sustanciales del despido, hasta tal punto que se habla de despido colectivo “acausal”⁴³⁷.

En cualquier caso, la decisión de reducir o transformar la actividad o el trabajo y, por ende, de reducir el personal, se sitúa en la esfera de la libertad de empresa (art. 41 de la Constitución Italiana), por lo que el juez no puede entrar a valorar tal decisión sobre “evaluaciones de oportunidad, racionalidad o conveniencia”⁴³⁸. De este modo, el control del juez se circunscribe, más que a la justificación causal, al correcto desarrollo del procedimiento de despido colectivo (aunque también es cierto que se puede dar el control de la causa en relación con los criterios de selección de los trabajadores afectados). Ahora bien, ello no impide que el juez pueda controlar exclusivamente las causas para comprobar si la declarada decisión organizativa, comparando los hechos concretos con los aducidos en el despido colectivo, es falsa o fraudulenta. Razones falsas o inexistentes comunicadas a los representantes de los trabajadores que viciarán el entero procedimiento de despido colectivo, si bien es cierto que pueden darse mayores dificultades probatorias si existe acuerdo⁴³⁹.

Como ni la *Legge* 300/1970 ni el *Decreto Legislativo* 23/2015 establecen las consecuencias jurídicas de un despido colectivo llevado a cabo sin reunir el elemento causal, la doctrina afirma que deben de aplicarse las consecuencias para el despido

⁴³⁵ Sobre las dificultades interpretativas de ello, cfr., DE MOZZI, B.: “Questioni introduttive in tema di licenziamento collettivo nel c.d. Jobs Act”, *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” .IT*, N.º 353, 2018, pp. 5-10.

⁴³⁶ MIMMO, G.: “Il licenziamento collettivo”, *op. cit.*, pp. 329-330 y 374, con cita en las sentencias del Tribunal de Casación de 11 de marzo de 2011, n. 5884; de 20 de junio de 2012, n. 10126; de fecha de 26 de agosto de 2013, n. 19576; y de 17 de junio de 2016, n. 12588.

⁴³⁷ ESPOSITO, M.; GAETA, L.; ZOPPOLI, A. y ZOPPOLI, L.: *Diritto del lavoro e sindacale*, *op. cit.*, p. 342, con cita en las sentencias del Tribunal de Casación, entre otras, 13381/2008; 9697/2013; 16448/2013; 8971/2014; 27237/2014; 4177/2015; 12122/2015.

⁴³⁸ GAMBACCIANI, M.: *Impresa e lavoro: il nuovo bilanciamento nei licenziamenti collettivi*, *op. cit.*, p. 73. En la jurisprudencia española también se prohíben los “juicios de oportunidad” a la hora del control judicial del despido colectivo (*vid.*, SSTs de 27 de enero 2014, rec. 100/2013 y de 26 de marzo 2014, rec. 158/2013).

⁴³⁹ VENDITTI, L.: “Il licenziamento collettivo riformato”, *op. cit.*, pp. 416 y 417.

individual⁴⁴⁰. En este sentido, a las personas trabajadoras contratadas antes del 7 de marzo de 2015 se les deberá de aplicar la “tutela reintegradora débil” en caso de “manifiesta⁴⁴¹ inexistencia del hecho” (en todo caso, según la Sentencia del Tribunal Constitucional 59/2021) o bien la “tutela obligatoria ordinaria” en caso de falta de motivación (respectivamente, arts. 18.7 y 18.5 del Estatuto de los trabajadores italiano). Para los contratados después del 7 de marzo de 2015, el art. 3.1 Decreto legislativo 23/2015 solo prevé una sanción indemnizatoria en caso de despido por justificado motivo objetivo que esté privado de sus extremos (se entiende causales)⁴⁴². Otra posibilidad para conseguir la tutela real o reintegradora, al margen de que el despido adoptado sin procedimiento sindical o sobre la base de información incompleta o no veraz se considere equivalente al despido oral, es que se pruebe que el nexo causal existente en el criterio de selección del trabajador afectado esconde un motivo discriminatorio (art. 2 DL 23/2015)⁴⁴³.

4.2. El nuevo procedimiento italiano de despido colectivo pretendidamente denominado “anti-deslocalizaciones”

Tras el fin del bloqueo de despidos como respuesta a la crisis pandémica de la COVID-19 en Italia⁴⁴⁴, empezaron a producirse los primeros despidos por causas empresariales. Algunos de los cuales causaron tanto revuelo social y mediático, como el despido colectivo anunciado en la fábrica de GKN en *Campi Bisenzio*⁴⁴⁵, que pueden considerarse incluso como los precursores del nuevo procedimiento “anti-deslocalizaciones” italiano⁴⁴⁶.

⁴⁴⁰ MIMMO, G.: “Il licenziamento collettivo”, *op. cit.*, pp. 373 y 374, citando a NATULLO, G.: *Il licenziamento collettivo. Interessi procedure tutele*, *op. cit.*

⁴⁴¹ La sentencia del Tribunal Constitucional italiano 125/2022, de 19 de mayo, ha declarado inconstitucional el término “manifiesta” por vulnerar el principio de igualdad del art. 3.1 de la Constitución itálica.

⁴⁴² ESPOSITO, M.; GAETA, L.; ZOPPOLI, A. y ZOPPOLI, L.: *Diritto del lavoro e sindacale*, *op. cit.*, pp. 332-336 y 342.

⁴⁴³ VENDITTI, L.: “Il licenziamento collettivo riformato”, *op. cit.*, pp. 420 y 421.

⁴⁴⁴ Una medida que se introdujo por primera vez en el art. 46 *Decreto-Legge* 17 marzo 2020, n. 18. *Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*, y que estuvo vigente hasta el 30 de junio de 2021, salvo para determinadas actividades que estuvo vigente hasta octubre del mismo año. Un estudio más detallado del bloqueo de despidos en Italia en QUARANTA, M.: “Il nuovo tabù ai tempi del Covid: dallo Statuto dei Lavoratori al blocco dei licenziamenti”, en VV.AA.: *Mezzo secolo dallo statuto dei lavoratori. Politiche del diritto e cultura giuridica II*, a cargo de ESPOSITO, M.; LUCIANI, V. y ZOPPOLI, A., Nápoles, Editoriale Scientifica, 2021, pp. 133-142.

⁴⁴⁵ Para una visión de la reestructuración de GKN y su influencia sobre la nueva regulación, véase, COMO, E.: “Italia: “¡Sublevémonos!”. GKN, un conflicto ejemplar”, *Sinpermiso. República y socialismo, también para el siglo XXI*, entrada de 29 de septiembre de 2021, disponible en: <https://www.sinpermiso.info/textos/italia-sublevemonos-gkn-un-conflicto-ejemplar> (visitada el 20 de febrero de 2023).

⁴⁴⁶ Así lo afirman CORTI, M. y SARTORI, A.: “La riforma delle politiche passive e attive del lavoro. La nuova CIG, l'avvio di gol e il lancio del piano nuove competenze”, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, N.º 2, 2022, p. 73.

En efecto, con la Ley de Presupuestos para el año 2022 se introduce en el ordenamiento jurídico-laboral italiano un nuevo procedimiento preventivo que es necesario de seguir para el caso de que una gran empresa pretenda cerrar una unidad productiva y despedir a más de 50 trabajadores (*Legge* 234/2021⁴⁴⁷, art. 1, apartados 224-237). Con esta regulación se persigue limitar las deslocalizaciones⁴⁴⁸ de empresas solventes del territorio italiano (aunque, como se observará con posterioridad, el ámbito de aplicación de la ley es mucho más amplio), en la línea de lo que ya se había hecho con anteriores previsiones normativas, como el art. 1.60 de la *Legge* 147/2013 o las medidas del *Decreto-Legge* 87/2018 (el denominado “*decreto dignità*”), que buscan la devolución de ayudas públicas recibidas si se produce la transferencia al extranjero de la empresa dentro de un determinado período de tiempo tras haber recibido tales ayudas, se alcanza un determinado umbral de despidos y el país de destino es extracomunitario⁴⁴⁹ (lo que se denominan las deslocalizaciones *take and go*⁴⁵⁰).

4.2.1. Elementos configuradores

El nuevo “pre-procedimiento” de consulta-negociación en caso de despido colectivo se aplica en el caso de que se cumplan los siguientes requisitos de forma acumulativa⁴⁵¹:

- Que el año anterior al procedimiento la empresa haya empleado a al menos 250 trabajadores (por ello, se trata de una regulación que se aplica a grandes empresas).
- Que se despidan (o se tenga la intención de despedir) a un número no inferior de 50 trabajadores.

⁴⁴⁷ *Legge* 30 dicembre 2021, n. 234. *Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2022 e bilancio pluriennale per il triennio 2022-2024*.

⁴⁴⁸ Para BAYLOS GRAU, A.: *Deslocalizaciones de empresas y despidos colectivos*, Albacete, Bomarzo, 2022, pp. 11 y ss., el significado de la deslocalización de empresas está íntimamente relacionado con la globalización. Así, por deslocalización se puede entender el cierre total o parcial de una empresa y su traslado al extranjero, fuera del territorio nacional donde se encontraban sus instalaciones, transfiriendo sus capacidades de producción a un nuevo enclave para mejorar la posición competitiva de la empresa (ya sea para ahorrar en costes de producción y sobre todo costes salariales, obtener ventajas fiscales, ayudas o subvenciones públicas, cesión de suelo público, legislación laboral más flexible, compromisos medioambientales más laxos, etc.).

⁴⁴⁹ RETTORI, A.: “Delocalizzazioni: i numeri e le leggi. Collettivo GKN vs Stato”, *Paginauno. Rivista di approfondimento politico e culturale*, entrada de 20 de abril de 2022, disponible en: <https://rivistapaginauno.it/delocalizzazioni-numeri-leggi-collettivo-gkn-stato/> (visitada el 15/02/2023) donde se analiza cuantitativamente el fenómeno de la deslocalización en Europa y en Italia y se critica, asimismo, las medidas anti-deslocalización al centrarse en países extracomunitarios y quedar acreditado que la mayoría de tales operaciones tienen como destino países comunitarios de Europa del Este.

⁴⁵⁰ ROMEI, R.: “La nuova procedura in caso di cessazione di una attività produttiva”, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, N.º 1, 2022, *op. cit.*, pp. 31 y 32.

⁴⁵¹ BOFFI, D. y DE MENECH, L.: “Misure più stringenti per evitare la chiusura di aziende e licenziamenti collettivi”, *JD Supra*, entrada de 29 de septiembre de 2022, disponible en: <https://www.jdsupra.com/legalnews/misure-piu-stringenti-per-evitare-la-6178858/> (visitada el 18 de febrero de 2023).

- Que tales despidos se produzcan como consecuencia de que se intente proceder al cierre de una sede, de un establecimiento, de una filial o de una oficina o de un departamento autónomo situado en territorio nacional italiano, con cesación definitiva de la actividad⁴⁵². Se refiere, por tanto, al cierre y al cese de la actividad de una unidad productiva autónoma⁴⁵³.
- Que la empresa no se encuentre en una situación de desequilibrio patrimonial o económico-financiero que haga posible la crisis o insolvencia, así como acceder al procedimiento de composición negociada para la solución de la crisis empresarial (*Decreto-Legge* 118/2021⁴⁵⁴). Ante la exclusión de las empresas en situación “pre-concursal” de este nuevo procedimiento y el silencio respecto a las concursadas, parece razonable pensar que dicha exclusión se extiende también a las empresas ya inmersas en el proceso concursal⁴⁵⁵ (*vid.*, *Codice della crisi di impresa e dell’insolvenza*⁴⁵⁶).

Como se deduce de tales elementos configuradores, la obligación de información y consulta que se establece en este caso por la *Legge* 234/2021 no se circunscribe al fenómeno de la deslocalización, ya que esta representa un círculo concéntrico dentro de un área mucho más amplia, que comprende incluso el supuesto de la cesación de la actividad y cierre de un establecimiento al que no le sigue una deslocalización de la actividad productiva. Por ello, es más preciso hablar de un nuevo procedimiento de consulta-negociación en caso de cesación de la actividad productiva realizada por una gran empresa que de un procedimiento “anti-deslocalización”, pues lo que realmente asume el protagonismo es el cierre de una unidad productiva autónoma, caracterizado por la correspondiente cesación definitiva de la actividad, con independencia de la transferencia de dicha unidad a otra región del país o al exterior⁴⁵⁷.

⁴⁵² Sobre las dificultades interpretativas de este requisito, cfr., ROMEI, R.: “La nuova procedura in caso di cessazione di una attività produttiva”, *op. cit.*, pp. 34 y 35. Por ejemplo, puede ocurrir que se cierre la unidad productiva y se supere el límite de 50 despidos pero que no se produzca el cese de la actividad productiva ya que esta, si bien reducida, puede ser transferida a otra unidad productiva.

⁴⁵³ Para el concepto de unidad productiva véase art. 35 *Legge* 300/1970 y jurisprudencia del Tribunal de Casación de 30 de septiembre de 2014, n. 20600, y de 30 de julio de 2019, n. 30520, que interpreta como unidad productiva cualquier articulación autónoma de la empresa que tenga, bajo el perfil funcional, idoneidad para desarrollar, en todo o en parte, la actividad de la empresa, constituyéndose como un componente organizativo dotado de tal independencia técnica y organizativa que pueda ser una fracción de la actividad productiva empresarial.

⁴⁵⁴ *Decreto-Legge* 24 agosto 2021, n. 118. *Misure urgenti in materia di crisi d’impresa e di risanamento aziendale, nonché ulteriori misure urgenti in materia di giustizia*.

⁴⁵⁵ Sobre esta interpretación, cfr., ROMEI, R.: “La nuova procedura in caso di cessazione di una attività produttiva”, *op. cit.*, p. 43.

⁴⁵⁶ Decreto legislativo 14/2019, comentado en PENSABENE LIONTI, G.: “El despido colectivo ante el proceso de reforma en Italia y España”, *op. cit.*, *passim*.

⁴⁵⁷ ROMEI, R.: “La nuova procedura in caso di cessazione di una attività produttiva”, *op. cit.*, pp. 29-34.

4.2.2. Las fases del “pre-procedimiento” de despido colectivo para grandes empresas: el reforzamiento de la reestructuración socialmente responsable

Como se ha indicado, el procedimiento de despido colectivo por cierre y cesación de la actividad productiva en grandes empresas se encuentra recogido en el art. 1, apartados 224-237, de la Ley de Presupuestos italiana para el año 2022. Un procedimiento que ha sido reformado por el denominado Decreto *Aiuti Ter* (*Decreto-Legge* 144/2022)⁴⁵⁸ con el fin de incrementar el período de tiempo destinado a la discusión entre las partes del plan social, y que se configura como una fase previa que debe de realizarse con anterioridad al inicio del procedimiento común de despido colectivo del art. 4 *Legge* 223/1991. De este modo, el “pre-procedimiento” de despido colectivo se configura como una añadidura respecto a lo que establece la Directiva comunitaria 98/59⁴⁵⁹.

Es más, el art. 1.233 de la Ley de Presupuestos de 2022 indica que antes de la conclusión del examen del plan o de la eventual suscripción de este, el empresario no podrá iniciar el procedimiento ordinario de despido colectivo, al igual que tampoco podrá realizar despidos individuales o plurales por justificado motivo objetivo. Por tanto, en caso de que se produzcan tales despidos sin observancia de la comunicación escrita que regula el nuevo procedimiento o bien se produzcan antes del período de 180 días⁴⁶⁰ o el menor período que determine la suscripción del plan, estos serán declarados como nulos (art. 1. 227 *Legge* 234/2021). En otras palabras, la Ley de Presupuestos italiana para 2022 establece un bloqueo de despidos económicos hasta que no se agote el “pre-procedimiento” de despido colectivo⁴⁶¹.

En efecto, la *Legge* 234/2021 introduce en el ordenamiento jurídico-laboral de despido colectivo italiano un nuevo procedimiento preventivo y anterior al procedimiento ordinario, en un intento de “garantizar la salvaguardia del tejido ocupacional y productivo” (así lo refiere el art. 1.224). En concreto, el legislador amplía las obligaciones informativas y obliga a las grandes empresas que pretendan cerrar una unidad productiva con cese de su actividad a que presenten un plan para limitar los efectos ocupacionales y económicos derivados del cierre empresarial, todo ello

⁴⁵⁸ *Decreto-Legge* 23 settembre 2022, n. 144. *Ulteriori misure urgenti in materia di politica energetica nazionale, produttività delle imprese, politiche sociali e per la realizzazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR)*.

⁴⁵⁹ En cambio, para ROMEI, R.: “La nuova procedura in caso di cessazione di una attività produttiva”, *op. cit.*, p. 38 el nuevo procedimiento no puede entenderse como un desarrollo o aplicación de la Directiva.

⁴⁶⁰ Este período se compone del tiempo máximo de días del que dispone el empleador para presentar el plan (60 días desde la comunicación de intención de cierre), más el tiempo destinado a la discusión del plan para alcanzar acuerdo con el banco social (120 días).

⁴⁶¹ Para ROMEI, R.: “La nuova procedura in caso di cessazione di una attività produttiva”, *op. cit.*, pp. 45 y 46 la diferencia entre lo dispuesto en el art. 1.233 y el art. 1.227 reside en que es este último precepto el que establece el período de nulidad de los despidos económicos en 180 días, sin que la previsión del art. 1.233 pueda extender la nulidad más allá del período de 180 días sobre la base de que las partes hayan acordado prorrogar el período destinado al examen conjunto del plan.

acompañado de un alargamiento de los tiempos para proceder a la negociación del contenido del plan (con el Decreto *Aiuti Ter* se pasa de 30 días para las discusiones a 120 días). En definitiva, lo que se pretende es reforzar la obligación de negociar un acuerdo que prevea medidas alternativas o complementarias al despido colectivo⁴⁶².

De este modo, cuando concurren los elementos configuradores del supuesto de hecho ya explicitados, el empresario deberá de comunicar la intención de proceder al cierre empresarial al menos 180 días antes del inicio del procedimiento ordinario o común de despido colectivo⁴⁶³. Esta comunicación deberá de contener la siguiente información: las razones económicas, financieras, técnicas u organizativas del cierre; el número y los perfiles profesionales del personal ocupado y el plazo dentro del cual se prevé el cierre de la actividad productiva (art. 1.227 *Legge* 234/2021). Según el art. 1.224 dicha comunicación preventiva deberá de dirigirse a la representación sindical empresarial o unitaria, a las sedes territoriales de las asociaciones sindicales de categoría comparativamente más representativas a nivel nacional y, a su vez, a las regiones interesadas, al Ministerio de Trabajo y de las Políticas Sociales, al Ministerio de Desarrollo Económico y a la Agencia Nacional para las políticas activas del trabajo (denominada ANPAL).

Hasta 60 días después de la comunicación preventiva, el empresario deberá de elaborar un plan para limitar las pérdidas ocupacionales y económicas derivadas del cierre⁴⁶⁴. Este plan deberá de presentarse ante los mismos sujetos que indica el art. 1.224⁴⁶⁵ y no podrá tener una duración superior a 12 meses. El contenido del plan, que podemos denominar “plan social” o “plan de acompañamiento social” si se opta por la denominación que recibía un plan similar en el ordenamiento jurídico-laboral español antes de la Reforma laboral de 2012, deberá de versar sobre (art. 1.228 *Legge* 234/2021):

- Las acciones programas para salvaguardar los niveles ocupacionales (medidas alternativas al despido colectivo, que busquen evitar o reducir el número de despidos) y aquellas intervenciones para la gestión no traumática de los posibles excedentes, como el recurso a los llamados “amortiguadores sociales”, la recolocación de los trabajadores en otras

⁴⁶² En concreto, el período destinado a la consulta-negociación del despido colectivo se ha extendido para el supuesto de hecho aquí expuesto desde los 75 días de la *Legge* 223/1991 hasta un máximo de 255 días (180 del pre-procedimiento y 75 días del procedimiento común —incluyendo fase sindical y administrativa—).

⁴⁶³ La *Legge* 17 novembre 2022, n. 175 ha modificado el art. 1.227 *Legge* 234/2021, pues a pesar de que el Decreto *Aiuti Ter* amplió el periodo de negociación del plan no modificó el plazo en el que debía de entregarse la comunicación de la intención de proceder al cierre empresarial. Es decir, con esta intervención normativa se pasa de los 90 días anteriores a los 180 días actuales, lo cual es coherente con la ampliación del tiempo de negociación del plan. Sobre los anteriores desajustes normativos, *vid.*, BOFFI, D. y DE MENECH, L.: “Misure più stringenti per evitare la chiusura di aziende e licenziamenti collettivi”, *op. cit.*, versión digital.

⁴⁶⁴ Para ROMEL, R.: “La nuova procedura in caso di cessazione di una attività produttiva”, *op. cit.*, p. 43, el plazo de 60 días es exiguo si se tiene en cuenta el amplio contenido del plan.

⁴⁶⁵ A excepción de las sedes territoriales de las asociaciones sindicales de categoría comparativamente más representativas a nivel nacional.

empresas y las medidas de incentivo al éxodo o a la salida de la empresa a través de bajas voluntarias indemnizadas (medidas complementarias, que busquen reducir los efectos traumáticos del despido en la persona trabajadora afectada por la operación de reestructuración).

- Las acciones precisas para fomentar la reocupación o la reinserción laboral y el autoempleo, como aquellas destinadas a la formación y a la recualificación profesional, incluso recurriendo a los fondos interprofesionales⁴⁶⁶. El art. 1.230 precisa que tales actuaciones pueden ser cofinanciadas por las autoridades competentes de las regiones interesadas en el ámbito de sus competencias en políticas activas de empleo.
- Las perspectivas de cesión de la empresa en su totalidad o en parte con la finalidad de continuar la actividad, incluso con la cesión de la empresa en todo o en parte a los mismos trabajadores o a las cooperativas que ellos constituyan.
- Los eventuales proyectos de reconversión del entorno productivo, también con finalidades socio-culturales a favor del territorio interesado.
- Los tiempos y las modalidades de actuación de las acciones previstas.

Además, los trabajadores afectados por el plan accederán al *programma Garanzia di occupabilità dei lavoratori* (GOL), que se constituye como una medida de desarrollo del Plan Nacional de Recuperación y Resiliencia para Italia para canalizar los fondos europeos *Next Generation EU*, y que tiene como fin mejorar las políticas activas de empleo, ya sea en el acceso a la información del mercado de trabajo ya sea en la prestación de los servicios personalizados de orientación, reciclaje y reubicación de trabajadores⁴⁶⁷. En este sentido, se deberán de comunicar los trabajadores afectados al ANPAL para que los ponga a disposición de las regiones interesadas competentes (art. 1.232 *Legge* 234/2021). Los trabajadores afectados por el plan suscrito también podrán beneficiarse del mecanismo extraordinario de integración salarial del art. 22.ter del Decreto legislativo 148/2015⁴⁶⁸, con el límite presupuestario correspondiente (art. 1.229 *Legge* 234/2021), el cual debe de constituirse mediante un acuerdo sindical denominado “acuerdo de transición ocupacional”, donde deben de contenerse todas las medidas

⁴⁶⁶ Los fondos paritarios interprofesionales nacionales para la formación continua (*Fondi paritetici interprofessionali nazionali per la formazione continua*) son organismos creados para financiar la formación continua de las personas trabajadoras de aquellas empresas que hayan optado por adherirse a tales fondos (art. 118 *Legge* 338/2000. *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato*). Los fondos se financian con el 0,30% de la cotización por desempleo que los empleadores depositan en el INPS.

⁴⁶⁷ Para un estudio sobre esta y otras medidas del Plan italiano, véase, AIBAR BERNAD, J.: “Las medidas de naturaleza socio-laboral comprendidas en el Plan Nacional de Recuperación y Resiliencia de Italia”, *Trabajo y Derecho*, N.º 98, 2023.

⁴⁶⁸ *Decreto Legislativo 14 settembre 2015, n. 148. Disposizioni per il riordino della normativa in materia di ammortizzatori sociali in costanza di rapporto di lavoro, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183.*

destinadas a la recolocación o al autoempleo de los trabajadores excedentes a través acciones de formación o recualificación⁴⁶⁹.

Una vez que se presente el plan social, dicho plan debe de ser discutido con las representaciones sindicales del art. 1.224 *Legge* 234/2021 en un plazo de 120 días desde su entrega, en presencia de los representantes de las regiones interesadas, del Ministerio de Trabajo, del Ministerio de Economía y del ANPAL. En caso de que se alcance acuerdo entre las partes, se suscribirá el plan por el cual el empresario se compromete a llevar a cabo las acciones allí contenidas en los tiempos y las modalidades programadas (art. 1.231). Asimismo, el empresario deberá de comunicar mensualmente a los sujetos del art. 1.224 el estado de actuación del plan, ofreciendo evidencia del respeto a los tiempos y a las modalidades de actuación, así como de los resultados de las actuaciones desarrolladas (art. 1. 234).

En cualquier caso, una vez que se alcance acuerdo nada impide que se puedan llevar a cabo despidos por causas empresariales o iniciar procedimiento de despido colectivo “común”, siempre que se cumpla adecuadamente el plan⁴⁷⁰ y sin perjuicio de que se tengan que devolver las ayudas públicas recibidas en los diez años anteriores si se despide a más del 40% de la plantilla de la empresa (art. 37.2 *Decreto-Legge* 144/2022)⁴⁷¹. En este sentido, deberá de iniciarse y seguirse el procedimiento de despido colectivo de la *Legge* 223/1991 cuando corresponda, aunque también es cierto que las partes podrán reconocer que el “pre-procedimiento” de despido colectivo ha absorbido el procedimiento ordinario para evitar duplicidades en cuanto a los deberes de información y consulta⁴⁷².

No obstante, si se inicia procedimiento “ordinario” de despido colectivo de la *Legge* 223/1991 antes de la finalización del plan no será de aplicación la exoneración que prevé el art. 1.231 *Legge* 234/2021 para el aumento del denominado *ticket di licenziamento*. Esto es, el art. 1.231 establece que solo es inaplicable la previsión normativa del art. 2.35 de la *Legge* 92/2012 si se inicia el despido colectivo tras el fin del plan social acordado, por lo que la contribución NASPI en este último supuesto no será triplicada en caso de que no se alcance acuerdo en el procedimiento de despido

⁴⁶⁹ VARESI, P.A.: “Una nuova stagione per le politiche attive del lavoro. Le prospettive tra azioni dell’Unione europea e riforme nazionali”, *Diritto delle Relazioni Industriali*, N.º 1, 2022, pp. 75-113.

⁴⁷⁰ BOFFI, D. y DE MENECH, L.: “Misure più stringenti per evitare la chiusura di aziende e licenziamenti collettivi”, *op. cit.*, versión digital.

⁴⁷¹ Esta es la única medida que sanciona la decisión en sí de la deslocalización. El dinero recuperado será destinado para financiar procesos de reindustrialización o reconversión industrial de las áreas afectadas por la cesación de la actividad. PETRONE, I.: “Riformate le norme «anti-delocalizzazione»: sanzioni più gravose e procedura più lunga. Intanto il Tribunale di Trieste blocca la delocalizzazione”, *Diritti & Lavoro Flash*, N.º 6, 2022, pp. 17-20.

⁴⁷² ROMEI, R.: “La nuova procedura in caso di cessazione di una attività produttiva”, *op. cit.*, p. 47. El *Decreto Aiuti Ter* ha derogado la exención prevista en el art. 1.236 *Legge* 234/2021 en cuanto a las obligaciones de información y consulta del procedimiento ordinario de despido colectivo en caso de falta de suscripción de acuerdo sindical en el “pre-procedimiento” de despido colectivo. Una exención que era difícil de entender ya que no se aplicaba a los casos de despido colectivo que habían finalizado con acuerdo en el “pre-procedimiento”.

colectivo común. Con ello lo que persigue el legislador no es solo fomentar el acuerdo en el “pre-procedimiento” para suscribir el plan⁴⁷³, sino también desincentivar el recurso al despido colectivo antes de la completa actuación del mismo⁴⁷⁴.

Según el art. 1.235, en caso de que no se presente el plan o este no contenga los elementos a los que se refiere el art. 1.228 (reforzando el contenido obligatorio del plan), el empresario deberá de pagar el *ticket di licenziamento* en el doble de la cuantía que establece el art. 2.35 de la *Legge* 92/2012 (en total la sanción sería igual a seis veces el ticket NASPI)⁴⁷⁵, aunque si inicia el empresario el procedimiento de despido colectivo “ordinario” la previsión normativa del citado art. 2.35 no será de aplicación. Por otro lado, en caso de falta de suscripción del plan por parte de las organizaciones sindicales, el empresario deberá de pagar la contribución NASPI según el art. 2.35 de la *Legge* 92/2012, aumentado en un 500 por ciento⁴⁷⁶. Con todos estos incrementos del coste del despido colectivo lo que se persigue es que o bien se presente efectivamente el plan y este reúna los contenidos necesarios, o bien que se suscriba el plan con el acuerdo del banco social.

En definitiva, el nuevo procedimiento de despido colectivo destinado a grandes empresas que tengan la intención de cerrar y cesar en la actividad de una unidad productiva autónoma se sitúa en la línea de lo que se viene entendiendo como reestructuración socialmente responsable⁴⁷⁷. Es así que es necesario dotar a las empresas y a los trabajadores de instrumentos de flexiseguridad que sean de corte garantista y ofensiva para hacer frente a los nuevos retos que plantea la globalización, la Cuarta Revolución Industrial o la transición ecológica, sobre la base de gestionar operaciones de reestructuración empresarial donde intervengan todos los actores implicados (empresarios, trabajadores y Administración competente, sobre todo de las regiones afectadas⁴⁷⁸) de forma preventiva y proactiva.

⁴⁷³ Para CORTI, M. y SARTORI, A.: “La riforma delle politiche passive e attive del lavoro. La nuova CIG, l'avvio di gol e il lancio del piano nuove competenze”, *op. cit.*, p. 74, el legislador fomenta el acuerdo sobre el plan social de tres formas: posibilitando que los trabajadores afectados accedan a la CIGS del art. 22.ter D. Legislativo 148/2015 tras un acuerdo de transición profesional en su duración máxima de 12 meses; exonerando de pagar la contribución adicional para despidos colectivos del art. 2.35 *Legge* 92/2012; y haciendo posible que los trabajadores afectados por el plan social acordado accedan prioritariamente a GOL.

⁴⁷⁴ ROMEI, R.: “La nuova procedura in caso di cessazione di una attività produttiva”, *op. cit.*, p. 47.

⁴⁷⁵ *Ibidem*, p. 44.

⁴⁷⁶ BOFFI, D. y DE MENECH, L.: “Misure più stringenti per evitare la chiusura di aziende e licenziamenti collettivi”, *op. cit.*, versión digital, con este incremento del *ticket di licenziamento*, que antes era del 50%, lo que se busca es penalizar la falta de acuerdo en el procedimiento de despido colectivo.

⁴⁷⁷ Para una visión de la reestructuración responsable, véase, el Libro Verde “Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas”, COM(2001) 366 final, concretado en la Comunicación de la Comisión “Reestructuraciones y empleo. Anticipar y acompañar las reestructuraciones para desarrollar el empleo: el papel de la Unión Europea”, COM(2005) 120 final. Un interesante estudio en RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C.: “Responsabilidad social empresarial, derecho del trabajo y crisis económica”, en VV.AA.: *La responsabilidad social empresarial: un nuevo reto para el Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 53-83.

⁴⁷⁸ Sobre el papel que debe de desempeñar la Administración laboral en el despido colectivo, cfr., MONEREO PÉREZ, J.L.: “La intervención administrativa en los despidos colectivos”, *Temas laborales*, N.º 125, 2014.

El “pre-procedimiento” de despido colectivo que regula la Ley de Presupuestos italiana para el año 2022 no solo concede protagonismo directo a todos los sujetos implicados en la reestructuración de la empresa, sino que, además, obliga al empresario a entregar un plan social que limite los efectos ocupacionales y económicos de la decisión del despido colectivo⁴⁷⁹, teniendo en cuenta medidas alternativas o complementarias que no se basen en exclusiva sobre el incremento de la indemnización o sobre la expulsión de trabajadores maduros a través de prejubilaciones. Además, el legislador italiano pone a disposición del cumplimiento de la norma una amplia gama de medios para que se respete el procedimiento, se presente un plan adecuado o se alcance efectivamente el acuerdo en torno al plan social bajo la penalización de los despidos efectuados fuera del consenso con el banco social. Todo ello se traduce en un endurecimiento del recurso al despido colectivo, que parece situarlo como medida de *ultima ratio*⁴⁸⁰.

⁴⁷⁹ El despido focalizado en una determinada área geográfica puede provocar no solo pérdidas masivas de empleo, sino destrucción del tejido productivo local, descapitalización social o riesgo de despoblación. A ello hace referencia MOLINA NAVARRETE, C.: “La gestión pública de los «erte» (regulación temporal de empleo) y de los «ere» (regulación extintiva) en el autogobierno andaluz: balance y perspectivas pospandemia”, *Temas Laborales*, N.º 160, 2021, p. 179.

⁴⁸⁰ En contra, muy crítico se muestra ROMEI, R.: “La nuova procedura in caso di cessazione di una attività produttiva”, *op. cit.*, pp. 48-53 que plantea sus dudas en cuanto a que el nuevo “pre-procedimiento” sea compatible con la Constitución italiana y el Derecho de la Unión Europea.

PARTE III. EL DESPIDO COLECTIVO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

CAPÍTULO 1. DESARROLLO HISTÓRICO-NORMATIVO DEL DESPIDO COLECTIVO EN EL DERECHO ESPAÑOL

Sin ánimo de ofrecer un estudio exhaustivo, del que ya se han ocupado otros autores⁴⁸¹, es necesario analizar la evolución histórico-jurídica de la institución del despido, en concreto del “despido por causas empresariales”⁴⁸² (económicas, técnicas, organizativas o productivas) y, dentro de este, del despido colectivo. En efecto, el estudio del devenir histórico de la regulación del despido y de las principales decisiones judiciales, en particular del despido colectivo, va a permitir una mejor aproximación a la ordenación normativa actual de esta figura extintiva e incluso va a permitir elaborar unas conclusiones críticas y propositivas más fundamentadas.

El punto de partida se puede situar en la Ley de Contrato de Trabajo de 1931⁴⁸³ (publicada en la Gaceta de Madrid el 22 de noviembre de 1931), al ser una de las primeras regulaciones que recogieron algún tipo de causa para proceder al despido. En este sentido, la Ley de Contrato de Trabajo de 1931, si bien no se refería expresamente a las causas económicas, y menos a las técnicas, recogió en su artículo 89 las causas por las que se podía proceder a terminar un contrato de trabajo, ya fuera por ser las válidamente consignadas en dicho contrato, mutuo acuerdo o bien por muerte o incapacidad del patrono o extinción de la personalidad del contratante, así como por muerte del trabajador. Otra de las causas recogidas en el art. 89 fue la “fuerza mayor que imposibilite el trabajo por una de las siguientes causas: incendio, inundación,

⁴⁸¹ Destaca la Tesis doctoral realizada por GARCÍA-NEBLE NEBLE, A.: *La forma de los despidos por crisis: desde la Ley de Jurados Mixtos de 1931 hasta la Ley del Estatuto de los Trabajadores de 1980*, leída el 9 de febrero de 2016 en la Universidad de Huelva, bajo la dirección de la Profesora María Fernanda Fernández López.

⁴⁸² DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “El despido por causas empresariales”, en VV.AA.: *Reestructuraciones empresariales. XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2021, pp. 179-182.

⁴⁸³ Para MONEREO PÉREZ, J.L.: “Francisco Largo Caballero (1869-1946): Ministro de trabajo y previsión en la IIª República Española”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, N.º 28, 2021, p. 299, la Ley de contrato de trabajo de 1931 constituye una de las leyes más importantes del primer bienio republicano de 1931-1933: “fue una ley ejemplar tanto desde el punto de vista técnico como desde su talante reformista y democrático social. No es de extrañar porque estaba inspirada en los Proyectos del IRS, al que se incorporaría nuevos elementos nacidos de experiencias legislativas en la República de Weimar y en la República Austriaca”.

terremoto, explosión, plagas del campo, guerra, tumultos o sediciones, y, en general, cualquier otro acontecimiento extraordinario que los contratantes no hayan podido prever o que, previsto, no se haya podido evitar”; una causa que para algunos autores sí que pudo ya prever o cobijar despidos por crisis económica (en concreto, “crisis laboral” en la terminología de por entonces) imprevisibles o, en su defecto, inevitables, bajo la fórmula de “cualquier otro acontecimiento extraordinario”⁴⁸⁴. El mismo artículo también reconoció que el “patrono” pudiera extinguir unilateralmente el contrato de trabajo por incumplimientos del trabajador (denominándolo como “despido justificado del trabajador por el patrono”)⁴⁸⁵. Por último, la Ley de Contrato de Trabajo de 1931 facultó al trabajador para extinguir el contrato, aunque en una suerte de “dimisión provocada”⁴⁸⁶.

No obstante, tuvo que ser la Ley de Jurados Mixtos de 1931 (publicada en la Gaceta de Madrid el 28 de noviembre de 1931) la que regulara específicamente unas incipientes causas empresariales para despedir y, asimismo, las consecuencias jurídicas del despido, sobre todo en supuestos de despidos injustos, ya que la Ley de Contrato de Trabajo del ‘31 guardaba silencio al respecto⁴⁸⁷. Así, por un lado, la crisis económica de 1929 obligó a que se recogiera en una ley tal causa como justificativa para despedir⁴⁸⁸.

⁴⁸⁴ GARCÍA MURCIA, J.: “Las causas de despido colectivo: causas técnicas, organizativas y de producción”, en GODINO REYES, M. (dir.): *Tratado de despido colectivo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 95. También coincide FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A.: “Evolución histórica de la exigencia de autorización administrativa en los despidos colectivos”, *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, N.º 33, 1994, p. 66. En contra, ROMERO SÁNCHEZ, I.: *El despido colectivo. Evolución normativa y régimen jurídico*, Granada, Ed. Comares, 2017, con cita en GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: “La configuración del despido colectivo en el Estatuto de los Trabajadores”, *Actualidad Laboral*, N.º 2, 1995, p. 360 que sitúa el origen de la crisis laboral en la Ley de Jurados Mixtos Profesionales de 1931 y no en la Ley de Contrato de Trabajo.

⁴⁸⁵ “Se estimarán causas justas de despido las siguientes: las faltas repetidas e injustificadas de puntualidad o de asistencia al trabajo; la indisciplina o desobediencia a los Reglamentos de trabajo, cuando los hubiere y estuvieren dictados con arreglo a las Leyes; los malos tratamientos o la falta grave de respeto y consideración al patrono, a los miembros de su familia que vivan con él, a su representante o a los compañeros de trabajo; la ineptitud del trabajador respecto a la ocupación o trabajo para que fué contratado; el fraude o abuso de confianza en las gestiones confiadas; la disminución voluntaria y continuada del rendimiento normal de trabajo, y el hacer alguna negociación «de comercio o de industria por cuenta propia sin conocimiento expreso y licencia del patrono”.

⁴⁸⁶ “Falta grave al respeto y consideración debidas o malos tratamientos por parte del patrono, de sus representantes, de sus obreros o de sus dependientes; falta de pago o de puntualidad en el abono de la remuneración convenida; exigirle el patrono trabajo distinto del pactado, salvo en los casos de urgencia prescritos en esta ley ; modificación del Reglamento establecido para el trabajo, al celebrarse el contrato, o incumplimiento del mismo”.

⁴⁸⁷ MONEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, M.N.: “Forma y procedimiento del despido disciplinario. El despido nulo”, en AA.VV.: *Comentarios a las Leyes laborales. La Reforma del Estatuto de los Trabajadores*, BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.), Tomo II, Madrid, Edersa, 1994, p. 201.

⁴⁸⁸ La Ley de Contrato de Trabajo de 1931 no se refería a la crisis como causa extintiva, ya que dicha ley provenía de un texto anterior, elaborado por el jurista alemán Heinz Potthoff, del año 1923, en el que la situación de crisis económica era impensable. GARCÍA-NEBLE NEBLE, A.: *La forma de los despidos por crisis: desde la Ley de Jurados Mixtos de 1931 hasta la Ley del Estatuto de los Trabajadores de 1980*, op. cit., pp. 6 y 7.

En este caso, el artículo 46 de la Ley de Jurados Mixtos de 1931 distinguió entre el despido de un obrero justificado “por causas imputables al mismo⁴⁸⁹ o por motivos independientes de su voluntad”, y dentro de los motivos ajenos a la voluntad del trabajador se recogieron los de “crisis de trabajo, cesación de la industria o profesión, naturaleza eventual o limitada del trabajo de que se trate, etc”. Por otro lado, la misma ley recogió que si se producía la extinción por motivos ajenos a la voluntad del trabajador y esta extinción era valorada por el Jurado Mixto⁴⁹⁰ como justificada, el obrero podía exigir los “salarios correspondientes al plazo de preaviso normal establecido por la costumbre o por las bases de Trabajo adoptadas por el Jurado respectivo” (art. 46). En cambio, si la extinción era calificada como injustificada, se otorgaba la facultad al patrono para que optara entre la readmisión o una indemnización fijada por el Jurado, que podía variar entre el importe de quince días o 6 meses de jornal (art. 53)⁴⁹¹.

Ante la acusada crisis económica que se vivía en aquellos años y el gran aumento del desempleo, unos años más tarde se publicó el 26 de junio de 1935 en la Gaceta de Madrid la Ley de la previsión contra el paro de 25 de junio de 1935. Una ley que recogía precisamente una serie de medidas para luchar contra el paro y que se pueden agrupar según su ámbito de incidencia en: i) económicas, desarrollando el funcionamiento de la Caja Nacional contra el Paro Forzoso⁴⁹²; ii) orgánicas, con la creación de la Junta Nacional contra el Paro con el fin de “impulsar y orientar la política nacional contra el paro” (art. 3); y iii) procedimentales, a través de la conformación de los primigenios procedimientos de regulación de empleo (art. 12)⁴⁹³. En concreto, este último artículo supuso la primera forma de intervención administrativa en las extinciones del contrato por causas económicas⁴⁹⁴ (“en aquellas industrias en que se justifique la necesidad del despido parcial de obreros por falta de trabajo, y también en las obras que estén incluidas en esta ley de Paro, se autoriza al Ministro del ramo para, oído el parecer del Jurado mixto que corresponda, establecer turnos de trabajo o reducir el número

⁴⁸⁹ Si el despido se debía a causas imputables al trabajador, la Ley establecía que no se tenía derecho a indemnización alguna.

⁴⁹⁰ Los Jurados Mixtos eran “instituciones de derecho público encargadas de regular la vida de la profesión o profesiones y de ejercer funciones de conciliación y arbitraje” en determinados sectores productivos (art. 2). En concreto, los Jurados Mixtos, bajo la dependencia y supervisión del Ministerio de Trabajo, tenían unas amplias competencias: determinar las condiciones generales de trabajo, de salarios, plazos mínimos de duración de los contratos, formas y condiciones de despidos, al igual que también podrían inspeccionar el cumplimiento de las leyes sociales y realizar funciones arbitrales. *Vid.*, CUESTA, J.: “El Ministerio de Trabajo en la II República Española (1931-1939)”, *Sociología del Trabajo*, N.º 99, 2021, p. 191.

⁴⁹¹ El art. 52 de la Ley de Jurados Mixtos del '31 también exigía que se abonara al trabajador los jornales correspondientes a los días que hubieran mediado entre el despido y la fecha en que, dentro de los plazos normales que señalaba la Ley, debiera de haber sido resuelta la reclamación, sin que en ningún caso pudiera exceder de 24 (art. 52).

⁴⁹² Servicio creado mediante el Decreto de 25 de mayo de 1931 de Previsión social contra el paro forzoso.

⁴⁹³ Esta clasificación corresponde a ROMERO SÁNCHEZ, I.: *El despido colectivo. Evolución normativa y régimen jurídico*, Granada, Ed. Comares, 2017.

⁴⁹⁴ FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A.: “Evolución histórica de la exigencia de autorización administrativa en los despidos colectivos”, *op. cit.*, p. 67.

de días semanales de labor, quedando facultadas las Empresas para elegir entre ambas medidas”).

Ese mismo año de 1935 se publicaba el Decreto de 29 de noviembre sobre despido parcial de obreros por falta de trabajo, que desarrollaba reglamentariamente el procedimiento que ya había establecido el art. 12 de la Ley de previsión contra el paro ante su reiterado incumplimiento⁴⁹⁵. Según tenor literal: “Cuando una empresa se vea precisada a despedir obreros por falta de trabajo lo pondrá en conocimiento del Jurado Mixto competente, justificando plenamente las causas que motiven su decisión. Recibida que sea por el Jurado Mixto dicha comunicación, éste podrá practicar las diligencias que estime oportunas, con objeto de investigar la posibilidad de evitar los despidos mediante el establecimiento de turnos de trabajo o reducción de días semanales de labor, emitiendo el informe correspondiente. En el caso que de este informe se derive la imposibilidad de tales medidas, la empresa podrá proceder al despido proyectado. Si en el informe del Jurado Mixto se declarase la posibilidad de establecer turnos de trabajo o la reducción de días de labor se dará vista de la misma al interesado y será elevada inmediatamente por dicho organismo al Ministerio de Trabajo para que éste decida en el plazo máximo de quince días, sobre la autorización que le otorga el artículo 12 de la ley de 25 de junio de 1935. Si transcurrido dicho plazo el Ministerio no hubiese resuelto sobre el particular, la empresa podrá realizar los despidos, sin perjuicio de los derechos que otorgan las disposiciones vigentes a los obreros despedidos”.

Ya en tiempos de la dictadura franquista, nos referiremos a la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 (aprobada por Decreto de 26 de enero de 1944), por la que, si bien se imposibilitó el recurso al despido por crisis empresarial por la vía de la fuerza mayor, pues se limitó la cláusula abierta de la LCT de 1931 a situaciones “semejantes”⁴⁹⁶, la regulación del año 1944 introdujo una nueva causa para la extinción del contrato en su artículo 76. En concreto, se estableció que se podía despedir por “cesación de la industria, comercio, profesión o servicio fundada en crisis laboral”⁴⁹⁷ o económica, siempre que dicha cesación haya sido debidamente autorizada, conforme a las disposiciones legales en vigor”. De este modo, tanto se recogió expresamente la causa o crisis económica como se cristalizó un precedente a nuestro despido colectivo actual por cierre de empresa, previa autorización de los organismos competentes del Ministerio de Trabajo, los cuales debían de solicitar informe a la Inspección de Trabajo y a la Organización Sindical (Decreto de 26 de enero de 1944, por el que se establecían

⁴⁹⁵ Según la Exposición de motivos del propio Decreto: “las empresas y patronos a los que podía afectar el precepto del Art 12 habían venido despidiendo a los obreros que trabajaban en las industrias sin notificarlo al Ministerio de Trabajo, con lo que ha sido imposible el ejercicio de la prerrogativa empresarial”. ROMERO SÁNCHEZ, I.: *El despido colectivo. Evolución normativa y régimen jurídico*, op. cit., 2017.

⁴⁹⁶ GARCÍA MURCIA, J.: “Las causas de despido colectivo: causas técnicas, organizativas y de producción”, op. cit., p. 96.

⁴⁹⁷ Algunos autores sitúan el germen de la “causa técnica” en el término “crisis laboral”, ALTÉS TÁRREGA, J.A., BLASCO PELLICER, Á. y NORES TORRES, L.E.: *El despido objetivo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 155.

los requisitos que debían de cumplirse para la suspensión o cese de empresas, publicado en el BOE de 7 de febrero)⁴⁹⁸.

Con los últimos planes de desarrollo económico de la etapa franquista y los procesos de reestructuración empresarial se promulgó el Decreto 3090/1972, de 2 de noviembre, sobre política de empleo, completado por Orden de 18 de diciembre de 1972. En esta regulación se dio un paso más, no solo porque se precisó el procedimiento de extinción o suspensión del contrato, en el que se mantenía la previa autorización del Ministerio de Trabajo (art. 8) y se introdujo la obligación de aportar informe del Jurado de Empresa en la solicitud (art. 11); sino porque se establecieron las causas como tecnológicas y económicas por primera vez (art. 7). Es más, se reconocieron concretamente las reestructuraciones de grupos o sectores de actividades productivas por “razones técnicas o económicas” (art. 23).

Tiempo después la configuración del despido y sus causas se irían conformando con algo más de precisión en la etapa de la Transición a la democracia, manteniendo la exigencia de autorización administrativa previa. Por un lado, la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, reconoce en su artículo 18 la extinción de contratos de trabajo por causas “tecnológicas o económicas”, previa autorización administrativa. Por otro lado, no fue hasta el Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, de Relaciones de Trabajo, cuando se introdujo formalmente por primera vez, tanto la referencia al término “despido objetivo”, como la alusión a su vertiente individual más allá de la visión colectiva que regía en la normativa anterior. Buena prueba de ello fue la previsión del artículo 39.uno.c) sobre: “la necesidad de amortizar individualmente un puesto de trabajo cuando no proceda utilizar al trabajador afectado en otras tareas”. Si bien es cierto que en este capítulo III del título V dedicado al “despido por circunstancias objetivas derivadas de la capacidad del trabajador o necesidades de funcionamiento de la empresa” no aparecía una delimitación de las causas empresariales, pues solo se aludía a las modificaciones tecnológicas, pero respecto a su falta de adaptación (art. 39.uno.b), sí fue en el título VI de “reestructuraciones de plantillas” donde se recogieron, de nuevo, las causas económicas y tecnológicas (art. 45). Y es precisamente en este artículo donde se introducen las mayores novedades en el proceso de autorización del despido: el único informe preceptivo era ya el de los representantes de los trabajadores; se reconocía la posible regulación del proceso de reestructuración por convenio; y se admitía la extinción del contrato de trabajo “por pacto entre empresario y trabajadores afectados”, el cual se debía de poner en conocimiento de la autoridad laboral, quien podía “sin más trámites autorizar la suspensión o reducción pretendida” o bien podía determinar que se siguiera el procedimiento reglamentario establecido⁴⁹⁹.

Tras la Constitución Española de 1978, que introdujo el sistema democrático de relaciones laborales en nuestro país, la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores de 1980 reguló de nuevo la extinción del contrato de trabajo “por cesación de la Industria, comercio o servicio de forma definitiva, fundada en causas tecnológicas

⁴⁹⁸ ABRIL LARRÁINZAR, M.P.: *Información, consulta y negociación en el despido colectivo*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2016, p. 34.

⁴⁹⁹ *Ibidem*, pp. 36 y 37.

o económicas, siempre que aquélla haya sido debidamente autorizada conforme a lo dispuesto en esta Ley” (art. 49.nueve), siguiendo la LCT de 1944; así como dedicó un artículo completo, el 51, para regular la “extinción por causas tecnológicas económicas y fuerza mayor”, sin una definición de las mismas⁵⁰⁰; y de igual modo mantuvo el despido objetivo del artículo 39 del Real Decreto-ley 17/1977, con añadiduras, situándolo ahora en el art. 52, destacando el mantenimiento del despido por falta de adaptación a las modificaciones técnicas, así como la extinción del contrato “por la necesidad objetivamente acreditada de amortizar un puesto de trabajo individualizado”, aunque solo para empresas de menos de cincuenta trabajadores.

De este modo, es en el art. 51 ET/1980, desarrollado por el Real Decreto 696/1980, en el que se encuentra el antecedente normativo al actual período de consultas-negociación del despido colectivo, aunque en estos momentos no se exigía alcanzar un determinado umbral de despidos para seguir el procedimiento, ya que resultaba de aplicación por cualquier volumen de trabajadores afectados⁵⁰¹. Es con el Estatuto de los Trabajadores de 1980 cuando se exige por primera vez el desarrollo de un periodo de “discusión y consultas” con los representantes de los trabajadores como paso previo para la iniciación del expediente administrativo y obtención de la autorización por parte de la autoridad laboral. En este sentido, si el empresario y los representantes alcanzaban acuerdo en las consultas, la autoridad laboral procedía, sin más trámite, a su homologación (salvo que se apreciara dolo, coacción o abuso de derecho). En el caso de que no se obtuviera acuerdo, el empresario debía de iniciar el correspondiente expediente administrativo para conseguir la autorización administrativa⁵⁰².

Los mayores cambios en la institución del despido colectivo vendrían de la mano de la Ley 11/1994, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de los Trabajadores, por la que se traspuso al ordenamiento jurídico español la Directiva 75/129/CEE de 17 de febrero sobre despidos colectivos tras la adhesión de España a la Comunidad Económica Europea. En este sentido, se introdujo ya formalmente en el Derecho español la figura del despido colectivo, para la cual se exigía alcanzar un determinado umbral de despidos (muy similar al actual) por “causas económicas, técnicas, organizativas o de producción” en un período temporal de 90 días. Una regulación que se recogería, asimismo, en el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores de 1995⁵⁰³ y en su desarrollo reglamentario, el Real Decreto 43/1996, de 19 de enero.

⁵⁰⁰ La terminología de las causas del despido o la extinción del contrato de trabajo no era clara, pues en el art. 49.nueve se utilizaba la expresión “causas tecnológicas o económicas” y en el art. 51, que todavía no se concebía como despido colectivo, se utilizaba la fórmula “causas económicas” o “motivos tecnológicos”.

⁵⁰¹ Para DESDENTADO BONETE, A.: “La delimitación legal del despido colectivo. El despido colectivo de hecho”, *op. cit.*, p. 10, el período de consultas en estos momentos se preveía con carácter general.

⁵⁰² Un estudio exhaustivo en ABRIL LARRÁINZAR, M.P.: *Información, consulta y negociación en el despido colectivo*, *op. cit.*, pp. 38-78.

⁵⁰³ Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

En este sentido, la primera novedad fue que se expulsaron a los despidos plurales del procedimiento de consultas con los representantes legales de los trabajadores, ya que el art. 51 ET restringía su ámbito de aplicación a los despidos colectivos. La segunda novedad fue la definición de las causas con base en elementos teleológicos (que se compartía con los despidos objetivos por causas empresariales a través de la técnica de remisión *ex art. 52.c) ET*). Si se trataba de causas económicas, estas concurrían si contribuían a superar una situación económica negativa de la empresa; o si eran técnicas, organizativas o de producción, estas concurrían si garantizaban la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos.

Llegados a este punto, procederá hacer una serie de precisiones. En primer lugar, tal y como hemos indicado, a través de la técnica de remisión se configuró una identidad causal entre el despido objetivo y colectivo, lo cual hizo ya calificar al despido por causas empresariales como institución única⁵⁰⁴. En segundo lugar, se eliminó la referencia al puesto de trabajo individualizado del art. 52.c) ET, supresión lógica, pues con la diferenciación de ambas figuras con base en un criterio numérico (y temporal), por la vía del despido objetivo, causa c), se podían llevar a cabo tanto extinciones individualizadas, en el sentido de la norma predecesora, así como despidos materialmente colectivos pero que estuvieran por debajo del umbral del art. 51.1 ET⁵⁰⁵.

Ahora bien, jurisprudencialmente al despido objetivo, en comparación con el despido colectivo, se le exigía un requisito añadido: determinar el puesto de trabajo a amortizar⁵⁰⁶. No era suficiente, por tanto, acreditar la causa, sino que, además, había que acreditar que los puestos de trabajo de los despedidos y, en concreto, sus tareas y responsabilidades específicas desaparecían del organigrama de la empresa. Aunque también es cierto que los tribunales admitieron que estas funciones podían ser desarrolladas o repartidas entre el resto de los trabajadores de la empresa⁵⁰⁷, incluso llevadas a cabo por el propio empresario⁵⁰⁸ o a través de externalizaciones⁵⁰⁹; eso sí, sin que se procediera a la contratación de un nuevo trabajador, pues ello supondría una “amortización del trabajador”, y no del puesto⁵¹⁰. En este caso, la “necesidad objetivamente acreditada” no podía significar la “mera conveniencia del empresario”, por lo que la medida, la amortización del puesto, debía de ser razonable

⁵⁰⁴ CASAS BAAMONDE, M.E.: “Causalidad del despido colectivo, autorización administrativa y negociación colectiva”, *Relaciones Laborales*, N.º 19, 1996, p. 1.

⁵⁰⁵ MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo en el Derecho Español: Estudio de su Régimen Jurídico*, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 1997, pp. 53 y 54.

⁵⁰⁶ Sin embargo, ello no tendría por qué haber significado un criterio diferenciador, pues el empresario a la hora de proceder a un despido colectivo debía de introducir los criterios de selección de trabajadores en su solicitud de autorización administrativa ante la autoridad laboral, suponiendo del mismo modo una determinación individualizada de los puestos a amortizar, *Ibidem*, p. 56.

⁵⁰⁷ SSTSJ Castilla y León 29 de noviembre de 1994 y Extremadura 13 de junio de 1995.

⁵⁰⁸ *Vid.*, entre otras, SSTs de 4 de octubre de 2000 y de 3 de octubre de 2000.

⁵⁰⁹ STS de 21 de marzo de 1997; STS de 30 de septiembre de 1998; STS de 3 de octubre de 2000; la STS de 4 de octubre de 2000; STS de 10 de mayo de 2006.

⁵¹⁰ STSJ Castilla-La Mancha 27 de junio de 1995.

y proporcionada a la consecución del fin (superar la situación económica negativa o garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo a través de una mejor organización de los recursos, dependiendo de la causa alegada)⁵¹¹.

En cuanto a las novedades que traería consigo la reforma de 1994 sobre el procedimiento de despido colectivo, cabe indicar que se mantuvo el sistema de autorización administrativa, aunque se introdujo la coincidencia temporal entre la comunicación de apertura del procedimiento de consultas y la solicitud de autorización. Con lo cual, “se hizo simultáneo lo que antes era sucesivo”⁵¹², instaurando un procedimiento de doble fase, una consultiva y negocial de carácter privado y otra pública a desarrollar ante el organismo público competente, que se desarrollaban de manera simultánea, paralela o contemporánea⁵¹³. En efecto, la autorización administrativa seguía dependiendo del resultado de las consultas, ya que si estas finalizaban con acuerdo se concedería la autorización administrativa (salvo impugnación de oficio por fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo) y, si no se alcanzaba acuerdo, la autoridad laboral debía de resolver en función de que concurrieran las causas para despedir, valorando la adecuación y proporcionalidad entre el fin perseguido y los medios propuestos para alcanzarlo.

Asimismo, el art. 51.4 ET/1995, tras su modificación en 1994, introduciría una referencia expresa al contenido de las consultas del despido colectivo, en clara sintonía con lo establecido por la Directiva comunitaria, que debía de versar: “sobre las causas motivadoras del expediente y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados y para posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial”. En esta idea de la negociación de buena fe, fue el RD 43/1996 el que introdujo por primera vez una regulación más detallada del deber de información: por un lado, respecto a la memoria explicativa de las causas (distinguiendo entre causa económica y causa técnica, organizativa o productiva); por otro lado, respecto al “número y categorías de los trabajadores empleados habitualmente durante el último año, así como de los trabajadores que vayan a ser afectados, criterios tenidos en cuenta para designar los trabajadores que vayan a ser afectados y período a lo largo del cual está previsto efectuar las extinciones de los contratos de trabajo”. Además, tanto el Estatuto de los Trabajadores como el reglamento establecerían la obligación de aportar un plan de acompañamiento social entre la documentación que la empresa debía de facilitar al inicio del expediente, aunque solo para empresas de 50 o más trabajadores⁵¹⁴.

⁵¹¹ MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo en el Derecho Español: Estudio de su Régimen Jurídico*, op. cit., pp. 57 a 59.

⁵¹² ABRIL LARRÁINZAR, M.P.: *Información, consulta y negociación en el despido colectivo*, op. cit., pp. 92 y ss.

⁵¹³ MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo en el Derecho Español: Estudio de su Régimen Jurídico*, op. cit., pp. 211 y ss.

⁵¹⁴ MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los despidos colectivos en el ordenamiento interno y comunitario*, Madrid, Civitas, 1994, pp. 108 y 109, ya criticó esta diferencia de trato que se causaba con las empresas de reducidas dimensiones.

La siguiente modificación del art. 52.c) ET vendría de la mano de la Ley 63/1997, de 26 de diciembre, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida, fruto del Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad del Empleo suscrito por los interlocutores sociales. En este orden de cosas, la nueva redacción rompió con la identidad causal anterior entre despido colectivo y objetivo, configurándose las causas empresariales de los despidos individuales o plurales en el art. 52.c) ET⁵¹⁵. Esto se tradujo en una diferenciación entre ambas figuras extintivas, pues si bien pertenecían a una similar política del Derecho (la de facilitar los despidos por razón de las necesidades de funcionamiento de la empresa), se introdujeron una serie de modificaciones, sobre todo en las denominadas causas “reorganizativas”, que flexibilizaron o suavizaron el recurso al despido objetivo. Ya no era necesario que con la medida se garantizara la viabilidad futura de la empresa, sino meramente la superación de unas dificultades que impidieran el buen funcionamiento. Además, en relación con dos criterios de orden metajurídico: la posición competitiva de la empresa en el mercado o las exigencias de la demanda (lo cual tenía más conexión con la causa productiva)⁵¹⁶.

Esta separación, en función de niveles de exigencia o gravedad de la situación empresarial⁵¹⁷, quedaría intacta hasta la aparición de la crisis económica en 2008 y, concretamente, hasta la promulgación del Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, convalidado por la Ley 35/2010 de 17 de septiembre⁵¹⁸. De este modo, se volvió a la técnica de remisión al art. 51 ET en cuanto a la identidad causal, se definieron las causas empresariales, se reconfiguró el elemento teleológico y se suprimió la referencia a la amortización del puesto de trabajo⁵¹⁹.

⁵¹⁵ “Cuando exista la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo por alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 de esta Ley y en número inferior al establecido en el mismo. A tal efecto, el empresario acreditará la decisión extintiva en causas económicas, con el fin de contribuir a la superación de situaciones económicas negativas, o en causas técnicas, organizativas o de producción, para superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa, ya sea por su posición competitiva en el mercado o por exigencias de la demanda, a través de una mejor organización de los recursos”.

⁵¹⁶ MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo en el Derecho Español: Estudio de su Régimen Jurídico*, op. cit., pp. 61 a 65.

⁵¹⁷ De virtualidad muy limitada pues el control externo de las causas que se ejercía para el despido objetivo o colectivo era muy similar, BLASCO PELLICER, A.: *Los expedientes de regulación de empleo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 49 y siguientes.

⁵¹⁸ Para un estudio de los cambios introducidos tras la tramitación parlamentaria del RD-ley 10/2010 y su conversión en la Ley 35/2010, véase ABRIL LARRÁINZAR, M.P.: *Información, consulta y negociación en el despido colectivo*, op. cit., pp. 124-129.

⁵¹⁹ La trascendencia de la eliminación de la referencia a la amortización del puesto de trabajo fue muy limitada, pues “es claro que el despido económico presupone la efectiva reducción de puestos de trabajo”, GOERLICH PESET, J.M.: “La reforma de la extinción del contrato de trabajo”, *Temas laborales*, N.º 107, 2010, p. 280.

Así, se definieron las causas utilizando las interpretaciones jurisprudenciales que se habían dado al respecto⁵²⁰, así como se ampliaron los supuestos para el caso de la causa económica, recurriendo a elementos objetivos. De este modo, las causas económicas se precisaron del siguiente modo: “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, que puedan afectar a su viabilidad o a su capacidad de mantener el volumen de empleo”; para las causas técnicas su definición fue la de “cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción”; para las organizativas “cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal”; y productivas “cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado”.

Respecto a la nueva regulación de las finalidades de la decisión extintiva económica, se igualaron las mismas —a excepción de la faceta preventiva para el despido introducida *ex novo*— a las de la movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo (arts. 40 y 41 ET). Esta igualación supuso una mayor flexibilización del despido y ampliación de las facultades decisorias del empresario, pues desapareció la gradación de las causas empresariales, elaboradas por la jurisprudencia (*vid.* STS 17/05/2005), para acudir a la extinción o modificación contractual, estas últimas, de perfil más “suave”⁵²¹. De este modo, la finalidad justificativa de la causa económica se reducía a “preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado”, mientras que para las causas técnicas, organizativas y productivas el criterio teleológico se limitaba a “contribuir a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación de la misma a través de una más adecuada organización de los recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda”.

En lo que al procedimiento de despido colectivo respecta, la Ley 35/2010 también impactó sobre la regulación del art. 51 ET. Además de la modificación de las causas, introdujo la posibilidad de constituir comisiones *ad hoc* en ausencia de representación para la negociación del despido colectivo (a través de la técnica de remisión al art. 41.4 ET); redujo la duración del período de consultas, que pasaron de tener un periodo mínimo a tener un periodo máximo de 30 días naturales o 15 días en empresas de menos de 50 trabajadores; ejemplificó las medidas sociales de acompañamiento en el art. 51.4 ET; redujo el plazo para dictar resolución en caso de que las consultas finalicen sin acuerdo de 15 a 7 días naturales; y posibilitó la sustitución del periodo de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje que fuera de aplicación en el ámbito de la empresa⁵²². Por último, respecto al desarrollo reglamentario del despido colectivo, se aprobó el Real Decreto 801/2011, de 10 de junio, que introdujo algunas precisiones en materia de la documentación inicial y la polémica posibilidad

⁵²⁰ Destaca la definición causal elaborada por la STS de 14 de junio de 1996.

⁵²¹ GOERLICH PESET, J.M.: “La reforma de la extinción del contrato de trabajo”, *op. cit.*, pp. 278 a 280.

⁵²² ABRIL LARRÁINZAR, M.P.: *Información, consulta y negociación en el despido colectivo*, *op. cit.*, pp. 128 y 129.

de parcelar las negociaciones por centros de trabajo afectados (esta ya suprimida). No obstante, se trata de un reglamento que estuvo vigente apenas nueve meses, aunque hay que indicar que muchas de sus previsiones han sido mantenidas en el reglamento actual de despido colectivo (RD 1483/2012)⁵²³.

Sin embargo, con el empeoramiento de la crisis, el Gobierno del momento decidió en 2012 acometer otra serie de reformas, denominadas estructurales, para intentar paliar sus efectos, concretamente en materia de legislación laboral, seguridad social, inmigración legal y de eficacia y eficiencia en la gestión pública. De hecho, la reforma laboral llevada a cabo por el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, y su homólogo en la Ley, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (Ley 3/2012, de 6 de julio), ha supuesto un cambio de enorme calado respecto a la regulación del modelo del Derecho del trabajo anterior.

En concreto, ha configurado un modelo de protección jurídico-laboral más flexible, que se encuentra subordinado a las exigencias de la economía. Siendo así, hemos asistido a un proceso en el cual el poder de gestión empresarial se ha incrementado, en detrimento de la autonomía colectiva, flexibilizando el mercado de trabajo asalariado. En suma, en la configuración de la reforma laboral no se tomó en consideración la opinión de los interlocutores sociales y lo más significativo es que se produjo una mutación en los equilibrios del modelo de regulación precedente —ya en sí flexible— entre el principio de libertad de empresa, que sale más reforzado, y el principio de estabilidad en el empleo, más debilitado.

Respecto a los cambios introducidos por la Reforma laboral de 2012 en la institución jurídica del despido colectivo, la Ley 3/2012 y su correspondiente desarrollo reglamentario, el RD 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada (en adelante, RPDC), han supuesto una modificación de enorme importancia al suprimir la autorización administrativa para despedir; flexibilizar las causas, eliminando cualquier elemento teleológico; y sustituir el antiguo plan de acompañamiento social por un plan de recolocación externa para despidos que afecten a más de 50 trabajadores. Con ello, la Reforma laboral del año 2012 ha supuesto un paso más, de entidad importante, en la flexibilización del despido colectivo, ya que ha pasado de ser un mecanismo anormal o extraordinario, a su plena normalización jurídica ordinaria al servicio de los poderes empresariales para gestionar sus recursos humanos en un entorno globalizado y cambiante⁵²⁴, y así poder asegurar el beneficio empresarial.

Esta liberalización es consecuencia, primordialmente⁵²⁵, de la supresión de la autorización administrativa, lo cual no significa que nos encontremos ante un acto

⁵²³ *Ibidem*, pp. 131 y 132.

⁵²⁴ MONEREO PÉREZ, J.L.: “El régimen jurídico de los despidos colectivos después de la reforma de 2012”, *op. cit.*, pp.318-319.

⁵²⁵ SÁEZ LARA, C.: *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, *op. cit.*, p. 19.

voluntario y unilateral⁵²⁶ del empresario, sino que este mecanismo ha sido sustituido por una procedimentalización⁵²⁷ de la decisión empresarial, a través del necesario período de consultas con los representantes de los trabajadores. En cuanto a la justificación de la desaparición del procedimiento administrativo previo de autorización, el legislador en la Exposición de motivos de la citada Ley 3/2012 justifica este cambio de la autorización administrativa atendiendo a su contradicción con el principio de celeridad, así como por ser un mecanismo del que los representantes de los trabajadores se valían para aumentar el *quantum* indemnizatorio, desvirtuando el período de consultas. En otras palabras, el legislador reconoce que el empresario prefería cualquier tipo de acuerdo para obtener la autorización administrativa, en una suerte de desconfianza de la resolución de la autoridad laboral en caso de desacuerdo que, lógicamente, podía ser impugnada judicialmente.

Por otro lado, otro de los elementos clave de la Reforma laboral de 2012 es la flexibilización causal en el nuevo diseño legal del despido colectivo⁵²⁸. Como se indicaba, la reforma laboral también ha incidido en la configuración de las causas empresariales, pues las ha objetivado eliminando cualquier elemento finalista o teleológico relativo a la viabilidad o posición competitiva empresarial⁵²⁹. Y ello, junto con la falta de autorización administrativa, ha ocasionado que se produzca un trasvase del control anterior administrativo al control posterior judicial⁵³⁰, el cual se encuentra desbordado.

Por último, la sustitución del plan de acompañamiento social para empresas de 50 o más trabajadores por un plan de recolocación externa para despidos colectivos que afecten a más de 50 trabajadores también tiene efectos negativos, como se podrá comprobar en el presente análisis, en la descompensación o desequilibrio de intereses que debe de solucionar el periodo de consultas-negociación, cuya finalidad no es otra que alcanzar un acuerdo que busque evitar o reducir los despidos, así como mitigar sus efectos en los trabajadores afectados.

En definitiva, la Reforma laboral del año 2012 se produjo sin el consenso necesario para emprender cambios normativos de tal calado, en una idea de flexibilizar

⁵²⁶ MONEREO PÉREZ, J.L.: *El despido colectivo y sus elementos configuradores tras las recientes reformas*, op. cit., p. 18

⁵²⁷ La finalidad primordial de la Directiva comunitaria sobre despidos colectivos ha sido siempre la de garantizar la procedimentalización de los despidos colectivos; es lo que se ha denominado técnicamente el fomento de la “flexibilidad negociada” a través de una “negociación colectiva gestional”: la “consulta-negociación” de los procesos de reestructuración empresarial. En este sentido MONEREO PÉREZ, J.L.: *El despido colectivo en el ordenamiento interno y comunitario*, Madrid, Ed. Civitas, 1994; *Ibid.*, *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Madrid, Ed. Civitas, 1992; *Ibid.*, “La intervención administrativa en los despidos colectivos”, *Temas Laborales*, N.º 125, 2014, pp. 219-267.

⁵²⁸ MONEREO PÉREZ, J.L.: “El régimen jurídico de los despidos colectivos después de la reforma de 2012”, cit., *passim*.

⁵²⁹ SÁEZ LARA, C.: *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, op. cit., p. 21.

⁵³⁰ ROMERO SÁNCHEZ, I.: *El despido colectivo. Evolución normativa y régimen jurídico*, Granada, Comares, 2017, pp. 45 y 46.

el despido y facilitar la extinción del contrato de trabajo, en concreto, a través del despido colectivo. A través de las siguientes páginas se podrá comprobar de forma minuciosa cómo el nuevo modelo de despido colectivo implantado tras las últimas reformas laborales influye sobre la configuración del despido colectivo y el contenido mínimo de la consulta-negociación: las medidas alternativas o complementarias al despido colectivo.

Para cerrar el presente epígrafe es necesario aludir sucintamente a la reciente Reforma laboral de 2021 (Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo). En este sentido, si bien se trata de una reforma equilibrada fruto de la concertación social, sin embargo, no se han producido cambios en el modelo normativo del despido colectivo, más allá de la derogación de la disposición adicional decimosexta ET en la que se preveían una serie de reglas especiales para el despido colectivo en el sector público⁵³¹. Dejar fuera de la Reforma del año 2021 a la institución jurídica del despido, y en concreto al despido colectivo, quizá obedeció a una operación de negociación y de concesión mutua para alcanzar el acuerdo entre los interlocutores sociales y el Gobierno, ante la premura y el cumplimiento de los plazos para acceder a los fondos europeos de recuperación por la COVID-19.

En cambio, nuevos escenarios de reforma se han abierto con la modificación del contenido del informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social por parte de la disposición final octava de la Ley 3/2023 de Empleo, así como con los diversos cambios que ha introducido el Real Decreto 608/2023, de 11 de julio, en el procedimiento de despido colectivo y, sobre todo, con la creación de una nueva obligación de notificación previa en supuestos de cierre. Asimismo, a la espera de la resolución del Comité Europeo de Derechos Sociales en cuanto a la cuantía de la indemnización por despido improcedente española, no resultaría extraña una futura intervención normativa que camine en la línea de incrementar las garantías frente al despido e incluso de reforzar la causalidad en los supuestos de extinción de la relación laboral⁵³².

⁵³¹ Véase las implicaciones de esta derogación y su debate en VIDA FERNÁNDEZ, R.: “Despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el sector público”, en VV.AA.: *La reforma laboral de 2021: estudio técnico de su régimen jurídico*, MONEREO PÉREZ, J.L. et al. (Dir.), Murcia, Laborum, 2022, pp. 431-448 y ROQUETA BUJ, R.: “Problemas vinculados a la extinción de contratos de trabajo en las administraciones públicas”, *Labos*, N.º 1, 2023, pp. 112-129.

⁵³² Ello se recoge en el acuerdo de coalición entre PSOE-Sumar “España avanza. Una nueva coalición de Gobierno progresista”, cuyo tenor literal consiste en: “[e]stablecer garantías para las personas trabajadoras frente al despido, dando cumplimiento a la Carta Social Europea y reforzando la causalidad en los supuestos de extinción de la relación laboral”.

CAPÍTULO 2. EL CONCEPTO DE DESPIDO COLECTIVO Y SUS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS: SENTIDO Y ALCANCE

2.1. A modo de tratamiento preliminar

En el Derecho español el despido colectivo se configura jurídicamente como un supuesto de resolución del contrato de trabajo por voluntad unilateral del empresario, fundado en causas sobrevenidas de carácter empresarial (económicas, técnicas, organizativas o productivas) y sometido a un posterior control judicial (arts. 49.1.i) y 51 ET). No se trata, por tanto, de un supuesto de “desistimiento” empresarial en sentido técnico-jurídico, ya que la decisión unilateral del empresario debe de estar fundada en una causa de carácter sobrevenido derivada de la dinámica de funcionamiento de la empresa, y nunca derivada de factores inherentes a la persona de los trabajadores *ex* Directiva 98/59. La Ley no concede una facultad a una de las partes (el empresario), que le permita poner fin a la obligación existente entre empresa-trabajador mediante un acto enteramente libre y voluntario⁵³³.

De este modo, esta extinción del contrato de trabajo puede ser reconducida a la categoría jurídico-laboral específica de la “alteración sobrevenida de circunstancias”, de alcance más amplio que la categoría civil de la “excesiva onerosidad sobrevenida” en los contratos con prestaciones recíprocas. Así, mientras la figura jurídico-contractual de la “onerosidad sobrevenida” consiste en la posibilidad de modificar o extinguir el contrato sobre la base de que durante el transcurso de la ejecución de las prestaciones recíprocas, al menos una de ellas devenga de forma inesperada excesivamente onerosa respecto al valor de la contraprestación; en el supuesto laboral, la alternación sobrevenida de las circunstancias no exige la imprevisibilidad (mas todo lo contrario, se caracteriza por su previsibilidad) y no requiere ni un desequilibrio económico sobrevenido ni una situación crítica de corte excepcional, pues bastará una pérdida comparativa de utilidad o del lucro cesante⁵³⁴.

⁵³³ Esta argumentación está presente en varias obras de MONEREO PÉREZ, J.L. y, en concreto, en MONEREO PÉREZ, J.L.: “El despido colectivo tras las sucesivas reformas laborales”, *op. cit.*, pp. 153 y 154.

⁵³⁴ MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo en el Derecho español: estudio de su régimen jurídico*, *op. cit.*, pp. 131-139.

Como razona el Tribunal Supremo, “[e]l despido económico se ha definido como un despido en “interés de la empresa” que se justifica cuando se acredita que hay razones objetivas para entender que ese interés requiere la extinción del contrato de trabajo. Es éste un contrato de cambio con prestaciones recíprocas basadas en un principio de equivalencia de beneficios para las partes, lo que significa que el contrato pierde su función económico-social y puede extinguirse desde el momento en que por determinadas circunstancias deja de tener interés o utilidad patrimonial para alguna de las partes, como sucede para el empresario en los casos de los arts. 51 y 52 del ET y para el trabajador en los supuestos de los arts. 40, 41 y 50 del mismo texto legal. El derecho al trabajo que consagra el art. 35 de la Constitución comprende, como ha señalado el Tribunal Constitucional (SSTC 22/1981 y 20/1994), el derecho a no ser despedido sin justa causa y en este sentido obliga a los poderes públicos a establecer una regulación de la extinción del contrato a iniciativa del empresario que respete el principio de causalidad, pero de ello no se deriva que la regulación o la aplicación de las causas económicas del despido deba hacerse imponiendo la continuidad de la relación cuando ésta ha perdido su función económica para una de las partes” (STS de 26 de marzo de 2014, rec. 158/2013).

Es más, ante las últimas reformas laborales y su proceso de liberalización del despido, como se ha podido comprobar, la entidad de la causa ha ido perdiendo fuerza. El hecho sobrevenido que rescinde el contrato es más flexible, pues se exige una mera situación de menor rendimiento o competitividad y no una estricta “crisis empresarial” o sacrificio insoportable (como ocurre en la contratación civil). En concreto, ello se traduce en una traslación del riesgo inherente a la figura del empresario hacia el trabajador, cuando según la teoría general del Derecho del trabajo es al primero al que le correspondería (ajenidad en los riesgos). Como ya se ha indicado, la mejor doctrina ha identificado que con esta flexibilización de las causas para despedir en realidad lo que se produce es una “plena normalización” del despido colectivo como medida de ajuste empresarial (y no un recurso anormal o extraordinario)⁵³⁵, el cual está orientado a la adaptación de la plantilla de la empresa de forma constante a las necesidades cambiantes e incluso “caprichosas” del entorno empresarial en la idea de garantizar la maximización del beneficio.

En cualquier caso, la regulación interna del despido colectivo presente, principalmente, en el art. 51 ET, el RPDC y su vía de impugnación judicial (art. 124 LRJS), también prevé, habida cuenta del influjo de la Directiva comunitaria sobre despidos colectivos, una “procedimentalización” propia para proceder al despido colectivo. En la línea del modelo de “flexiseguridad” externa garantista y consensuada que ofrece la Directiva 98/59, el legislador español predispone un procedimiento de información y consulta con los representantes de los trabajadores con la intención de alcanzar un acuerdo que permita la evitación, reducción o mitigación del despido colectivo y de sus efectos (consulta-negociación). Así, se concede un protagonismo central a las medidas sociales de acompañamiento, como contenido mínimo de las

⁵³⁵ MONEREO PÉREZ, J.L.: *El despido colectivo y sus elementos configuradores tras las recientes reformas*, op. cit., p. 11.

consultas, junto con una intervención administrativa no autorizante. No obstante, como se tendrá ocasión de comentar, “más allá de la norma, en la realidad jurídica, acaba siendo un modelo típicamente defensivo (y su objetivo o parámetro de referencia es la expulsión del personal considerado excedente en el marco de una no explicitada “competitividad por los costes”), sin que se potencien adecuadamente las medidas de flexibilidad interna⁵³⁶.

En definitiva, los fundamentos político-jurídicos de la regulación jurídica de los despidos por crisis empresariales se resuelven en un intento de búsqueda entre los principios de rentabilidad empresarial y de protección del trabajador. A ello responde la exigencia de causa para despedir y la “procedimentalización” del despido colectivo, tanto a través del control “social” de los trabajadores, como a través del control público no autorizante⁵³⁷. Empero, se trata de un equilibrio que todavía está por conseguir.

Una vez explicitados genéricamente los dos elementos esenciales de la figura del despido colectivo (causa y procedimiento), es necesario aclarar qué concretos requisitos deben de exigirse para que resulte de aplicación el procedimiento de despido colectivo (elementos constitutivos), los cuales serán objeto de detenido estudio a lo largo de las siguientes páginas, junto con la última jurisprudencia del TJUE en la materia. Así, partiendo del art. 51.1 ET y de la clasificación aportada por la doctrina científica es necesario que concurren los siguientes elementos para que se aplique el bloque normativo regulador del despido colectivo⁵³⁸:

- Elemento causal: “se entenderá por despido colectivo la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”. Es decir, es necesario que los despidos se produzcan por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas, aunque se trata de un requisito que se ha flexibilizado, como se tendrá ocasión de analizar, a raíz de la interpretación elaborada por los tribunales, tanto comunitarios como nacionales, habida cuenta de que el elemento causal no casa bien con lo dispuesto en la Directiva comunitaria.
- Elemento cuantitativo-numérico: para que concorra despido colectivo se requiere que “la extinción afecte al menos a: a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores; b) El diez por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores; c) Treinta trabajadores en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores”. Un método de cómputo elegido por el legislador español que fusiona las dos opciones ofrecidas por los apartados i) y ii) del art. 1.1.a) de la Directiva 98/59 y que no recurre

⁵³⁶ MONEREO PÉREZ, J.L.: “El despido colectivo tras las sucesivas reformas laborales”, *op. cit.*, pp. 153 y 154.

⁵³⁷ MONEREO PÉREZ, J.L.: “El régimen jurídico de los despidos colectivos después de la reforma de 2012”, *Temas laborales*, N.º 115, 2012, p. 320.

⁵³⁸ Esta es la clasificación que utiliza MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C.; MORENO VIDA, M.N.; VILA TIerno, F.: *Manual de Derecho del Trabajo*, Granada, Comares, 2022, p. 588, para los elementos constitutivos del despido colectivo.

para su configuración al centro de trabajo sino al concepto de empresa. En cualquier caso, la unidad de cómputo de estos despidos podrá ser tanto la empresa en su conjunto como el centro de trabajo, siempre que se cumplan los requisitos aportados por la jurisprudencia del TJUE y del TS. A los anteriores supuestos es necesario añadir la regulación que la norma interna ofrece respecto a las “extinciones asimiladas” y respecto a otros despidos colectivos no incluidos en la Directiva 98/59: el despido colectivo por cierre de empresa y por extinción de la personalidad jurídica del empresario.

- Elemento temporal: esta escala legal de despidos debe de ser medida “en un periodo de noventa días”, el cual será computado en un sentido bidireccional, tal y como ha precisado la última jurisprudencia del TJUE (doctrina *Marclean*)⁵³⁹.

Como se puede observar, son varias las divergencias existentes entre lo estipulado por la Directiva 98/59 y la transposición realizada por el legislador español, a pesar de que entre ambos órdenes normativos rige la preferencia del Derecho comunitario y su efecto directo. Todo ello provoca que nos encontremos ante un concepto de despido colectivo problemático⁵⁴⁰, en cuanto a las diferencias existentes entre regulaciones (en el ámbito causal, cuantitativo-numérico, temporal y de unidad de referencia) y en cuanto a la interlocución constante entre los tribunales nacionales y el TJUE con el fin, precisamente, de corregir estos desencuentros. Teniendo en cuenta lo anterior, las siguientes páginas se dedican a desgranar los elementos configuradores del despido colectivo en el Derecho español, teniendo en cuenta la jurisprudencia “correctora” del Tribunal de Luxemburgo.

2.2. Elemento cuantitativo-numérico

2.2.1. Escala legal de despidos y otros supuestos incluidos en el despido colectivo: el despido por cierre y cese de empresa

Si se acude al elemento cuantitativo-temporal que establece la Directiva 98/59/CE en su artículo 1.1.a), se puede comprobar de qué modo el legislador español no responde necesariamente a los modelos establecidos en los incisos i) y ii) del citado artículo. En cambio, la norma interna, a través de los arts. 51.1 ET y 1.1 RPDC, utiliza un método “eclectico, mixto, híbrido o combinado” entre estos dos modelos (de escala o indiferenciado) para establecer los umbrales cuantitativo-numéricos y temporales del despido colectivo⁵⁴¹.

⁵³⁹ STJUE de 11 de noviembre de 2020, *Marclean Technologies*, C-300/19.

⁵⁴⁰ DESDENTADO BONETE, A.: “La delimitación legal del despido colectivo. El despido colectivo de hecho”, *op. cit.*, pp. 11 y ss.

⁵⁴¹ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, M.Y. y DE FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, C.: “Despido colectivo y unidad de referencia (I). La transposición de la Directiva 98/59/CE y el margen de apreciación de los Derechos nacionales”, *op. cit.*, p. 5, versión electrónica.

De este modo, el legislador español ha elegido⁵⁴² el ámbito temporal de 90 días (donde se exigen como mínimo 20 despidos), pero con la escala de extinciones en función del nivel de plantilla que la Directiva establece para un período de 30 días: al menos 10 extinciones en los centros de trabajo de entre más de 20 y menos de 100 trabajadores; al menos el 10% en los centros de trabajo de entre 100 y menos de 300 trabajadores; así como al menos 30 extinciones en los centros de trabajo de 300 trabajadores como mínimo. Es más, el Estatuto de los trabajadores no ha establecido una regulación mimética con la escala del art. 1.1.a), inciso i), de la Directiva 98/59, ya que no incluye el límite de más de 20 personas trabajadoras en plantilla para que rijan el umbral más bajo de despidos, al igual que no utiliza el centro de trabajo como unidad de referencia para el cómputo, sino la empresa en su conjunto (una cuestión sobre la que posteriormente se analizará la intervención del TJUE y su impacto en los tribunales nacionales a raíz del caso *Rabal Cañas*⁵⁴³).

En concreto, la normativa nacional fusiona la escala de despidos para un período de 30 días pero la amplía a un arco temporal de 90 días, sin establecer, a su vez, el límite de plantilla de más de 20 personas trabajadoras. El 51.1 ET expresa que concurrirá despido colectivo cuando se cumplan los siguientes umbrales de despidos en un período de 90 días:

- a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores.
- b) El diez por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.
- c) Treinta trabajadores en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores.

Esta elección a la hora de la transposición al ordenamiento jurídico interno de la Directiva comunitaria sobre despidos colectivos ha sido calificada como más beneficiosa para las garantías de los trabajadores⁵⁴⁴. En efecto, la normativa española es más favorable para los trabajadores en el sentido de que mejora la escala de extinciones al ampliarla en plazo, aunque si se observa el límite de 20 extinciones en la Directiva para el período de 90 días, “sea cual fuere el número de los trabajadores habitualmente empleados”, pueden darse situaciones contradictorias. Por ejemplo, piénsese en una

⁵⁴² En los términos del art. 1.1 de la Directiva 98/59/CE: “se entenderá por “despidos colectivos” (...) cuando el número de despidos producidos sea, según la elección efectuada por los Estados miembros: i) para un período de 30 días (...) ii) o bien, para un período de 90 días (...)”. En efecto, la Directiva comunitaria permite a los Estados miembros elegir entre un período temporal u otro, pero con el límite de extinciones que cada período contiene. No obstante, la transposición española mezcla un límite temporal con las extinciones inherentes al límite temporal no escogido.

⁵⁴³ Véase el capítulo tercero de la parte III, apartado 3.1.

⁵⁴⁴ En cuanto a esta apreciación, véase, MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G.: “Despido colectivo y Derecho Social Comunitario: La reinterpretación en el método del cómputo del factor temporal de los despidos colectivos: criterio amplio a través del período continuo anterior/posterior”, *LA LEY Unión Europea*, N.º 89, 2021, versión electrónica y POQUET CATALÁ, R.: *Análisis de la actual configuración del despido colectivo*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2021, p. 62.

empresa de 250 trabajadores que despide por causas económicas a 24 trabajadores en distintos centros de trabajo y que, según la regulación española, no estaría obligada a realizar procedimiento de despido colectivo al no alcanzar el umbral del 10%, a diferencia de si se tomara el límite de 20 despidos que establece la Directiva comunitaria para el arco temporal de 90 días.

Con ello se puede deducir que si la empresa tiene menos de 200 trabajadores la normativa de despido colectivo española será más beneficiosa en cuanto a la aplicación de la norma comunitaria y, viceversa, que si la empresa tiene más de 200 trabajadores será más ventajosa la regulación comunitaria y, en concreto, el método indiferenciado propuesto en el inciso ii). En efecto, si bien es cierto que se mejora la escala legal del inciso i) de la Directiva, al utilizar el legislador español un método de cómputo “mixto”, en otras situaciones sería más beneficioso para la persona trabajadora aplicar el inciso ii) con el límite de despidos que establece la norma europea.

Otras extinciones se pueden añadir a la escala legal de despidos para alcanzar los umbrales de despido colectivo en virtud de las denominadas “extinciones asimiladas”. La normativa nacional recoge esta posibilidad, inspirada en la Directiva 98/59, aunque a través de una técnica deficiente de transposición, como se tendrá ocasión de comentar. El art. 51.1 ET, en su penúltimo párrafo, dispone que: “se tendrán en cuenta asimismo cualesquiera otras producidas en el periodo de referencia por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el artículo 49.1.c), siempre que su número sea, al menos, de cinco” (véase también el art. 1.1 último párrafo RPDC).

Tradicionalmente se venía entendiendo que este precepto ponía en conexión los despidos económicos o reorganizativos con el resto de extinciones a iniciativa del empresario por motivos no inherentes a la persona de los trabajadores incluidos en el listado del art. 49 ET, con la exclusión de la extinción regular de los contratos temporales⁵⁴⁵. En este sentido, computaban a efectos de alcanzar el umbral del despido colectivo, sin que se les aplicaran sus garantías, el mutuo acuerdo cuando hubiera sido adoptado a iniciativa del empresario, la condición resolutoria basada en un motivo no inherente a la persona del trabajador o los despidos del art. 52.c) ET, entre otros. No obstante, tras la jurisprudencia del TJUE y el cambio de parecer del Tribunal Supremo, todos los despidos materialmente colectivos “por motivos no inherentes a la persona de los trabajadores” deberán de computarse como despidos en sentido estricto (primer párrafo del art. 51.1 ET), ser beneficiarios del procedimiento, con independencia de que la causa formal a través de la que se hayan articulado haya obedecido o no a causas ETOP, sin que se aplique el límite de cinco despidos para su consideración⁵⁴⁶.

En este cuadro de despidos en sentido estricto y extinciones asimiladas a computar en la escala legal del despido aparece otra regla específica: el mecanismo

⁵⁴⁵ MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo en el Derecho español. Estudio de su régimen jurídico*, op. cit., p. 39.

⁵⁴⁶ DESDENTADO BONETE, A.: “La delimitación legal del despido colectivo. El despido colectivo de hecho”, op. cit., p. 15.

antifraude contra el despido colectivo “por goteo”⁵⁴⁷. El art. 51.1 ET en su último párrafo expresa que: “cuando en periodos sucesivos de noventa días y con el objeto de eludir las previsiones contenidas en este artículo, la empresa realice extinciones de contratos al amparo de lo dispuesto en el artículo 52.c) en un número inferior a los umbrales señalados, y sin que concurran causas nuevas que justifiquen tal actuación, dichas nuevas extinciones se considerarán efectuadas en fraude de ley, y serán declaradas nulas y sin efecto”. En cualquier caso, si bien se trata de otros despidos que se añaden a los anteriores, su estudio se dejará para el apartado correspondiente al cómputo temporal, habida cuenta de su relación con el ámbito temporal del despido colectivo y su confluencia con la nueva doctrina *Marclean*⁵⁴⁸.

Añadido a todo lo anterior, la normativa interna establece un supuesto de despido colectivo que no viene recogido en la Directiva 98/59, como muestra del papel que pueden desempeñar los Estados miembros a la hora de introducir disposiciones más favorables para los trabajadores (art. 5 Directiva 98/59). En efecto, el Derecho español asimila *ex lege* al despido colectivo con el cierre y cese de la empresa y la extinción contractual de la totalidad de la plantilla de trabajadores. Se trata, por ende, de una garantía adicional que opera al margen de la Directiva 98/59, por lo que no quedará vinculada por esta ni por la interpretación que haya realizado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁵⁴⁹.

El art. 51.1 ET dispone que “[s]e entenderá igualmente como despido colectivo la extinción de los contratos de trabajo que afecten a la totalidad de la plantilla de la empresa, siempre que el número de trabajadores afectados sea superior a cinco, cuando aquel se produzca como consecuencia de la cesación total de su actividad empresarial fundada en las mismas causas anteriormente señaladas” (el art. 1.3 RPDC define al cierre de empresa en términos casi idénticos). Este cierre total de la empresa ha sido definido como una “causa económica autónoma”⁵⁵⁰, puesto que difiere de los otros despidos colectivos “parciales” en el sentido de que las causas ETOP alegadas pretenden, al menos en formulaciones anteriores, la superación de la situación económica negativa o la garantía de la viabilidad del empleo en la empresa y, por ello, su continuidad. Como se puede observar, el cierre y cese de la actividad empresarial aquí previsto no estaría encaminado a estos objetivos.

El primero de los requisitos que se exige para que opere este supuesto de hecho es que se produzca “la extinción de los contratos de trabajo que afecten a la totalidad de la plantilla de la empresa”. Es decir, es necesario que se extingan todos los contratos de trabajo de la empresa en cuestión, sin que se apliquen las mismas consecuencias

⁵⁴⁷ MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada*, op. cit., p. 30.

⁵⁴⁸ *Vid.*, apartado 2.3.4 del presente capítulo destinado al estudio del “ámbito temporal” del despido colectivo.

⁵⁴⁹ DESDENTADO BONETE, A.: “La delimitación legal del despido colectivo. El despido colectivo de hecho”, op. cit., p. 43.

⁵⁵⁰ MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo en el Derecho español. Estudio de su régimen jurídico*, op. cit., p. 34.

jurídicas si se da el cese de toda la plantilla de un centro de trabajo, pues a estos efectos no son términos equiparables como se entiende tras la sentencia *Rabal Cañas*, posteriormente analizada⁵⁵¹. El cierre de centro de trabajo no equivale al cierre de empresa del art. 51.1 ET, a menos que se alcancen los umbrales generales previstos para el despido colectivo, ya sea en la empresa o en el centro de trabajo con plantilla de más de 20 trabajadores (STS de 13 de junio de 2017, rec. 196/2016).

En segundo lugar, se exige que los trabajadores afectados sean superiores a cinco y que se produzca la cesación total de la actividad empresarial fundada en las mismas causas empresariales que rigen para el régimen general del despido colectivo (causas económicas, técnicas, organizativas o productivas).

Ello implica que, por un lado, las empresas con cinco o menos personas trabajadoras que cesen de modo definitivo en su actividad por causas ETOP deben de amparar su decisión en el art. 52.c) ET y seguir el procedimiento previsto para el despido objetivo en el art. 53 ET, sin que se les apliquen las garantías del despido colectivo⁵⁵². Dicho de otro modo, el cierre de la empresa o la extinción de los contratos de toda la plantilla empresarial no equivale a despido colectivo en todos los supuestos. Solo cuando las personas trabajadoras afectadas sean más de 5 el cese total de la actividad de la empresa conlleva la obligación de iniciar procedimiento de despido colectivo⁵⁵³, bajo sanción de nulidad⁵⁵⁴, habida cuenta de la pluralidad de trabajadores afectados y las consecuencias del cierre y cese de empresa. No obstante, se trata de una regla especial de alcance limitado, ya que solo se aplica a las empresas que en el momento del cierre tengan entre 6 y 9 trabajadores⁵⁵⁵, ya que si la empresa tiene 10 trabajadores se aplicará en todo caso el régimen general del despido colectivo por superarse los umbrales del art. 51.1 ET⁵⁵⁶.

Además, estos despidos superiores a cinco que componen la totalidad de la plantilla empresarial deben de obedecer a causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, sin que entren aquí los supuestos de cierre de empresa por fuerza

⁵⁵¹ Ello es defendido por DESDENTADO BONETE, A.: “La delimitación legal del despido colectivo. El despido colectivo de hecho”, *op. cit.*, p. 44.

⁵⁵² PÉREZ CAMPOS, A.I.: “La labor creadora de derecho del TJUE en la configuración de los despidos colectivos”, *op. cit.*, p. 95.

⁵⁵³ SSTSJ La Rioja de 16 de noviembre de 2006 (rec. 333/2006) y Madrid de 3 de noviembre de 2008 (rec. 2743/2008).

⁵⁵⁴ Véase STSJ Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 11 de febrero de 2021, rec. 365/2020.

⁵⁵⁵ Para DESDENTADO BONETE, A.: “La delimitación legal del despido colectivo. El despido colectivo de hecho”, *op. cit.*, p. 44, este procedimiento de despido colectivo impuesto en unidades empresariales de muy pequeña dimensión es cuestionable, ya que no se corresponde con las limitaciones de capacidad representativa y negociación que presentan tales unidades y, por otro lado, contrasta con otras extinciones superiores que no afectan a la totalidad de la plantilla y que no superan los umbrales legales generales.

⁵⁵⁶ ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa: causas, procedimiento y control judicial*, versión digital.

mayor, que deben de canalizarse por el procedimiento previsto en el art. 51.7 ET⁵⁵⁷. De este modo, las extinciones a computar cuando cesa la actividad empresarial son las debidas a “causas empresariales”, sin que se computen otras causas de extinción, a menos que se produzcan despidos o extinciones con causa falsa o aparente para ocultar la verdadera razón empresarial, por lo que habría que aplicar el art. 6.4 CC y computar tales despidos⁵⁵⁸.

En estos supuestos tampoco jugará la regla del período de cómputo de 90 días, pues deberá de coincidir el cese de la plantilla con el cese de la actividad empresarial, sin caer en una aplicación estricta para evitar actuaciones fraudulentas⁵⁵⁹. La empresa puede, ciertamente, ordenar la disminución gradual de la actividad hasta finalizarla por completo, de modo que los despidos se sucedan en el tiempo sin alcanzar los topes legales ordinarios del despido colectivo, lo cual podría suponer, en principio, una actuación acorde a Derecho. No obstante, también puede ocurrir que esta programación de los despidos obedezca a una conducta fraudulenta para evitar la aplicación del procedimiento de despido colectivo por cierre de empresa, al no darse una razón objetiva para diferir en el tiempo estos despidos⁵⁶⁰. Por ello, la doctrina científica ha propuesto de *lege ferenda* que se introduzca una presunción en la ley, por la que todas las extinciones que se produzcan en un período de 90 días en virtud de las mismas causas por el cierre y cese total de la empresa deban de computarse a efectos de comprobar la superación de los umbrales de esta regla específica. En cualquier caso, si se superan los umbrales y no se ha llevado a cabo procedimiento de despido colectivo estas extinciones deben de declararse nulas y sin efecto⁵⁶¹.

En último lugar, otro de los elementos necesarios para que se aplique el despido colectivo por cierre de empresa es que se produzca “la cesación total de su actividad empresarial”. Qué entender por los términos “cesación total” ha sido una de las cuestiones más controvertidas en la aplicación del precepto. Para algunos autores, esta fórmula comporta una ruptura de la actividad empresarial de tal intensidad que supone la desaparición de la misma, ya sea con proveedores, clientes o personas trabajadoras⁵⁶². No obstante, esta ausencia absoluta de actividad empresarial o comercial puede ser difícilmente apreciable en aquellos supuestos en los que se mantiene una mínima

⁵⁵⁷ POQUET CATALÁ, R.: *Análisis de la actual configuración del despido colectivo*, op. cit., p. 35, con cita en ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: *Tres años de reforma del despido colectivo, ¿ha conseguido su propósito el legislador?*, op. cit., p. 64, donde se indica que se ha liberalizado la extinción colectiva por crisis empresarial frente al cierre por fuerza mayor, ya que aquí sigue exigiéndose autorización administrativa.

⁵⁵⁸ ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa: causas, procedimiento y control judicial*, versión digital.

⁵⁵⁹ Para DESDENTADO BONETE, A.: “La delimitación legal del despido colectivo. El despido colectivo de hecho”, op. cit., p. 45.

⁵⁶⁰ Así se ha declarado en las SSTSJ Aragón de 27 de diciembre de 2010 (AS 2011, 809) y País Vasco de 14 de septiembre de 2010 (AS 2010, 2927).

⁵⁶¹ Propuesta elaborada por ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa: causas, procedimiento y control judicial*, versión digital.

⁵⁶² POQUET CATALÁ, R.: *Análisis de la actual configuración del despido colectivo*, op. cit., p. 36.

actividad empresarial para cerrar la empresa de forma paulatina u ordenada. “La lógica empresarial impone suavizar el nivel de intensidad requerido por la norma, y entender, en definitiva, que con la «cesación total» quiere significarse una ruptura de la actividad empresarial de tal intensidad que va a dar al traste con la propia empresa, avocándola a su desaparición”⁵⁶³. En estos términos, además de producirse la extinción de la totalidad de los contratos de la plantilla, deberá de producirse la cesación total de la actividad empresarial, de ahí que exista la duda en cuanto a la aplicación del despido colectivo por cierre de empresa en los casos en los que, aunque se hayan despedido a todos los trabajadores, la empresa siga funcionando con trabajadores autónomos o con el propio trabajo del empleador⁵⁶⁴. Sea como fuere, habrá que estar muy atento en estos casos a los fenómenos de subrogación empresarial del art. 44 ET⁵⁶⁵.

El artículo 49.1.g) ET recoge como una de las causas de extinción del contrato de trabajo la extinción de la personalidad jurídica del contratante, más allá de los casos de muerte, jubilación o incapacidad del empresario persona física. En este sentido, cuando se produzca la extinción de la personalidad jurídica de la empresa, el mismo precepto añade que “deberán seguir los trámites del artículo 51” ET.

Ante esta remisión a la regulación del despido colectivo, lo que se ha venido discutiendo doctrinal y jurisprudencialmente es si tal remisión se refiere tan solo al procedimiento mismo de despido colectivo o también a sus causas. Esto es, si las extinciones se producen como consecuencia de la extinción de la persona jurídica, con la disolución y la entrada en la liquidación, o si se necesita de alguna causa empresarial autónoma. El art. 30 RPDC tampoco contribuye a resolver esta controversia interpretativa cuando indica que: “[s]egún lo previsto en el artículo 49.1.g) del Estatuto de los Trabajadores, la extinción de relaciones de trabajo por extinción de la personalidad jurídica del contratante se regirá por el procedimiento establecido en el capítulo I del Título I de este Reglamento incluidas las disposiciones relativas a las medidas sociales de acompañamiento y al plan de recolocación externa”⁵⁶⁶.

En cuanto a la necesidad o no de alegar una causa ETOP en el despido colectivo por extinción de la personalidad jurídica, el Tribunal Supremo ha analizado en varias ocasiones esta cuestión de forma indirecta (SSTS 26 de junio de 2014, rec. 219/13; 23 de septiembre de 2014, rec. 231/13; 3 de diciembre de 2014, rec. 201/13) hasta llegar a su *leading case*, donde se abordó directamente esta cuestión y se sostuvo, con matices,

⁵⁶³ ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: *Tres años de reforma del despido colectivo, ¿ha conseguido su propósito el legislador?*, *op. cit.*, p. 66.

⁵⁶⁴ En contra de que exista despido colectivo DESDENTADO BONETE, A.: “La delimitación legal del despido colectivo. El despido colectivo de hecho”, *op. cit.*, p. 44. Por otro lado, ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa: causas, procedimiento y control judicial*, versión digital, con cita en la STSJ de la Comunidad Valenciana de 17 de mayo de 2011 (JUR 2011, 293867), entiende que debería de acudir al procedimiento de despido colectivo.

⁵⁶⁵ ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: *Tres años de reforma del despido colectivo, ¿ha conseguido su propósito el legislador?*, *op. cit.*, p. 66.

⁵⁶⁶ LÓPEZ CUMBRE, L.: “Disolución empresarial y ¿despido «automático» de la plantilla?”, en *Análisis Gómez-Acebo & Pombo*, diciembre de 2020, disponible en: https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2020/12/Disolucio%CC%81n_empresarial_despido.pdf (visitada el 4/01/2024).

la autonomía de la causa del art. 49.1.g) ET (STS de 12 de julio de 2017, rec. 32/2017, caso RUMASA)⁵⁶⁷.

En efecto, esta doctrina jurisprudencial (seguida por las SSTS de 24 de octubre de 2017, rec. 107/2017; y de 18 de mayo de 2023, rec. 2154/2022) distingue generalmente entre dos supuestos: cuando la extinción de la personalidad jurídica viene impuesta por la ley (en este caso, la Ley de Sociedades de Capital⁵⁶⁸) y, por otro lado, cuando se procede a la disolución de la sociedad por la voluntad de la junta general de accionistas (art. 368 LSC). En el primero de los supuestos, no sería exigible una causa adicional alguna, pues bastará para la validez del despido la desaparición de la personalidad jurídica. En cambio, para el segundo de los supuestos, para evitar que encuentren cobijo bajo la extinción de la personalidad jurídica decisiones extintivas formalmente amparadas en la referida causa pero que tengan un ánimo fraudulento, el TS exige la concurrencia de alguna de las causas del art. 51.1 ET⁵⁶⁹. No se olvide que en estos últimos casos, si no se exige una causa suplementaria, la disolución de la empresa puede obedecer a esquivar el control judicial de la causa y, con ello, la improcedencia de la medida y el consecuente aumento de la indemnización de 20 días a 33 días por año trabajado. Por ello se dice que esta controversia interpretativa no solo obedece al plano jurídico sino también al económico⁵⁷⁰.

En cualquier caso, la remisión que hace el art. 49.1.g) al procedimiento de despido colectivo del art. 51 ET solo será aplicable si se superan los umbrales legales previstos para tal decisión empresarial de despido⁵⁷¹. Con ello, si no se supera la escala legal del art. 51.1 ET y, en concreto, el umbral del despido colectivo por cierre y cese de empresa, no existirá obligación de acudir a dicho procedimiento. Así, la extinción de los contratos de trabajo por extinción de la personalidad jurídica solo deberá de respetar los trámites del despido colectivo si se despiden a más de 5 personas trabajadoras. De lo contrario, los despidos deberán de ajustarse a los requisitos del despido objetivo [SSTS 30 de marzo 2022 (rec. 334/2021), 11 y 24 de mayo de 2022 (rec. 1491/2021; y rec. 257/2021); 22 de febrero 2023 (rec. 349/2022); y 20 de junio 2023 (rec. 2901/2022)].

Una vez que se ha esbozado el elemento cuantitativo-numérico del despido colectivo en el Derecho español, es necesario reiterar la necesidad de casar este régimen

⁵⁶⁷ DESDENTADO BONETE, A.: “Muerte de la empresa y extinción del contrato de trabajo: ¿un enigma jurídico?”, en *El Derecho.com*, entrada de 19 de julio de 2018, disponible en: <https://elderecho.com/muerte-la-empresa-extincion-del-contrato-trabajo-enigma-juridico> (visitada el 5/01/2024).

⁵⁶⁸ Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

⁵⁶⁹ Jurisprudencia seguida por la doctrina judicial en las SSTSJ País Vasco 27 de septiembre de 2016 (EDJ 194807) y La Rioja 11 de marzo de 2020 (Ar. 124529).

⁵⁷⁰ LÓPEZ CUMBRE, L.: “Disolución empresarial y ¿despido «automático» de la plantilla?”, *op. cit.*, pp. 2-4.

⁵⁷¹ DESDENTADO BONETE, A.: “Muerte de la empresa y extinción del contrato de trabajo: ¿un enigma jurídico?”, versión digital, reflexiona sobre la compatibilidad de la extinción de los contratos de trabajo y el procedimiento de despido colectivo con el proceso de extinción de la personalidad jurídica en el ámbito mercantil, que se dilata en cierto modo en el tiempo. En el mismo sentido, LÓPEZ CUMBRE, L.: “Disolución empresarial y ¿despido «automático» de la plantilla?”, *op. cit.*, pp. 5-7.

con las interpretaciones vertidas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Son muchas las cuestiones que se han suscitado en esta instancia y que tienen importantes efectos en la ordenación cuantitativa del despido colectivo, como así ocurre con el concepto de trabajador comunitario y de plantilla computable; las extinciones computables (despidos en sentido estricto y extinciones asimiladas) o aquellas que no computan dentro del procedimiento de despido colectivo. A este análisis dedicaremos las siguientes páginas, no sin antes distinguir al despido colectivo del despido objetivo por causas empresariales.

2.2.2. Despidos individuales o plurales y su diferenciación con el despido colectivo

Los despidos individuales o plurales (también denominados “despidos menores”⁵⁷²) son aquellos que se realizan por las mismas causas del despido colectivo (causas económicas, técnicas, organizativas o productivas), aunque en un número inferior al umbral que recoge el art. 51.1 ET y sin que gocen, por ello, de los trámites previstos para el despido colectivo. En otras palabras, se trata de despidos objetivos del art. 52.c) ET que comparten la misma fundamentación causal del despido colectivo a través de una técnica de reenvío⁵⁷³, pero a los que no se les aplica el procedimiento de consulta-negociación del despido colectivo.

La diferencia entre estos despidos reside, por ende, en el número de trabajadores afectados computados en un período temporal de 90 días. Así, *grosso modo*, serán despidos individuales o plurales si se producen menos de 10 despidos en empresas/centros de trabajo que ocupen a menos de 100 trabajadores; menos del 10% de despidos en empresas/centros de trabajo de entre 100 y 300 trabajadores en plantilla; así como menos de 30 extinciones en empresas/centros de trabajo de más de 300 trabajadores⁵⁷⁴.

No obstante, también es necesario tener en cuenta el cierre de empresa para delimitar el alcance del despido colectivo respecto al objetivo, que, en puridad, solo se aplica a los cierres empresariales que se realicen en plantillas de entre 6 y 9 trabajadores, ya que a partir de 10 personas trabajadoras el despido será necesariamente de carácter colectivo. Es necesario tener en cuenta que el cierre del centro de trabajo no equivale al cierre de empresa, por lo que si no se alcanza el umbral general del despido colectivo, aun aplicando la doctrina *Rabal Cañas*, no habrá que llevar a cabo procedimiento de despido colectivo (STS de 13 de junio de 2017, rec. 196/2016). Por ende, los cierres

⁵⁷² La distinción entre los denominados despidos colectivos *mayores* y *menores* fue propuesta por GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: “La extinción de la relación laboral en la Ley 11/1994, de 19 de mayo”, *Actualidad Laboral*, n°30, 1994, p.485.

⁵⁷³ El art. 52.c) ET reenvía al art. 51.1 ET para la definición de las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas.

⁵⁷⁴ GUINDO MORALES, S.: “Despido objetivo plural por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”, en VV.AA.: *Viabilidad de las empresas, mantenimiento del empleo y medidas de flexibilidad externa en la reestructuración empresarial*, ORTEGA LOZANO, P.G. y GUINDO MORALES, S. (Dir. y Coord.), Granada, Comares, 2022, pp. 63 y ss.

de microempresas⁵⁷⁵ o de centros de trabajo que no alcancen una plantilla de más de 20 trabajadores (ni alcancen los umbrales del despido colectivo) se encuentran desprovistos de tener que llevar a cabo el procedimiento de regulación de empleo del art. 51 ET y, por ende, serán considerados despidos objetivos y deberán de articularse conforme a lo establecido en el art. 53 ET⁵⁷⁶.

Cabe decir que el despido colectivo y los despidos objetivos individuales o plurales por causas empresariales no se encuentran en dos grupos normativos diferenciados, sino en uno unitario complejamente estructurado, *el despido por causas relativas a las necesidades de funcionamiento de la empresa*, donde se atiende a lógicas económico-jurídicas próximas (mismas causas) pero desde lógicas de protección o tutela realmente diferentes⁵⁷⁷. Esta separación o fragmentación de la protección se instaura de forma clara con la Ley 11/1994, de 19 de mayo, sobre la base de que en el despido colectivo “confluyen elementos de transcendental importancia, vinculados tanto a los derechos de los individuos como a las posibilidades de supervivencia de las empresas, los cuales, según las soluciones que se adopten, pueden llegar a afectar, en épocas de especiales dificultades, a la propia viabilidad, incluso, de los sistemas económicos y sociales”⁵⁷⁸. Una diferencia que ha sido trasladada a la jurisprudencia, cuando se indica la indisponibilidad del procedimiento de despido colectivo, en el sentido de que no se puede acudir a este si no se alcanzan los umbrales del art. 51.1 ET (STS 10 de octubre 2017, rec. 86/2017).

En definitiva, al despido individual o plural se le ha expulsado de las garantías del procedimiento de consulta-negociación y, por ende, de las mayores tutelas que ofrece esta flexibilidad consensuada en la empresa, tanto desde el punto de vista del control social como del control público. Muestra de la frecuente y equivocada relación entre criterios numéricos y asignación de interés colectivo, es cierto que muchos de los trabajadores, por pertenecer a pymes y tener más difícil alcanzar los umbrales del art. 51.1 ET, se ven privados de este cauce de despido más garantista⁵⁷⁹.

⁵⁷⁵ ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, Navarra, Aranzadi, 2015, p. 71.

⁵⁷⁶ La STS de 26 de junio de 2020 (rec. 4405/2017) expresa que “la remisión que efectúa el art. 52 ET a las causas del 51.1 no se extiende a comprender la del procedimiento que la norma reglamentaria dibuja. Se ciñe a la concurrencia de alguna de las causas que el mismo prevé, siendo el art. 53 el destinado a disciplinar la forma y efectos de la extinción por causas objetivas”. Por ello, la exigencia documental que prevé el procedimiento de despido colectivo no constituye en el despido objetivo “un elemento o requisito imprescindible en orden a la acreditación de la situación económica de la empresa”.

⁵⁷⁷ MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo en el Derecho español. Estudio de su régimen jurídico*, op. cit., p. 43.

⁵⁷⁸ DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “El despido por causas empresariales”, op. cit., pp. 181 y 182.

⁵⁷⁹ MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo en el Derecho español. Estudio de su régimen jurídico*, op. cit., pp. 45 y 48.

2.2.3. El concepto comunitario de trabajador y de plantilla computable a efectos de la aplicación de la Directiva 98/59. Su traslado al Derecho interno

El concepto de trabajador en el seno de la Unión Europea supone un aspecto clave ya que se constituye como “núcleo de imputación de las políticas sociales” comunitarias⁵⁸⁰. A tales efectos, la comprensión del concepto comunitario de persona trabajadora desempeña un protagonismo esencial a la hora de garantizar la aplicación de la Directiva 98/59 sobre despidos colectivos.

Por un lado, lo que se entienda por trabajador tendrá efectos a la hora de configurar la plantilla computable en materia de despido colectivo. Esto es, podrá determinar si se alcanza el mínimo de más de 20 trabajadores en el centro de trabajo que establece la norma comunitaria (una opción acogida en el Derecho interno tras la doctrina *Rabal Cañas*), así como influirá sobre el número de trabajadores “habitualmente empleados” y, con ello, sobre la franja de plantilla a la que se le aparejan unas determinadas extinciones (empresas que ocupen menos de 100 trabajadores; empresas de entre 100 y 300; así como empresas que ocupen más de trescientos trabajadores).

Por otro lado, el concepto de trabajador elaborado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea podrá tener efectos en el cómputo de la extinción contractual “por motivos no inherentes a la persona trabajadora” con el fin de valorar si se han superado o no los umbrales del despido colectivo y, lo más importante, podrá suponer la aplicación de las garantías y derechos de la Directiva 98/59/CE en algunos casos a determinados trabajadores que quedan excluidos de tal protección por el Derecho interno⁵⁸¹.

Existe cierta tendencia en la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo en la elaboración de un concepto homogéneo de lo que debe entenderse por trabajador comunitario. Una interpretación que ha partido de una reconstrucción fragmentaria pero que ha llegado a convertirse en los últimos tiempos en una “noción verdaderamente autónoma y expansiva del trabajador”⁵⁸². Así, el TJUE ha venido elaborando una interpretación flexibilizadora de las notas configuradoras de la relación laboral, en especial de la dependencia (en sintonía con la labor de los tribunales internos de cada país), para hacer frente a los nuevos riesgos de unas cada vez más difusas fronteras entre el trabajo dependiente y autónomo. Se trata, en definitiva, de una labor jurisprudencial loable pero que en mayor medida viene dada por la ausencia de una definición legal en

⁵⁸⁰ CABEZA PEREIRO, J.: “El concepto de trabajador en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Documentación laboral*, N.º 113, 2018, pp. 45 y ss.

⁵⁸¹ DESDENTADO BONETE, A.: “La delimitación legal del despido colectivo. El despido colectivo de hecho”, *op. cit.*, p. 49.

⁵⁸² MARTÍNEZ MORENO, C.: “Sobre la posibilidad de un concepto común y expansivo de trabajador en el Derecho de la Unión Europea: a propósito de la «laboralización» de los administradores y consejeros”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, N.º 6, 2023, p. 65.

el ámbito de la Unión Europea, la cual podría haber delimitado los rasgos definitorios de la relación de trabajo⁵⁸³.

No cabe ignorar que se ha producido un cambio del modelo antropológico del trabajador por cuenta ajena, centro de referencia del Derecho del Trabajo clásico garantista, a causa de la transición paulatina desde el “trabajador masa” al “trabajador heterogéneo” propio de la época del postfordismo, así como por la expansión y “laboralización” parcial (que supone, paradójicamente, la huida del ordenamiento laboral) de ciertas formas de trabajo autónomo o semi-autónomo (señaladamente, el trabajador autónomo económicamente dependiente), en cuyo marco los trabajadores profesionales se encuentran en una situación económica y jurídica de debilidad contractual y de subordinación a los poderes directivos y de fijación unilateral de las condiciones de trabajo⁵⁸⁴.

El concepto comunitario de trabajador, si bien nace en el seno de la libre circulación de trabajadores con el asunto *Unger*⁵⁸⁵ y *Lawrie-Blum*⁵⁸⁶, se asienta con la interpretación dada a la luz de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, en los asuntos *Kiiski*⁵⁸⁷ y *Danosa*⁵⁸⁸, en los que se indica que el concepto de trabajador “no puede recibir una interpretación que varíe según los Derechos nacionales, sino que tiene un alcance comunitario”. Es más, “debe definirse según criterios objetivos que caractericen la relación laboral teniendo en cuenta los derechos y deberes de las personas afectadas”. Y precisa: “la característica esencial de la relación laboral es la circunstancia de que una persona realiza, durante cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales percibe una retribución”. En otras palabras, a partir de estas sentencias se produce un avance hacia un concepto autónomo e integrador de trabajador, que no

⁵⁸³ DE CASTRO MARÍN, E.: *Despido colectivo “de hecho”. Aspectos controvertidos en la aplicación práctica del art. 51.1 ET*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2018, p. 76. Incluso la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, se refiere a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia para delimitar el concepto de trabajador comunitario: “la presente Directiva establece los derechos mínimos aplicables a todos los trabajadores de la Unión que tengan un contrato de trabajo o una relación laboral conforme a lo definido por la legislación, los convenios colectivos o la práctica vigentes en cada Estado miembro, tomando en consideración la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”.

⁵⁸⁴ MONEREO PÉREZ, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2017, pp. 35 y ss. y MONEREO PÉREZ, J.L. y LÓPEZ INSUA, B.M.: “Las fronteras del contrato de trabajo en el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada)”, en VV.AA.: *Las fronteras del contrato de trabajo en la jurisprudencia*, SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir.) y MALDONADO MONTOYA, J.P. (Coord.), Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2020, pp. 207-242.

⁵⁸⁵ STJCE de 19 de marzo de 1964, *Unger*, C-75/63.

⁵⁸⁶ STJCE de 3 de julio de 1986, *Lawrie-Blum*, C-66/85.

⁵⁸⁷ STJCE de 20 de septiembre de 2007, *Kiiski*, C-116/06.

⁵⁸⁸ STJUE de 11 de noviembre de 2010, *Danosa*, C-232/09.

varíe entre unas piezas normativas u otras del Derecho de la Unión en función de su materia⁵⁸⁹.

De este modo, la construcción del concepto comunitario de trabajador, basado en la progresiva evolución interpretativa del TJUE, busca limitar las diversas definiciones aportadas los Estados miembros, así como directamente pretende eliminar las restricciones injustificadas que imponen dichos estados al efecto útil del Derecho de la Unión (ya sea en materia de tiempo de trabajo, sucesión de empresa, protección a la maternidad o, lo que aquí interesa, en materia de despido colectivo)⁵⁹⁰. No obstante, a pesar de que de los diferentes pronunciamientos del Tribunal de Justicia en relación con las diferentes Directivas comunitarias de política social se pueda extraer un concepto uniforme, autónomo y objetivo⁵⁹¹, no se trata de una cuestión pacífica ya que muchas veces ello choca frontalmente con exclusiones expresas previstas en la legislación de los diversos Estados miembros⁵⁹².

Esto es precisamente lo que ocurre en la STJUE de 9 de julio de 2015, *Balkaya*, C-229/14, donde se da cabida en un procedimiento de despido colectivo tanto a un administrador social como a una persona en prácticas, cuando en el ordenamiento jurídico español tales personas estarían excluidas, *a priori*, de la aplicación del Derecho del trabajo.

En esta sentencia el Tribunal de Luxemburgo resuelve una cuestión prejudicial planteada por un tribunal alemán en el marco de un litigio en el que el trabajador despedido, que no se pudo beneficiar del procedimiento de despido colectivo por no llegar al umbral de plantilla de 20 en el centro de trabajo, alega que debieron de tomarse en cuenta tres extinciones más para superar el umbral del despido colectivo: un trabajador que había solicitado su cese voluntario con anterioridad a los despidos; un administrador no socio de la sociedad empleadora que la representaba conjuntamente con otro administrador en virtud de contrato de mandato extralaboral; y una persona contratada en prácticas en el marco de un programa de aprendizaje y de reciclaje profesional, cuya remuneración provenía de la Administración y no de la empresa. A la vista de lo anterior, el tribunal alemán le pregunta al TJUE si el administrador social o el trabajador en prácticas deben de ser considerados trabajadores a efectos del cómputo de plantilla para el despido colectivo.

En este sentido, como paso previo a analizar el encaje de sendas situaciones en la Directiva 98/59, el Tribunal de Justicia en el asunto *Balkaya* aclara que recoge su definición del concepto de “trabajador” no por referencia a las legislaciones de

⁵⁸⁹ CABEZA PEREIRO, J.: “El concepto de trabajador en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *op. cit.*, pp. 50 y 51.

⁵⁹⁰ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “Hacia el concepto de trabajador en el Derecho de la Unión Europea, en especial, en la política propiamente dicha”, *Foro Nueva Época*, N.º 1, 2017, pp. 290 y ss.

⁵⁹¹ En este sentido, véase, SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “El concepto de trabajador en el contexto de la protección flexible del derecho del trabajo en la Unión Europea (1)”, *La ley Unión Europea*, N.º 50, 2017, *passim*.

⁵⁹² GUTIÉRREZ VELASCO, I.: “El «trabajador europeo» se pone en forma”, *Trabajo y Derecho*, N.º 19, 2016, p. 4.

los Estados miembros, sino “de manera autónoma y uniforme en el ordenamiento jurídico de la Unión”, pues lo contrario podría suponer que “los modos de cálculo de los umbrales que prevé dicho precepto, y por tanto los propios umbrales, estarían a disposición de los Estados miembros, lo que permitiría a éstos alterar el ámbito de aplicación de la citada Directiva y privarla de su plena eficacia”⁵⁹³.

Así, el Tribunal de Luxemburgo, con base en una reiterada jurisprudencia⁵⁹⁴, define el concepto de “trabajador” comunitario de acuerdo con unos “criterios objetivos que caractericen la relación laboral teniendo en cuenta los derechos y deberes de las personas afectadas”, por los que “la característica esencial de la relación laboral es la circunstancia de que una persona realiza, durante cierto tiempo, en favor de otra persona y bajo la dirección de ésta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales percibe una retribución”.

A) Consejeros o administradores de sociedades: posibles fricciones con la “doctrina del vínculo”

A la luz de lo anterior, el Tribunal de Justicia en el asunto *Balkaya* analiza si, en el presente caso, un miembro de la dirección de una sociedad de capital, que ejerce su actividad bajo la dirección y el control de otro órgano de la sociedad, que percibe una retribución a cambio de su actividad y que él mismo no posee participaciones en la sociedad, debe de integrarse dentro del concepto comunitario de trabajador a efectos de su cómputo según el art. 1.1 de la Directiva 98/59/CE.

Un análisis que comienza por reiterar que la naturaleza de la relación laboral con respecto al Derecho nacional no puede tener consecuencias de ningún tipo en cuanto a la condición de trabajador a efectos del Derecho de la Unión⁵⁹⁵ y, por tanto, que si la persona reúne los requisitos de la definición comunitaria (condición de sujeción jerárquica y actividad remunerada⁵⁹⁶), “la naturaleza del vínculo jurídico que la une a la otra parte de la relación laboral no es pertinente para la aplicación de la Directiva 98/59” (STJUE de 11 de noviembre de 2010, *Danosa*, C-232/09, apartado

⁵⁹³ Véase, en este sentido, la sentencia *Confédération générale du travail y otros*, C385/05, EU:C:2007:37, apartado 47.

⁵⁹⁴ SSTJCE/TJUE *Lawrie-Blum* (sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de julio de 1986, Deborah Lawrie-Blum contra Land Baden-Württemberg, Asunto 66/85, ECLI:EU:C:1986:284); *Allonby* (Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de enero de 2004, Debra Allonby contra Accrington & Rossendale College, Education Lecturing Services, trading as Protocol Professional y Secretary of State for Education and Employment, Asunto C-256/01, ECLI:EU: C:2004:18); *Kiiski* (Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 2007, Sari Kiiski contra Tampereen kaupunki, Asunto C-116/06, ECLI:EU:C:2007:536); *Danosa* (Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de noviembre de 2010, Dita Danosa contra LKB Lizings SIA, Asunto C-232/09, ECLI:EU:C:2010:674), y *Comisión contra Italia* (Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 2014, Comisión Europea contra República Italiana, Asunto C-596/12, ECLI:EU:C:2014:77).

⁵⁹⁵ STJCE de 20 de septiembre de 2007, *Kiiski*, C-116/06, apartado 26 y jurisprudencia allí citada.

⁵⁹⁶ MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: “El régimen del despido colectivo en el ordenamiento europeo: contrastes y fricciones con el ordenamiento español”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, N.º 127, 2017, p. 127.

40). Interpretación que, como se argumentará, podría entrar en contradicción con la conocida como “doctrina del vínculo” en el ámbito nacional.

Sin embargo, el Tribunal también reconoce que al ser el grado de dependencia o subordinación de un administrador de menor intensidad que el de un trabajador “en el sentido habitual”, la existencia de tal relación de subordinación “debe apreciarse en cada caso concreto, en función del conjunto de hechos y de circunstancias que caractericen a las relaciones existentes entre las partes”; aunque también precisa que “el hecho de que una persona tenga la condición de miembro de un órgano de dirección de una sociedad de capital no puede excluir por sí solo que esa persona se halle en una relación de subordinación respecto a dicha sociedad”⁵⁹⁷. “En efecto, procede examinar las condiciones en las que ese miembro fue contratado, la naturaleza de las funciones que se le encomendaron, el marco en que se ejercen estas últimas, el alcance de las facultades del interesado y el control de que es objeto en el seno de la sociedad, así como las circunstancias en que puede ser destituido”.

El Tribunal cita en este sentido la STJUE 11 de noviembre de 2010, *Danosa*, C-232/09, en la que se analizó con claro paralelismo la aplicación de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, a una miembro del consejo de dirección de una sociedad de capital que estaba embarazada y fue sustituida. En este asunto el TJUE ya determinó que un consejero que, a cambio de una retribución, presta servicios a la sociedad que lo ha nombrado y de la que forma parte, que ejerce su actividad bajo la dirección o el control de otro órgano de la sociedad y que puede, en todo momento, ser destituido de sus funciones sin limitación alguna, cumple los requisitos para poder ser calificado de “trabajador” en el sentido del Derecho de la Unión.

Por todo lo anterior, el TJUE en el asunto *Balkaya* termina por reconocer al consejero como trabajador a efectos del cómputo de plantilla de la Directiva 98/59/CE, ofreciendo una serie de requisitos para configurar la condición de trabajador, sin perjuicio del análisis caso por caso:

- Que el administrador social ejerza su actividad bajo la dirección y el control de otro órgano de la sociedad, en este caso la junta de socios, que nombró al administrador y tiene la facultad de destituirlo en cualquier momento.
- Que el administrador social reciba una retribución económica por los servicios prestados a la sociedad.
- Que el directivo no posea ninguna participación en la sociedad, sin que esto por sí solo sea determinante para determinar la calificación como trabajador.

El Tribunal de Justicia no comparte que un administrador social no necesite la protección otorgada por la Directiva 98/59/CE, ya que “nada indica que un empleado

⁵⁹⁷ Se cita la STJUE de 13 de febrero de 2014, *Comisión/Italia*, C-596/12, en la que se declaró contraria a la Directiva 98/59/CE la exclusión en la norma de transposición italiana de la protección otorgada por la Directiva a la categoría de dirigente.

que es miembro de una sociedad de capital, concretamente de una pequeña o mediana sociedad como la controvertida en el asunto principal, se encuentra forzosamente en una situación diferente de la de otras personas empleadas por esa sociedad en lo que respecta a la necesidad de mitigar las consecuencias de su despido y, en particular, de prevenir a tal fin, conforme al artículo 3, apartado 1, de la citada Directiva, a la autoridad pública competente para que ésta pueda buscar soluciones a los problemas planteados por todos los despidos considerados”.

Con esta argumentación el TJUE parece apuntar a que un administrador societario de una empresa de grandes dimensiones puede quedar excluido de la protección de la Directiva al presumírsele una posición netamente diferenciada de la de los trabajadores, pero no así cuando se trata de administradores de sociedades de capital de reducido tamaño⁵⁹⁸. Es más, la exclusión de los consejeros societarios puede afectar no solo a la protección que la Directiva les concede a estos miembros⁵⁹⁹, sino sobre todo privar al conjunto de trabajadores empleados del efecto útil del Derecho de la Unión si no se alcanza el umbral mínimo de plantilla.

En cualquier caso, la parte declarativa de la sentencia *Balkaya* expone que: “El artículo 1, apartado 1, letra a), de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa o práctica nacional que no tiene en cuenta, en el cálculo del número de trabajadores empleados previsto en esa disposición, a un miembro de la dirección de una sociedad de capital, como el controvertido en el asunto principal, que ejerce su actividad bajo la dirección y el control de otro órgano de la sociedad, que percibe una retribución a cambio de su actividad y que no posee él mismo ninguna participación en dicha sociedad”.

Sentencias posteriores al asunto *Balkaya* han ido interpretando y perfilando la figura del “trabajador directivo comunitario”:

Por un lado, la STJUE de 10 de septiembre de 2015, *Ferho*, C-47/14, discute si un director que posteriormente es administrador de la empresa matriz ostenta la condición de trabajador en materia de competencia judicial internacional. En este asunto el Tribunal de Justicia responde sobre la base de una respuesta hipotética apoyada en la doctrina anterior, con el fin de que el tribunal remitente compruebe si a la luz de las circunstancias concurrentes se dan los requisitos. En este sentido, lo más sustantivo de

⁵⁹⁸ CABEZA PEREIRO, J.: “La última jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en torno a la Directiva de despidos colectivos: un problema de conceptos y de políticas legislativas”, *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, N.º 10, 2015, p. 11, versión electrónica.

⁵⁹⁹ Con esta argumentación que hace el TJUE se sobreentiende que el reconocimiento que hace de trabajador del consejero o administrador a efectos de la Directiva 98/59, no es solo respecto a la consideración de plantilla computable, sino también para concederle las garantías de la normativa comunitaria.

la respuesta del TJUE es que la titularidad de participaciones en la empresa mercantil no excluye de por sí la condición de trabajador⁶⁰⁰.

Por otro lado, la STJUE de 11 de abril de 2019, *Bosworth y Hurley*, C-603/17, también resuelve si dos directivos y a la vez consejeros de tres de las sociedades del grupo deben de ser considerados trabajadores a efectos de la aplicación del Convenio de Lugano II. En concreto, la parte dispositiva de la sentencia aclara que “un contrato que vincula a una sociedad y a una persona física que ejerce las funciones de consejero de la misma no crea un nexo de subordinación entre ellas y, en consecuencia, no puede tener la calificación de «contrato individual de trabajo», en el sentido de estas disposiciones, cuando, aunque el accionista o los accionistas de esta sociedad tengan la facultad de poner fin a dicho contrato, esa persona esté en condiciones de decidir o decida efectivamente los términos de ese contrato y disponga de un poder de control autónomo tanto sobre la gestión corriente de los asuntos de esa sociedad como sobre el ejercicio de sus propias funciones”. En este sentido, el asunto *Bosworth y Hurley*, que ofrece una respuesta concreta en sentido negativo, se centra más en las funciones del director para responder a la cuestión prejudicial sobre la base de la existencia o no de dependencia en el desempeño de tales funciones, de modo que para determinar la existencia (o ausencia) de dicha relación procede centrarse en la autonomía y flexibilidad del trabajador para elegir el horario, el lugar y el modo de desarrollar las tareas y/o la supervisión y control que el empresario ejerce sobre la forma en que el trabajador desempeña sus funciones. En efecto, no se trata solo de que el sujeto realice las funciones de director y administrador de la sociedad de forma conjunta, sino si las ejerce “bajo la dirección” de la sociedad⁶⁰¹.

Por último, la sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de mayo de 2022, *HJ*, C-101/21, ahora en el supuesto de la Directiva 2008/94/CE relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, determina que no puede quedar excluido automáticamente de dicha protección un trabajador que ostenta el cargo de directivo y de consejero de la sociedad pues aunque estos “pueden ser en parte responsables de tal insolvencia”, ello no puede convertirse en una presunción irrefutable. Esta exclusión se puede valorar en los trabajadores asalariados que, “por sí mismos o junto con sus parientes próximos, sean propietarios de una parte esencial de la empresa o establecimiento del empresario y ejerzan una influencia considerable en sus actividades”⁶⁰².

⁶⁰⁰ CABEZA PEREIRO, J.: “El concepto de trabajador en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *op. cit.*, p. 52.

⁶⁰¹ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “Concepto comunitario de trabajador, subordinación y normas de competencia judicial. STJUE (Sala Primera) de 11 de abril de 2019 (asunto C-603/17)”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, N.º 3, 2019, pp. 4 y ss.

⁶⁰² Un comentario en GOERLICH PESET, J.M.: “¿Crisis de la «teoría del vínculo»? STJUE de 5 de mayo de 2022”, Blog: *El foro de labos*, entrada de 25 de mayo de 2022, disponible en: <https://www.elforodelabos.es/2022/05/crisis-de-la-teoria-del-vinculo-stjue-de-5-de-mayo-de-2022/> visitada el 8 de agosto de 2022.

Con base en todo lo anterior, existen ciertas dudas acerca de la compatibilidad de la interpretación del Tribunal de Justicia con la normativa interna española, sobre todo en materia de la aplicación de la norma sobre despidos colectivos a los consejeros ejecutivos que firmen un contrato de administración con la sociedad o respecto a los consejeros que compatibilicen su actividad con la de alto directivo (doctrina del vínculo), como más adelante se comentará.

En cambio, la jurisprudencia comunitaria no entraría en conflicto, a mi parecer, con la exclusión de la legislación laboral que el art. 1.3.c) ET ordena sobre los consejeros con funciones exclusivamente deliberativas, también llamados pasivos o durmientes, ya que resulta difícil encontrar en estos la nota característica de sujeción al poder de dirección empresarial para que se aplique la interpretación del Tribunal de Luxemburgo⁶⁰³. En efecto, se excluyen del ámbito regulado por el Estatuto de los trabajadores: “la actividad que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa solo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo”⁶⁰⁴. Para la doctrina científica tampoco entrarían dentro de los criterios elaborados por el Tribunal de Luxemburgo los administradores únicos, solidarios o mancomunados, pues es cuestión pacífica que, en principio, su relación es de carácter mercantil y no laboral⁶⁰⁵, salvo que a efectos del despido colectivo se demuestre la característica atenuada de dependencia defendida por el TJUE.

Asimismo, el personal de alta dirección, a la luz de la interpretación del TJUE, no encontrará obstáculos para ser incluido dentro del procedimiento de despido colectivo, tal y como se deduce del artículo 12 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección⁶⁰⁶; al igual que tampoco existirá problema alguno para tener en cuenta a aquellos miembros del Consejo de administración que simultaneen tal condición con una relación laboral

⁶⁰³ Para GONZÁLEZ DE PATTO, R.M.: “El impacto de la reciente jurisprudencia comunitaria en el régimen jurídico español de despido colectivo”, en VV.AA.: *Impacto sobre la legislación laboral española de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: XXXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, MOLINA NAVARRETE, C. (Coord.), Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2019, p. 182, los administradores societarios ex art. 1.3.c) ET, y no solo los altos cargos (ex art. 2. ET), habrán de tomarse en consideración en el despido colectivo, siempre que a juicio del órgano jurisdiccional competente se entienda acreditada, con independencia de la naturaleza del vínculo contractual existente, la sujeción al poder de dirección empresarial.

⁶⁰⁴ No obstante, la jurisprudencia del TS, de la Sala de lo Social, Civil o Contencioso-administrativo ha terminado que la exclusión del art. 1.3.c) ET es omnicompreensiva para cualquier integrante del órgano de administración de la sociedad, cualquiera que fuera la forma organizativa adoptada. Cfr., MARTÍNEZ MORENO, C.: “Sobre la posibilidad de un concepto común y expansivo de trabajador en el Derecho de la Unión Europea: a propósito de la «laboralización» de los administradores y consejeros”, *op. cit.*, p. 73.

⁶⁰⁵ BARROS GARCÍA, M.: “¿Continúa vigente la «doctrina del vínculo» tras la modificación de la Ley de Sociedades de Capital?”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, N.º 41, 2015, p. 35.

⁶⁰⁶ CABEZA PEREIRO, J.: “El concepto de trabajador en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *op. cit.*, p. 53.

común, posibilidad admitida por la jurisprudencia, y que suele darse en el caso de que un director con un limitado ámbito de actuación, ya sea director financiero, de operaciones o de recursos humanos, sea designado como consejero de la sociedad⁶⁰⁷.

Sin embargo, la controversia con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia reside en el supuesto de que un consejero, denominado consejero delegado o presidente ejecutivo, ejerza las funciones de un alto directivo⁶⁰⁸ ya que la jurisprudencia ha venido admitiendo su incompatibilidad a favor de la relación mercantil y en contra de la relación laboral especial, con algunas excepciones⁶⁰⁹. Esto es lo que se conoce como “doctrina del vínculo”, cuyo origen se sitúa en la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 1988, caso *Huarte*, RJ 1988/7148, en la que se niega y excluye la compatibilidad de la relación de administrador con funciones ejecutivas con la relación de personal laboral de alta dirección, existiendo tan solo una relación mercantil.

Así, la jurisprudencia social⁶¹⁰ ha precisado que: “en supuestos de desempeño simultáneo de actividades propias del Consejo de administración de la Sociedad, y de alta dirección o gerencia de la empresa, lo que determina la calificación de la relación como mercantil o laboral, no es el contenido de las funciones que se realizan sino la naturaleza de vínculo, por lo que si existe una relación de integración orgánica, en el campo de la administración social, cuyas facultades se ejercitan directamente o mediante delegación interna, la relación no es laboral, sino mercantil, lo que conlleva a que, como regla general, sólo en los casos de relaciones de trabajo, en régimen de dependencia, pero no calificables de alta dirección sino como comunes, cabría admitir el desempeño simultáneo de cargos de administración de la Sociedad y de una relación de carácter laboral”.

⁶⁰⁷ BARROS GARCÍA, M.: “¿Continúa vigente la «doctrina del vínculo» tras la modificación de la Ley de Sociedades de Capital?”, *op. cit.*, p. 41.

⁶⁰⁸ Las funciones del personal de alta dirección vienen delimitadas en el art. 1.2 del Real Decreto 1382/1985: “se considera personal de alta dirección a aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la Empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la Entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad”. Para un tratamiento más exhaustivo, véase, MONEREO PÉREZ, J.L. y DE VAL TENA, Á.L.: “Configuración jurídica de la relación especial del personal de alta dirección”, en VV.AA.: *El régimen jurídico del personal de alta dirección (aspectos laborales y de Seguridad Social)*, MONEREO PÉREZ, J.L. y DE VAL TENA, Á.L. (Dirs.), Granada, Comares, 2010 y ORTEGA LOZANO, P.G.: “Criterios delimitadores del personal directivo como relación laboral de carácter especial: la recíproca confianza en el vínculo”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, N.º 4, 2022.

⁶⁰⁹ MARTÍNEZ MORENO, C.: “Sobre la posibilidad de un concepto común y expansivo de trabajador en el Derecho de la Unión Europea: a propósito de la «laboralización» de los administradores y consejeros”, *op. cit.*, p. 75.

⁶¹⁰ Véase SSTs de 29-9-1988 (RJ 1988/7143), 21-1-1991, 13-5-1991, 3-6-1991, 18-6-1991, 18-6-1991, 27-1-1992 (RJ 1992/76; rec. 1368/1991), 11-3-1994 (RJ 1994/2287; rec. 1318/1993), 22-12-94 (rec. 2889/1993), 16-6-1998 (RJ 1998, 5400; rec. 5062/1997), 20-11-2002 (rec. 337/2002) y 26-12-2007 (RJ 2008/1777; rec. 1652/2006), 24-5-2011 (RJ 2011/5098; rec. 1427/2010) o 12-3-2014 (rec. 3316/2012).

A pesar de lo anterior, autorizada doctrina entiende que los tribunales españoles podrían determinar como trabajadores a los consejeros ejecutivos a los efectos de la Directiva 98/59/CE sin tener que incurrir en interpretación *contra legem*. En concreto, la exclusión del art. 1.3.c) iría referida literalmente a un miembro del órgano de administración cuya actividad se limitase “pura y simplemente” al mero desempeño del cargo de consejero y a la realización de los cometidos inherentes a tal cargo. De este modo, “la posible doble tipología de un consejero de una sociedad como mero consejero, o como consejero con funciones ejecutivas bajo de la forma de presidente-ejecutivo o de consejero-delegado, jugaría a favor de la posible laboralidad en este segundo escenario”⁶¹¹, aunque ello resulta ciertamente controvertido con la jurisprudencia del Tribunal Supremo por la que se establece que las funciones inherentes al órgano de administración no se limitan a las consultivas o deliberativas, sino que también se comprenden las ejecutivas⁶¹².

A favor de una interpretación extensiva del consejero con funciones ejecutivas como trabajador juega la reforma de la Ley de Sociedades de Capital del año 2014, por la que se modifica el art. 249 LSC y se establece un contrato a celebrar entre tales consejeros y la sociedad, diferenciando en mayor medida entre los denominados como “consejeros qua consejeros” y los “consejeros qua ejecutivos” desde la perspectiva de que lo único que pertenece al contenido inherente al cargo de consejero es la función deliberativa⁶¹³. Se trata de un contrato cuya naturaleza jurídica no viene precisada en la norma y que se celebra previo voto favorable de las dos terceras partes del Consejo de administración y que debe contener: “todos los conceptos por los que pueda obtener una retribución por el desempeño de funciones ejecutivas, incluyendo, en su caso, la eventual indemnización por cese anticipado en dichas funciones y las cantidades a abonar por la sociedad en concepto de primas de seguro o de contribución a sistemas de ahorro. El consejero no podrá percibir retribución alguna por el desempeño de funciones ejecutivas cuyas cantidades o conceptos no estén previstos en ese contrato” (art. 249, apartados tres y cuatro LSC). Y, lo más importante, supone una ruptura con el régimen retributivo para el resto de los consejeros, “administradores en su condición de tales”, del art. 217 LSC, lo cual da a entender que la dedicación e involucración en la gestión de la sociedad de los administradores ejecutivos es superior a la de los no ejecutivos⁶¹⁴.

⁶¹¹ DE CASTRO MARÍN, E.: *Despido colectivo “de hecho”. Aspectos controvertidos en la aplicación práctica del art. 51.1 ET*, op. cit., p. 89. En contra, CABEZA PEREIRO, J.: “La última jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en torno a la Directiva de despidos colectivos: un problema de conceptos y de políticas legislativas”, op. cit., p. 12, que indica que no cabrá eficacia directa horizontal de la Directiva 98/59/CE.

⁶¹² SSTs, Sala de lo Social, de 26 de diciembre de 2007, rec. 1652/2006, y, Sala de lo Civil, de 26 de febrero de 2018, rec. 3574/2017.

⁶¹³ DE CASTRO MARÍN, E.: *Despido colectivo “de hecho”. Aspectos controvertidos en la aplicación práctica del art. 51.1 ET*, op. cit., p. 89 y PAZ ARES, C.: “Ad impossibilia nemo tenetur (o por qué recelar de la novísima jurisprudencia sobre retribución de administradores)”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, N.º 2, 2009, pp. 6 y 7.

⁶¹⁴ BARROS GARCÍA, M.: “¿Continúa vigente la «doctrina del vínculo» tras la modificación de la Ley de Sociedades de Capital?”, op. cit., p. 39.

En cualquier caso, más allá de esta discusión doctrinal, lo que le interesa al TJUE para que se considere al consejero o administrador como trabajador a efectos de la Directiva 98/59 es que se valore caso por caso si concurre: la sujeción a criterios jerárquicos, la retribución económica y la falta de participación en la propiedad de la empresa (sin que este último sea un criterio excluyente de por sí⁶¹⁵). Y en ello también puede influir el tamaño de la empresa afectada, pues no se olvide que el Alto Tribunal comunitario ha mostrado en el caso *Balkaya* una especial sensibilidad hacia los empleados que son miembros de una sociedad de capital de mediana y pequeña dimensión.

Para autorizada doctrina, la eventual laboralización de los consejeros ejecutivos y el fin de la doctrina del vínculo supone una conclusión precipitada, no solo porque el TJUE en el asunto *Bosworth y Hurley* (C-603/17) haya cerrado la puerta en un supuesto similar, sino porque será necesario para valorar la respuesta “examinar y valorar todas las circunstancias en las que el miembro del consejo fue contratado, la naturaleza y alcance de las funciones que se le encomendaron, el marco en que las mismas se ejercen, y el control del que es objeto en el seno de la sociedad, así como las condiciones y los términos en que puede ser destituido”⁶¹⁶. En definitiva, se trata de evitar automatismos en la exclusión del consejero o administrador⁶¹⁷.

B) Los “becarios” y su compatibilidad con el Derecho interno

Otra de las cuestiones que se ha analizado como segunda cuestión prejudicial en la sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 9 de julio de 2015, asunto *Balkaya*, es si una persona que realiza una actividad práctica en la empresa (“trabajador en prácticas”) para adquirir conocimientos o profundizar en estos o para seguir una formación profesional —en este caso en una determinada actividad como son las funciones de auxiliar de ofimática—, sin percibir una retribución del empresario pero sí una ayuda económica de un organismo público que se encarga de fomentar el empleo, debe de ser considerada trabajadora a efectos del art. 1.1 de la Directiva 98/59/CE.

En este sentido, el Tribunal de Luxemburgo reitera jurisprudencia anterior, aunque relacionada con la libre circulación de trabajadores⁶¹⁸, para reconocer que “el

⁶¹⁵ Véase, STJUE de 10 de septiembre de 2015, *Ferho*, C-47/14. Aunque resulta extraño que una persona con una participación relevante en el capital social puede llegar a ser declarada persona trabajadora conforme a la doctrina del TJUE.

⁶¹⁶ MARTÍNEZ MORENO, C.: “Sobre la posibilidad de un concepto común y expansivo de trabajador en el Derecho de la Unión Europea: a propósito de la «laboralización» de los administradores y consejeros”, *op. cit.*, pp. 81-84. La autora añade que, en sentido similar al modelo dual de gobierno societario (casos *Danosa* y *Balkaya*), el consejero ejecutivo se encuentra sometido a otro órgano como es el consejo de administración, quien ejerce las facultades de supervisión y control.

⁶¹⁷ GOERLICH PESET, J.M.: “¿Crisis de la «teoría del vínculo»? STJUE de 5 de mayo de 2022”, en Blog: *El foro de Labos*, entrada de 25 de mayo de 2022, disponible en: <https://www.elforodelabos.es/2022/05/crisis-de-la-teoria-del-vinculo-stjue-de-5-de-mayo-de-2022/> (consultada el 10/01/2023).

⁶¹⁸ Véase, sentencias *Lawrie-Blum* (Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de julio de 1986, Deborah Lawrie-Blum contra Land Baden-Württemberg, Asunto C-66/85, ECLI:EU:C:1986:284), *Kurz* (Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de noviembre de 2002, Bülent Kurz, nacido Yüce contra Land Baden-Württemberg, Asunto C-188/00, ECLI:EU:C:2002:694) y *Kranemann* (Sentencia del

concepto de trabajador en Derecho de la Unión comprende también a las personas que desarrollan una actividad en prácticas de carácter preparatorio o períodos de aprendizaje en una profesión, los cuales pueden ser considerados una preparación práctica relacionada con el propio ejercicio de la profesión de que se trate, dado que tales períodos se efectúan en las condiciones de una actividad retribuida real y efectiva, en favor de un empresario y bajo la dirección de éste”. Conclusión que no puede quedar desvirtuada “por el hecho de que la productividad del interesado sea escasa, no realice una tarea completa y, por tanto, sólo trabaje durante un número reducido de horas por semana y consecuentemente no perciba más que una retribución limitada”.

Sin embargo, el asunto *Balkaya* va más allá y determina que ni el Derecho nacional podrá limitar la condición de trabajador comunitario del “trabajador en prácticas”, algo nada inusual en la jurisprudencia comunitaria al tratarse de un concepto autónomo de trabajador, y que tampoco la ausencia de remuneración por parte del empresario determinará la exclusión de la protección social del Derecho de la Unión, última precisión que resulta realmente novedosa en la jurisprudencia comunitaria⁶¹⁹. En efecto, en palabras del Tribunal de Justicia “ni el contexto jurídico de la relación laboral en Derecho nacional en el marco de la cual se realiza una formación profesional o una actividad en prácticas, ni el origen de los recursos destinados a la retribución del interesado y, en particular, como sucede en este caso, la financiación de ésta mediante subvenciones públicas, pueden tener ningún tipo de consecuencias respecto al reconocimiento o no de una persona como trabajadora”⁶²⁰.

El TJUE extiende, de nuevo, el concepto comunitario de trabajador a las personas que realicen prácticas, se podría decir que consciente de las frecuentes políticas actuales defraudatorias que giran en torno al “falso becario”. No obstante, esta interpretación amplia entra en contradicción con la mayoría de los ordenamientos internos y, en concreto, con el Derecho laboral español que ha venido excluyendo de la relación de trabajo a las personas en fase de aprendizaje o formación, salvo los contratos de trabajo formativos, sobre la base de dos argumentos que podríamos denominar ortodoxos: i) la falta de actividad propiamente laboral ya que se trata de una actividad de aprendizaje o de preparación profesional que redundaría en beneficio de la persona en formación y que, por tanto, no puede ser considerada por ello “trabajo”; ii) la falta de remuneración, al menos por parte del empresario, pues la actividad redundaría en beneficio de la persona en formación y no recae en la empresa, provocando que esta no esté dispuesta a pagar y no pague, de hecho, una remuneración⁶²¹.

Tribunal de Justicia de 17 de marzo de 2005, Karl Robert Kranemann contra Land Nordrhein-Westfalen, Asunto C-109/04, ECLI:EU:C:2005:187).

⁶¹⁹ MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: “El régimen del despido colectivo en el ordenamiento europeo: contrastes y fricciones con el ordenamiento español”, *op. cit.*, p. 128.

⁶²⁰ Con cita en las sentencias *Bettray*, 344/87, EU:C:1989:226, apartados 15 y 16; *Birden*, C1/97, EU:C:1998:568, apartado 28, y *Kurz*, C188/00, EU:C:2002:694, apartado 34.

⁶²¹ GÓMEZ ABELLEIRA, F.J. y DÍAZ ZAFORAS, D.: “La construcción judicial del concepto de despido colectivo por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Europeo*, N.º 57, 2016, p. 45.

Unos límites en la legislación interna que, como se ha indicado, son irrelevantes para el Tribunal de Justicia, pero que necesitan de un esfuerzo interpretativo por parte de los tribunales españoles para encajar tales relaciones extralaborales en el campo del Derecho del trabajo y, en concreto, en las notas configuradoras del art. 1.1 ET, esto es, voluntariedad, retribución, ajenidad y dependencia o subordinación. De este modo, a pesar de la adscripción inicial del contrato extramuros de la legislación laboral, el tribunal no incurrirá en interpretación *contra legem*⁶²² si existe contratación fraudulenta, ya que, según reiterada jurisprudencia, “los contratos tienen la naturaleza que se deriva de su real contenido obligacional, independientemente de la calificación jurídica que les den las partes; de modo que a la hora de calificar la naturaleza laboral o no de una relación debe prevalecer sobre la atribuida por las partes, la que se derive de la concurrencia de los requisitos que determinan la laboralidad y de las prestaciones realmente llevadas a cabo” [véase, entre otras, SSTs de 20 de marzo de 2007 (RJ 2007, 4626) y 7 de noviembre de 2007 (RJ 2008, 299)].

En efecto, el Tribunal Supremo viene admitiendo que “solo cuando el aspecto productivo prime sobre el formativo, la actividad del becario será considerada como laboral, en cuanto incorporada a la organización o institución”⁶²³. Interpretación del Alto Tribunal español que va en la línea de la defendida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, aunque ciertamente esta última más amplia, ya que para que se trate de trabajador a efectos del Derecho de la Unión la persona en prácticas debe realizar una mera actividad laboral que sea real y efectiva. Por ello, su formación debe de realizarse mediante la actividad laboral y no sobre la base de formación lectiva o por la mera observación del trabajo de otro. Como ya se ha indicado, la productividad pierde importancia y el Tribunal de Justicia se centra en que la persona asuma tareas reales, que sean propias de un oficio, puesto o profesión, incluso aunque se desarrollen de manera incompleta⁶²⁴. De hecho, que la persona asuma tareas reales, aunque estén mal pagadas o se desempeñen en un reducido horario, no será excusa para excluir la relación laboral, pues el trabajo en prácticas no debe de tener otra finalidad que no

⁶²² DE CASTRO MARÍN, E.: *Despido colectivo “de hecho”. Aspectos controvertidos en la aplicación práctica del art. 51.1 ET*, op. cit., p. 94.

⁶²³ Criterio que se recoge en MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M^a.N., y VILA TIerno, F.: *Manual de Derecho del Trabajo*, Granada, Comares, 2022. En el mismo sentido, MERCADER UGUINA, J.R.: *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 322 recoge la principal jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia (SSTS de 29 de mayo de 2008, rec. 4247/2006; de 29 de marzo de 2007, rec. 5517/2005; y de 4 de abril de 2006, rec. 856/2005) e indica que la clave para diferenciar entre beca y contrato de trabajo es “que la finalidad perseguida en la concesión de becas no estriba en beneficiarse de la actividad del becario, sino en la ayuda que se presta en su formación. El rasgo diferencial de la beca como percepción es su finalidad primaria de facilitar el estudio y la formación del becario y no la de apropiarse de los resultados o frutos de su esfuerzo o estudio, obteniendo de ellos una utilidad en beneficio propio... De ahí que las labores encomendadas al becario deben estar en consonancia con la finalidad de la beca y, si no es así y las tareas que se le ordena realizar integran los cometidos propios de una categoría profesional, la relación entre las partes será laboral”.

⁶²⁴ GÓMEZ ABELLEIRA, F.J. y DÍAZ ZAFORAS, D.: “La construcción judicial del concepto de despido colectivo por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, op. cit., p. 46.

sea la de facilitar el estudio o el aprendizaje, incurriendo, en caso contrario, en fraude de ley⁶²⁵.

En definitiva, en virtud de la aplicación de la Directiva 98/59/CE toda persona en prácticas o que realice una actividad formativa mediante la realización de tareas análogas a las que desarrollan el resto de los trabajadores de la empresa será catalogada como trabajador. Una postura interpretativa criticada por la doctrina por ser excesivamente amplia, sobre todo cuando falta la remuneración⁶²⁶. Sin embargo, más allá de esta discusión acerca de la laboralidad o no de los trabajadores en prácticas, argumento igualmente extensible a los consejeros de sociedades, la jurisprudencia comunitaria en realidad lo que pretende no es tanto modificar su competencia jurisdiccional, sino elaborar una serie de derechos mínimos que se unifiquen para todos los trabajadores en materia de política social según el concepto comunitario (por ejemplo, además de la Directiva 98/59, la Directiva 2003/88 sobre el tiempo de trabajo y las Directivas 76/207 y 92/85, como en el caso *Danosa*)⁶²⁷.

En cuanto a la extensión de la protección de la Directiva sobre despidos colectivos al becario, esto último podría ser discutible ya que, si se analiza la parte dispositiva de la sentencia *Balkaya*⁶²⁸, el TJUE solo considera que el trabajador en prácticas “tiene la condición de trabajador a efectos de esta disposición”, precisando que se trata del artículo 1, apartado 1, letra a), de la Directiva 98/59. En otras palabras, a diferencia de en el caso del administrador societario que el TJUE se refiere a la importancia de extender en algunos casos la protección del despido colectivo a este colectivo⁶²⁹, el Tribunal de Luxemburgo solo parece referirse al trabajador en prácticas

⁶²⁵ DE CASTRO MARÍN, E.: *Despido colectivo “de hecho”. Aspectos controvertidos en la aplicación práctica del art. 51.1 ET*, op. cit., pp. 92 y 93.

⁶²⁶ GÓMEZ ABELLEIRA, F.J. y DÍAZ ZAFORAS, D.: “La construcción judicial del concepto de despido colectivo por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, op. cit., pp. 46-48, argumentan que el TJUE reconoce la ausencia de remuneración por parte del empresario como una circunstancia irrelevante con cita en una sentencia, el asunto *Bettray*, que termina por reconocer que la actividad económica desarrollada por el trabajador no es real ni efectiva, ya que tiene una finalidad de reinserción y reeducación. Por ello se entiende que cuando la utilidad que aporta el trabajador a la empresa es ínfima y lo predominante en la actividad es la utilidad que reporta a quien la realiza, la calificación no puede ser la de trabajador a efectos de la Directiva 98/59/CE, siendo un muy buen indicio de la falta de utilidad patrimonial que la actividad no sea remunerada por la empresa u organización en la que se inserta.

⁶²⁷ OLIVERA MASSÓ, P.: “Un seísmo llamado *Balkaya*. Su impacto en el régimen jurídico de los Administradores de las sociedades de capital”, *Diario La Ley*, N.º 8966, Sección Tribuna, 2017, pp. 4 y 5/5.

⁶²⁸ “El artículo 1, apartado 1, letra a), de la Directiva 98/59 debe interpretarse en el sentido de que se ha de considerar que tiene la condición de trabajador a efectos de esta disposición una persona, como aquella de que se trata en el asunto principal, que realiza una actividad práctica en una empresa, como trabajo en prácticas, para adquirir conocimientos o profundizar en éstos o para seguir una formación profesional, sin percibir una retribución del empresario pero sí una ayuda económica del organismo público encargado de fomentar el empleo por esa actividad, reconocida por este organismo”.

⁶²⁹ Recuérdese el apartado 46 del asunto *Balkaya* por el que: “ha de señalarse a este respecto, de un lado, que nada indica que un empleado que es miembro de una sociedad de capital, concretamente de una pequeña o mediana sociedad como la controvertida en el asunto principal, se encuentra

a los efectos del umbral de plantilla existente en la empresa ya que el procedimiento de consulta-negociación y de intervención de la autoridad pública en el despido colectivo se contiene en el resto de disposiciones (artículo 2 y siguientes de la Directiva). Respuesta quizá muy condicionada por las circunstancias del supuesto de hecho de base y por la elaboración de la cuestión prejudicial por el órgano remitente, pero que no hubieran impedido, como en el caso de los consejeros, una argumentación del Tribunal de Justicia en el mismo sentido, sobre todo si se hubiera tratado de unas prácticas claramente fraudulentas por encubrir una relación laboral.

Dicho lo anterior, procede analizar las diversas instituciones jurídicas por las que el “becario” puede desarrollar su actividad formativa en el ordenamiento jurídico español, con el fin de comprobar si, al margen de la intervención de los tribunales en materia de contratación fraudulenta, se cumplen los estándares del Tribunal de Justicia y, por tanto, el trabajador en cuestión podría o no ser incluido en el procedimiento de despido colectivo, aunque solo fuera a los efectos de entrar dentro de la plantilla computable.

En primer lugar, los contratos formativos del artículo 11 ET, de formación en alternancia y de obtención de la práctica profesional (introducidos por la Reforma laboral de 2021), entrarían plenamente dentro de la ordenación del despido colectivo, tanto a efectos de cómputo como de garantías, al tratarse de contratos laborales, eso sí, con especialidades.

En segundo lugar, las prácticas académicas externas, extracurriculares o curriculares, de los estudiantes universitarios⁶³⁰ no supondrán una relación laboral y, por tanto, se encontrarán excluidas a todos los efectos del procedimiento de despido colectivo, siempre que no se cumplan los supuestos que defiende el TJUE (ciertamente amplios) o no se produzca una utilización fraudulenta de estas figuras. En efecto, “constituyen una actividad de naturaleza formativa realizada por los estudiantes universitarios y supervisada por las Universidades, cuyo objetivo es permitir a los mismos aplicar y complementar los conocimientos adquiridos en su formación académica, favoreciendo la adquisición de competencias que les preparen para el ejercicio de actividades profesionales, faciliten su empleabilidad y fomenten su capacidad de emprendimiento” (art. 2 RD 592/2014). Se trata, por tanto, de una actividad de naturaleza exclusivamente formativa, realizada por los estudiantes universitarios con supervisión de las propias universidades a través del correspondiente tutor académico asignado al alumno, prácticas que se realizan en todo caso previa suscripción de un convenio de cooperación educativa entre la entidad colaboradora y la universidad, con el único objetivo de permitir la aplicación de los conocimientos

forzosamente en una situación diferente de la de otras personas empleadas por esa sociedad en lo que respecta a la necesidad de mitigar las consecuencias de su despido y, en particular, de prevenir a tal fin, conforme al artículo 3, apartado 1, de la citada Directiva, a la autoridad pública competente para que ésta pueda buscar soluciones a los problemas planteados por todos los despidos considerados”.

⁶³⁰ Real Decreto 592/2014, de 11 de julio, por el que se regulan las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios.

adquiridos y de completar la formación académica del alumno, favoreciendo con ello su empleabilidad futura y el desarrollo del emprendimiento, con una duración limitada y con unos horarios compatibles con la actividad académica de acuerdo a un previo proyecto formativo⁶³¹. Ello sin perjuicio de que el estudiante reciba una retribución económica en concepto de bolsa o ayuda al estudio o de que esté dado de alta correspondientemente y cotice a la Seguridad Social. Asimismo, la formación en empresa que opera en cada uno de los estudios de formación profesional tampoco tendrá carácter laboral ni entrará en consideración en el cómputo del despido colectivo, aunque si se aplica la doctrina del TJUE sí que podrán ser considerados trabajadores computables si se realiza una actividad formativa mediante la realización de tareas análogas a las que desarrollan el resto de los trabajadores de la empresa. En cambio, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido admitiendo que, superada la fase formativa, los alumnos de las escuelas-taller y casas de oficios que trabajen “en prácticas” lo hacen en el marco de genuinos contratos de trabajo (STS de 7 de julio de 1998, rec. 2573/1997)⁶³².

En tercer lugar, el conocido como “contrato predoctoral”, regulado en el Real Decreto 103/2019, de 1 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto del personal investigador predoctoral en formación, con las especificidades de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, no plantea problemas en la incorporación en el procedimiento de despido colectivo ya que este se constituye como un contrato laboral que tiene una doble finalidad: por un lado, formativa, conducente a obtener las competencias y habilidades necesarias para adquirir un título de Doctorado, y, por otro lado, investigadora (o laboral), a la hora de participar en tareas de investigación en un proyecto específico y novedoso⁶³³. En concreto, el art. 9 del RD 103/2019 indica que: “el contrato predoctoral se extinguirá por la llegada a término o previa denuncia de cualquiera de las partes, así como por las restantes causas previstas en el artículo 49 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”, reconociendo implícitamente la extinción por despido colectivo.

Por último, al margen de otras figuras que también podrían resultar controvertidas, las conocidas como prácticas no laborales, reguladas en el RD 1543/2011, de 31 de octubre, dirigidas a personas jóvenes, de entre 18 y 25 años inclusive, que posean una titulación oficial universitaria, de formación profesional o análoga, siempre y cuando no hayan tenido una relación laboral u otro tipo de

⁶³¹ DE CASTRO MARÍN, E.: *Despido colectivo “de hecho”. Aspectos controvertidos en la aplicación práctica del art. 51.1 ET*, op. cit., pp. 93 y ss.

⁶³² CAVAS MARTÍNEZ, F. y SEMPERE NAVARRO, A.V.: “La delimitación del contrato de trabajo en la jurisprudencia unificada del Tribunal Supremo”, en VV.AA.: *Las fronteras del contrato de trabajo en la jurisprudencia*, SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir.) y MALDONADO MONTOYA, J.P. (Coord.), Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2020, pp. 156 y 157.

⁶³³ Para una configuración jurídica del contrato predoctoral, véase, MORENO GENÉ, J.: “El nuevo Estatuto del personal investigador predoctoral en formación: aspectos jurídico-laborales y de Seguridad Social”, *Temas laborales*, N.º 147, 2019, pp. 77-114.

experiencia profesional por un tiempo superior a tres meses en la misma actividad⁶³⁴, no tendrán la consideración, en ningún caso, de relación laboral (art. 2.2). No obstante, a la luz del concepto comunitario de trabajador esta limitación que impone el Derecho interno no se corresponde con la definición de trabajador a efectos de la Directiva 98/59/CE. En efecto, “los requisitos de acceso a esta incorrectamente denominada como práctica no laboral, la obligatoriedad de contraprestación económica en términos tasados en la norma, la suscripción de un previo convenio de colaboración con el Servicio Público de Empleo competente en razón del ámbito territorial del centro de trabajo donde se desarrollen aquellas, y no con la entidad docente como en el supuesto de las prácticas curriculares o extracurriculares en el ámbito de las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios, o la obligatoria inclusión en el sistema de la Seguridad Social, jugarían todos ellos como elementos para la catalogación de la relación como laboral”. Además, tal y como se desprende de la Exposición de motivos y del propio desarrollo reglamentario la función de estas prácticas no es la formación, sino la mejora de la empleabilidad y la de ofrecer un primer empleo a estos jóvenes⁶³⁵.

No obstante a todo lo anterior, la aplicación de esta doctrina *Balkaya* en el Derecho interno en cuanto a la inclusión de los falsos becarios en el procedimiento de despido colectivo puede toparse con diferentes obstáculos. Buena muestra de ello es la STS de 30 de noviembre de 2022 (rec. 132/2020), en donde se aprecia que la modalidad procesal adecuada para valorar la finalización de 180 prácticas extracurriculares realizadas en una universidad pública no es la propia del despido colectivo, sino el cauce de los arts. 103-113 y 120-123 LRJS. A pesar de que obra una actuación de la ITSS en este sentido, para el TS “la determinación de si, en el actual supuesto, las prácticas académicas extracurriculares son fraudulentas y encubren lo que materialmente son relaciones laborales, es una cuestión individualizada y de contornos propiamente individuales que obliga a analizar y determinar, con carácter previo, la verdadera naturaleza de la relación, y las particulares y singulares circunstancias de cada una de ellas, lo que no es propio de la modalidad procesal de despido colectivo del artículo 124 LRJS. Lo anterior significa que no se da tampoco la competencia que el artículo 7 a), párrafo segundo, LRJS, atribuye a las salas de lo social de los tribunales superiores de justicia para conocer en única instancia de los procesos de despido colectivo del artículo 124 LRJS”.

Además, el Tribunal Supremo rechaza la aplicación de la STJUE de 9 de julio de 2015, *Balkaya*, C-229/14, habida cuenta de que en este supuesto el Tribunal de Luxemburgo incluyó a los “becarios” como trabajadores computables a efectos de la plantilla habitualmente empleada para alcanzar el umbral mínimo de más de 20 trabajadores en el centro de trabajo y así aplicar la Directiva sobre despidos colectivos. El Tribunal Supremo añade: “[p]ero, en el presente caso, la Universidad Carlos III de

⁶³⁴ No se tienen en cuenta a efectos del cómputo de los tres meses las prácticas que formen parte de los currículos para la obtención de las titulaciones o certificados correspondientes (art. 3.1 RD 1543/2011).

⁶³⁵ Argumentación esgrimida por DE CASTRO MARÍN, E.: *Despido colectivo “de hecho”. Aspectos controvertidos en la aplicación práctica del art. 51.1 ET, op. cit.*, p. 94, que incluso defiende que las prácticas no laborales en empresas son contrarias el art. 1.1 del ET.

Madrid no procedió a extinguir contrato de trabajo alguno que le llevara a tener que plantearse si tenía que haber incluido en el cómputo la extinción de otras relaciones de naturaleza controvertida”. En este punto, el Alto Tribunal español parece confundir el concepto de trabajador computable con el de las extinciones asimiladas.

En cualquier caso, el TS ya ha sembrado la duda de que por aplicación de la doctrina *Balkaya* se le pueden extender a los becarios las garantías del procedimiento de despido colectivo, ya que esta sentencia meramente se refería a su consideración como trabajadores computables (y no le falta razón, como ya se indicó). No obstante, si se ahonda en el pronunciamiento y en el supuesto enjuiciado, es difícil que se le niegue la protección de la Directiva 98/59 a una persona que materialmente es trabajadora, habida cuenta del carácter fraudulento de sus prácticas formativas (“falso becario”). Es más, el TJUE aporta una interpretación mucho más amplia, que no se circunscribe al supuesto extremo de contratación laboral encubierta. Otra cuestión son los impedimentos que desde el plano procesal puede presentar la aplicación de esta doctrina.

C) Trabajadores temporales y su inclusión en la plantilla “habitualmente” empleada

El Tribunal de Justicia, en su función de máximo intérprete del Derecho de la Unión Europea, resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social n.º 33 de Barcelona en su sentencia de 11 de noviembre de 2015, *Pujante Rivera*, C-422/14. En el marco de un conflicto por la superación de los umbrales del despido colectivo, el órgano judicial remitente pregunta entre otras cuestiones prejudiciales al Tribunal de Luxemburgo si, a pesar de que las extinciones regulares de contratos temporales quedan fuera del ámbito de aplicación y protección de la Directiva 98/59/CE en virtud del art. 1.2.a), estas personas computan como trabajadores “habitualmente” empleados a efectos de calcular la plantilla computable y el número mínimo de despidos exigidos para que exista despido colectivo (10, 10% o 30 trabajadores)⁶³⁶.

Como se ha indicado, se trata de una cuestión ciertamente importante ya que de la inclusión o no de los trabajadores temporales puede depender que se alcance el mínimo de 20 trabajadores en el centro de trabajo y en el caso español, además, puede provocar que la plantilla empresarial aumente y, por tanto, que se exija un mayor número de despidos para que exista despido colectivo y se alcancen sus umbrales⁶³⁷.

Sobre la base de lo anterior, el Tribunal de Justicia reitera su interpretación del asunto *Rabal Cañas*⁶³⁸ en el sentido de resaltar que las extinciones individuales de los contratos de trabajo celebrados por una duración o para una tarea determinadas que se

⁶³⁶ Recuérdese que la Directiva 98/59/CE utiliza la fórmula de los trabajadores habitualmente empleados para calcular la plantilla computable frente al ET español que utiliza la figura de los trabajadores ocupados, en concreto, en el día en que se inicie el procedimiento, cualquiera que sea la modalidad contractual utilizada (art. 1.1 RPDC).

⁶³⁷ GUALDA ALCALÁ, F.J., y GUALDA ALCALÁ, M.: *La aplicación del despido colectivo por la doctrina judicial*, Albacete, Bomarzo, 2016, p. 64.

⁶³⁸ STJUE de 13 de mayo de 2015, *Rabal Cañas*, C-392/13.

extingan de forma “regular”, esto es, “cuando dichas extinciones tienen lugar en la fecha en la que el contrato de trabajo llega a su fin o se finaliza la tarea encomendada”, no se consideran como extinciones computables. De ello se desprende que los trabajadores cuyos contratos se extinguen por la llegada regular de su término resolutorio no deben ser tenidos en cuenta como despidos a efectos de superar los umbrales y, por tanto, la existencia de un “despido colectivo”, en el sentido de la Directiva 98/59⁶³⁹.

Recuérdese que el art. 1.2.a) excluye de la protección de la Directiva 98/59 “a los despidos colectivos efectuados en el marco de contratos de trabajo celebrados por una duración o para una tarea determinadas, salvo si estos despidos tienen lugar antes de la finalización o del cumplimiento de esos contratos”⁶⁴⁰. Por ejemplo, en la jurisprudencia interna, antes de la STS de 29 de diciembre de 2020 (rec. 240/2018), se ha determinado que la extinción regular de un contrato temporal por fin de la duración de la contrata no debe de computar en el despido colectivo (SSTS de 9 de enero de 2019, rec. 108/2018 y 4 de abril de 2019, rec. 165/20118). En cambio, como se analizará con posterioridad en el apartado correspondiente a las extinciones computables, sí que entrarán de la aplicación del procedimiento del despido colectivo aquellos contratos temporales extinguidos *ante tempus* o celebrados de forma fraudulenta.

Tras precisar lo expuesto, el TJUE en el asunto *Pujante Rivera* recoge, de nuevo, el concepto comunitario de trabajador y sus notas esenciales (remuneración y sujeción al poder de dirección empresarial), concluyendo que los trabajadores con contratos de trabajo temporales reúnen dichas características esenciales y, por tanto, deben de integrarse en el concepto de trabajador del art. 1.1 Directiva 98/59/CE. Además, habida cuenta de que los umbrales de los despidos colectivos son indisponibles para los Estados miembros y que la propia Directiva no establece distinciones según la duración de los contratos de dichos trabajadores, “no cabe concluir de inmediato que las personas con un contrato de trabajo celebrado por una duración o para una tarea determinadas no pueden considerarse trabajadores «habitualmente» empleados en el centro de trabajo de que se trate”. En efecto, si bien en el asunto *Rabal Cañas* el Tribunal de Luxemburgo reconoce a la extinción regular de los contratos temporales como no computables, en el asunto *Pujante Rivera* sí que considera, en principio, a los trabajadores con contrato temporal como integrantes de la plantilla de trabajadores “habitualmente” empleados.

Para el Tribunal de Justicia excluir a los trabajadores temporales de la plantilla computable puede privar al conjunto de los trabajadores empleados por dicho centro de trabajo de los derechos que les reconoce dicha Directiva y, por lo tanto, menoscabaría

⁶³⁹ La respuesta a la segunda cuestión prejudicial en el asunto *Rabal Cañas* es suficientemente precisa: “El artículo 1, apartado 1, de la Directiva 98/59 debe interpretarse en el sentido de que, para apreciar si se ha llevado a cabo un «despido colectivo» en el sentido de dicha disposición, no han de tenerse en cuenta las extinciones individuales de contratos de trabajo celebrados por una duración o para una tarea determinadas, cuando dichas extinciones tienen lugar en la fecha en la que el contrato de trabajo llega a su fin o se finaliza la tarea encomendada”.

⁶⁴⁰ La normativa española solo se refiere expresamente a la exclusión del cómputo de las extinciones de los contratos temporales (“por expiración del tiempo convenido”) para el caso de las extinciones asimiladas (art. 51.1 ET y 1.1 RPDC).

su efecto útil⁶⁴¹. Es más, el Alto Tribunal comunitario niega el argumento del órgano remitente, ya que no resulta contradictorio, por un lado, no conceder la protección garantizada por la Directiva a los trabajadores temporales cuyo contrato de trabajo se ha extinguido y, por otro lado, tomar a estos trabajadores en consideración para determinar los trabajadores “habitualmente” empleados, ya que esta divergencia se explica por las distintas finalidades que persigue el legislador de la Unión Europea.

Para la Abogada General en sus conclusiones⁶⁴² ello se debe examinar a la luz de los diferentes objetivos: “El artículo 1, apartado 2, letra a), de la Directiva 98/59 sólo excluye a los empleados temporales del ámbito de aplicación de la Directiva cuando su relación de empleo concluye de forma regular mediante el transcurso del tiempo o el cumplimiento de la actividad estipulados, pues no tienen necesidad alguna de protección equivalente a la prevista para los empleados de forma indefinida. En consecuencia, los deberes de información y consulta establecidos en la Directiva no son, por regla general, exigibles en tales casos. Frente a ello, el legislador de la Unión, en el artículo 1, apartado 1, letra a), inciso i), de la Directiva 98/59, al hacer depender el proyecto de un despido colectivo tanto de un número mínimo de despidos como también del número de trabajadores empleados en el centro de trabajo de que se trata, pone de manifiesto que los empresarios sólo deben quedar sometidos a la carga de tramitar el procedimiento establecido en la Directiva cuando el correspondiente centro de trabajo tenga un tamaño mínimo concreto. Ese tamaño debe determinarse según el número de trabajadores allí empleados habitualmente, sin que sea relevante a este respecto la naturaleza de las relaciones laborales”. En definitiva, para el TJUE los trabajadores temporales no necesitan ser protegidos de la misma manera que los trabajadores por tiempo indefinido, aunque los primeros también pueden disfrutar de la protección de la Directiva si se encuentran en una situación análoga a los segundos, esto es, “si se pone fin a la relación laboral antes del término fijado en el contrato o antes de que haya concluido la tarea para la que fueron contratados”.

El Tribunal de Luxemburgo determina finalmente que los trabajadores con un contrato celebrado por duración determinada deben de considerarse en todo caso incluidos entre los trabajadores habitualmente empleados en el centro de trabajo o empresa —en el caso español— de que se trate, sin incluir más distinción o limitación⁶⁴³. El último argumento que utiliza el TJUE en el apartado 40 para justificar

⁶⁴¹ En este sentido, el Tribunal de Justicia recuerda la STJUE de 18 de enero de 2007, *Confédération générale du travail y otros*, C-385/05, por la que: “El artículo 1, apartado 1, letra a), de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que excluye, aunque sólo sea temporalmente, a una determinada categoría de trabajadores del cálculo del número de trabajadores empleados previsto en dicha disposición”.

⁶⁴² Conclusiones de la Abogada General Sra. J. Kokott, presentadas el 3 de septiembre de 2015, en el asunto C-422/14, *Pujante Rivera*.

⁶⁴³ La parte declarativa de la sentencia expone que: “El artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, debe interpretarse en el sentido de que los trabajadores con un contrato celebrado por una duración o para una tarea

esta posición demuestra, una vez más, la racionalidad económica que inspira la regulación comunitaria. En palabras del Tribunal de Justicia, el “legislador, al supeditar a criterios cuantitativos la aplicación de los derechos concedidos a los trabajadores por el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de la Directiva 98/59, quiso tomar en consideración el total de los efectivos de los centros de trabajo de que se trata con objeto de no imponer a los empresarios una carga desmesurada con respecto al tamaño de su centro de trabajo”.

Con esta interpretación el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no discrepa de lo que se venía entendiendo por los tribunales nacionales en cuanto a la inclusión de los trabajadores temporales en la plantilla computable. Así parece colegirse del art. 51.1 ET, que se refiere directamente a trabajadores ocupados, y del desarrollo reglamentario que establece el momento de cómputo de la plantilla computable del siguiente modo: “a efectos del cómputo de la plantilla de la empresa, se incluirá la totalidad de los trabajadores que presten servicios en la misma en el día en que se inicie el procedimiento, cualquiera que sea la modalidad contractual utilizada” (art. 1.1 RPDC). En efecto, la doctrina ha venido defendiendo que dentro de la unidad de cómputo deben de considerarse todos los trabajadores vinculados a la misma, al margen de su modalidad contractual (indefinida o de duración de terminada, a tiempo completo o a tiempo parcial)⁶⁴⁴.

No obstante, la solución dada en el asunto *Pujante Rivera* debe de ser criticada, sobre todo si se tiene en cuenta que la exclusión del cómputo de los trabajadores temporales en la plantilla de la empresa no provoca siempre un menoscabo del efecto útil de la Directiva 98/59. Todo lo contrario, no contabilizar a los trabajadores con contrato temporal beneficiará la aplicación del procedimiento de despido colectivo ya que, a mayor número de plantilla computable, mayor será el número de despidos exigidos para superar el umbral del despido colectivo. Extender los trabajadores temporales a efectos de ser trabajadores habitualmente empleados tan solo podría beneficiar la aplicación de la norma comunitaria en el sentido de alcanzar el umbral de 20 personas en plantilla exclusivamente para los centros de trabajo según lo dispuesto en el inciso i) del art. 1.1.a) de la Directiva 98/59/CE⁶⁴⁵.

En el mismo sentido, el órgano judicial remitente entendía que tomar en consideración los trabajadores temporales a efectos de plantilla computable podía provocar un “efecto incongruente, pernicioso y claramente contrario a los objetivos de la Directiva”. La Abogada General en sus conclusiones responde a esta cuestión (de una forma un tanto confusa, a mi parecer) del siguiente modo: “ese argumento no resulta convincente ya, por el mero hecho de que tal efecto perjudicial para los trabajadores

determinadas deben considerarse incluidos entre los trabajadores «habitualmente» empleados, en el sentido de este precepto, en el centro de trabajo de que se trate”.

⁶⁴⁴ MERCADER UGUINA, J.R., y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornadas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 26, con cita en STSJ de Cataluña de 19 de julio de 1995 (sentencia núm. 4390/95).

⁶⁴⁵ GONZÁLEZ DE PATTO, R.M.: “El impacto de la reciente jurisprudencia comunitaria en el régimen jurídico español de despido colectivo”, *op. cit.*, p. 181.

podría producirse en todo caso en la segunda alternativa del artículo 1, apartado 1, letra a), inciso i), de la Directiva 98/59. Únicamente allí se cuantifica, en concreto, el número mínimo de trabajadores despedidos en porcentaje del número de empleados. Por el contrario, no es éste el caso en las otras dos alternativas de ese precepto. Por tanto, en esos dos casos la toma en consideración de los trabajadores temporales para calcular el número de empleados es ventajosa para los trabajadores y beneficiosa para su protección, ya que el umbral puede alcanzarse en conjunto con mayor facilidad”.

En virtud de lo anterior, el Tribunal de Justicia incluye a cualquier trabajador temporal dentro de la plantilla computable, sin que los Estados puedan determinar ningún tipo de exclusión, lo cual provoca que se ponga en duda el concepto de habitualidad que introduce la Directiva comunitaria. En efecto, resulta curioso que la Directiva 98/59/CE se refiera específicamente a los trabajadores habitualmente empleados pero que en otras directivas, como por ejemplo en la Directiva 2002/14, se habilite expresamente a los Estados miembros para que determinen el modo de calcular el número de trabajadores empleados y, por tanto, determinen si estos deben o no ser habituales.

A la luz de la amplia interpretación aportada por el Alto Tribunal comunitario cabe preguntarse si cualquier trabajador temporal computará, aunque su contrato lo sea por un período muy corto de días o de pocas semanas. Como ya se ha indicado, el Tribunal de Justicia no ofrece ningún tipo de respuesta o criterio para delimitar el alcance del trabajador temporal “habitual”, más bien todo lo contrario, provoca cierta confusión cuando admite las extinciones de contratos temporales de dos meses anteriores sobre la base de que “estos trabajadores habían sido contratados cada año para una tarea determinada”. Por ello, la doctrina se pregunta si se computan entonces estos trabajadores porque son contratados de manera recurrente y, al contrario, no se computan los trabajadores que sean contratados una sola vez. No obstante, el Tribunal de Justicia esquiva esta apreciación y no ofrece un criterio claro, admitiendo más adelante en la respuesta a la cuestión prejudicial que todos los trabajadores temporales deben de considerarse a efectos de plantilla computable⁶⁴⁶.

En cualquier caso, si lo que buscaba el legislador comunitario era ofrecer el “volumen medio o normal” de la plantilla con el concepto de la habitualidad, no parece razonable la solución dada por el ordenamiento jurídico español, la cual consiste en que dicha plantilla se pueda calcular con los trabajadores empleados por la empresa en un día concreto, como es el día en que se inicia el procedimiento de despido colectivo (art. 1.1 RPDC) con la comunicación de apertura a los representantes de los trabajadores y copia simultánea a la autoridad laboral (art. 51.2 ET y 2 RPDC). En el mismo sentido la Abogada General del asunto *Pujante Rivera* expresa que “la determinación del número de empleados de un centro de trabajo no puede hacerse depender de un día de referencia ni de un promedio. La expresión habitualmente sugiere, por el contrario, que ha de computarse el número de empleados durante el funcionamiento ordinario de

⁶⁴⁶ Para GÓMEZ ABELLEIRA, F.J. y DÍAZ ZAFORAS, D.: “La construcción judicial del concepto de despido colectivo por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *op. cit.*, p. 49, la conclusión a la que ha llegado el TJUE resulta excesiva por desvirtuar el concepto de la habitualidad.

la empresa. Esto puede dar lugar, por ejemplo, a que, para atender los incrementos de trabajo en los momentos de mayor demanda, algunos trabajadores eventuales queden fuera del cómputo, pues no son trabajadores habitualmente empleados en el centro de trabajo”.

En definitiva, para garantizar el efecto útil de la Directiva 98/59/CE, que no es otro que reforzar la protección de los trabajadores en caso de despidos colectivos según reiterada jurisprudencia, resulta necesario que se excluyan a determinados trabajadores temporales del total de la plantilla computable, al menos si se considera que sus extinciones no son tenidas en cuenta a efectos de superar el umbral del despido colectivo. En efecto, no pueden ser todos los trabajadores con contrato temporal incluidos en el tamaño de la plantilla de la empresa, pues de lo contrario se estaría desvirtuando el concepto de la habitualidad, más aún si se computan en un día concreto. A tal fin, la doctrina ha propuesto diversas soluciones al problema planteado.

Por un lado, con el fin de obtener una cifra que refleje el volumen habitual de plantilla, la doctrina científica plantea un período de tiempo relativamente dilatado de entre seis y doce meses en el que computar a los trabajadores en la empresa incluyendo, a su vez, reglas específicas para determinadas contrataciones como temporales, fijos-discontinuos o trabajadores a tiempo parcial, atendiendo a las múltiples posibilidades de distribución de la jornada anual de trabajo, como así hace el Código de Trabajo francés⁶⁴⁷.

En cambio, otros autores defienden la aplicación de las reglas del artículo 72 ET para determinar el número de representantes legales de los trabajadores en función de la plantilla y el modo de computar los trabajadores fijos-discontinuos y temporales en la empresa, pues dichas reglas pueden tener mayor encaje en nuestra normativa interna, computando la plantilla en un determinado momento aunque, a la vez, mostrando una “radiografía de la empresa” a efectos de adecuar los umbrales del despido colectivo a la realidad empresarial⁶⁴⁸. En efecto, los trabajadores fijos-discontinuos y los trabajadores temporales cuyo contrato sea superior al año computarán cada uno como una unidad, a diferencia de los trabajadores temporales por término de hasta un año que computarán según el número de días trabajados en el período de un año anterior a la convocatoria de elección (en este caso, en un año anterior a la comunicación inicial del despido colectivo) y que por cada doscientos días trabajados o fracción computarán como un trabajador más.

Por otro lado, siguiendo la tesis de la Abogada General en el asunto *Pujante Rivera*, se propone que se excluyan no a todos los trabajadores con contrato temporal, sino solo a aquellos que se consideren ocasionales o con trabajos de corta duración

⁶⁴⁷ GÓMEZ ABELLEIRA, F.J. y DÍAZ ZAFORAS, D.: “La construcción judicial del concepto de despido colectivo por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, p. 50.

⁶⁴⁸ DE CASTRO MARÍN, E.: *Despido colectivo “de hecho”. Aspectos controvertidos en la aplicación práctica del art. 51.1 ET*, op. cit., pp. 105 y 106.

vinculados a incrementos extraordinarios y excepcionales de la actividad productiva⁶⁴⁹. Parte de la doctrina iuslaboralista española ya ha venido defendiendo la idea de la habitualidad objetiva, pidiendo que se excluyeran de la plantilla computable a aquellos trabajadores de empleos ocasionales⁶⁵⁰ y, con ello, a los trabajadores que habían celebrado los anteriores contratos eventuales del art. 15 ET⁶⁵¹. Siguiendo esta propuesta, y a la luz de la Reforma laboral de 2021 que ha reducido ciertamente el ámbito de aplicación del contrato temporal⁶⁵², tras la desaparición formal del contrato eventual y su conversión en el contrato por circunstancias de la producción, en su doble modalidad imprevisible y previsible, parece acertado indicar que deberán de excluirse ambos por ser de carácter ocasional. En cambio, los contratos formativos, así como los contratos temporales por sustitución de la persona trabajadora entrarán dentro de la plantilla computable y, por supuesto, los trabajadores fijos-discontinuos al ser contratos indefinidos.

2.2.4. El encaje del concepto comunitario de despido en la regulación española

A) La prevalencia del número de despidos sobre la causa formal: el despido colectivo de hecho

Tradicionalmente la jurisprudencia del Tribunal Supremo venía exigiendo que para que pudiera hablarse de despido colectivo se dieran dos requisitos de forma inexorable: que se superaran los umbrales de despidos previstos en la normativa y que tales despidos se debieran a causas económicas, técnicas, organizativas o productivas. En efecto, la jurisprudencia venía admitiendo lo siguiente: “los denominados despidos colectivo y objetivo que prevén estos preceptos exigen necesariamente para su existencia la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción; si no existe ni aparece ninguna de estas causas no puede apreciarse la existencia de estos particulares despidos. Ello significa que para la existencia de un despido colectivo no basta, en forma alguna, con el hecho de que varios trabajadores hayan sido despedidos al mismo tiempo, aunque el número de esos trabajadores supere, incluso con holgura, los topes que fija el 51.1 del ET, sino que además es absolutamente preciso que esos ceses sean debidos a alguna causa económica, técnica, organizativa o de producción” (STS de 22 de febrero de 2008 (RJ 2008, 5344).

⁶⁴⁹ GONZÁLEZ DE PATTO, R.M.: “El impacto de la reciente jurisprudencia comunitaria en el régimen jurídico español de despido colectivo”, *op. cit.*, p. 181.

⁶⁵⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “La calificación como trabajador y el concepto de despido en la Directiva 98/59”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, N.º 1, 2016, pp. 4 y 5.

⁶⁵¹ GONZÁLEZ DE PATTO, R.Mª.: “El modelo español de despido colectivo: puntos críticos a la luz de la jurisprudencia comunitaria y su contradictoria recepción en la doctrina judicial”, *CEF. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, N.º 401-402, 2016, p. 91.

⁶⁵² MORENO VIDA, M.N.: “Del contrato eventual por circunstancias de la producción al contrato temporal por razones productivas”, en VV.AA.: *La reforma laboral de 2021. Estudio técnico de su régimen jurídico*, MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Dirs.) y ORTIZ CASTILLO, F. (Coord.), Murcia, Laborum, 2022, pp. 55-90.

Una interpretación que, afortunadamente, ha sido desterrada en beneficio de la aplicación efectiva del procedimiento de despido colectivo, evitando que el empresario recurra a despidos disciplinarios improcedentes o bajas incentivadas para “esquivar” el despido colectivo⁶⁵³, más aún cuando son despidos materialmente colectivos pero que se articulan por la vía del fraude de ley. Estas extinciones por motivos no inherentes a la persona del trabajador venían encuadrándose, en todo caso, a través de la figura de las extinciones asimiladas, posibilitándose su cómputo a efectos de determinar la existencia de despido colectivo (si es que se producía algún otro despido por causas ETOP o el empresario tenía la voluntad de realizar las consultas), pero sin que se les aplicaran las garantías procedimentales y posiblemente las ventajas materiales que se establecían en las negociaciones, lo que manifestaba una situación criticable desde la perspectiva del principio de igualdad en el ámbito de las relaciones laborales⁶⁵⁴.

En este sentido, tras varios pronunciamientos del Tribunal de Justicia, entre los que destaca la sentencia del TJCE de 12 de octubre de 2004, *Comisión c. Portugal*, C-55/02⁶⁵⁵, donde se ha interpretado que en el despido colectivo deben de tener cabida todos los despidos por razones no inherentes a la persona de los trabajadores, sin que se puedan limitar los despidos a causas empresariales, el Tribunal Supremo español se ha visto forzado a cambiar su jurisprudencia. Así, a través de las SSTs de 8 de julio de 2012 (rec. 2341/2011); 25 de noviembre 2013 (rec. 52/2013); 18 de noviembre 2014 (rec. 65/2014); y 4 de abril 2019 (rec. 165/2018), el Alto Tribunal español ha modificado en cierto modo su anterior hermenéutica para adaptarse a los planteamientos del Tribunal de Luxemburgo, en cuanto a admitir dentro del cómputo de despidos colectivos a todas aquellas extinciones efectuadas por la empresa en virtud de motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, sin que tengan que articularse necesariamente por la vía del despido por causas empresariales.

Por todo ello, la mejor doctrina ha concluido que el elemento causal del despido colectivo, ante la jurisprudencia comunitaria, ha pasado a un segundo plano, mientras que el elemento cuantitativo (junto con el elemento temporal) es el que toma el protagonismo en cuanto a la obligación de desarrollar la consulta-negociación⁶⁵⁶. En efecto, al margen de que las causas se puedan valorar colectivamente o en sede judicial para determinar si el despido es ajustado o no a derecho (procedente o improcedente a nivel individual), es cierto que el elemento causal queda difuminado en tanto que, si se realizan despidos “por motivos no inherentes a la persona de los trabajadores” por encima del umbral legal del despido colectivo sin observar el procedimiento de consultas, la consecuencia jurídica será directamente la nulidad de los despidos (art. 124.11 LRJS).

⁶⁵³ DE CASTRO MARÍN, E.: *Despido colectivo “de hecho”. Aspectos controvertidos en la aplicación práctica del art. 51.1 ET*, op. cit., versión electrónica.

⁶⁵⁴ MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo en el Derecho español. Estudio de su régimen jurídico*, op. cit., p. 40.

⁶⁵⁵ A ello también alude implícitamente respecto a la regulación española la STJUE de 13 de mayo de 2015, *Rabal Cañas*, C-392/13 (véase las conclusiones del Abogado General).

⁶⁵⁶ DESDENTADO BONETE, A.: “La delimitación legal del despido colectivo. El despido colectivo de hecho”, op. cit., p. 67.

La doctrina judicial⁶⁵⁷ y el Tribunal Supremo⁶⁵⁸ han venido construyendo el concepto de despido colectivo “de hecho”, por el medio del cual se declararán nulos los despidos cuando se haya superado el umbral de los despidos colectivos en el período de referencia de 90 días con total ausencia del procedimiento de despido colectivo. Por ejemplo, la STS de 25 de noviembre de 2013 (rec. 52/2013) consideró la existencia de despido colectivo en un supuesto en el que se produjeron despidos disciplinarios y objetivos en número superior al umbral correspondiente y que luego fueron reconocidos como improcedentes mediante transacciones acordadas. En su argumentación, el TS expone que “una decisión extintiva de carácter colectivo puede adoptarse formalmente como tal, sometiénose al procedimiento legalmente previsto en el art. 51 del Estatuto de los Trabajadores y en sus normas de desarrollo reglamentario”, pero “puede también producirse al margen de este procedimiento -prescindiendo, por ejemplo, del periodo de consultas- o incluso ocultando su carácter colectivo”, como ocurre en los supuestos de despidos colectivos de hecho, que también podrían dar lugar en determinadas condiciones a despidos fraudulentos o encubiertos.

Para la doctrina científica, en cambio, no sería necesario alegar un *animus fraudandi* en el despido colectivo de hecho, ya que la nulidad puede venir aparejada tanto cuando el empresario canalice despidos individuales o plurales al margen del procedimiento colectivo en una voluntad consciente y deliberada de eludir así sus obligaciones de información y consulta, tanto cuando haya ausencia del procedimiento de despido colectivo sin intencionalidad alguna empresarial (superación por error del umbral cuantitativo-numérico del despido colectivo por goteo de despidos en el tiempo o bien confusión a la hora de determinar la unidad de referencia empresa/centro de trabajo)⁶⁵⁹.

B) La delimitación entre los despidos en sentido estricto y las extinciones asimiladas

La Directiva 98/59 se aplica sobre los despidos colectivos “efectuados” por un empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, siempre que se superen unos determinados umbrales. Como se puede observar, la norma comunitaria no define exactamente cuál debe de ser la causa del despido, sino que utiliza un estándar abierto basado en razones no inherentes a la persona de los trabajadores. Junto con estos despidos “efectuados” por un empresario, localizados en el art. 1.1.a) de la Directiva, se pueden encontrar otro tipo de extinciones producidas “por iniciativa” del empresario, con base en los mismos motivos y siempre y cuando los despidos sean al menos de cinco. Estas últimas extinciones se regulan en el último párrafo del art. 1.1.b) de la Directiva y solo se tienen en cuenta “a efectos del cálculo del número de despidos”.

⁶⁵⁷ SAN 92/2012 de 27 de julio de 2012, rec. 127/2012.

⁶⁵⁸ STS de 25 de noviembre de 2013, rec. 52/2013. Es una doctrina reiterada por las SSTs de 24 de enero de 2020 (rec. 148/2019); de 10 de marzo de 2020 (rec. 2760/2017); y de 23 de septiembre de 2021 (rec. 92/2021), entre otras.

⁶⁵⁹ DE CASTRO MARÍN, E.: *Despido colectivo “de hecho”. Aspectos controvertidos en la aplicación práctica del art. 51.1 ET.*, op. cit., versión electrónica.

Sobre la base de estas dos modalidades de despidos o extinciones, “por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores”, se ha venido haciendo una diferencia entre los primeros, que se conocen como “despidos en sentido estricto”, “propio” o bien “en sentido fuerte” y, los segundos, que se refieren a aquellas otras extinciones denominadas “extinciones asimiladas” o “despidos por equiparación”⁶⁶⁰.

La distinción entre ambos tipos de despidos es una cuestión de suma importancia, pues cada una de las figuras extintivas tiene efectos jurídicos diferentes. Así, por un lado, a los despidos en sentido estricto se les aplicarán las garantías comunitarias y se les tendrá en cuenta a efectos del cómputo; mientras que las extinciones asimiladas (si se supera igualmente un determinado umbral de “despidos propios”) solo serán relevantes de cara al cómputo de los umbrales del despido colectivo, como “criterio corrector del cómputo”⁶⁶¹, junto con los despidos en sentido estricto, sin que se les apliquen las garantías del despido colectivo⁶⁶². Sin embargo, la diferenciación entre sendas figuras extintivas no es una cuestión sencilla, como se comprobará a continuación.

El Tribunal de Justicia en su sentencia *Pujante Rivera*⁶⁶³ ahonda en este tema, partiendo de la base de que “la Directiva 98/59 no define de forma expresa el concepto de «despido»” (apartado 48), sino que, como se sabe, opta por la fórmula “por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores”. El Tribunal recuerda que el concepto de “despido” es un concepto típico de Derecho comunitario y que, como tal, no puede ser definido por referencia a las legislaciones de los Estados miembros. Por ello, aborda un concepto comunitario de despido (entiéndase despido en sentido estricto) “en el sentido de que engloba cualquier extinción del contrato de trabajo no deseada por el trabajador y, en consecuencia, sin su consentimiento”⁶⁶⁴, sin que se exija, por otro lado, que las causas subyacentes de la extinción correspondan a la voluntad del empresario, dando cabida en principio a las extinciones por fuera mayor⁶⁶⁵.

Respecto a las extinciones asimiladas el Tribunal de Justicia indica que: “debe señalarse que de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que los despidos

⁶⁶⁰ Sobre esta distinción, véase, DE CASTRO MARÍN, E.: *Despido colectivo “de hecho”. Aspectos controvertidos en la aplicación práctica del art. 51.1 ET*, op. cit., p. 31.

⁶⁶¹ DESDENTADO BONETE, A.: “La delimitación legal del despido colectivo. El despido colectivo de hecho”, op. cit., p. 38.

⁶⁶² Véase las conclusiones de la Abogada General Kokott en el asunto C-422/14 (*Pujante Rivera*), presentadas el 3 de septiembre de 2015, en su apartado 49: “La cuestión de si se trata de un despido o únicamente de una extinción de contrato asimilada al despido tiene importantes efectos prácticos, ya que lo dispuesto en la Directiva 98/59 en materia de protección de los trabajadores en caso de despidos colectivos sólo se aplica a los despidos. En cambio, las extinciones de contrato asimiladas sólo se tienen en cuenta para el cálculo del umbral a efectos de aplicar la Directiva, sin que los propios trabajadores afectados, sin embargo, se beneficien de las medidas de protección de la Directiva”.

⁶⁶³ STJUE de 11 de noviembre de 2015, *Pujante Rivera*, C-422/14.

⁶⁶⁴ STJUE de 11 de noviembre de 2015, *Pujante Rivera*, C-422/14, apartado 48, con cita a las sentencias *Comisión/Portugal*, C55/02, EU:C:2004:605, apartados 49 a 51, y *Agorastoudis y otros*, C187/05 a C190/05, EU:C:2006:535, apartado 28.

⁶⁶⁵ STJUE de 12 de octubre de 2004, *Comisión contra Portugal*, C-55/02, apartados 49 a 51.

se distinguen de las extinciones del contrato de trabajo, que, en las condiciones mencionadas en el artículo 1, apartado 1, último párrafo, de la Directiva 98/59, se equiparan a los despidos por falta de consentimiento del trabajador”⁶⁶⁶. Es decir, la acción de asimilar no significa equivalencia sino semejanza y, por tanto, estaríamos ante dos especies distintas de un mismo género⁶⁶⁷. Ello da a entender que lo que diferencia a los despidos “propios” de las extinciones asimiladas es la falta de consentimiento, esto es, que las extinciones asimiladas son aquellas que se producen a iniciativa del empresario, por uno o varios motivos no inherentes a los trabajadores, pero que, a su vez, cuentan con el consentimiento del trabajador⁶⁶⁸.

De este modo, según la doctrina *Pujante Rivera*, la distinción entre los despidos en sentido estricto y las extinciones asimiladas reside en la falta o en la existencia de consentimiento por parte del trabajador. Por ello, a un despido acordado o “efectuado” por el empresario sin consentimiento real del trabajador, si se superan los umbrales del despido colectivo, se le aplicarán las garantías previstas en la Directiva (en especial, el período de consultas y la comunicación a la autoridad pública competente) y, por otro lado, una extinción asimilada producida “a iniciativa” de la empresa (que no decidida), pero con el consentimiento de la persona trabajadora, solo se tendrá en cuenta a efectos del cómputo del número de extinciones en un período determinado para valorar si existe o no despido colectivo⁶⁶⁹.

En cualquier caso, también es necesario tener en cuenta que a los despidos “propios” no se les exige un determinado límite para que se tomen en consideración como extinciones computables, como sí ocurre con los despidos por equiparación. En efecto, el último párrafo del art. 1.1 de la Directiva 98/59, cuando regula las extinciones asimiladas, expone “[a] efectos del cálculo del número de despidos previsto en la letra a) del párrafo anterior se asimilarán a los despidos las extinciones del contrato de trabajo producidos por iniciativa de empresario en base o uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, siempre y cuando los despidos sean al menos 5”. No obstante, se trata de un límite de cinco despidos que no casa bien con el tenor literal recogido en el Estatuto de los trabajadores, por el que “[p]ara el cómputo

⁶⁶⁶ STJUE de 11 de noviembre de 2015, *Pujante Rivera*, C-422/14, apartado 49, con cita a sentencia Comisión/Portugal, C55/02, EU:C:2004:605, apartado 56.

⁶⁶⁷ DE CASTRO MARÍN, E.: *Despido colectivo “de hecho”. Aspectos controvertidos en la aplicación práctica del art. 51.1 ET*, op. cit., pp. 33 y 34.

⁶⁶⁸ Véase las conclusiones de la Abogada General Kokott en el asunto C-422/14 (*Pujante Rivera*), presentadas el 3 de septiembre de 2015, en su apartado 59: “Cabe entenderlo así porque ese precepto, según su tenor, incluye las extinciones del contrato de trabajo producidas por iniciativa del empresario y que se basan en motivos no inherentes a la persona del trabajador. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, tales extinciones se diferencian de los despidos en que éstos tienen lugar sin consentimiento del trabajador. Una extinción equiparada al despido, a efectos del artículo 1, apartado 1, último párrafo, de la Directiva 98/59 es, por consiguiente, cada una de las extinciones contractuales acordadas por el empresario, basadas en motivos objetivos -esto es, no inherentes a la persona del trabajador- que se produce con el consentimiento del trabajador afectado”.

⁶⁶⁹ DESDENTADO BONETE, A.: “La delimitación legal del despido colectivo. El despido colectivo de hecho”, op. cit., p. 17.

del número de extinciones de contratos a que se refiere el párrafo primero de este apartado, se tendrán en cuenta asimismo cualesquiera otras producidas en el periodo de referencia por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el artículo 49.1.c), siempre que su número sea, al menos, de cinco” (penúltimo párrafo del art. 51.1 ET).

Si se comparan ambos preceptos, mientras que la Directiva parece exigir para que las extinciones asimiladas sean computables un mínimo de cinco despidos, entendidos como despidos en sentido estricto; la norma interna, por otro lado, reconoce las extinciones asimiladas “siempre que su número sea, al menos, de cinco”, lo cual ha sido interpretado, tanto por la jurisprudencia española⁶⁷⁰ como por un importante sector doctrinal⁶⁷¹, como la exigencia de un mínimo de 5 cinco extinciones asimiladas. Ahora bien, la sentencia del TJUE de 11 de noviembre de 2015, *Pujante Rivera*, C-422/14, ha zanjado esta cuestión a favor de la opción comunitaria, ya que “la condición establecida en el párrafo segundo de ese precepto (art. 1.1 Directiva 98/59) según la cual es preciso que «los despidos sean al menos 5» debe ser interpretada en el sentido de que se refiere, no a las extinciones de contrato de trabajo asimiladas a un despido, sino exclusivamente a los despidos en sentido estricto”. De este modo, obviando la deficiente transposición de la Directiva comunitaria al Derecho español, el cómputo de las extinciones asimiladas comenzará cuando los despidos en sentido estricto lleguen a cinco.

Cabe resaltar, una vez más, la considerable importancia de saber distinguir un despido en sentido estricto de una extinción asimilada, sobre todo a efectos de los intereses empresariales en la correcta aplicación del procedimiento de despido colectivo. Por ejemplo, si el empresario concluye erróneamente que ciertas extinciones contractuales son asimiladas y no despidos en sentido estricto, puede o bien no llevar a cabo el procedimiento de despido colectivo, atendiendo a la regla de cómputo de las extinciones asimiladas, o bien excluir a dichos trabajadores del procedimiento de consultas-negociación cuando en realidad son despidos en sentido estricto. En efecto, una aplicación errónea de la catalogación de las extinciones asimiladas podría dar lugar en los dos casos a la sanción de nulidad por la vía de la impugnación colectiva o individual del art. 124 LRJS.

En cualquier caso, la catalogación en un sentido u otro no es una cuestión exenta de controversia, ya que sus elementos delimitadores se han visto en buena parte alterados tras los últimos pronunciamientos del TJUE, generando gran inseguridad jurídica entre los operadores jurídicos⁶⁷². Si bien los despidos en sentido estrictos son más fáciles de encuadrar, las extinciones asimiladas, entendidas como extinciones a iniciativa del empresario pero con el consentimiento del trabajador, generan mayores

⁶⁷⁰ SSTs 25 de noviembre 2013, rec. 52/2013; y 3 y 8 de julio 2012, rec. 1657/2011 y 2341/2011.

⁶⁷¹ VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Los despidos por causa económica”, en VV.AA.: *La reforma del mercado laboral* (Dir. VALDÉS DAL-RÉ, F.), Valladolid, Lex Nova, 1994, p. 411.

⁶⁷² DE CASTRO MARÍN, E.: *Despido colectivo “de hecho”. Aspectos controvertidos en la aplicación práctica del art. 51.1 ET*, op. cit., pp. 37 y 38.

dudas en cuanto a su aplicación, sobre todo tras las SSTJUE *Pujante Rivera*⁶⁷³, *Ciupa*⁶⁷⁴ y *Socha*⁶⁷⁵ que han incardinado a las denominadas resoluciones mayores (art. 50 ET) y menores (arts. 40 y 41 ET)⁶⁷⁶, así como a las modificaciones sustanciales de elementos esenciales del contrato de trabajo, sin que ni siquiera requieran extinción, en el primer grupo de los despidos “en sentido propio”⁶⁷⁷.

Es más, se puede decir que existe cierta confusión en la práctica judicial nacional en cuanto a la delimitación de los “despidos por equiparación” respecto a los despidos en sentido estricto⁶⁷⁸. Ello puede deberse a la tradicional utilización del precepto del art. 51 ET dedicado a las extinciones asimiladas para encajar aquellas otras extinciones por motivos no inherentes a la persona del trabajador que no se articulaban formalmente por los cauces del despido por causas empresariales, a efectos del cómputo del despido colectivo y sin que se les aplicaran sus garantías⁶⁷⁹. No obstante, a pesar de que a partir de la STS de 8 de julio de 2012 (rec. 2341/2011) se asume en cierto modo la doctrina del Tribunal de Luxemburgo en cuanto al elemento causal “abierto” del despido colectivo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo no ha ahondado mucho en la diferenciación de ambas medidas extintivas, como ocurre en la STS 4 de abril 2019 (rec. 165/2018), donde se utiliza el término “extinciones computables”, sin precisar nada más. De igual modo, tampoco se ha especificado qué debe de entenderse por extinciones asimiladas y sus efectos.

Buena muestra de ello son las recientes sentencias del Tribunal Supremo de fecha de 22 de junio de 2023 (rec. 223/2022) y de 19 de septiembre de 2023 (rec. 61/2023), donde se han incluido dentro del cómputo de despido colectivo a bajas voluntarias “incentivadas” por el empresario en un proyecto de reestructuración empresarial, cada una de ellas con sus correspondientes circunstancias. Sin embargo, a pesar de que estas situaciones pueden tratarse de genuinos ejemplos de despidos por equiparación (recuérdese, extinciones a iniciativa del empresario con el consentimiento de la persona

⁶⁷³ STJUE de 11 de noviembre de 2015, *Pujante Rivera*, C-422/14.

⁶⁷⁴ STJUE de 21 de septiembre de 2017, *Ciupa*, C-429/16.

⁶⁷⁵ STJUE de 21 de septiembre de 2017, *Socha*, C-149/16.

⁶⁷⁶ Esta distinción entre resoluciones mayores y menores se recoge en DESDENTADO BONETE, A: “La delimitación legal del despido colectivo. El despido colectivo de hecho”, *op. cit.*, pp. 25 y ss.

⁶⁷⁷ Como indica BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “en la medida que estas extinciones *ex arts. 40/41 ET* el TJUE las califica como «despido» y no como «extinciones asimiladas», resulta complejo determinar qué situaciones del derecho interno serían, realmente, subsumibles en el concepto de «extinciones asimiladas» a los ojos del Tribunal Europeo” en su trabajo “Despido colectivo y cómputo de afectados: (posibles nuevos) desajustes internos con la Directiva 98/59”, en Blog: *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, entrada de 12 de junio de 2017, disponible en: <https://ignasibeltran.com/2017/06/12/despido-colectivo-y-computo-de-afectados-posibles-nuevos-desajustes-internos-con-la-directiva-9859/>

⁶⁷⁸ SALA FRANCO, T.: “Balance jurisprudencial acerca del concepto legal de despido colectivo y del cómputo de las extinciones contractuales producidas en un periodo de 90 días”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, N.º 455, 2021, p. 162 habla de una oscura regla legal en cuanto al precepto que regula las extinciones asimiladas.

⁶⁷⁹ MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo en el Derecho español. Estudio de su régimen jurídico*, *op. cit.*, p. 39.

trabajadora), el Tribunal Supremo en su sentencia de 22 de junio no se pronuncia al respecto y, en cambio, en la sentencia de 19 de septiembre sí que parece encuadrarlas en la condición de extinciones asimiladas, aunque de un modo ciertamente confuso.

Esta última sentencia arguye que: “[a]unque tales extinciones puedan calificarse formalmente como un cese por mutuo acuerdo, no por ello deben quedar excluidas del cómputo, cuando el art. 51.1 ET obliga tener en cuenta todas las producidas en el periodo de referencia “...por iniciativa del empresario en base o uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores...”. La finalidad de este precepto y de la Directiva que transpone, es la de garantizar que las extinciones de contratos de trabajo que se producen en un determinado periodo de tiempo se sometan a un procedimiento específico de control, supervisión y negociación con los representantes de los trabajadores, cuando la pérdida de empleo supera el límite de esos umbrales que fija la propia normativa. Esta es la razón por la que incluye en ese cómputo cualquier extinción contractual que tenga su origen en la iniciativa del empresario, cuando es de al menos cinco y no obedece a causas inherentes a la persona del trabajador, entre las que por lo tanto deben incluirse las que pudieren plasmarse en el mutuo acuerdo de las partes, pero que han surgido sin duda a iniciativa del empresario por enmarcarse en el contexto de una reducción global de plantilla en el que se ofrece a los trabajadores la voluntaria posibilidad de extinguir el contrato de trabajo en determinadas condiciones”.

De este modo, si bien la STS de 19 de septiembre de 2023 (rec. 61/2023) incluye a las bajas voluntarias incentivadas en un proyecto de reestructuración empresarial dentro de la categoría de extinciones asimiladas, no se entiende muy bien la interpretación de la finalidad del penúltimo párrafo del art. 51.1 ET⁶⁸⁰, ya que ello entraría en colisión con la interpretación comunitaria de estas extinciones como criterio corrector del cómputo, sin que se les apliquen las garantías del procedimiento de despido colectivo. En cambio, la STS parte de otra consideración cuando indica que “la finalidad de este precepto y de la Directiva que transpone, es la de garantizar que las extinciones de contratos de trabajo que se producen en un determinado periodo de tiempo se sometan a un procedimiento específico de control, supervisión y negociación con los representantes de los trabajadores” y, en consecuencia, al no haber sido beneficiarias las bajas voluntarias del procedimiento de despido colectivo son declaradas en ambas sentencias como nulas, aunque ello no debería de haber sido exigible si se atiende a la configuración de los despidos por equiparación de la Directiva comunitaria.

A esta problemática interpretativa pretendía arrojar luz, sin duda, la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Baleares (auto de 29 de agosto de 2022, rec. 3/2022), en la que se pregunta al Alto Tribunal comunitario si la extinción asimilada incluye, “en un contexto de crisis en el que es previsible una reducción de plantilla con inclusión de despidos, las bajas de trabajadores propuestas por la empresa, no pretendidas pero aceptadas por aquellos una vez obtenida la oferta firme de incorporación inmediata a otra empresa, habiendo sido la empleadora la

⁶⁸⁰ Además, el TS también parece obviar la interpretación del caso *Pujante Rivera* cuando indica que el límite de 5 en cuanto a su cómputo se refiere a las extinciones asimiladas, y no a los despidos en sentido estricto.

que gestionó con esa otra empresa la posibilidad de que sus trabajadores mantuvieran entrevistas con vistas a su posible contratación”⁶⁸¹. No obstante, finalmente la STJUE de 22 de febrero de 2024, *Resorts Mallorca Hotels International* (C-589/22), ha esquivado dar una respuesta a esta cuestión, ya que se ha centrado en analizar el momento en el que deben de llevarse a cabo las consultas. En efecto, esta obligación nace desde el momento en el que el empresario, en el marco de un plan de reestructuración, se plantea o proyecta una disminución de puestos de trabajo cuyo número puede superar los umbrales de supresión de puestos establecidos en el art. 1.1.a) de la Directiva. Por ello, las bajas voluntarias que se producen a raíz del proyecto de reestructuración deben de incluirse en la consulta-negociación, aunque el TJUE no haya aclarado si como despidos en sentido estricto o como extinciones asimiladas.

C) Extinciones computables en el despido colectivo

Como ya se expuso con anterioridad, el viraje que ha tomado nuestra jurisprudencia acerca del cómputo de las extinciones contractuales a la hora de determinar si se han superado o no los umbrales del despido colectivo, deja atrás la centralidad del principio causal para atender a cualquier despido “por uno o varios motivos no inherentes de las personas de los trabajadores”, aunque todavía no se comprenda bien su encaje en los denominados despidos estrictos o en los despidos por equiparación. De este modo, el elemento cuantitativo se constituye como el presupuesto determinante para catalogar un despido como colectivo⁶⁸² y el elemento causal relega su protagonismo al control judicial *ex post*.

Resulta claro determinar que los despidos objetivos por causas empresariales del art. 52.c) ET (despidos individuales o plurales) serán considerados como despidos en sentido estricto a todos los efectos, sean declarados procedentes o improcedentes o bien hayan firmado o no el finiquito, pues se trata de despidos “efectuados” por el empresario con base en motivos no inherentes a la persona del trabajador y sin su consentimiento (en la línea de lo defendido por el Tribunal de Justicia). En efecto, los despidos objetivos en los que se hayan firmado finiquitos aceptando el efecto extintivo mediante acuerdos también de naturaleza transaccional serán considerados como extinciones computables, ya que “no se convierten en extinciones por mutuo acuerdo o en dimisiones”, al igual que la “transacción no altera la naturaleza del acto del despido” [(SSTS 25 de noviembre 2013 (rec. 52/2013); 18 de noviembre 2014 (rec. 65/2014) y 4 de abril 2019 (rec. 165/2018)].

De igual modo, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 2014 (rec. 65/2014) indica que los despidos disciplinarios declarados improcedentes por reconocimiento empresarial, transacción judicial o extrajudicial, así como por

⁶⁸¹ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “¿Las bajas voluntarias deben computar a los efectos del despido colectivo? (nueva cuestión prejudicial del TSJ Baleares)”, Blog: *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, entrada de 20 de septiembre de 2022, disponible en: <https://ignasibeltran.com/2022/09/20/las-bajas-voluntarias-deben-computar-a-los-efectos-del-despido-colectivo-nueva-cuestion-prejudicial-del-ts-j-baleares/> (consultada el 19/01/2024).

⁶⁸² DESDENTADO BONETE, A: “La delimitación legal del despido colectivo. El despido colectivo de hecho”, *op. cit.*, p. 67.

resolución judicial, deberán de entenderse despidos computables a efectos del despido colectivo. En estos casos, se trata de extinciones efectuadas por el empresario sobre la base de “motivos no inherentes a la persona del trabajador”, habida cuenta de que “no se puede imputar a la conducta personal del trabajador un despido disciplinario que se reconoce como improcedente”. De este modo, los despidos disciplinarios improcedentes realizados en un período de 90 días deberán de considerarse despidos en sentido estricto y no extinciones asimiladas al no concurrir el requisito del consentimiento del trabajador, con independencia del acuerdo judicial o extrajudicial, ya que tal y como ha declarado el Tribunal Supremo “la transacción no altera la naturaleza del acto del despido, pues solo actúa poniendo fin al pleito provocado por esa decisión empresarial (art. 1809 del Código Civil)”⁶⁸³. Es frecuente que se recurra al cauce del despido disciplinario para eludir el procedimiento de despido colectivo, lo cual podría constituir un “fuerte indicio de fraude de ley” (SAN 4 de septiembre de 2013, rec. 240/2013).

En cuanto a los contratos temporales, su extinción “regular” u “ordinaria” está excluida del procedimiento de despido colectivo, tal y como ya se precisó en la STJUE de 13 de mayo de 2015, *Rabal Cañas*, C-392/13. Todo ello a salvo de que se pruebe y declare el carácter fraudulento del contrato temporal⁶⁸⁴ o la terminación anticipada del mismo o *ante tempus*⁶⁸⁵ en sede judicial, computando entonces tales extinciones contractuales como despidos en sentido estricto⁶⁸⁶.

Sin embargo, el mayor escollo aquí se sitúa en que los tribunales vienen negando que se pueda valorar la contratación temporal fraudulenta a efectos de alcanzar los límites del art. 51.1 ET en el proceso de despido colectivo del art. 124 LRJS, ya que estas cuestiones deben de discernirse de forma individual ante los juzgados de lo social (SSTS de 22 de diciembre de 2016, rec. 10/2016; de 22 de diciembre de 2018, rec. 67/2018; de 29 de septiembre de 2021, rec. 80/2021; y 30 de noviembre de 2022, rec. 132/2020). Respecto a la finalización anticipada del contrato de duración determinada, se entendía que los contratos temporales concertados para la ejecución de una contrata que finalizasen antes de la fecha prevista o determinada por reducción de su volumen por la empresa comitente debían de computarse como despidos en sentido estricto (STS de 4 de abril de 2019, rec. 165/2018). Este escenario de contratación temporal ya ha cambiado, no solo porque el Tribunal Supremo ha cerrado la puerta a concertar contratos de obra o servicio vinculados a la duración de una contrata (STS de 29 de

⁶⁸³ La propia STS de 14 de noviembre de 2014 (rec. 65/2014) rechaza que los efectos de nulidad del despido colectivo de hecho no sean aplicables a los despidos improcedentes acordados o en los que se haya llegado a una transacción judicial, ya que ello deberá de valorarse en el supuesto concreto, en el que se podrá incluso pedir la nulidad de la transacción por vicios del consentimiento.

⁶⁸⁴ SSTS de 3 de julio de 2012, rec. 1657/2011 y 8 de julio de 2012, rec. 2341/2011.

⁶⁸⁵ SSTS 283/2019 de 4 de abril y 62/2020, de 24 de enero.

⁶⁸⁶ NAVARRO NIETO, F.: “El despido colectivo, novedades normativas y balance jurisprudencial”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, N.º 7, 2013, pp. 8 y 9 y DE CASTRO MARÍN, E.: *Despido colectivo “de hecho”. Aspectos controvertidos en la aplicación práctica del art. 51.1 ET*, op. cit., pp. 56 y 57.

diciembre de 2020, rec. 240/2018), sino porque, además de acoger este criterio⁶⁸⁷, el contrato de obra o servicio determinado ha sido suprimido con la Reforma laboral de 2021. Ahora bien, la extinción de cualquier tipo de contrato de trabajo con base en la finalización de una contrata es una causa productiva u organizativa de despido (STS 23 de marzo 2022, rec. 1985/2020; y de 3 de noviembre de 2020, rec. 1521/2018).

Mayor problemática gira en torno a las otras causas propias de los despidos objetivos, a), b) y d), esta última derogada⁶⁸⁸, pues es discutible que estas puedan entrar, en principio, dentro del concepto comunitario de despido elaborado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ya que se deben a motivos inherentes a la persona de los trabajadores (aunque sin su consentimiento)⁶⁸⁹. En este sentido, doctrina judicial (SAN 4 de septiembre de 2013, rec. 240/2013) y jurisprudencia (SSTS 3229/2017, de 14 de julio y 490/2018, de 9 de mayo) han determinado que los despidos objetivos por ineptitud o por falta de adaptación a las modificaciones técnicas no son computables dentro del procedimiento de despido colectivo, a menos que sean declarados improcedentes o nulos⁶⁹⁰.

No obstante, la exclusión de estas causas de despido objetivo en todos los casos que se vinculen con la capacidad del trabajador debe de ser matizada, como así ha analizado parte de la doctrina⁶⁹¹. Respecto a qué puede o no entenderse por motivo inherente a la persona del trabajador debemos de concluir que el art. 52.a) ET, relativo a ineptitud sobrevenida, encajaría sin problemas en dichas causas, y, por tanto, no sería computable. Diferente conclusión se llega en el supuesto de despidos por falta de adaptación a las modificaciones técnicas (art. 52.b) ET)⁶⁹², pues estas modificaciones han sido introducidas como consecuencia de una decisión empresarial previa y, por ende, no estarían totalmente vinculadas a las condiciones personales del trabajador, lo cual podría dar lugar a su consideración como despidos en sentido estricto. Entender lo contrario supondría, a mi parecer, una desprotección ante una transformación digital cuyo auge está todavía por llegar, privando por tanto a estos

⁶⁸⁷ El art. 15.2 ET indica que no pueden celebrarse contratos temporales por circunstancias de la producción para “la realización de los trabajos en el marco de contratas, subcontratas o concesiones administrativas que constituyan la actividad habitual u ordinaria de la empresa, sin perjuicio de su celebración cuando concurren las circunstancias de la producción en los términos anteriores”.

⁶⁸⁸ Causa derogada en virtud de Ley 1/2020, de 15 de julio, por la que se deroga el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo establecido en el artículo 52.d) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

⁶⁸⁹ Recuérdese, STJUE de 11 de noviembre de 2015, *Pujante Rivera*, C-422/14, apartado 48, con cita a las sentencias *Comisión/Portugal*, C55/02, EU:C:2004:605, apartados 49 a 51, y *Agorastoudis y otros*, C187/05 a C190/05, EU:C:2006:535, apartado 28.

⁶⁹⁰ SALA FRANCO, T.: “Balance jurisprudencial acerca del concepto legal de despido colectivo y del cómputo de las extinciones contractuales producidas en un periodo de 90 días”, *op. cit.*, p. 163.

⁶⁹¹ Dicho análisis se contiene en DE CASTRO MARÍN, E.: *Despido colectivo “de hecho”. Aspectos controvertidos en la aplicación práctica del art. 51.1 ET*, *op. cit.*, pp. 60 y 61.

⁶⁹² Una diferenciación entre el despido por causas técnicas y el despido objetivo por inadaptación a las modificaciones técnicas en MUROS POLO, A.: “Digitalización de la economía y despido tecnológico: riesgos y propuestas”, en VV.AA., *Empresa, economía y derecho. Oportunidades ante un entorno global y disruptivo*, Madrid, Dykinson, 2022, pp. 924-926.

trabajadores del recurso al procedimiento de consultas-negociación para así poder minorar los efectos negativos de la implantación de nueva tecnología en la empresa. En cuanto a los despidos conocidos como “por acumulación de faltas justificadas”, si bien ya derogados, hubieran de haber supuesto despidos en sentido estricto, al responder la extinción a la mera conveniencia empresarial y no a motivos inherentes a la persona de los trabajadores, pues las faltas eran justificadas (SAN 4 de septiembre de 2013, rec. 240/2013, entiende lo contrario). Del mismo modo, los despidos objetivos por motivo de insuficiencia presupuestaria (art. 52.e) ET) también deberían de ser considerados como despidos en sentido estricto al ser extinciones por motivos no inherentes a los trabajadores y sin su consentimiento⁶⁹³.

Por otro lado, la extinción del contrato de trabajo por mutuo acuerdo *ex art. 49.1.a) ET*, en principio, no sería computable al concurrir la voluntad de las dos partes⁶⁹⁴. Sin embargo, en aquellos supuestos de bajas voluntarias incentivadas o prejubilaciones planteadas en el marco de un procedimiento de regulación de empleo⁶⁹⁵, dichas extinciones contractuales deberían de ser computables como despidos en sentido estricto, ya que no pueden imputarse a la voluntad del trabajador debido a que en realidad operan como consecuencia de una decisión empresarial⁶⁹⁶. Así lo recogió el TS en su sentencia de 24 de octubre de 2006, rec. 4453/2004, el entender que, aunque “puede haber voluntariedad en la fase de selección de los afectados (...), no la hay en la causa que determina el cese”, del mismo modo que la Sala del TS de lo Contencioso-administrativo en su sentencia de 12 de diciembre de 2017 (rec. 3052/2015) determinó que “las bajas mediante prejubilaciones habidas con ocasión del ERE tienen carácter de involuntarias, realizadas de conformidad con el art. 51 del Estatuto de los Trabajadores”.

Es más, si estas bajas incentivadas se producen fuera de un proyecto formal de despido colectivo pero tienen su origen en el interés y beneficio empresarial también deberán de ser computables⁶⁹⁷. Así lo ha entendido el Tribunal Supremo en las sentencias de 22 de junio de 2023 (rec. 223/2022) y de 19 de septiembre de 2023 (rec. 61/2023). En la primera de ellas, el TS entiende que deben de ser computables las bajas voluntarias producidas en el contexto de una subrogación convencional por sucesión

⁶⁹³ DE CASTRO MARÍN, E.: *Despido colectivo “de hecho”. Aspectos controvertidos en la aplicación práctica del art. 51.1 ET*, *op. cit.*, p. 61.

⁶⁹⁴ DESDENTADO BONETE, A: “La delimitación legal del despido colectivo. El despido colectivo de hecho”, *op. cit.*, p. 18.

⁶⁹⁵ Lógicamente cuando la medida de prejubilación se pacte como criterio de selección dentro del despido colectivo, es decir, en el periodo de consultas-negociación, a dichas extinciones se las aplicarán todas las garantías propias del art. 51 y la Directiva comunitaria. LÓPEZ CARBONELL, M.C.: “Las bajas voluntarias incentivadas”, *El Derecho.com*, entrada 11 de noviembre de 2016, disponible en: <https://elderecho.com/las-bajas-voluntarias-incentivadas> visitada el 1/09/2020.

⁶⁹⁶ DE CASTRO MARÍN, E.: *Despido colectivo “de hecho”. Aspectos controvertidos en la aplicación práctica del art. 51.1 ET*, *op. cit.*, pp. 64 y 65.

⁶⁹⁷ En contra, DESDENTADO BONETE, A: “La delimitación legal del despido colectivo. El despido colectivo de hecho”, *op. cit.*, p. 19. A favor de su inclusión como extinciones computables, DE CASTRO MARÍN, E.: *Despido colectivo “de hecho”. Aspectos controvertidos en la aplicación práctica del art. 51.1 ET*, *op. cit.*, con cita en STS Sala de lo Contencioso-administrativo, de 3 de enero de 2018, en recurso 3055/2015.

de contratas, ya que estas personas fueron contratadas inmediatamente por la empresa entrante con el ánimo fraudulento de no subrogarse en sus contratos. La segunda de las sentencias aborda el supuesto de siete extinciones contractuales por mutuo acuerdo en un contexto de reducción de plantilla que, junto con 8 despidos reconocidos como improcedentes, superaron los umbrales del despido colectivo. Sin duda, esta doctrina jurisprudencial es “extraordinariamente relevante”⁶⁹⁸ y puede afectar al modo en que las empresas enfrentan sus procesos de reestructuración empresarial, acudiendo a bajas voluntarias incentivadas. De este modo, los procesos de bajas voluntarias que se promueven a través de ofertas unilaterales pero colectivas, por los que se formaliza una extinción por mutuo acuerdo, pero con una compensación más o menos elevada, a la luz de esta interpretación constituirían verdaderos despidos colectivos y, por ende, debería de desarrollarse procedimiento de consultas-negociación⁶⁹⁹. Mayores dudas suscita la aplicación de la doctrina aquí expuesta a las bajas voluntarias incentivadas reguladas en convenio o acuerdo colectivo, ya que, aunque estas se desenvuelven en inequívocos procesos de reestructuración, por un lado, ha existido intervención de los representantes de los trabajadores en su negociación, aun cuando sin recurrir a los trámites del procedimiento de despido colectivo, por otro lado⁷⁰⁰.

En relación con los supuestos de jubilación forzosa, figura introducida de nuevo en el ordenamiento jurídico español en la disposición adicional décima del Estatuto de los Trabajadores a través del Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre (y reformulada por la Ley 21/2021, de 28 de diciembre), dichas extinciones producidas a consecuencia del cumplimiento por parte del trabajador de la edad de 68 años o de la edad legal de jubilación deberían de ser computables como “despidos en sentido estricto”, pues ni cuentan con el consentimiento del trabajador ni se deben a un motivo inherente a la persona del trabajador ya que, de ser así, se estaría cristalizando un supuesto de discriminación por razón de edad, pues no se debe de olvidar que dichas medidas deben de estar vinculadas con objetivos coherentes de política de empleo. Sin embargo, habida cuenta de que se trata de una medida recogida en convenio colectivo, previamente negociada, quizá sea más operativo reconocer a estas extinciones como “despidos por equiparación” para así respetar la eficacia vinculante del convenio (sin que se les aplique la nulidad, en principio, por la inobservancia del procedimiento de despido colectivo).

En los casos de desistimiento empresarial durante el período de prueba (art. 14 ET), la conclusión a la que podría llegarse depende de si la extinción contractual se ha producido por una valoración negativa de la capacidad o aptitud del trabajador o bien por haberse constatado que el puesto de trabajo es inviable económicamente y,

⁶⁹⁸ GODINO REYES, M.: “El despido colectivo de hecho y las bajas voluntarias incentivadas: un paso decisivo. Comentario a la STS 3812/2023, de 19 de septiembre”, *Revista de Derecho Laboral vLex*, N.º 10, 2023, p. 128.

⁶⁹⁹ Todo ello, a salvo de que una interpretación más depurada sitúe a estas bajas incentivadas como extinciones asimiladas y, por ende, sea necesario que se supere el límite de 5 despidos en sentido estricto para proceder a su cómputo.

⁷⁰⁰ GODINO REYES, M.: “El despido colectivo de hecho y las bajas voluntarias incentivadas: un paso decisivo. Comentario a la STS 3812/2023, de 19 de septiembre”, *op. cit.*, pp. 129 y 130.

por tanto, no sostenible (dicha doble finalidad se recoge en la STC 119/2014, de 16 de julio). En cambio, la constatación de una causa u otra de finalización del contrato no será tarea fácil pues la comunicación empresarial de desistimiento no suele recoger referencia alguna a la motivación real de la decisión, por lo que el tribunal deberá de valorarla en atención a los indicios que se presenten en el caso cuestión, esto es, que haya un número elevado de despidos objetivos por causas empresariales o, lo que resulta frecuente, un número elevado de despidos disciplinarios improcedentes, en el sentido de intentar esquivar la aplicación del procedimiento de despido colectivo y, por tanto, computando dichas extinciones en el periodo de prueba como despidos en sentido estricto⁷⁰¹. En este sentido, destaca la STS 933/2021, de 23 de septiembre, que determina la existencia de despido colectivo de hecho en un supuesto en el que, junto con 25 extinciones de contratos por supuesta falta de superación del periodo de prueba, se produjeron 34 despidos disciplinarios improcedentes y 6 extinciones de contratos temporales⁷⁰².

Como extinción por causa no inherente a la persona del trabajador también debe de incluirse la falta de llamamiento de los trabajadores fijos discontinuos en el momento habitual (STS de 10 de marzo de 2020, rec. 2760/2017). De este modo, si por falta de llamamiento de los trabajadores contratados a través de la modalidad fijo-discontinua se superan los umbrales del art. 51.1 ET, habrá que llevar a cabo procedimiento de despido colectivo (STS de 12 de diciembre de 2019, rec. 2397/2017).

Respecto a aquellas resoluciones contractuales denominadas mayores (art. 50 ET) o menores (art. 40 y 41 ET) y su catalogación en el procedimiento de despido colectivo, las últimas sentencias del Tribunal de Luxemburgo han introducido un elemento de incertidumbre extra en el panorama legal español, si atendemos al principio de primacía y de interpretación conforme que tienen que observar los jueces nacionales. Así, mientras que en las primeras resoluciones (las denominadas dimisiones provocadas) existía cierto consenso en cuanto a su cómputo en el procedimiento de despido colectivo, habida cuenta de que se trata de una extinción contractual instada por el trabajador pero a consecuencia de un incumplimiento empresarial⁷⁰³, respecto a las segundas existían mayores dudas. Ello se debe a que son extinciones que no se producen por voluntad del empresario, al igual que las medidas de movilidad geográfica o de modificación sustancial de condiciones de trabajo que sirven de base deben de estar justificadas (o sometidas a un proceso de consultas si son colectivas)

⁷⁰¹ DE CASTRO MARÍN, E.: *Despido colectivo “de hecho”. Aspectos controvertidos en la aplicación práctica del art. 51.1 ET*, op. cit., pp. 66 y 67.

⁷⁰² De ello da cuenta MOLINA NAVARRETE, C.: “Regulación de empleo y extinciones computables: el despido colectivo *de facto*, feliz concepto en continua expansión. Con ocasión de la sentencia del Tribunal Supremo 933/2021, de 23 de septiembre”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, N.º 464, pp. 186-196.

⁷⁰³ DESDENTADO BONETE, A.: “La delimitación legal del despido colectivo. El despido colectivo de hecho”, op. cit., p. 25. Este autor añade: “ahora bien, la inclusión juega obviamente a efectos del cómputo, ya que si la extinción se adopta por el trabajador y ha de resolverse, en su caso por, sentencia no podrá incluirse en las garantías de procedimiento del art. 51 ET”.

y el trabajador tiene tres opciones: aceptar la medida, impugnarla si no la considera justificada o la extinción indemnizada⁷⁰⁴.

Sin embargo, esta exclusión de las resoluciones “menores” se cuestiona cuando tras la mencionada STJUE de 11 de noviembre de 2015, *Pujante Rivera*, C-422/14, el Alto Tribunal se pronuncia en los siguientes términos: “la Directiva 98/59 debe interpretarse en el sentido de que el hecho de que un empresario proceda, unilateralmente y en perjuicio del trabajador, a una modificación sustancial de elementos esenciales del contrato de trabajo por motivos no inherentes a la persona del trabajador queda comprendido en el concepto de «despido» utilizado en el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de dicha Directiva”. Y, mucho más allá, el TJUE parecía estar dejando la puerta abierta a computar como despidos en sentido estricto las modificaciones sustanciales de elementos esenciales del contrato de trabajo, aunque ni siquiera hubiera habido extinción.

A pesar de la literalidad de la parte declarativa de la sentencia, la tercera cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social n.º 33 de Barcelona se refería en otros términos. Concretamente el juez nacional preguntaba si debía de considerarse como extinción asimilada “la extinción contractual acordada entre empresario y trabajador que, aun siendo a iniciativa del trabajador, responde a una previa modificación de condiciones de trabajo a iniciativa del empresario por causa de crisis empresarial y que, finalmente, es indemnizada con un importe equivalente al despido improcedente”⁷⁰⁵. Por tanto, la discordancia entre la redacción de la cuestión prejudicial y la conclusión del TJUE, unido a que en los apartados 50 y 52 el propio Tribunal de Luxemburgo aludiera a la existencia de posterior extinción contractual, hizo descartar por parte de cierto sector doctrinal que este estuviera reconociendo que cualquier modificación sustancial debía de ser computada, aun sin exigencia de posterior extinción, como despido en sentido estricto⁷⁰⁶.

En cualquier caso, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, tras la sentencia *Pujante Rivera*, tampoco había dejado claro si debían de computarse exclusivamente las dimisiones provocadas del art. 50 ET en el procedimiento de despido colectivo⁷⁰⁷,

⁷⁰⁴ *Ibidem*, p. 26.

⁷⁰⁵ En el caso en cuestión la empresa había reconocido la improcedencia de la modificación sustancial en conciliación administrativa, habida cuenta de que se habían excedido los límites del art. 41 ET, y había aceptado que se calificara como incumplimiento empresarial del art. 50.1.a) ET tal modificación, con el abono de la indemnización por despido improcedente. MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M.Á.: “Despido colectivo y «despidos indirectos». Perspectivas española, italiana y francesa a la luz de la jurisprudencia del TJUE”, *Trabajo y Derecho*, N.º 85, 2022, p. 4, versión electrónica.

⁷⁰⁶ DESDENTADO BONETE, A.: “La delimitación legal del despido colectivo. El despido colectivo de hecho”, *op. cit.*, p. 27.

⁷⁰⁷ En este sentido ya coincidía MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornadas*, *op. cit.*, pp. 27 y 28. A favor de incluir en el cómputo todas las extinciones tanto por incumplimiento del empresario, traslados o modificaciones sustanciales NAVARRO NIETO, F.: *Los despidos colectivos*, Madrid, Civitas, 1996, pp. 106 y 107.

o si esto también se extendía a las extinciones por modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo o por traslado⁷⁰⁸. Discusiones en uno u otro sentido en cuanto a las implicaciones de esta doctrina en la práctica nacional⁷⁰⁹ que se inclinaron, finalmente, a favor de los despidos indirectos y su cómputo en el despido colectivo con la STS 3229/2017 de 14 de julio, por medio de la cual se catalogaba como extinciones computables a “los ceses producidos como consecuencia del traslado o modificación sustancial de las condiciones de trabajo (art.49.1.4 y 41.3.2 ET), pues no derivan de la voluntad del trabajador sino de la alteración «sustancial del contrato por voluntad unilateral del empresario o fruto de un acuerdo con la representación de los trabajadores, pero en cualquier caso por motivos no inherentes a la persona del trabajador”.

Sin embargo, dicha aparente consolidación de criterios fue de nuevo puesta en vilo con otros dos pronunciamientos del TJUE, fruto de dos cuestiones prejudiciales planteadas por tribunales polacos, casos *Ciupa*⁷¹⁰ y *Socha*⁷¹¹, en los que volvió a resolver a favor de la idea ya recogida en la sentencia *Pujante Rivera*: las meras modificaciones sustanciales “de elementos esenciales del contrato” deben de ser equiparadas al despido en sentido estricto, sin que se exija la posterior extinción del contrato (*vid.* Apartados 27 y 25 casos *Ciupa* y *Socha*, respectivamente). Solución que estaría expandiendo el concepto de despido al no requerir ya la previa extinción del contrato⁷¹². Analicemos sucintamente a lo largo de las siguientes páginas sendos pronunciamientos judiciales y sus implicaciones en la práctica judicial interna.

En este sentido, además de que las modificaciones sustanciales de elementos esenciales del contrato de trabajo deban de ser computadas como despidos en sentido estricto, el Alto Tribunal Comunitario también precisa que, si el empresario de manera unilateral y en perjuicio del trabajador procede a llevar a cabo una modificación no sustancial de un elemento esencial del contrato de trabajo o bien una modificación sustancial de un elemento no esencial de dicho contrato, estos supuestos no podrán considerarse despidos en sentido estricto (*vid.* apartados 28 y 26 casos *Ciupa* y *Socha*,

⁷⁰⁸ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “(Más) ‘Precisiones’ sobre concepto de ‘despido colectivo’ a la luz del TJUE (STJUE 11.11.15)”, Blog: *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, entrada de 11 de noviembre de 2015, disponible en: <https://ignasibeltran.com/2015/11/11/mas-precisiones-sobre-concepto-de-despido-colectivo-a-la-luz-del-tjue-stjue-11-11-15/> visitada en 15/08/2020.

⁷⁰⁹ ROJO TORRECILLA, E.: “Despidos colectivos y TJUE. Cómputo de las extinciones no inherentes a la persona del trabajador. La relación entre los arts. 40, 41, 50 y 51 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Nota a la sentencia de 11 de noviembre (asunto C-422/14). Aplicación de la doctrina del TJUE por el TS”, Blog: *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, entrada de 14 de noviembre de 2015, disponible en: <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2015/11/despido-colectivos-y-tjue-computo-de.html> visitada en 16/08/2020.

⁷¹⁰ STJUE de 21 de septiembre de 2017, *Ciupa*, C-429/16.

⁷¹¹ STJUE de 21 de septiembre de 2017, *Socha*, C-149/16.

⁷¹² DE CASTRO MARÍN, E.: *Despido colectivo “de hecho”. Aspectos controvertidos en la aplicación práctica del art. 51.1 ET*, op. cit., p. 38.

respectivamente), sino que deberán de entenderse como extinciones asimiladas siempre que puedan conducir a la extinción del contrato⁷¹³.

El Tribunal de Justicia de igual modo ofrece criterios para modular la entidad de las modificaciones sustanciales. En efecto, el TJUE en el asunto *Ciupa* indica que, con motivo de una reducción de salarios del 15% de carácter temporal (varios meses), si bien esta modificación afectaba a un elemento esencial del contrato, el alcance de la modificación sustancial se ve minorado por el carácter transitorio de la medida, lo cual deberá de ser apreciado por el tribunal competente (apartados 29 y 30) para considerar o no tal medida como despido. En este caso, aquí podrían tener cabida los ERTE de reducción de jornada, aunque si el porcentaje de reducción de jornada es elevado⁷¹⁴ puede conducir necesariamente a una modificación sustancial que merezca la calificación de despido en sentido estricto (pues el TJUE no ha aclarado si una modificación sustancial transitoria puede ser calificada como extinción asimilada)⁷¹⁵.

Las mismas sentencias *Ciupa* y *Socha*, en lo que respecta al momento a partir del cual un empresario está obligado a efectuar las consultas previstas en el artículo 2 de la Directiva 98/59, recuerdan que el Tribunal de Justicia ha considerado que las obligaciones de consulta y de notificación nacen con anterioridad a la decisión del empresario de extinguir los contratos de trabajo (sentencias de 27 de enero de 2005, *Junk*, C188/03, EU:C:2005:59, apartado 37, y de 10 de septiembre de 2009, *Akavan Erityisalojen Keskusliitto AEK y otros*, C44/08, EU:C:2009:533, apartado 38) y que la realización del objetivo, expresado en el artículo 2, apartado 2, de la citada Directiva, de evitar las extinciones de contratos de trabajo o de reducir su número, quedaría amenazado si la consulta a los representantes fuera posterior a la decisión del empresario (sentencias de 27 de enero de 2005, *Junk*, C188/03, EU:C:2005:59, apartado 38, y de 10 de septiembre de 2009, *Akavan Erityisalojen Keskusliitto AEK y otros*, C44/08, EU:C:2009:533, apartado 46). De este modo, el Alto Tribunal comunitario entiende que aquellas decisiones económicas que, aunque no persigan directamente el objetivo de poner fin a las relaciones laborales específicas, si tienen repercusiones sobre el empleo de un determinado número de trabajadores obligan al empresario a que lleve a cabo el procedimiento de consultas-negociación de la Directiva comunitaria. Además, es necesario que el empresario inicie el procedimiento de despido colectivo en el momento en que se ha adoptado una decisión estratégica o empresarial que le obligue a examinar o a proyectar despidos colectivos, esto es, antes de que se produzcan las extinciones contractuales por las modificaciones sustanciales⁷¹⁶.

⁷¹³ MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M.Á.: “Despido colectivo y «despidos indirectos». Perspectivas española, italiana y francesa a la luz de la jurisprudencia del TJUE”, *op. cit.*, p. 4.

⁷¹⁴ El art. 47.7.a) ET permite la reducción de jornada en el ERTE hasta un 70%.

⁷¹⁵ Ello se cuestiona en BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “¿Un ERTE es una ‘modificación sustancial’ computable a los efectos del despido colectivo?”, en Blog: *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, entrada de 8 de junio de 2020, disponible en: <https://ignasibeltran.com/2020/06/08/un-erte-es-una-modificacion-sustancial-computable-a-los-efectos-del-despido-colectivo/> visita el día 28/08/2020.

⁷¹⁶ MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G.: “Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y su cómputo para el despido colectivo en caso de posterior extinción contractual

Esta jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha sido recogida por la STS de 29 de enero de 2019 (rec. 168/2018)⁷¹⁷ y ha sido adoptada de manera indirecta para extender la responsabilidad del FOGASA en casos de extinción derivada de modificación sustancial previa e insolvencia empresarial (SSTS de 8 de enero de 2019, rec. 1649/2017, y de 12 de noviembre de 2019, rec. 1357/2017). De hecho, estas últimas sentencias del Tribunal Supremo han sido las impulsoras de la reforma emprendida en el art. 33.2 ET, por la cual ahora se indica que el Fondo de Garantía Salarial “abonará indemnizaciones reconocidas como consecuencia de sentencia, auto, acto de conciliación judicial o resolución administrativa a favor de los trabajadores a causa de despido o extinción de los contratos conforme a los artículos 50, 51, 52, 40.1 y 41.3” ET⁷¹⁸.

Sin embargo, atendiendo a nuestra legislación actual y diferenciándola de la polaca, el Estatuto de los Trabajadores español ya exige un procedimiento de consultas con los representantes de los trabajadores tanto para las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo (art. 41.4) como para las decisiones de traslado (40.2 ET) cuando superen un determinado umbral. Además, también se le da la opción al trabajador de que pueda impugnar ante la jurisdicción social la decisión empresarial si se muestra disconforme, hecho que se aleja de la legislación polaca en la que el empresario puede despedir al trabajador si no acepta la decisión empresarial. Todo ello puede dar lugar a que se trate de dos pronunciamientos judiciales que no sean fácilmente extrapolables a nuestro Derecho interno⁷¹⁹.

En este sentido, al considerarse el procedimiento del art. 51 ET mucho más complejo y teniendo en cuenta que se trataría de negociaciones de medidas de flexibilidad interna, que buscan la conservación del contrato para el trabajador y el mantenimiento del empleo, no resultaría adecuado exigir que las empresas que quisieran llevar a cabo modificaciones sustanciales o traslados de carácter colectivo debieran de llevar a cabo necesariamente el procedimiento de consultas-negociación del despido colectivo, máxime después de que el TS haya atenuado las exigencias de información y documentación en los supuestos del art. 40 y 41 ET.

Ahora bien, si el empresario prevé realizar un proyecto de reestructuración empresarial en el que se realicen modificaciones sustanciales o traslados plurales que, junto con otros despidos o extinciones programadas, puedan superar los umbrales del art. 51.1 ET en un período temporal de 90 días, el empresario deberá de realizar procedimiento de despido colectivo ya que, de lo contrario, tales medidas serán

(Sentencias del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 2017, asunto C-429/16: Ciupa y otros y, C-149/16: Socha y otros), *LA LEY Unión Europea*, N.º 54, 2017, p. 12/21.

⁷¹⁷ En cambio, la STS 30 de enero 2023 (rec. 30/2021) niega que una modificación contractual que no ha sido calificada como sustancial, a pesar de que ha sido impugnada y se desconoce la resolución definitiva, pueda ser computable a efectos de valorar si debería de haberse seguido procedimiento de despido colectivo. Con ello parece que a las modificaciones no sustanciales se les estaría negando su condición de extinciones asimiladas.

⁷¹⁸ Modificación introducida por disposición final 36.2 de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre.

⁷¹⁹ Muy crítico con esta interpretación extensiva del tribunal, DE CASTRO MARÍN, E.: *Despido colectivo “de hecho”. Aspectos controvertidos en la aplicación práctica del art. 51.1 ET*, op. cit., pp. 45-53.

anuladas según la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo⁷²⁰. En este sentido, serán despidos en sentido estricto tanto las modificaciones sustanciales del art. 41 ET y los traslados del art. 40 ET (sin que se exija la efectiva extinción del contrato de trabajo) o bien las extinciones por incumplimiento grave del empresario del art. 50 ET (dimisiones provocadas), en un intento de evitar que el empresario, recurriendo a estas opciones, pueda alcanzar la reducción del personal excedente pretendida sin tener que realizar el procedimiento de despido colectivo que prevé la Directiva 98/59/CE⁷²¹.

D) Las extinciones no computables

Teniendo en cuenta lo anterior, será necesario referirse a una serie de extinciones contractuales que, por no reunir los requisitos expuestos, no podrán calificarse ni como despido en sentido estricto ni como extinciones asimiladas y, por tanto, ni computarán a efectos de los umbrales extintivos y ni se les aplicarán las garantías del despido colectivo.

Comenzando por los supuestos de exclusión del art. 1.2 Directiva 98/59 relativos a los contratos celebrados por una duración o para una tarea determinada, estos no computarán a efectos extintivos en términos de aplicación del procedimiento de despido colectivo (STJUE de 13 de mayo de 2015, *Rabal Cañas*, C-392/13), aunque sí en términos de plantilla computable (STJUE de 11 de noviembre de 2015, *Pujante Rivera*, C-422/14), excepto en aquellos supuestos de fraude o finalización anticipada del contrato que también serán considerados como despidos en sentido estricto, como ya se ha comentado.

No se considerarán extinciones computables las producidas por dimisión o abandono del trabajador (art. 49.1.d) ET)⁷²², así como aquellas derivadas de su jubilación, incapacidad permanente o muerte (art. 49.1.e) y f) ET). Tampoco se entienden como extinciones computables las extinciones por mutuo acuerdo (art. 49.1.a) ET), siempre que el acuerdo extintivo no se produzca a instancia del empresario ya que debe ser fruto de la verdadera voluntad conjunta, al margen de un proceso de reestructuración empresarial. De igual modo, no serán extinciones computables a efectos del procedimiento de despido colectivo las extinciones del contrato de trabajo durante el período de prueba, en el caso de que estas extinciones provengan realmente de la capacidad del trabajador⁷²³.

⁷²⁰ MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G.: “Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y su cómputo para el despido colectivo en caso de posterior extinción contractual (Sentencias del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 2017, asunto C-429/16: Ciupa y otros y, C-149/16: Socha y otros)”, *op. cit.*, p. 15/21.

⁷²¹ MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M.Á.: “Despido colectivo y «despidos indirectos». Perspectivas española, italiana y francesa a la luz de la jurisprudencia del TJUE”, *op. cit.*, pp. 10 y 11.

⁷²² SSTSJ Burgos 14 de septiembre 2004, EDJ 255418 y País Vasco 23 de septiembre de 2003, EDJ 135563.

⁷²³ PÉREZ CAMPOS, A.I.: “La labor creadora de derecho del TJUE en la configuración de los despidos colectivos”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, 2022, p. 101.

Asimismo, otras aquellas extinciones de contratos que por obedecer a “motivos inherentes a la persona de los trabajadores” no serían computables son la extinción por las causas válidamente consignadas en el contrato (art. 49.1.b) ET) o bien la resolución del contrato de trabajo por voluntad de la trabajadora víctima de violencia de género (art. 49.1.m) ET)⁷²⁴. Como supuesto más paradigmático de despido por razones inherentes a la persona del trabajador, los despidos disciplinarios no impugnados⁷²⁵ o declarados procedentes tampoco serán computables a ninguno de los efectos. Por STS de 3 de julio de 2012 (rec. 1657/2011) también se ha negado la inclusión dentro del cómputo del despido colectivo a los despidos objetivos por ineptitud o por falta de adaptación a las modificaciones técnicas del puesto de trabajo.

Mayores dudas suscita la extinción colectiva de contratos de trabajo a consecuencia de la muerte, incapacidad o jubilación del empresario persona física (art. 49.1.g) ET). Si se extrapola la respuesta de la STJUE de 10 de diciembre 2009 (C-323/08), *Ovidio Rodríguez Mayor y otros*, que dictaminó que era posible que no se aplicara la Directiva 98/59/CEE a los supuestos de fallecimiento del empresario ya que si este no existe no puede desarrollarse el procedimiento de despido colectivo, se puede llegar a replantear que la extinción de contratos de trabajo por la incapacidad o jubilación del empresario, si se superan los umbrales del despido colectivo, deberá de dar lugar a la consulta-negociación con los trabajadores al seguir existiendo sujeto obligado a las consultas⁷²⁶.

2.3. Elemento temporal

2.3.1. *Período de cómputo de 90 días y aproximación al problema jurídico-interpretativo*

La transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva comunitaria sobre despidos colectivos en materia del elemento temporal ha supuesto, por un lado, que el legislador nacional haya optado por el ámbito temporal de 90 días para computar las extinciones de contratos a efectos de comprobar si se ha superado el umbral del despido colectivo pero que, por otro lado, no se haya tomado el límite de 20 extinciones que la Directiva 98/59/CE relaciona con este período temporal. Como se ha indicado con anterioridad, el legislador español ha optado por incluir la escala de despidos del inciso i) del art. 1.1.a) de la Directiva para el período de 30 días, con

⁷²⁴ DE CASTRO MARÍN, E.: *Despido colectivo “de hecho”. Aspectos controvertidos en la aplicación práctica del art. 51.1 ET*, op. cit., p. 55.

⁷²⁵ En este sentido, SAN de 4 julio de 2019, EDJ 651952.

⁷²⁶ De hecho, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha planteado cuestión prejudicial en el sentido de si debe de aplicarse la Directiva 98/59/CE a la extinción de contratos de trabajo que se produce como consecuencia de la jubilación voluntaria del empresario. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Extinción por jubilación del empresario y sujeción a las reglas del despido colectivo ex Directiva 98/59: nueva cuestión prejudicial (Auto TSJ Cataluña 20/1/23)”, Blog: *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, entrada de 16 de marzo de 2023, disponible en: <https://ignasibeltran.com/2023/03/16/extincion-por-jubilacion-del-empresario-y-sujecion-a-las-reglas-del-despido-colectivo-ex-directiva-98-59-nueva-cuestion-prejudicia-auto-tsj-cataluna-20-1-23/> (visitada el 1 de abril de 2023).

alguna modificación⁷²⁷, pero en un ámbito temporal más amplio, como son 90 días. De este modo, la norma española utiliza una formulación híbrida en la configuración del despido colectivo, ya que se trata de un sistema mixto donde opta por el período de noventa días, pero con los umbrales fijados para el período de treinta días⁷²⁸.

En cualquier caso, el modo de proceder al cómputo de los 90 días, que serán en todo caso naturales⁷²⁹, ha sido una cuestión que ha suscitado enormes problemas interpretativos, ya que ni la Directiva 98/59/CE (“para un periodo de 30 días”; “para un período de 90 días”) ni la norma estatutaria (“cuando, en un período de noventa días”) lo ha especificado. En concreto, el día que comienza o finaliza dicho periodo temporal de 90 días para incluir los despidos materialmente colectivos y, sobre todo, el método de su cómputo (“hacia atrás”, “hacia delante” o “en ambas direcciones”) han sido objeto de numerosos debates doctrinales⁷³⁰.

Todo ello viene reforzado porque se trata de una cuestión de enorme importancia (y complejidad), pues no se olvide que de un modo u otro de proceder en cuanto al sentido del cómputo temporal derivarán diferentes consecuencias en materia de la calificación judicial del despido colectivo y, en su caso, de la respectiva sanción de nulidad. En otras palabras, el modo de cómputo de los 90 días resulta clave no tanto en el plano teórico o para que el empresario o los representantes comprendan en qué supuestos deben de realizar procedimiento de despido colectivo (que también), sino más bien a la hora de la impugnación de varias extinciones al alegar que se ha producido un despido colectivo “de hecho” por haberse superado los umbrales de despidos, en un determinado arco temporal, sin que se hayan respetado los trámites del despido colectivo, lo cual supondrá su nulidad⁷³¹.

Y todo este panorama se complica si se tiene en cuenta el mecanismo antifraude previsto en el último párrafo del art. 51.1 ET, donde se recoge que: “[c]uando en periodos sucesivos de noventa días y con el objeto de eludir las previsiones contenidas en este artículo, la empresa realice extinciones de contratos al amparo de lo dispuesto en el artículo 52.c) en un número inferior a los umbrales señalados, y sin que concurran causas nuevas que justifiquen tal actuación, dichas nuevas extinciones se considerarán

⁷²⁷ La regulación española no exige que el centro de trabajo emplee habitualmente a más de 20 personas trabajadoras.

⁷²⁸ PÉREZ CAMPOS, A.I.: “La labor creadora de derecho del TJUE en la configuración de los despidos colectivos”, *op. cit.*, p. 105.

⁷²⁹ DESDENTADO BONETE, A: “La delimitación legal del despido colectivo. El despido colectivo de hecho”, *op. cit.*, p. 37.

⁷³⁰ En este sentido, GOERLICH PESET, J.M.: *La extinción del contrato de trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, pp. 94 y 95; BLASCO PELLICER, A.: *Los expedientes de regulación de empleo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 33-39 y DE CASTRO MARÍN, E.: *Despido colectivo “de hecho”. Aspectos controvertidos en la aplicación práctica del art. 51.1 ET*, *op. cit.*, pp. 113-115.

⁷³¹ En el supuesto de que se declare la existencia de despido colectivo de hecho en sede judicial, la STS del 14 de mayo de 2014, rec. 66/2014, reconoce que todas las extinciones deberán de ser declaradas nulas, tanto las anteriores como las posteriores a superar el umbral, en virtud de fraude de ley e incluso acto *contra legem*. ROMERO SÁNCHEZ, I.: *El despido colectivo. Evolución normativa y régimen jurídico*, *op. cit.*, p. 65-66.

efectuadas en fraude de ley, y serán declaradas nulas y sin efecto”. Como se puede observar, se trata de una regla especial que introduce un período de cómputo “en períodos sucesivos de noventa días” que puede generar fricciones con el ámbito temporal “general” del despido colectivo.

En las siguientes páginas se analizará la evolución en la jurisprudencia en torno al cómputo general de 90 días del despido colectivo, tomando como punto de inflexión la interpretación aportada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso *Marclean Technologies* (C-300/19). De este modo, se estudiará la hermenéutica del Tribunal Supremo con anterioridad a la sentencia del Tribunal de Luxemburgo, basada en el cómputo retrospectivo o “hacia atrás”; se analizará la mencionada interpretación comunitaria y, por último, se recogerá la primera jurisprudencia tras el cambio de rumbo del TJUE, basado en un cómputo “bidireccional”, y sus implicaciones y problemas jurídico-interpretativos. Todo ello para terminar con una delimitación y configuración general del mecanismo antifraude del art. 51.1 ET, último párrafo, donde se valoren también las implicaciones de la doctrina *Marclean*.

2.3.2. Interpretación judicial anterior a la doctrina *Marclean* del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

A la vista de las diferentes interpretaciones judiciales dadas por los tribunales españoles⁷³², la Sala de lo Social del Tribunal Supremo tuvo que resolver en unificación de doctrina a favor del cómputo del período de 90 días “hacia atrás” (STS de 23 de abril de 2012, rec. 2724/2011). En efecto, se trataba de la consolidación de una doctrina, reiterada, entre otras, por la STS de 11 de enero de 2017, rec. 2270/2015, que se basa en el cómputo retrospectivo de los 90 días a partir del momento en que se acuerde la extinción del contrato de trabajo objeto de impugnación judicial. En resumen, según lo dispuesto por el Tribunal Supremo: “el día del despido constituye el día final del plazo (el “*dies ad quem*”) para las extinciones contractuales que se acuerden ese día [añado: y en los días anteriores] y, al mismo tiempo, el día inicial (el “*dies a quo*”) para el cómputo del período de los 90 días siguientes”.

En otras palabras, para valorar si se daba el supuesto de despido colectivo o no en el momento de la notificación del despido⁷³³, se debían de computar las extinciones

⁷³² A favor del cómputo “hacia atrás”: SSTSJ de Madrid, de 18 de abril de 2012, rec. 6045/2011; de Asturias, de 24 de julio de 2009, rec. 1357/2009; de Madrid, de 26 de diciembre de 2001, rec. 4719/2000; de Galicia, de 21 de noviembre de 1996, rec. 4794/1996. A favor del cómputo bidireccional: SSTSJ Cataluña, de 21 de junio de 2011, rec. 1530/2011; de Aragón, de 30 de diciembre de 2010, rec. 954/2010; de Navarra, de 29 de marzo de 2010, rec. 70/2010; de Cataluña, de 2 de febrero de 2010, rec. 7177/2009; de Castilla-La Mancha, de 15 de junio de 2010, rec. 354/2010; de Castilla-La Mancha, de 5 de mayo de 2009, rec. 121/2009; de Madrid, de 16 de septiembre de 2008, rec. 2306/2008; de Comunidad Valenciana, de 28 de julio de 2000, rec. 2092/2000; de Andalucía, de 21 de mayo de 1997, rec. 366/1996. A favor del cómputo del período de 90 días solo hacia el futuro: STSJ Asturias, de 8 de julio de 2011, rec. 1489/2011. Sentencias recogidas en el trabajo de POQUET CATALÁ, R.: *Análisis de la actual configuración del despido colectivo*, op. cit., versión electrónica.

⁷³³ El *dies ad quem* de los 90 días será el de la fecha de la notificación del despido y no el de la fecha en que se despliegan los efectos del despido, una vez transcurrido el plazo de preaviso, ya que cuando se comunica el despido la decisión empresarial es irrevocable y el trabajador puede ya

acaecidas con anterioridad a este momento hasta agotar el periodo de 90 días, sin que se pudieran computar futuras extinciones, pues tal y como argumentaba el TS: “el futuro no se conoce” y “es muy difícil que el legislador dé pautas para presumir y sancionar lo que alguien hará o lo que piensa hacer”. “Por ello, se fija el “*dies ad quem*” coincidiendo con la fecha en que se acuerda la extinción, en la fecha en la que los hechos son ciertos y sin género de dudas se puede calificar si el despido es colectivo con arreglo a la ley y no con arreglo a un futuro incierto, pues la norma trata de generar seguridad jurídica y no incertidumbres” (STS de 11 de enero de 2017, rec. 2270/2015, con cita en 23 de abril de 2012, rec. 2724/2011).

De este modo, la jurisprudencia española frente al resto de opciones había reconocido el cómputo retrospectivo del plazo de 90 días, sin que el mecanismo antifraude del último párrafo del art. 51.1 supusiera una excepción o una suerte de período de cómputo temporal extendido de 180 días, como se analizará. Sin embargo, sí que se habían admitido excepciones a la regla general⁷³⁴ para computar ciertas extinciones posteriores a la impugnada sobre la base de la teoría del fraude de ley del art. 6.4 CC. En concreto, el Tribunal Supremo⁷³⁵ indicaba que “cuando la proximidad entre los sucesivos ceses es tan escasa que cabe presumir que el empresario sabía que a las extinciones acordadas se le unirían en fechas próximas otras con las que se superarían los umbrales del despido colectivo” se trata de un proceder fraudulento y, por tanto, nulo. En otras palabras, “el corto periodo de tiempo existente entre las distintas extinciones contractuales revela que la decisión de extinguir varios contratos se tomó simultáneamente y que su ejecución se espació en el tiempo para evitar los trámites de los despidos colectivos, proceder que no puede impedir la aplicación de la norma que se trató de eludir”.

En efecto, la apreciación de determinadas extinciones posteriores al despido enjuiciado y muy próximas en el tiempo podían ser incluidas dentro del período de 90 días y, por tanto, ser nulas por superar los umbrales del despido colectivo, siempre que se hubiera podido probar el *animus fraudandi* en el actuar empresarial, ya que aquí no operaba una presunción *iuris et de iure* como en el caso del mecanismo antifraude⁷³⁶.

interponer acción de impugnación. ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, op. cit., pp. 46 y 47.

⁷³⁴ En realidad, del análisis de la jurisprudencia se infiere que se trataba más bien de una excepción al mecanismo antifraude ya que se tenían en cuenta las extinciones posteriores en el cómputo de los 90 días y, a su vez, todas las extinciones eran declaradas nulas y no solo las posteriores a superar el umbral del despido colectivo, como ocurre en el citado mecanismo (STS de 11 de enero de 2017, rec. 2270/2015).

⁷³⁵ Véase, SSTs de 23 de abril de 2012, rec. 2724/2011; y de 11 de enero de 2017, rec. 2270/2015. Siguiendo la jurisprudencia del TS destaca la STSJ Andalucía/Sevilla de 30 de enero de 2020, rec. 3496/2018.

⁷³⁶ DE CASTRO MARÍN, E.: Despido colectivo “de hecho”. Aspectos controvertidos en la aplicación práctica del art. 51.1 ET, op. cit., p. 122.

2.3.3. *El nuevo cómputo bidireccional y su acogimiento por los tribunales españoles*

El método de cómputo de los 90 días “hacia atrás” consolidado por el Tribunal Supremo, si bien ha sido catalogado por la mejor doctrina como una “solución razonable”⁷³⁷ en orden a evitar “demandas por despido colectivo preventivas”⁷³⁸, ha sido tachado de contrario al efecto útil de la Directiva 98/59/CE por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de noviembre de 2020, *Marclean Technologies*, C-300/19, tal y como se analizará a continuación.

Esta interpretación judicial del Tribunal Supremo por la que solo se tenían en cuenta las extinciones contractuales anteriores a la fecha del despido impugnado ya había suscitado ciertas dudas en algún sector doctrinal, que proponía un sistema de cómputo mixto, hacia el pasado y hacia el futuro, en aras de garantizar el efecto útil de la Directiva comunitaria⁷³⁹. La fórmula de cómputo defendida por el Tribunal Supremo ha dejado fuera del procedimiento de despido colectivo a despidos individuales o plurales formalizados por causas empresariales que han sido materialmente colectivos, por superar los umbrales, pero que no han sido cubiertos por las garantías de la Directiva a causa de que los trabajadores despedidos posteriormente, una vez que se superaron los umbrales del despido colectivo, no accionaron.

Por ejemplo, imaginemos el caso de una empresa con 150 trabajadores en un solo centro de trabajo, que despide a 1 trabajador el día 30 de agosto, habiendo despedido previamente a 10 de sus trabajadores el día 1 de agosto. Por tanto, aplicando la doctrina del Tribunal Supremo, al solo haberse producido 10 despidos en los 90 días anteriores al 30 de agosto, no se alcanzaría el umbral del despido colectivo (10% para empresas que tienen entre 100 y 300 trabajadores). De igual modo, si la empresa decidiera despedir a 3 trabajadores más el día 30 de septiembre, igualmente no se alcanzarían los umbrales del despido colectivo, tanto si impugnara el trabajador despedido el día 30 de agosto como los despedidos el 30 de septiembre. Pero, ¿qué ocurriría si el 15 de octubre se procede a despedir a otro trabajador más, alcanzando el umbral de 15 despidos en una empresa con 150 trabajadores? Siguiendo la doctrina defendida hasta el momento por el Tribunal Supremo los trabajadores despedidos los días 1 y 30 de agosto y el día 30 de septiembre no podían alegar vulneración del procedimiento de despido colectivo y la nulidad de su despido, pues regía la regla de cómputo “hacia atrás”, quedando fuera del cómputo, por tanto, esta última extinción contractual del 15 de octubre.

⁷³⁷ DESDENTADO BONETE, A: “La delimitación legal del despido colectivo. El despido colectivo de hecho”, *op. cit.*, p. 39.

⁷³⁸ DE CASTRO MARÍN, E.: *Despido colectivo “de hecho”. Aspectos controvertidos en la aplicación práctica del art. 51.1 ET*, *op. cit.*, p. 124.

⁷³⁹ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Método de cómputo del plazo de 90 días en el despido colectivo: ¿es plenamente compatible con la Directiva 98/59?”, Blog: *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, entrada de 14 de febrero de 2017, disponible en: <https://ignasibeltran.com/2017/02/14/metodo-de-computo-del-plazo-de-90-dias-en-el-despido-colectivo-es-plenamente-compatible-con-la-directiva-9859/> visitado el 2/09/2020.

En definitiva, con esta interpretación la protección de los despidos materialmente colectivos dependía de las eventuales impugnaciones judiciales que se produjeran de despidos posteriores, como ocurre en el presente caso en el que la declaración de nulidad de los despidos se subordinaba a que el último trabajador despedido hubiera impugnado su despido, lo cual daba lugar a arbitrariedad y trato desigual de la norma⁷⁴⁰, además de tratarse de una postura excesivamente rígida que iba en contra del efecto útil de la Directiva 98/59/CE.

Siguiendo tal lógica, el Juzgado de lo Social N.º 3 de Barcelona, en auto de 25 de marzo de 2019, planteó cuestión prejudicial frente al Tribunal de Justicia de la Unión Europea para preguntar si la interpretación dada por el Tribunal Supremo era acorde con la Directiva 98/59/CE, sobre todo porque existe “un cierto grado de arbitrariedad si no se admiten las extinciones posteriores para computarlas conjuntamente a los efectos de determinar si ha existido un despido colectivo, ya que este trabajador no podrá valerse de las mismas y en cambio los trabajadores que reclamen contra su despido después sí que lo pueden hacer”. En concreto, el Juzgado de lo Social de Barcelona N.º 3 planteó tres cuestiones prejudiciales:

“¿El artículo 1, apartado 1, letra a), apartados i) y ii), de la [Directiva 98/59] debe interpretarse en el sentido de que el período de referencia de 30 o 90 días fijados para considerar la existencia de un despido colectivo siempre se ha de computar antes de la fecha en la que tuvo lugar el despido individual objeto de enjuiciamiento?

¿El artículo 1, apartado 1, letra a), apartados i) y ii), de la [Directiva 98/59] puede interpretarse en el sentido de que el período de referencia de 30 o 90 días fijados para considerar la existencia de un despido colectivo se puede computar después de la fecha en la que tuvo lugar el despido individual objeto de enjuiciamiento sin necesidad de que sean consideradas dichas extinciones posteriores fraudulentas?

Los períodos de referencia del artículo 1, apartado 1, letra a), apartados i) y ii), de la [Directiva 98/59,] ¿admiten una interpretación tal que permita tener en cuenta los despidos o extinciones ocurridas dentro de 30 o 90 días, ubicándose el despido objeto de enjuiciamiento dentro de dichos períodos?”

Pues bien, con la finalidad de entender la resolución dada por el Tribunal de Luxemburgo, en su sentencia de 11 de noviembre de 2020, *Marclean Technologies*, C-300/19, se exponen a continuación los antecedentes de hecho más significativos del caso:

- La controversia se origina entre UQ, demandante, y *Marclean Technologies* S.L.U., empleadora. UQ ha venido prestando sus servicios para tal empresa desde 31/10/2016. El 28/05/2018 accedió a la situación de incapacidad temporal y el 31/05/2018 fue despedida, reconociendo su improcedencia la parte empresarial.

⁷⁴⁰ Ejemplo y reflexiones sacadas de DE CASTRO MARÍN, E.: *Despido colectivo “de hecho”. Aspectos controvertidos en la aplicación práctica del art. 51.1 ET*, op. cit., p. 126.

- Ante dicha situación, UQ presentó el día 11/06/2018 demanda de despido ante el Juzgado de lo Social n.º 3 de Barcelona, solicitando la nulidad y, subsidiariamente, la improcedencia del despido.

- En el período que va desde el 31/05/2018 al 14/08/2018 se han extinguido 7 contratos de trabajo: 4 por causas no imputables a la persona del trabajador, 2 por cese voluntario y 1 por finalización de contrato temporal. Además, el 15/08/2018 se produjeron 29 “bajas voluntarias”, incorporándose todas ellas al día siguiente en otra empresa.

- El 15/08/2018 *Marclean Technologies* pone fin a su actividad.

A la vista de las cuestiones prejudiciales planteadas y de los hechos en cuestión, el Abogado General, Michal Bobek, presentó sus conclusiones el 11 de junio de 2020 a favor de una interpretación del sistema de cómputo mixto o flexible, pues resulta “probable que la determinación *ex ante* y rígida del período de referencia dé lugar a resultados arbitrarios para los trabajadores afectados. Si el período de referencia se computase solo retrospectivamente (en otras palabras, hacia atrás) desde la fecha del despido individual objeto de enjuiciamiento, no podría tenerse en cuenta nada de lo que ocurriera después de esa fecha de corte. Tal sería el caso incluso si, por ejemplo, todos los despidos que serían pertinentes para determinar si se ha alcanzado el respectivo umbral exigido se produjeran subsiguientemente. Lo mismo ocurriría, aunque en sentido inverso, si el período de referencia se computase solo prospectivamente y no se pudiera así tener en cuenta la cantidad o el tipo de despidos que se hayan producido antes del despido del trabajador de que se trate”. Para el Abogado General, este tratamiento rígido no puede derivarse del tenor literal de la Directiva comunitaria, en el sentido de que las expresiones “un período de 30 días” o “un período de 90 días” significan “cualquier período de 30 o 90 días”. De este modo, el Abogado General propuso al TJUE que respondiese a la cuestión prejudicial de la siguiente manera: “el artículo 1, apartado 1, letra a), de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, debe interpretarse en el sentido de que se refiere a cualquier período de 30 o de 90 días consecutivos que incluya el despido del trabajador objeto de enjuiciamiento”.

La STJUE de 11 de noviembre de 2020, *Marclean Technologies*, C-300/19, procede a dar respuesta a las cuestiones prejudiciales del Juzgado de lo Social N.º 3 de Barcelona y comienza, como ya había hecho en otras sentencias, recordando que el concepto de despido colectivo es un “concepto típico” de Derecho de la Unión, y por tanto, sus umbrales integradores, no pueden quedar a disposición de los propios Estados miembros, pues ello les permitiría alterar el ámbito de aplicación de la Directiva 98/59 y privarla de eficacia. En efecto, el Tribunal de Luxemburgo, siguiendo las conclusiones del Abogado General, rechaza el método de cómputo exclusivamente anterior o posterior al despido individual impugnado, ya que la Directiva no impone ninguno de estos límites. Entender lo contrario más bien significaría en determinados supuestos impedir o dificultar la consecución de la finalidad de la Directiva 98/59, que

no es otra que la de reforzar la protección de los trabajadores en los casos de despido colectivo. Por ello, para el Tribunal de Justicia conformar el período de referencia como todo período de 30 o 90 días (anterior y/o posterior) en el que se haya producido el despido individual impugnado, es el único método que casa con la finalidad de la citada Directiva. Es más, la única limitación, tal y como se recoge en las conclusiones del Abogado General sr. Michal Bobek, presentadas el 11 de junio de 2020, consiste en que el período de referencia de 30 o 90 días ha de ser continuo y, por tanto, que no puede interrumpirse o trocearse para intentar abarcar más período temporal del establecido.

En definitiva, el Tribunal de Justicia acaba por reconocer en la parte dispositiva de la sentencia que: “el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, debe interpretarse en el sentido de que, a efectos de apreciar si un despido individual impugnado forma parte de un despido colectivo, el período de referencia previsto en dicha disposición para determinar la existencia de un despido colectivo ha de calcularse computando todo período de 30 o de 90 días consecutivos en el que haya tenido lugar ese despido individual y durante el cual se haya producido el mayor número de despidos efectuados por el empresario por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, en el sentido de esa misma disposición”.

Una vez resueltas las cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de lo Social N.º 3 de Barcelona, el órgano remitente aplica la interpretación elaborada por el Tribunal de Luxemburgo y procede a valorar si las extinciones contractuales posteriores al despido de la actora son computables. Efectivamente, el Juzgado de lo Social N.º 3 de Barcelona, en su sentencia de 21 de diciembre de 2020 (rec. 385/2018), aplica el cómputo bidireccional de los 90 días y termina por afirmar que las 29 “bajas voluntarias” posteriores al despido objetivo impugnado no son tales, pues “no se puede considerar que la causa de la extinción fuera su libre voluntad de extinguir el contrato, sino la seguridad de que seguían trabajando para otra empresa sin solución de continuidad al pasar en bloque a otra compañía, de forma que dejaron sin actividad a la empresa ahora demandada, es decir, cerró”. Por ello, se declara que las bajas voluntarias en realidad son despidos basados en causas objetivas, siendo de aplicación el art. 51 ET y, por tanto, que entran dentro del ámbito temporal de los 90 días según la nueva interpretación del Tribunal de Justicia. De este modo, el Juzgado de lo Social entiende que ha existido despido colectivo de hecho y declara nulo el despido individual impugnado, extinguendo el contrato por imposibilidad de readmisión por cierre de empresa según art. 286 LRJS y fijando la indemnización y los salarios de tramitación correspondientes.

La nueva interpretación judicial dada por el TJUE rompe, por tanto, con la doctrina anterior del Tribunal Supremo y consolida a partir de ahora la que se conoce

como “regla del compás”⁷⁴¹, el “cómputo bidireccional”⁷⁴² o la regla del “período continuo anterior/posterior”⁷⁴³. Doctrina que computa el período de 90 días de cualquier forma, siempre que se haya producido el despido en cuestión dentro del período, sin distinguir en función de que ese período sea anterior, posterior o en parte anterior y en parte posterior al despido individual o plural.

En este sentido, el Tribunal Supremo no ha tardado en asumir plenamente el método de cómputo bidireccional del Tribunal de Luxemburgo en su sentencia de 9 de diciembre de 2020 (rec. 55/2020), dictada en Pleno y sin votos particulares⁷⁴⁴. Se trata, en síntesis, de una demanda de despido colectivo presentada por un sindicato frente a una empresa de 300 trabajadores por la que se solicita la nulidad de los 20 despidos realizados en octubre de 2019. No obstante, el Tribunal Supremo, aplicando la regla del período continuo anterior/posterior, determina que no ha existido despido colectivo, pues no se han superado los umbrales de como mínimo 30 despidos. “En el caso en los 90 días posteriores al despido cuestionado no consta que se haya efectuado ninguna extinción y en los 90 anteriores tampoco, pues las últimas (24) fueron el 12/04/2019, por lo tanto, ni en los 90 días consecutivos anteriores, ni en los posteriores se localiza un periodo de mayor número de despidos, pues solo existen los que tuvieron lugar el 18/10/2019, y tres más también en octubre, por lo tanto, no se alcanzan los umbrales previstos en el art. 51.1 ET para considerar que estamos ante un despido colectivo”. Dicha doctrina *Marclean* ha sido asumida, igualmente, por la doctrina judicial española⁷⁴⁵.

Este nuevo modo de computar los 90 días para valorar si concurren o no los umbrales del despido colectivo no está exento de controversia, sobre todo en materia de su compatibilidad con el plazo de caducidad de 20 días para la acción de despido del art. 59.3 ET. En otras palabras, cabe preguntarse qué ocurre cuando el período de

⁷⁴¹ Denominación aportada por BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Despido colectivo, cómputo del período de 90 días y la regla del compás (y, ¿el fin de la caducidad de 20 días?): a propósito de la STJUE 11/11/20 (C-300/19), *Marclean Technologies*”, Blog: *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, entrada de 16 de noviembre de 2020, disponible en: <https://ignasibeltran.com/2020/11/16/despido-colectivo-computo-del-periodo-de-90-dias-y-la-regla-del-compas-y-el-fin-de-la-caducidad-de-20-dias-a-proposito-de-la-stjue-11-11-20-c%e2%80%9191300-19-marclean-technologies/> visitada el 4/08/2022.

⁷⁴² Término utilizado por ROJO TORRECILLA, E.: “Despidos colectivos. Computo bidireccional de los 90 días: ni hacia atrás, ni hacia delante, sino ambos. Examen del litigio que ha dado lugar a la sentencia del TJUE de 11 de noviembre de 2020 (asunto C-300/19)”, Blog: *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, entrada de 13 de noviembre de 2020, disponible en: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2020/11/despidos-colectivos-computo.html> visitada el 4/08/2022.

⁷⁴³ Expresión de MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G.: “Despido colectivo y Derecho Social Comunitario: La reinterpretación en el método del cómputo del factor temporal de los despidos colectivos: criterio amplio a través del período continuo anterior/posterior”, *op. cit.*

⁷⁴⁴ La doctrina *Marclean* también se asume en las SSTs de 21 julio de 2021 (rec. 2128/2018) y de 19 abril de 2022 (rec. 1779/2019).

⁷⁴⁵ Cfr. SSTSJ de Cataluña de 9 de febrero de 2021 (rec. 4715/2020); de Madrid de 10 de mayo de 2021 (rec. 83/2021); de País Vasco de 11 de mayo de 2021 (rec. 582/2021); de Andalucía/Sevilla de 7 de julio de 2021 (rec. 3170/2019).

referencia de 90 días no coincide con el plazo de caducidad de 20 días de la acción de despido y, por tanto, no se ha interpuesto demanda en plazo y forma ya que cuando se advirtió que se había superado el umbral del despido colectivo se superó el plazo de caducidad. Pues bien, ante esta situación, que se muestra más que probable, la doctrina ha elaborado dos posibles soluciones, no sin dificultades⁷⁴⁶: i) incluir en la demanda de despido una referencia acerca de una eventual discusión en torno a la existencia de despido colectivo a futuro y ii) la posibilidad de extender el plazo de caducidad de 20 días en virtud del “principio de efectividad” comunitario, el cual está dirigido a garantizar que la aplicación del Derecho de la UE sea real y efectiva, en el sentido de eliminar aquellas normas, sobre todo procesales, que impidan el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (STJUE 16 de mayo de 2000, C-78/98, *Shirley Preston*)⁷⁴⁷.

Frente al anterior problema, tanto los representantes de los trabajadores como los trabajadores afectados podrán interponer demanda de despido colectivo, no tanto en virtud del plazo de caducidad del art. 59.3 ET, sino más bien en virtud del art. 124 LRJS, una vez que se alcance el umbral del despido colectivo y se produzca, por tanto, un despido colectivo de hecho⁷⁴⁸.

En este sentido, surgen también problemas aplicativos con el plazo de caducidad que establece el art. 124.6 LRJS⁷⁴⁹ para la impugnación de carácter colectivo a causa de la falta de procedimiento de despido colectivo y, por ende, de la existencia de acuerdo o de notificación de la decisión empresarial. Por ello, procederá aplicar el plazo general para reclamar del art. 103 de la LRJS, por el cual los 20 días empezarán a contar desde que se consideren superados los umbrales del art. 51.1 ET y, por tanto, exista despido colectivo de hecho⁷⁵⁰. No obstante, la falta de información a los representantes de los trabajadores de las extinciones contractuales puede impedir que estos conozcan a partir

⁷⁴⁶ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Despido colectivo, cómputo del período de 90 días y la regla del compás (y, ¿el fin de la caducidad de 20 días?): a propósito de la STJUE 11/11/20 (C-300/19), *Marclean Technologies*”, *op. cit.*

⁷⁴⁷ Véase, del mismo modo, la STJUE de 16 de julio de 2020, *Caixabank y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria* (C-224/19 y C-259/19), en la que se desprende que el Derecho de la Unión no se opone a la aplicación de plazos de prescripción, siempre que no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el Derecho de la Unión.

⁷⁴⁸ El Tribunal Supremo ha admitido que se aplique la modalidad procesal del art. 124 LRJS a los despidos colectivos de hecho, ya que, aunque no haya existido una decisión formalmente colectiva, el despido puede ser materialmente colectivo a pesar de que no se manifieste según la forma prevista en el art. 51 ET. SSTs de 25 de noviembre de 2013 (rec. 52/2013), de 18 de noviembre de 2014 (rec. 65/2014), de fecha 17 de mayo de 2016 (rec. 3037/2014), de 14 de marzo de 2017 (rec. 2019/2015).

⁷⁴⁹ “La demanda deberá presentarse en el plazo de caducidad de veinte días desde la fecha del acuerdo alcanzado en el período de consultas o de la notificación a los representantes de los trabajadores de la decisión empresarial de despido colectivo”.

⁷⁵⁰ NAVARRO NIETO, F.: “El despido colectivo, novedades normativas y balance jurisprudencial”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, N.º 7, 2013, p. 6.

de qué momento se supera el umbral del despido colectivo⁷⁵¹. Como consecuencia de lo anterior, el Tribunal Supremo ha determinado en su sentencia de 18 de noviembre de 2014 (rec. 65/2014) que el plazo de caducidad no debería de empezar a computar sino a partir de la fecha en que estos representantes hubieran tenido conocimiento fehaciente de la última extinción contractual por la que se habrían alcanzado los umbrales para el despido colectivo, imponiéndose una interpretación de la norma *pro actione* en estos supuestos en aras del derecho a la tutela judicial efectiva⁷⁵².

Por otro lado, los trabajadores afectados también podrán interponer demandas a nivel individual según el cauce del art. 124.13 LRJS, a pesar de que haya transcurrido el plazo de caducidad del art. 59.3 ET, siempre que con posterioridad a la extinción que se pretenda impugnar se hayan alcanzado los umbrales cuantitativo-numéricos y temporales del despido colectivo. De este modo, el despido del afectado y las extinciones contractuales anteriores y/o posteriores determinarán la existencia de un despido colectivo de hecho, que se podrá impugnar a nivel individual reclamando la nulidad en virtud del plazo del art. 124.13.a) LRJS: “el plazo para la impugnación individual dará comienzo una vez transcurrido el plazo de caducidad de veinte días para el ejercicio de la acción por los representantes de los trabajadores”. Ciertamente se alarga el plazo por el que el trabajador afectado puede interponer acción de despido, sin que tenga que interponer una demanda de despido colectivo preventiva, aunque también existen los mismos riesgos de que el trabajador no obtenga la información correspondiente para determinar si se ha superado o no el umbral del despido colectivo, pudiendo ser aplicable de igual modo la jurisprudencia del Tribunal Supremo en torno a la interpretación *pro actione* del plazo de caducidad (que de igual modo refleja el “principio de efectividad” elaborado por el TJUE).

Este mismo problema interpretativo en cuanto a la relación del plazo de caducidad de la acción de despido con la doctrina *Marclean* del TJUE, ha sido analizado por la sentencia del Tribunal Supremo de 19 octubre de 2023 (rec. 183/2022), confirmando la tesis anteriormente expuesta. Para el Tribunal es cierto que en la STJUE de 11 de noviembre de 2020 “no se aborda el tema de la caducidad sino el del periodo de cómputo, pero carecería de toda virtualidad la doctrina acuñada si, permitiendo la

⁷⁵¹ Para impedir esta situación el art. 53.1.c) ET establece que “en el supuesto contemplado en el artículo 52.c), del escrito de preaviso se dará copia a la representación legal de los trabajadores para su conocimiento”. La jurisprudencia ha interpretado que en realidad se trata de una copia de la carta de despido que, si no se entrega, tendrá los efectos de la improcedencia (STS de 17 de mayo de 2022, rec. 2894/2020). Sobre la importancia de este proceder la STS de 11 de junio de 2014 (rec. 649/2013), siguiendo la argumentación de la STS de 18 de abril de 2007 (rec. 4781/2005), indica que “la información a los representantes de los trabajadores sobre los despidos objetivos económicos es una pieza esencial del sistema legal de control de la distinción institucional entre el despido colectivo y el objetivo. Sin una información de esta clase, que tiene necesariamente que centralizarse en la representación unitaria de los trabajadores, éstos tendrán importantes dificultades para conocer la situación de la empresa en orden a la correcta utilización del cauce del despido objetivo económico y, por tanto, será muy difícil acreditar la eventual superación de los límites cuantitativos”.

⁷⁵² DE CASTRO MARÍN, E.: *Despido colectivo “de hecho”. Aspectos controvertidos en la aplicación práctica del art. 51.1 ET*, op. cit.

toma en cuanta [sic] de hechos acaecidos más de 20 días hábiles después del despido, se impidiera el acceso a los tribunales oponiendo la caducidad de la acción”.

De este modo, es necesario destacar que el legislador ha modulado la tradicional caducidad de 20 días para reclamar frente a los despidos colectivos en el art. 124 LRJS, sujetándolo a “acontecimientos instantáneos y transparentes”, como son la obtención de un acuerdo o la notificación de la decisión de despido colectivo en la modalidad procesal colectiva de impugnación (art. 124.6 LRJS), aunque nada expresa respecto a aquellos supuestos en los que el despido colectivo no se muestra externamente como tal, sino que se considera concurrente “por sedimentación o goteo, es decir, por acumulación de decisiones más o menos dispersas”. En estos últimos supuestos, el TS defiende que las exigencias constitucionales determinan que se deba de compatibilizar la seguridad jurídica que proporciona el plazo de caducidad con una interpretación no rigorista de su alcance, al entrar en juego también el derecho a la tutela judicial efectiva (con cita en SSTC 47/1989 de 21 febrero y 190/1990, de 26 de noviembre).

En esta idea, el Tribunal Supremo, siguiendo la STS de 22 de septiembre de 2021 (rec. 65/2021), dictamina que la fecha inicial del plazo de caducidad para reclamar frente a un despido colectivo de hecho debe de ser la propia del momento en que las personas afectadas por sus extinciones contractuales tienen conocimiento de que la empresa ha dado por finalizada su vinculación. Por ello, con mayor refuerzo tras la doctrina *Marclean* que permite un cómputo bidireccional del ámbito temporal de los 90 días del despido colectivo, “el inicio de la caducidad no puede hacerse coincidir con el de las últimas extinciones si las mismas quedan en la penumbra”, por lo que “solo cuando las personas afectadas son conocedoras de la conducta claramente extintiva es cuando puede iniciarse ese cómputo”.

En definitiva, el Tribunal Supremo, al integrar la STJUE de 11 de noviembre de 2020 con la impugnación del despido colectivo de hecho, elabora una interpretación “conforme” para orillar una aplicación estricta del plazo de caducidad de la acción de despido conforme a lo establecido en el art. 59.3 ET o en el art. 124 LRSJ (que no prevén una respuesta específica a estos supuestos), y, todo lo contrario, defiende una interpretación de la norma *pro actione* en beneficio del derecho a la tutela judicial efectiva, puesto que el plazo de caducidad se iniciará cuando se tenga conocimiento fehaciente de las extinciones contractuales computables a efectos del art. 51.1 ET.

2.3.4. El mecanismo antifraude del art. 51.1 ET, último párrafo

Ante la frecuente práctica empresarial de programar los despidos objetivos individuales o plurales en el tiempo con el fin de evitar el procedimiento de despido colectivo, el legislador español ha optado por introducir una mejora respecto a la Directiva comunitaria en el art. 51.1, último párrafo, cuyo tenor literal es el siguiente: “cuando en periodos sucesivos de noventa días y con el objeto de eludir las previsiones contenidas en este artículo, la empresa realice extinciones de contratos al amparo de lo dispuesto en el artículo 52.c) en un número inferior a los umbrales señalados, y sin que concurren causas nuevas que justifiquen tal actuación, dichas nuevas extinciones se considerarán efectuadas en fraude de ley, y serán declaradas nulas y sin efecto”.

No obstante, debe de precisarse que se trata de una regla, que se conoce como “mecanismo antifraude”, que no supone una ampliación del ámbito temporal de 90 días previsto en la normativa comunitaria e interna de despido colectivo, ya que este último plazo no es un tiempo elástico ni disponible para quien lleva a cabo el cómputo. El propio Tribunal Supremo indica que “en absoluto cabe entender que (el mecanismo antifraude) contiene una especie de segunda modalidad o variedad extendida del despido colectivo (STS de 21 de junio de 2015, rec. 370/2014), de forma que los despidos objetivos individuales formulados al amparo del art. 52 c) ET por la empresa en periodos sucesivos de 90 días y en número inferior a los umbrales legales, determinará que precisamente esos despidos individuales sean declarados nulos, pero en modo alguno supone que la extensión de esos periodos sucesivos de 90 días signifique en absoluto que se trate de un despido colectivo tácito, ni que éste se vea garantizado de un periodo de cómputo superior a los 90 días” (véase, la sentencia del Tribunal Supremo del Pleno de 26 de septiembre de 2017, rec. 62/2017).

El último párrafo del art. 51.1 ET introduce, así, una garantía frente a lo que se ha denominado el despido colectivo “por goteo”⁷⁵³, en otras palabras, el fraccionamiento de los despidos por la misma causa en períodos sucesivos de noventa días con el objeto de eludir el procedimiento de consulta-negociación del despido colectivo, más oneroso para la empresa y más garantista para los trabajadores que el despido objetivo individual o plural⁷⁵⁴. El legislador no impide prácticas consistentes en el encadenamiento de despidos por causas empresariales, sin necesidad de acudir al procedimiento del art. 51 ET; sin embargo, sí que establece unos límites para el caso de que se incurra en fraude de ley si el empresario despidе por debajo del umbral del despido colectivo en períodos sucesivos sin que concurran causas nuevas que justifiquen la actuación⁷⁵⁵. Se trata, por tanto, de una presunción de fraude *iuris et de iure*, por la que no se necesitará demostrar la intención del empresario de eludir el art. 51 ET ni se admitirá prueba en contrario si se cumplen los requisitos que se analizan a continuación, atendiendo más a un juicio sobre los hechos que sobre las intenciones⁷⁵⁶.

En primer lugar, la norma se refiere a que tales despidos por debajo del umbral del despido colectivo se realicen en “períodos sucesivos de noventa días”. En cuanto al modo de cómputo de tales períodos sucesivos, con anterioridad a la STJUE *Marclean* la doctrina judicial venía defendiendo un cómputo “hacia atrás”, en sintonía con el

⁷⁵³ MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornadas*, op. cit., p. 30.

⁷⁵⁴ POQUET CATALÁ, R.: *Análisis de la actual configuración del despido colectivo*, op. cit., versión electrónica.

⁷⁵⁵ ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, op. cit., versión digital.

⁷⁵⁶ MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, op. cit., pp. 69-71. En cambio, existe cierta doctrina judicial no consolidada que reconoce la presunción como *iuris tantum* y, por tanto, que admite prueba en contrario (STSJ de Galicia de 23 de octubre de 2012 [AS 2013, 259]).

periodo ordinario de 90 días del art. 51.1 ET⁷⁵⁷ (esto se asume implícitamente en la STS de 26 de septiembre de 2017, rec. 62/2017), por lo que el período temporal en el que debían de computarse las extinciones contractuales del mecanismo antifraude era, por lo general, el de los 180 días anteriores a las extinciones que se estaban enjuiciando⁷⁵⁸. En cambio, con la integración de la STJUE de 11 de noviembre de 2020 en el Derecho interno, la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2021 (rec. 2128/2018)⁷⁵⁹, con base en el nuevo cómputo bidireccional del ámbito temporal del despido colectivo, interpreta que los sucesivos períodos de 90 días para la aplicación del mecanismo antifraude podrán ser anteriores o posteriores al despido individual en litigio.

En cualquier caso, el TS en esta última sentencia sí que establece un límite: “la necesidad de que tales periodos sean sucesivos, consecutivos, sin que pueda remontarse el cómputo a fechas tan alejadas en el tiempo a la fecha del despido individual que quedan fuera de cualquiera de los ciclos sucesivos de 90 días que se presenten sin solución de continuidad en periodos anteriores o posteriores al mismo, para respetar de esta forma la dicción literal del último párrafo del art. 51.1 ET en la que específicamente se dice “Cuando en periodos sucesivos de noventa días...”, estableciendo el requisito de que sean sucesivos los periodos temporales que hayan de tenerse en cuenta para cuantificar el número de despidos que deben ser considerados”. Así, en el caso enjuiciado se rechaza la aplicación del mecanismo antifraude ya que existen varios periodos superiores de 90 días en los que no se ha producido despido alguno, rompiendo el carácter sucesivo de los mismos. Para el TS, entender lo contrario llevaría a “computar todos los despidos que por esas mismas causas del art. 52. c) ET pudieren producirse en la empresa a partir de la fecha del primero de ellos, sin ninguna clase de límite temporal, y sin respetar ese marco de periodos de 90 días que la normativa interna y la mencionada Directiva configuran como ciclo a tener en cuenta para realizar ese cómputo” (STS de 21 de julio de 2021, rec. 2128/2018).

En segundo lugar, el último párrafo del art. 51.1 ET establece como requisito que “la empresa realice extinciones de contratos al amparo de lo dispuesto en el artículo 52.c) en un número inferior a los umbrales señalados”. Lógicamente, las extinciones contractuales en un mismo período de 90 días deben de ser inferiores al requisito cuantitativo-numérico del primer párrafo del art. 51.1 ET ya que de lo contrario se estaría ante un despido colectivo de hecho, que no se corresponde con el mecanismo antifraude. No obstante, es necesario discrepar con el tenor literal de la norma ya que solo se refiere a los despidos por causas empresariales efectuados en el marco del art. 52.c) ET, lo cual entra en contradicción con los últimos pronunciamientos del TJUE y su asimilación por el Tribunal Supremo, en el sentido de entender por despido computable en el despido colectivo cualquier extinción contractual efectuada

⁷⁵⁷ DESDENTADO BONETE, A: “La delimitación legal del despido colectivo. El despido colectivo de hecho”, *op. cit.*, p. 42.

⁷⁵⁸ Véase, MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornadas*, *op. cit.*, p. 31, con cita en diversas sentencias.

⁷⁵⁹ Reitera jurisprudencia la STS de 19 de abril de 2022 (rec. 1779/2019).

por el empresario, sin el consentimiento del trabajador, por motivos no inherentes a la persona de los trabajadores⁷⁶⁰. De este modo, habrá que atender a la causa real y no a la formal (la articulación del despido por la vía del art. 52.c) ET), como puede ocurrir en el caso de despidos disciplinarios declarados o reconocidos como improcedentes para esquivar la aplicación de la regla contra el despido colectivo “por goteo”⁷⁶¹.

Otro de los requisitos es que exista identidad causal, en el sentido de que no concurren causas nuevas para justificar la concatenación de despidos empresariales en el tiempo. Se trata de un elemento de apreciación judicial en el que se exige que exista identidad de ratio atendiendo a parámetros de razonabilidad y a un juicio de comparación. Por consiguiente, es preciso hacer un juicio de comparación para superar la causa genérica alegada por el empresario con el fin de descubrir si existe o no idéntica ratio⁷⁶². De este modo, se puede entrever que lo verdaderamente importante para apreciar la regla antifraude es que exista identidad de la causa⁷⁶³. En efecto, “lo determinante no es la clasificación dentro de cada una de las cuatro grandes categorías referidas en el art. 51.1 ET, sino las concretas causas en las que se basen. Y estas circunstancias difieren en cada caso, como resulta de las comunicaciones individuales, sin que se haya practicado prueba tendente a mantener lo contrario, teniendo en cuenta además que tratándose de causas no económicas, para su valoración, el punto de referencia no sería la empresa en su conjunto, sino cada uno de los centros de trabajo afectados” (STS de 9 de diciembre de 2020, rec. 55/2020). En definitiva, si se producen despidos como consecuencia de nuevos eventos, como pueden ser cambios sobrevenidos en la demanda de productos que generen stock, pérdida de nuevos clientes que agudicen las pérdidas o bien otras innovaciones tecnológicas u organizativas en la empresa, no se aplicará la regla antifraude, a pesar de que estos despidos, sumados a los anteriores o posteriores, sobrepasen el umbral del despido colectivo⁷⁶⁴.

En cuanto a los efectos del mecanismo antifraude, el último párrafo del art. 51.1 ET precisa que “dichas nuevas extinciones se considerarán efectuadas en fraude de ley, y serán declaradas nulas y sin efecto”. Pero, ¿cuáles son estas nuevas extinciones? La doctrina defiende que la declaración de nulidad afectará exclusivamente a las nuevas extinciones que se produzcan a partir del momento en que se supere el umbral del despido colectivo en los periodos sucesivos de 90 días⁷⁶⁵. Y esto parece ser lo que

⁷⁶⁰ DE CASTRO MARÍN, E.: *Despido colectivo “de hecho”. Aspectos controvertidos en la aplicación práctica del art. 51.1 ET*, op. cit., p. 121.

⁷⁶¹ En contra de esta interpretación amplia DESDENTADO BONETE, A: “La delimitación legal del despido colectivo. El despido colectivo de hecho”, op. cit., pp. 42 y 43.

⁷⁶² ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, op. cit., versión digital.

⁷⁶³ MONEREO PÉREZ, J.L y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, op. cit., p. 71.

⁷⁶⁴ En contra de esta interpretación amplia DESDENTADO BONETE, A: “La delimitación legal del despido colectivo. El despido colectivo de hecho”, op. cit., p. 43.

⁷⁶⁵ MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornadas*, op. cit., p. 30 y ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, op. cit. p. 195. En contra, MONEREO

interpreta el Tribunal Supremo⁷⁶⁶ cuando indica que “ahora bien, el propio art. 51.1 ET, en su último párrafo, establece una norma antifraude encaminada a evitar la burla de la regla general y que, aunque aplicable únicamente, en principio a las nuevas extinciones, esto es, a las producidas con posterioridad a las que se habrían visto afectadas por la norma general”, esto es, por el procedimiento de despido colectivo. Otra doctrina especializada entiende que la cláusula antifraude solo se activaría en caso de la existencia de despido colectivo anterior ya realizado según los trámites del art. 51 ET, por lo que las nuevas extinciones serían las posteriores a un despido colectivo ya consumado bajo las mismas causas⁷⁶⁷.

No obstante, podrían darse en la práctica las dos situaciones: que se declararan nulos los nuevos despidos realizados tras un procedimiento de despido colectivo efectuado (siempre que obedecieran a las mismas causas) o bien que se declaren nulas aquellas extinciones que se produzcan en periodos sucesivos de 90 días por encima de los umbrales legales del art. 51.1 ET. Estos despidos “por goteo” declarados nulos no deberán de ser necesariamente los últimos, ya que podrán tenerse en cuenta otras extinciones en periodos posteriores sucesivos de 90 días, en virtud de la aplicación de la doctrina *Marclean* para alcanzar los umbrales del art. 51.1 ET. Sin embargo, aquí la aplicación del plazo de caducidad del art. 59.3 ET podrá limitar tal posibilidad⁷⁶⁸, al no regir, en principio, la interpretación extensiva *pro actione* del TS respecto al cómputo del plazo de caducidad “ordinario” del despido colectivo, ya que se trata de una regla antifraude que no viene recogida ni en la Directiva comunitaria ni en el art. 124 LRJS (véase art. 122.2 LRJS).

2.4. Elemento causal

2.4.1. Las causas empresariales de despido

En el Derecho español tradicionalmente ha existido una separación entre las causas económicas (aquellas que afectan a la rentabilidad) y las causas técnicas, organizativas y productivas (las cuales afectan a la eficiencia de la empresa entendida como organización productiva) para justificar el recurso al despido colectivo⁷⁶⁹. Así, el art. 51.1 ET identifica de forma genérica cuatro causas para proceder al despido colectivo (causas económicas, técnicas, organizativas o de producción), mediante

PÉREZ, J.L y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, op. cit., pp. 69 y 70 que defiende que deberá de aplicarse a todas las extinciones por haber en todas ellas el mismo afán fraudulento.

⁷⁶⁶ SSTs de 11 de enero de 2017 (rec. 2270/2015); 23 de abril de 2012 (rec. 2724/11); 23 de enero de 2013 (rec. 1362/12); 25 de noviembre de 2013 (rec. 52/13); 26 de noviembre de 2013 (rec. 334/13); 11 de febrero de 2014 (rec. 323/13); y 9 de abril de 2014 (rec. 2022/13).

⁷⁶⁷ Sobre esta opción interpretativa, véase, DE CASTRO MARÍN, E.: *Despido colectivo “de hecho”. Aspectos controvertidos en la aplicación práctica del art. 51.1 ET*, op. cit., pp. 119 y ss.

⁷⁶⁸ La acción de despido por mor del mecanismo antifraude se articula por la vía de la modalidad procesal general de despido y no por la del despido colectivo (*vid.*, STS de 26 de septiembre de 2017, rec. 62/2017 y art. 122.2 LRJS).

⁷⁶⁹ Estas causas se incluyen con la actual denominación en la regulación española a través de la Ley 11/1994, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de los Trabajadores.

criterios de carácter económico y conceptos jurídicos indeterminados, así como a través de meros ejemplos o patrones, difíciles de resolver con estrictos criterios jurídicos. De ahí la vasta doctrina y jurisprudencia existente en la materia⁷⁷⁰.

La primera de las causas, la causa económica, se entiende que concurre 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. Por otro lado, 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. Esta separación formal entre causas no se cumple siempre en la práctica, ya que es frecuente que las distintas causas aparezcan interrelacionadas, por desplegar efectos entre sí, y se aleguen dos o más de forma conjunta⁷⁷¹.

Sí que es cierto que las causas que en la actualidad justifican el “despido por causas empresariales”⁷⁷², esto es, tanto el despido colectivo como el despido objetivo del art. 52.c) ET, se diferencian en distintos aspectos, entre los que destaca la existencia de una situación económica negativa para las causas económicas —ciertamente debilitada tras las últimas reformas⁷⁷³—, que no es necesario que concurra en el resto de causas (técnicas, organizativas o productivas)⁷⁷⁴. No obstante, a pesar de esta diferenciación, la lógica económica subyace en cada una de las causas empresariales. La causa económica late y se imbrica profundamente en cualquiera de las causas ETOP, en el sentido de que la extinción de los contratos se produce porque de estos no son extraíbles los debidos rendimientos requeridos para el correcto funcionamiento de la empresa o se da una pérdida de utilidad económica⁷⁷⁵.

Buena muestra de ello es cómo se subsume el despido objetivo o colectivo por causas empresariales dentro del término “despido económico” (STS 14 junio de 1996), puesto que todas ellas persiguen el mismo fin: asegurar la viabilidad de la empresa y su adaptación a las circunstancias de todo tipo que concurran en cada momento, así como a los cambios tecnológicos que se produzcan con el fin de mantener el mayor número de puestos de trabajo. Por eso todas las causas señaladas tienen una repercusión en

⁷⁷⁰ GUINDO MORALES, S.: *Caracterización jurídica y causas del despido objetivo en la normativa, doctrina y jurisprudencia tras las recientes reformas laborales*, op. cit., p. 148.

⁷⁷¹ BODAS MARTÍN, R.: “Las causas del despido colectivo: causas económicas”, en VV.AA., *Tratado de despido colectivo* (GODINO REYES, M., Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 57 y 58.

⁷⁷² DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “El despido por causas empresariales”, op. cit., pp. 179 y ss.

⁷⁷³ MONEREO PÉREZ, J.L.: *El despido colectivo y sus elementos configuradores tras las recientes reformas*, op. cit., p. 11.

⁷⁷⁴ SSTs 28 de febrero de 2018; 10 de mayo 2006; 31 de mayo 2006; 2 de marzo 2009; y 21 de diciembre 2012.

⁷⁷⁵ MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo en el Derecho Español: Estudio de su Régimen Jurídico*, op. cit., pp. 58 y 59.

la situación económica de la empresa en la medida en que la mejora de la situación económica puede producirse empleando tecnologías más avanzadas o cambiando los sistemas de trabajo o de producción, los cuales permiten abaratar costes, aumentar la productividad y mejorar la competitividad de la empresa (STS de 20 de noviembre de 2015, rec. 104/2015).

A diferencia de lo que ocurría décadas atrás, en las que el despido era el último recurso al que el empresario se veía obligado a acudir ante situaciones extremadamente graves, el despido por causas empresariales se configura actualmente como una técnica de gestión ordinaria empresarial por la modificación o alteración sobrevenida de las circunstancias que, o bien comporta un mayor sacrificio para las exigencias de la organización productiva y para la realización de los intereses de la contraparte, o bien determina una menor utilidad o rendimiento de determinadas prestaciones laborales. La resolución contractual por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas será pertinente tanto frente a la situación de daño emergente, caracterizado por una insatisfactoria marcha económica de la empresa, como frente a situaciones de lucro cesante, relativo a la inutilidad de la prestación de ciertos trabajadores frente a una acreditada exigencia de innovación técnica o tecnológica o de sistemas organizativos o productivos en la empresa, en un entorno cambiante y competitivo a nivel internacional⁷⁷⁶.

Otra de las diferencias presente entre las causas para despedir por causas empresariales tiene relación con el elemento desencadenante de cada una de ellas. Por un lado, para las causas técnicas y organizativas, en especial, estas tienen su lógica en el círculo de la autonomía y responsabilidad de quien está al frente de la empresa, y no devienen necesarias a consecuencia de elementos exógenos, como ocurre, por ejemplo, con las pérdidas previstas o actuales en la causa económica o con la causa productiva. Esto es, es el propio empresario el que por razones de estrategia o planificación empresarial introduce las modificaciones tecnológicas u organizativas en la empresa, con el objetivo de aumentar la competitividad y solidez del negocio, sin que sea necesario acreditar su supervivencia o dificultad económica⁷⁷⁷. Aunque ya desde aquí se defiende que la decisión empresarial de despedir basada en la mejora de la productividad o competitividad de la empresa no puede traducirse en un mero interés empresarial orientado, única y exclusivamente, a mejorar la rentabilidad empresarial por la pura voluntad de incrementar los beneficios y disminuir los costes en mano de obra⁷⁷⁸.

⁷⁷⁶ MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo en el Derecho español: estudio de su régimen jurídico*, op. cit., pp. 131-140.

⁷⁷⁷ GARCÍA MURCIA, J.: “Las causas del despido colectivo. Causas técnicas, organizativas y de producción”, en VV.AA.: *Tratado de despido colectivo*, GODINO REYES, M. (Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 115-150.

⁷⁷⁸ DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “El despido por causas empresariales”, en VV.AA.: *Reestructuraciones empresariales. XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2021, *passim*.

Dicho lo anterior, también es necesario indicar que la construcción actual del despido por causas empresariales no es del todo coincidente con la norma y jurisprudencia comunitaria sobre despidos colectivos. A raíz de algunas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁷⁷⁹ ha quedado patente que la transposición del elemento causal de la Directiva sobre despidos colectivos al ordenamiento jurídico español no ha sido ciertamente correcta. Así, mientras la Directiva 98/59 entiende por despido colectivo los “despidos efectuados por un empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores”, el Estatuto de los trabajadores, en un sentido más restrictivo, vincula al despido colectivo con “la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción” (arts. 51.1 ET y 1 RPDC).

Ahora bien, el Tribunal Supremo en su sentencia 1574/2019 de 4 de abril, al igual que así lo expresó en anteriores sentencias, ha reconocido que, en honor al principio de primacía y de interpretación de la legislación nacional conforme al efecto útil de la Directiva, con cita en los correspondientes pronunciamientos del TJUE, “se entenderá por «despidos colectivos» los despidos efectuados por un empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, siempre que concurren determinados requisitos de índole cuantitativa/temporal”. Y añade que resulta indebida en la “aplicación de las obligaciones comunitarias limitar «el concepto de despidos colectivos a los despidos por motivos de índole estructural, tecnológica o coyuntural» y no ampliar «el citado concepto a los despidos por todas las razones no inherentes a la persona de los trabajadores»”. Con esta sentencia, el Tribunal Supremo equipara la regulación comunitaria y nacional del despido colectivo en cuanto al concepto mismo del despido que se debe de efectuar y su causa, que se amplía a cualquier extinción que se efectúe por motivos no inherentes a la persona del trabajador.

De este modo, la configuración causal pasa a un segundo plano en cuanto a la aplicación del procedimiento de despido colectivo y la sanción de nulidad⁷⁸⁰, aunque ello no quiera decir que se esté admitiendo despedir sin justa causa, pues ello contravendría nuestro art. 35 CE y la normativa internacional, tal y como disponen el Convenio de la OIT N.º 158, la Carta Social Europea revisada y la CDFUE en su art. 30⁷⁸¹. Más bien en mi opinión todo lo contrario, en el control judicial posterior el juez, en un primer lugar, tendrá que atender al cómputo de todas las extinciones en el sentido de la jurisprudencia comunitaria para calificar el despido como colectivo y comprobar el cumplimiento de las obligaciones de consulta-negociación y comunicación a la autoridad laboral, para después, si no incurriera en nulidad por despido colectivo de hecho o por haber excluido a despidos materialmente colectivos, tener que atender a la causa real o subyacente (económica, técnica, organizativa o productiva) para valorar si la decisión de despido colectivo es ajustada o no a derecho o bien procedente o

⁷⁷⁹ Destaca la STJCE de 12 de octubre de 2004, *Comisión c. Portugal*, C-55/02, y las conclusiones del Abogado General en la sentencia de 13 de mayo de 2015, *Rabal Cañas*, C-392/13.

⁷⁸⁰ DESDENTADO BONETE, A.: “La delimitación legal del despido colectivo. El despido colectivo de hecho”, *op. cit.*, p. 47.

⁷⁸¹ MONEREO PÉREZ, J.L.: “El régimen jurídico de los despidos colectivos...”, *cit.*, p. 324.

improcedente si se trata de una impugnación individual⁷⁸². Es decir, la valoración de la causa expresada en la carta de despido o causa “formal” de extinción del contrato de trabajo pierde fuerza en la primera fase en la que se decide la inclusión de la persona trabajadora afectada en el procedimiento de despido colectivo, pues se amplía a cualquier razón no inherente a la persona del trabajador y no se limita a un despido por causas empresariales, pero, en cambio, esta causa sigue vinculando al juez, una vez que la aplicación del despido colectivo se ha realizado de forma correcta. Teniendo en cuenta lo anterior, el control judicial causal permanece vigente tanto en la impugnación colectiva como en la impugnación individual del despido colectivo; esta última con un mayor impulso tras la STC 140/2021, de 12 de julio, que permite su control incluso cuando existe acuerdo en el período de consultas.

En cualquier caso, también es cierto que tras las últimas modificaciones en el régimen jurídico del despido colectivo, que ha transcurrido de un control previo autorizante a un control judicial posterior, al igual que se han flexibilizado las causas, la intervención judicial se basa sobre todo en el cumplimiento o incumplimiento de los requisitos formales del periodo de consultas, por ser aquí donde se incardina la calificación de nulidad, infravalorando la acreditación de la concurrencia de la causa, que pasa a un segundo plano⁷⁸³.

2.4.2. El control de razonabilidad elaborado por los Tribunales españoles

Partimos de la base de que en nuestro ordenamiento jurídico, al menos en el plano formal, no está permitido despedir sin justa causa, pues ello supondría una vulneración del art. 35.1 CE en su vertiente individual del mantenimiento del empleo (STC 22/1981, de 2 de julio), aunque ya ha sido criticado por la doctrina la existencia de los denominados despidos libres indemnizados⁷⁸⁴. Al margen de lo anterior, tal y como se expuso en el apartado correspondiente al desarrollo-histórico normativo de la figura del despido, las últimas reformas laborales han ido flexibilizando dicho derecho a no ser despedido sin justa causa, en favor del principio de libertad (o beneficio) de empresa (art. 38 CE), instaurando una suerte de modelo de flexiseguridad neoliberal con el propósito de transformar el Derecho del Trabajo en un Derecho de la Economía laboral⁷⁸⁵.

⁷⁸² BLASCO PELLICER, A.: *Los expedientes de regulación de empleo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, p. 26.

⁷⁸³ BOHIGUES ESPARZA, M.D.: “La institución jurídico laboral del despido colectivo”, *Lex Social, Revista de Derechos Sociales*, Vol. 13, N.º 1, 2023, p. 9.

⁷⁸⁴ Este es el que se produce cuando se procede a despedir sin causa y, tras la calificación de improcedencia en sede judicial, se opta por la indemnización y no por la readmisión de la persona trabajadora afectada. Así, en la praxis prevalece el modelo de estabilidad obligacional sobre la denominada estabilidad real. ORTEGA LOZANO, P.G.: *Poderes empresariales y resolución del contrato de trabajo por incumplimiento del trabajador. España e Italia*, Granada, Comares, 2020, p. 5.

⁷⁸⁵ MONEREO PÉREZ, J. L.: *La metamorfosis del derecho del trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2017, *passim*.

En este sentido, la culminación de dicho proceso liberalizador⁷⁸⁶ se ha alcanzado con la reforma laboral de 2012, la cual supuso una objetivación de las causas, a través del recurso a datos metajurídicos o contables y eliminando cualquier referencia a la razonabilidad de la medida, además de suprimir la autorización administrativa y de atenuar el recurso a medidas sociales de acompañamiento. En efecto, la regulación de las causas prevista en el art. 51 ET/1995 con anterioridad al RD-ley 3/2012 y su convalidación por ley configuraba a las causas económicas como una situación económica negativa que pudiera afectar a la viabilidad de la empresa o a su capacidad de mantener el volumen del empleo. Ello debía de motivarse por parte de la empresa a través de la acreditación de los resultados empresariales que, a su vez, justificaran la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado. De igual modo, respecto a las causas técnicas, organizativas o productivas, la empresa debía de acreditar la concurrencia de alguna de estas causas y justificar que de las mismas se deducía la razonabilidad de la decisión extintiva para contribuir a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación de la misma a través de una más adecuada organización de los recursos, que favoreciera su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda. Un elemento teleológico o de conexión funcional en materia causal que, como se ha indicado, ha sido suprimido con la Reforma laboral de 2012.

Como muestra de este cambio, la Exposición de motivos del Real Decreto-ley 3/2012 y su homólogo en la Ley exponen que: “la ley se ciñe ahora a delimitar las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas que justifican estos despidos, suprimiéndose otras referencias normativas que han venido introduciendo elementos de incertidumbre (...) tales referencias incorporaban proyecciones de futuro, de imposible prueba, y una valoración finalista de estos despidos, que ha venido dando lugar a que los tribunales realizasen, en numerosas ocasiones, juicios de oportunidad relativos a la gestión de la empresa. Ahora queda claro que el control judicial de estos despidos debe ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas”.

De este modo, el legislador, descompensando aún más el equilibrio de poderes en la empresa, buscaba eliminar cualquier referencia a un juicio de razonabilidad o de proporcionalidad por parte del control judicial en los despidos colectivos, bastando meramente la alegación de una causa, como pudieran ser pérdidas previstas o disminuciones persistentes de ingresos o ventas, para despedir sin ningún tipo de limitación. Esto es, cristalizando el despido colectivo y objetivo del art. 52.c) ET, pues no se olvide que se comparten las causas, como un mecanismo plenamente normalizado en términos de gestión empresarial, competitividad y beneficio empresarial, lo cual, a todas luces, desde la perspectiva tuitiva del Derecho del Trabajo es más que reprochable⁷⁸⁷.

⁷⁸⁶ La doctrina habla de una “escalada liberalizante persistentemente reclamada desde sectores económicos y empresariales”, MIÑARRO YANINI, M.: “La flexibilización del despido colectivo por la Ley 3/2012 y su incidencia en la formulación de las causas justificantes: voluntad liberalizadora versus límites jurídicos y función judicial”, *Relaciones laborales*, N.º 19-20, 2012.

⁷⁸⁷ MONEREO PÉREZ, J.L.: “El régimen jurídico de los despidos colectivos después de la reforma de 2012”, *Temas Laborales*, N.º 115, 2012, p. 322.

Como se ha señalado, lo que se pretendía con la reforma era redefinir el procedimiento de despido colectivo para dotarlo de mayor celeridad y seguridad para la empresa en cuanto al resultado extintivo y, señaladamente, en cuanto a su coste económico, eliminando a tal efecto los controles externos que se articulaban en atención a la dimensión social del despido colectivo. Todo ello traducido, por ende, en un reforzamiento de los poderes empresariales, obviando el impacto que esto produce sobre los trabajadores afectados y la sociedad en su conjunto⁷⁸⁸.

Sin embargo, este intento de automatizar la causa por la concurrencia de unos hechos no se ha materializado en su plenitud, pues poco después de la reforma ya hubo sentencias (SAN de 15 de octubre de 2012, sentencia 112/2012 o SAN de 21 de noviembre de 2012, rec. 167/2012) que siguieron utilizando el criterio de funcionalidad o de razonabilidad entre la medida y el fin, como ya había defendido la mejor doctrina, al ser dicho control expresión genuina del derecho a la tutela judicial efectiva y actuar como uno de los contrapoderes propios del ordenamiento laboral⁷⁸⁹. Afortunadamente, dicho juicio de razonabilidad, a pesar de su supresión del art. 51 ET y de que el TC en su sentencia 8/2015 no declarara inconstitucional su eliminación⁷⁹⁰, se ha consolidado

⁷⁸⁸ BOHIGUES ESPARZA, M.D.: “La institución jurídico laboral del despido colectivo”, *op. cit.*, p. 10.

⁷⁸⁹ Para ALFONSO MELLADO, C.L.: “Las reformas laborales de 2012: una valoración inicial”, en VV.AA., *Reforma laboral 2012. Últimas reformas laborales y de Seguridad Social* (ALFONSO MELLADO, C.L. y RODRÍGUEZ PASTOR, G.E., Dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 29.

⁷⁹⁰ En palabras del TC, “no puede afirmarse que el precepto impugnado haya consagrado un despido colectivo no causal o *ad nutum*, como defienden los recurrentes, basado en un libérrimo arbitrio o discrecionalidad empresarial, sino que ha condicionado la decisión extintiva, como ha sucedido desde sus orígenes, a la concurrencia «fundada» de una causa «económica», «técnica», «organizativa» o «productiva», cuyo contenido y alcance delimita, con el objeto de facilitar tanto la aplicación de la norma (por el empresario con los representantes legales de los trabajadores en el período de consultas), como el posterior control judicial de la decisión extintiva en función de las circunstancias concurrentes. La supresión específica de las referencias que hacía la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, a la prueba de la concurrencia de la causa y a la acreditación de la razonabilidad de la decisión extintiva, ni desdibuja las causas extintivas, ni introduce una mayor discrecionalidad empresarial de cara a la adopción de la decisión sino, antes al contrario, suprime espacios de incertidumbre en la interpretación y aplicación de la norma generados por unas previsiones legales, tan abiertas en su contenido como abstractas en sus objetivos, que en ocasiones, podían llegar a constituir la exigencia de una prueba diabólica, de hechos negativos, por las dificultades para demostrar que la decisión extintiva servía «para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado» o «para contribuir a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación de la misma» en orden a favorecer «su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda». Y la nueva redacción no otorga mayor espacio a la discrecionalidad empresarial que la anterior en la adopción de una decisión extintiva, sino que, atendiendo a las exigencias derivadas del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), dota de mayor certidumbre al contenido de la decisión, tanto de cara a su aplicación, como al posterior control, tanto más cuando la norma, en primer lugar, exige que la decisión esté «fundada» en alguna de las causas que delimita (art. 51.1 LET), y, en segundo lugar, impone al empresario un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores en el que debe entregarles no sólo «una memoria explicativa de las causas del despido colectivo», sino también «toda la información necesaria para acreditar las causas motivadoras del despido colectivo» (art. 51.2 LET). En suma, en contra de lo mantenido por los recurrentes, la norma impugnada no prescinde del elemento de causalidad del despido, sino que dota a la definición de las causas extintivas de una mayor objetividad y certidumbre, al evitar la realización de juicios de oportunidad y valoraciones hacia el

en la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁷⁹¹, limitando en cierto modo la máxima discrecionalidad empresarial y garantizando que se alegue una causa seria y razonable para efectuar los despidos⁷⁹².

Así, el Tribunal Supremo en su sentencia de pleno de 25 de septiembre de 2018 (rec. 43/2018) expresa que “además de probar la concurrencia de la causa económica, técnica o productiva, debe acreditarse que la entidad de la misma justifica el número de extinciones contractuales que se ha acordado, esto es que la medida es adecuada y proporcionada al fin perseguido”. Los órganos judiciales realizarán, como ya se defendió en la STS de 27 de enero de 2014 (rec. 100/2013), un juicio sobre la racionalidad de la decisión empresarial, para determinar si las extinciones son ajustadas a la situación existente o desproporcionadas por excesivas. Es, pues, al juez a quien corresponde apreciar la concurrencia de una causa real y verosímil que, por ser justa, esto es, por ajustada a la razón, legitima la decisión empresarial extintiva de la relación laboral, dentro de los parámetros normativos que le ha otorgado el legislador, en el ejercicio de las competencias que la Constitución le ha atribuido (art 35.2 CE). Por ende, el control judicial se debe limitar a excluir “en todo caso, como carentes de “razonabilidad” y por ello ilícitas, aquellas decisiones empresariales, extintivas o modificativas, que ofrezcan patente desproporción entre el objetivo legalmente fijado y los sacrificios impuestos a los trabajadores” (STS de pleno de 20 de junio de 2018, rec. 168/2017).

En concreto, la justificación del despido económico, extrapolable al despido por causas técnicas, organizativas o de producción, debe de realizarse a través de tres pasos: “1º) Acreditar la existencia de una situación económica negativa; 2º) Establecer el efecto de esa situación sobre los contratos de trabajo, en la medida en que aquélla provoca la necesidad de amortización total o parcial de los puestos de trabajo y 3º) Mostrar la adecuada proporcionalidad de las medidas extintivas adoptadas para responder a esa necesidad” (SSTS 30 de noviembre 2022, rec. 156/2022, y 14 de noviembre 2017, rec. 17/2017). A través de este criterio de proporcionalidad el tribunal tendrá que valorar si la decisión empresarial es adecuada a las circunstancias causales concurrentes, en

futuro de incierta materialización”. Añadiendo que: “no es cierto que la regulación controvertida incurra en un grado de indefinición tal que impida un control judicial pleno y efectivo sobre la medida adoptada por el empresario, pues dicho control se extiende tanto sobre la concurrencia de la causa (cuya prueba corresponde al empresario que adopta la medida), como de la razonabilidad de la decisión extintiva adoptada, convirtiendo el ejercicio de la facultad en una actuación reglada y, por tanto, no discrecional, de cara a evitar un uso empresarial torticero de la facultad otorgada”. Para un estudio del voto particular a la STC 8/2015 elaborado por el Magistrado Valdés Dal-Ré, véase MORENO VIDA, M.N.: “La concepción de Fernando Valdés Dal-Re sobre el canon de constitucionalidad, la fuerza vinculante de los convenios colectivos, el contenido esencial del derecho al trabajo en su vertiente individual y la protección del trabajador frente a los despidos sin justa causa. A propósito de su voto particular a la STC 8/2015 sobre la constitucionalidad de la Reforma Laboral de 2012”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum* y *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum*, N.º 3 especial homenaje a Fernando Valdés-Dal Ré, 2023, pp. 169-179.

⁷⁹¹ SSTS 28 de febrero de 2018, rec. 1731/2016; de 26 de marzo de 2014, rec. 158/2013; y de 27 de enero de 2014, rec. 100/2013.

⁷⁹² MONEREO PÉREZ, J.L.: “El régimen jurídico de los despidos colectivos después de la reforma de 2012”, *op. cit.*, p. 322.

el sentido de comprobar la realidad de la causa y sus determinados efectos sobre los contratos de trabajo, que genere, a su vez, una necesidad de reducir los puestos de trabajo para acomodar el volumen de plantilla a la situación fáctica acreditada⁷⁹³.

De este modo, una vez alegue y pruebe la causa el empresario, al ser este sobre quien reside la carga de la prueba como titular exclusivo de la facultad de despedir, al juez le corresponderá desarrollar una función ajena de componedor y árbitro para resolver realmente conflictos de intereses, con base en datos metajurídicos, en vez de desarrollar su función tradicional de intérprete y aplicador de la norma preexistente⁷⁹⁴. En este contexto, el juez, además de ponderar otros aspectos⁷⁹⁵, deberá de valorar si existe una adecuación entre la causa, la medida extintiva propuesta y el número de despidos presupuestados. De este modo, no estaremos hablando de una serie de reglas estrictas a aplicar en todo caso, sino de un estándar abierto y flexible sobre el que caben numerosas opciones de política empresarial, lo cual nos hace ver que lo que subyace tras tales conceptos jurídicos indeterminados es de nuevo la ansiada flexibilidad empresarial⁷⁹⁶.

Y más aún, si acudimos a la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁷⁹⁷, podemos comprobar cómo se aplica el denominado control de razonabilidad sobre un juicio de mínimos⁷⁹⁸, esto es, sin poder descartar la causa del despido porque exista una medida empresarial que se hubiera podido tomar que, por ser menos traumática o lesiva para los derechos de los trabajadores, hubiera sido más adecuada (mecanismos de flexibilidad interna). En cualquier caso, dichos juicios de oportunidad, así catalogados por el propio TS, solo corresponden a la gestión empresarial —“lo mismo que antes de la reforma”— y, por tanto, añade que la razonabilidad no ha de entenderse en el sentido de que la medida adoptada sea la óptima para conseguir el objetivo perseguido con ella, garantizando así el respeto a la libertad de empresa. Del mismo modo, “el canon de control que la ley establece no se corresponde con lo que se ha llamado un control de óptimos, consistente en que el órgano judicial verifique que la medida adoptada

⁷⁹³ BOHIGUES ESPARZA, M.D.: “La institución jurídico laboral del despido colectivo”, *op. cit.*, p. 11.

⁷⁹⁴ ORTEGA LOZANO, P.G.: “Racionalidad económica, rentabilidad empresarial y funciones no jurisdiccionales del intérprete de la norma en el actual modelo extintivo: críticas y propuestas a la luz de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”, *Revista de Información Laboral*, N.º 5, 2018, p. 12/21.

⁷⁹⁵ En cualquier caso, el juez en el control del despido, además de realizar este juicio de causalidad formal y de funcionalidad o proporcionalidad de la medida, deberá de ejercer un juicio de constitucionalidad (para valorar si la extinción obedece a criterios que vulneran derechos fundamentales o libertades públicas), de formalidad (para comprobar si se ha cumplido el procedimiento) y un juicio de antijuricidad (para detectar si existe fraude de ley o abuso de derecho). FALGUERA BARÓ, M.Á.: *El control judicial del despido colectivo*, Albacete, Bomarzo, 2016, pp. 11 y 12.

⁷⁹⁶ MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo en el Derecho Español*, *op. cit.*, pp. 102 y 103.

⁷⁹⁷ SSTs 27 de enero 2014 (rec. 100/2013); 26 de marzo 2014 (rec. 158/2013); 17 de julio de 2014 (rec. 32/2014) y de 28 de febrero de 2018 (rec. 1731/2016).

⁷⁹⁸ MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *Los procedimientos de despido...* *op. cit.*, p. 43.

ante la situación negativa es la más adecuada -en sentido técnico gestión empresarial o en términos de coste social-, sino a un control del supuesto de hecho en el sentido de que ese órgano debe limitarse a verificar si la situación fáctica es la prevista en la norma para determinar la procedencia del despido, con independencia que pueda ser posible otra que a juicio del órgano que realiza el control resultara más adecuada. Se trata de una garantía frente a la arbitrariedad que respeta el margen de discrecionalidad del empresario” (STS de 26 de marzo de 2014, rec. 158/2013). Una interpretación que queda aún más reforzada con la configuración actual de las causas empresariales para despedir tras las últimas reformas⁷⁹⁹.

En esta valoración del “estándar de conducta del buen comerciante”, sin entrar en juicios de oportunidad (STS de 28 de febrero de 2018, rec. 1731/2016), el Tribunal Supremo ha analizado, en una labor muy casuística⁸⁰⁰, qué ocurre si se producen nuevas contrataciones posteriores o simultáneas al despido enjuiciado. Respecto a las primeras, si no se justifica la excepcionalidad de las nuevas contrataciones, el despido será declarado improcedente (STS 28 de octubre de 2016, rec. 1140/2015). En cuanto a la contratación simultánea o previa, en el ámbito de reorganización de plantillas de empresas que se integran en grupos empresariales mercantiles, el Tribunal Supremo ha venido admitiendo la procedencia del despido (SSTS de 10 de octubre de 2023, rec. 3103/2021; 10 y 11 de julio de 2018, recs. 1332/2017 y 467/2017). En cambio, si la contratación se lleva a cabo a través de empresas de trabajo temporal en los períodos en los que se proyecten las causas y en un importante número (recurriendo también a la realización de horas extraordinarias por el resto de trabajadores), la jurisprudencia ha negado la justificación de la causa empresarial para despedir (STS 28 de febrero 2018, rec. 1731/2016), a menos que las contrataciones realizadas a través de ETT se destinen a otro centro de trabajo distinto en el que se han producido las extinciones (STS 11 de enero 2022, rec. 4890/2018).

En definitiva, ante esta patente descompensación del equilibrio contractual a favor del empresario, las soluciones serán inciertas y cambiantes al operar conceptos jurídicos indeterminados. El principio de seguridad jurídica en este sentido es difícilmente alcanzable. Esta definición causal, la cual elude cualquier referencia a una finalidad de las extinciones, propicia un aumento del poder gestional del empresario, así como dificulta el control judicial del elemento causal al introducirse mayores posibilidades de alegación de despido colectivo o al reducirse la gravedad o actualidad exigible para las extinciones⁸⁰¹, como se tendrá ocasión de analizar. Además, el legislador, al incorporar tales términos jurídicos indeterminados de difícil prueba o valoración, ha trasladado el grueso del control judicial a la comprobación de los requisitos formales del procedimiento de despido colectivo, en cuanto a la

⁷⁹⁹ BLASCO PELLICER, A.: “El despido colectivo”, en VV.AA., *La extinción del contrato de trabajo* (SALA FRANCO, T., Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 228.

⁸⁰⁰ GUINDO MORALES, S.: *Caracterización jurídica y causas del despido objetivo en la normativa, doctrina y jurisprudencia tras las recientes reformas laborales*, op. cit., p. 180.

⁸⁰¹ MONEREO PÉREZ, J.L.: “El régimen jurídico de los despidos colectivos después de la reforma de 2012”, op. cit., p. 322.

documentación pertinente y la buena fe negocial, lo cual reduce el papel de la causa alegada y su constatación⁸⁰².

2.4.3. Las causas económicas

Tal y como recoge el art. 51.1 ET y se traslada al art. 1.2 RPDC, “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” si se esta se produce durante tres trimestres consecutivos respecto a los del ejercicio anterior.

Así, el Estatuto de los Trabajadores configura la causa económica a través de la fórmula básica de la “situación económica negativa”, concepto jurídico indeterminado que dota de flexibilidad al precepto. Además, el tenor literal del artículo no concreta de forma precisa qué debe de entenderse por una situación económica negativa, ya que la define en sentido plástico y a través de ejemplos, utilizando la fórmula de “en casos tales como”⁸⁰³. En efecto, el legislador ha introducido una serie de situaciones a título ejemplificativo, como pueden ser las pérdidas actuales e incluso previstas o la disminución persistente del nivel de ingresos ordinario o ventas, lo cual da a entender que otra decisión empresarial de análoga naturaleza puede ser causa de despido por causas económicas⁸⁰⁴, introduciendo una mayor inseguridad jurídica en cuanto a la constatación de la causa y su posterior control judicial⁸⁰⁵.

Como se ha comentado con anterioridad, las últimas reformas del mercado de trabajo, tratando de liberalizar esta figura extintiva, han eliminado la exigencia de que la causa económica afecte a la viabilidad de la empresa o a su capacidad de mantener el volumen del empleo, eliminando también “la exigencia de acreditar los resultados alegados y la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado”⁸⁰⁶. En este sentido, la anterior regulación más que contener una definición causal contenía una definición por resultados, actuando el órgano judicial como un verdadero componedor de intereses al apreciar la causa cuando las medidas adoptadas ayudaban razonablemente a la consecución de unos fines generales⁸⁰⁷.

⁸⁰² BOHIGUES ESPARZA, M.D.: “La institución jurídico laboral del despido colectivo”, *op. cit.*, p. 12.

⁸⁰³ MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *Los procedimientos de despido...* *op. cit.*, p. 34.

⁸⁰⁴ BODAS MARTÍN, R.: “Las causas del despido colectivo: causas económicas”, *op. cit.*, p. 55, recoge otros supuestos en los que puede concurrir situación económica negativa: inviabilidad de la empresa al no existir demanda de mercado para ventas y causar ingresos sostenidos del 0%; empresa con beneficios que son consecuencia de la aportación de materiales por debajo del mercado por la empresa dominante o bien cuando se acredita la pérdida del cliente principal de la empresa.

⁸⁰⁵ BOHIGUES ESPARZA, M.D.: “La institución jurídico laboral del despido colectivo”, *op. cit.*, p. 16.

⁸⁰⁶ ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, *op. cit.*, p. 84.

⁸⁰⁷ MONEREO PÉREZ, J.L.: “El régimen jurídico de los despidos colectivos...”, *op. cit.*, pp. 323 y 324.

La causa económica de despido se presenta en la regulación actual con un carácter abierto, así como asimilable no ya a situaciones de crisis irreversibles, sino a aquellas situaciones de saneamiento de la empresa como consecuencia de su funcionamiento en un entorno cambiante y globalizado⁸⁰⁸. Sin embargo, en línea de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 2011 (RJ 2011/7056), en ningún caso la causa puede residir en perseguir un mayor beneficio a costa de las extinciones contractuales⁸⁰⁹. Además, el limitado control de razonabilidad, ya expuesto, también ha actuado en determinadas situaciones como dique de contención frente a situaciones en las que no se ha acreditado la adecuación entre la causa alegada y la medida acordada⁸¹⁰, aunque muchas veces se ha restringido la aplicación de tal control a una clara desproporción entre el grado de incidencia económica de la causa negativa y la adopción de la medida extintiva (STS de 26 de junio de 2020, rec. 4405/2017).

El primer ejemplo que aporta el Estatuto de los Trabajadores de situación económica negativa serían las pérdidas actuales o previstas. La jurisprudencia entiende que se trata de una causa dotada de realidad, objetividad y suficiencia, si bien la nota de actualidad ha sido desvirtuada al introducirse las pérdidas previstas. La causa tiene que ser real ya que la situación económica la tiene que probar el empresario; debe de ser objetiva, pues no se tendrán en cuenta las decisiones empresariales que han provocado precisamente las pérdidas y, por último, debe de darse la suficiencia, aunque no se ofrece un baremo de cuándo se entiende que las pérdidas justifican la decisión empresarial extintiva, ya que se atenderá al supuesto concreto, es decir, a la capacidad económica de la empresa⁸¹¹.

En cuanto a las pérdidas actuales y su alegación, es necesario indicar que se deben de valorar en un ámbito de tiempo superior a la anualidad⁸¹², ya que las meras expectativas de beneficio, incluso el resultado positivo en un año, pueden justificar el despido colectivo si las pérdidas de la anualidad anterior han sido de gran entidad y, por tanto, este posible o real beneficio no posibilita una recuperación efectiva de la empresa. En otras palabras, se exigen que sean unas pérdidas suficientes y prolongadas en el tiempo, no siendo cierto que por el mero hecho de haber pérdidas ya se trate de una situación económica negativa, pues es necesario que concorra el ciclo integrado, según la STS 17 septiembre 2012 (RJ 10276 y 10277), por crisis económica, extinción contractual y finalmente superación de crisis. Del mismo modo, el RPDC avala esta postura cuando indica que se deberán “aportar las cuentas anuales de los dos últimos ejercicios económicos completos”.

⁸⁰⁸ No es necesario que la situación económica de la empresa sea irreversible, ya que lo más propio y característico es que se trate de situaciones no definitivas, es decir, recuperables. POQUET CATALÁ, R.: *Análisis de la actual configuración del despido colectivo*, op. cit., p. 81.

⁸⁰⁹ En el mismo sentido STSJ Madrid 11 de julio de 2012 (proc. 32/12).

⁸¹⁰ STS de 26 de marzo de 2014 (rec. 158/2013) y en la doctrina judicial: SSTSJ de Galicia de 11 de mayo de 2016 (rec. 242/2016); de Madrid de 30 de mayo de 2012 (sentencia 415/2012); y de Asturias de 4 de mayo de 2012 (rec. 672/2012).

⁸¹¹ ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, op. cit., p. 88.

⁸¹² SSTS 17 septiembre 2012 (RJ 10276 y 10277) y 14 de enero 2021 (rec. 2896/2018).

Respecto a las pérdidas previstas como causa económica de despido, no se trata de justificar un despido preventivo puro, sino un despido con causa actual, pero con proyecciones consecuenciales de futuro⁸¹³, postura refrendada una vez más por el RPDC en su artículo 4.3. En otras palabras, no se asumen previsiones desligadas de cualquier causalidad actual, sino previsiones que “sobre las bases de unos hechos actuales se pronostican unas previsiones de futuro, que no podrán ser objeto de prueba, debiendo razonarse a través de los análisis económicos que reflejen la proyección económica y financiera de la empresa, con el debido apoyo pericial”⁸¹⁴. En otras palabras, a través de esta causa la norma no maneja un concepto contable de previsión de pérdidas sino un concepto laboral en el que se considera la posibilidad futura de que la empresa incurra en ellas, para cuya justificación se deberá de aportar una serie de datos que hagan objetivable la previsión. Si la decisión extintiva no tuviera el adecuado soporte probatorio, meramente se sostendría en una opinión subjetiva, lo cual iría en contra de la acreditación de la causa legal para despedir⁸¹⁵. Tratándose de una prueba exigente, se ha admitido la existencia de pérdidas previstas cuando se ha perdido al cliente principal, puesto que dicha circunstancia provocará necesariamente reducción de ingresos y consiguientemente pérdidas, cuando la estructura de la empresa auxiliar pivota esencialmente para atender sus necesidades o bien cuando el concurso de la empresa principal provocará inevitablemente pérdidas a sus proveedores o empresas auxiliares⁸¹⁶. En cualquier caso, la introducción de las pérdidas previstas como elemento causal del despido colectivo no hace sino añadir un factor más de incertidumbre en su regulación⁸¹⁷.

Además, como muestra más de la amplitud de posibilidades que caben en la causa económica, se encuentra la “disminución persistente del nivel de ingresos ordinarios o ventas” (el término ventas fue introducido por la Reforma laboral de 2012). Así, en el cómputo de los ingresos ordinarios entrarán, siguiendo el Plan General Contable, los ingresos por ventas de bienes o prestación de servicios, descontando el importe correspondiente a los impuestos indirectos que gravan el consumo (IVA). Además, se comprenderán “otros gastos de explotación”, siendo aquellos que no constituyen actividad principal de la empresa, aunque tengan cierta periodicidad, consistiendo normalmente en cesiones de uso de activos a terceros⁸¹⁸. Del mismo modo se pueden computar los ingresos financieros y, en cambio, no cabrán las ganancias atípicas de

⁸¹³ MONEREO PÉREZ, J.L.: “El régimen jurídico de los despidos colectivos...”, *op. cit.*, p. 326.

⁸¹⁴ MONEREO PÉREZ, J.L.: *El despido colectivo y sus elementos configuradores tras...*, *op. cit.*, p. 31.

⁸¹⁵ MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *Los procedimientos de despido...* *op. cit.*, pp. 34 y 35.

⁸¹⁶ Ejemplos citados por BODAS MARTÍN, R.: “Las causas del despido colectivo: causas económicas”, *op. cit.*, p. 56, con doctrina judicial citada: STSJ Rioja 21 de noviembre 2012 (rec. 167/2012); SSAN 15 de julio de 2014 (rec. 119/2014); 18 de diciembre de 2012 (proced. 257/2012) y 26 de octubre de 2015 (proced. 232/2015).

⁸¹⁷ BOHIGUES ESPARZA, M.D.: “La institución jurídico laboral del despido colectivo”, *op. cit.*, p. 16.

⁸¹⁸ ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, *op. cit.*, p. 94.

carácter excepcional derivadas de la venta de inmuebles, así como la realización de determinadas operaciones financieras.

La construcción de esta última causa económica resulta criticable ya que, dependiendo de la política de precios realizada por la empresa, puede resultar que disminuyan las ventas en tres trimestres consecutivos pero que ello no conlleve una minoración de los ingresos como resultado de haber elevado los precios de los productos. En este sentido, queda sin resolver si los tribunales para apreciar la concurrencia de la causa económica deben de tener en cuenta si ha existido alteración unilateral de los precios de sus mercancías por parte de la empresa⁸¹⁹. Teniendo en cuenta lo anterior, se pueden dar incluso situaciones en las que la disminución de ventas nunca llegue a materializarse en los resultados del ejercicio y, por ende, no existan pérdidas, por lo que podría haberse introducido una especie de despido preventivo⁸²⁰.

En cualquier caso, debido a la amplitud de esta disminución persistente de ingresos ordinarios o ventas, se introduce en la norma una presunción *iuris et de iure*⁸²¹: “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” (otros autores la han bautizado como “cláusula del automatismo”⁸²²). Sin embargo, esto no sustituye a una justificación necesaria del despido colectivo, puesto que habrá que atender además a la intensidad de la disminución, siempre entendida por trimestres fiscales, pues de otro modo, si fueran naturales, su cómputo sería dificultoso al no poder utilizar la contabilidad existente⁸²³.

2.4.4. Las causas técnicas, organizativas o de producción

El segundo bloque de causas empresariales que justifican el recurso al despido colectivo son las denominadas “reorganizativas”⁸²⁴, las cuales aparecen claramente separadas de las causas económicas a través de un punto y aparte en la ordenación que establece el art. 51.1 ET. En efecto, el art. 51.1 ET y el art. 1.2 RPDC dividen a las causas reorganizativas en tres submodalidades: causas técnicas, organizativas o de producción. Todas ellas parten de una definición, en sentido ejemplificativa, en la que se ha producido un cambio, ya sea en los instrumentos de producción, en los sistemas

⁸¹⁹ RIVERA SÁNCHEZ, J.R.: “El despido colectivo: causas, procedimiento y efectos”, en VV.AA., *Reforma laboral 2012. Últimas reformas laborales y de Seguridad Social* (ALFONSO MELLADO, C.L. y RODRÍGUEZ PASTOR, G.E., Dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 215.

⁸²⁰ ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, op. cit., p. 95.

⁸²¹ MONEREO PÉREZ, J.L.: “El régimen jurídico de los despidos colectivos...”, op. cit., p. 321.

⁸²² DESDENTADO BONETE, A.: “Los despidos económicos tras la reforma de la Ley 3/2012. Reflexiones sobre algunos problemas sustantivos y procesales”, *Actualidad Laboral*, N.º 17, 2012.

⁸²³ ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, op. cit., p. 96.

⁸²⁴ MONEREO PÉREZ, J.L.: *El despido colectivo y sus elementos configuradores tras...*, cit., p. 36.

y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción o bien en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado⁸²⁵.

Como ya se ha comentado, la Reforma laboral de 2012 ha eliminado de la norma cualquier elemento relativo a la finalidad o la razonabilidad de la decisión empresarial de despido por causas técnicas, organizativas o productivas, en el sentido de contribuir a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación de la misma a través de una más adecuada organización de los recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda. En la actualidad, no se exige que se actualice una situación de riesgo que ponga en duda la viabilidad empresarial o una situación de dificultad en la empresa, ya que estas causas reorganizativas se admiten por la mera finalidad de “mejorar la situación de la empresa” en términos de eficiencia y competitividad⁸²⁶. Ahora bien, el silencio de la norma, en cuanto a que los “cambios” deban de obedecer a una marcha deficitaria de la empresa, puede consentir un despido por causas técnicas, organizativas o productivas aun cuando la empresa funcione correctamente y obtenga beneficios, lo cual muta el sentido de los procedimientos de regulación de empleo para la superación de crisis empresariales, que pasan ahora a convertirse en mecanismos de optimización del beneficio empresarial⁸²⁷.

Con la unificación del despido por causas empresariales y la definición aportada por la Reforma laboral de 2010, las causas TOP se construyen en torno a una lista abierta⁸²⁸ de cambios que pueden justificar el despido, a través de la fórmula “entre otros” (cambios). Esta definición ejemplificativa poco aporta a la concreción de las causas técnicas, organizativas o de producción, ya que prácticamente cualquier circunstancia puede reconducirse a los supuestos genéricos previstos: cualquier modificación en los sistemas de producción, cualquier alteración más o menos estructural de la empresa o cualquier variación en el producto o servicio que preste la empresa⁸²⁹.

Se trata de una definición que tiene su origen en una interpretación jurisprudencial (STS de 14 de junio de 1996) y que cataloga a las causas técnicas “cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción”; a las 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” (último inciso introducido por la Reforma laboral de 2012); al igual que a las causas productivas “cuando se produzcan cambios, entre otros, en la

⁸²⁵ ARIAS DOMÍNGUEZ, Á.: *Tres años de reforma del despido colectivo: ¿ha conseguido su propósito el legislador?*, Madrid, Dykinson, 2014, p. 101.

⁸²⁶ MONEREO PÉREZ, J.L.: *El despido colectivo y sus elementos configuradores tras...*, cit., p. 36.

⁸²⁷ ARIAS DOMÍNGUEZ, Á.: *Tres años de reforma del despido colectivo: ¿ha conseguido su propósito el legislador?*, op. cit., pp. 101 y 102.

⁸²⁸ GALA DURÁN, C.: “Una aproximación al despido colectivo como medida de reestructuración empresarial tras las últimas reformas laborales”, *Revista de Derecho Social y Empresa*, N.º 0, 2014, p. 29.

⁸²⁹ ARIAS DOMÍNGUEZ, Á.: *Tres años de reforma del despido colectivo: ¿ha conseguido su propósito el legislador?*, op. cit., p. 101.

demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado”. Veamos a lo largo de las siguientes páginas un tratamiento individualizado de cada una de estas causas, sin perjuicio de tener en cuenta que dichas causas TOP están fuertemente interrelacionadas entre sí.

A) Las causas técnicas y el recurso al “despido tecnológico” ante la Cuarta Revolución Industrial

La regulación del despido colectivo entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios “en el ámbito de los medios o instrumentos de producción”. Estos se refieren al conjunto de objetos de trabajo, sustancias, materias y componentes que participan en el proceso de producción de bienes o servicios, que se encuentran vinculados de manera directa al proceso de transformación productiva⁸³⁰. En este sentido, estas causas suelen condicionarse a una inversión en nuevos instrumentos de producción más sofisticados a causa del avance tecnológico, que incrementen la productividad o la calidad del producto o servicio y, a su vez, generen un exceso de mano de obra por haber quedado sus funciones sustituidas⁸³¹.

Se trata de una causa que ha estado presente en la práctica desde hace varios años, como acredita la doctrina judicial⁸³², pero que en la actualidad puede tener unas implicaciones mayores, a causa de la progresiva implantación de la digitalización y automatización de la economía. La explosión de la Cuarta Revolución Industrial de la mano de algoritmos y de la inteligencia artificial está generando nuevos empleos y, en cambio, también está suponiendo la destrucción de puestos de trabajo, a causa del efecto sustitutivo de esta nueva tecnología⁸³³. Por ende, la causa técnica del despido colectivo u objetivo, junto con otras, como las organizativas, es el cauce por el que se instrumentarán estos procesos de implantación de tecnología en la empresa y de despidos.

Cuando nos referimos al “despido tecnológico” es necesario hablar de un despido colectivo (u objetivo) por causas técnicas y organizativas, ya que son las causas que

⁸³⁰ GUINDO MORALES, S.: *Caracterización jurídica y causas del despido objetivo en la normativa, doctrina y jurisprudencia tras las recientes reformas laborales*, op. cit., p. 159, con cita en GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: “El despido colectivo: causas y procedimiento”, en VV.AA., *El despido en España tras la reforma laboral (2012-2014)* (VALDÉS DAL-RÉ, F. y MURCIA CLAVERÍA, A., Dirs.), Madrid, Francis Lefebvre, 2018, p. 42.

⁸³¹ DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “El despido por causas empresariales”, op. cit., p. 102.

⁸³² V.gr.: despido por instalación de taquillas automáticas en los vestuarios del centro (STJS de Navarra de 31 de marzo de 2000), por confección de un programa que sustituye las funciones de la persona trabajadora (STSJ de Cataluña de 4 de junio de 2002, rec. 493/2000) o por inversión en una nueva tecnología que hace más eficaz la selección manual de los correspondientes productos vegetales manipulados (STSJ de Castilla-La Mancha de 27 de marzo de 2002). POQUET CATALÁ, R.: *Análisis de la actual configuración del despido colectivo*, op. cit., pp. 92 y 93.

⁸³³ Desde una perspectiva más amplia, MUROS POLO, A.: “Impacto de las nuevas tecnologías en la protección del desempleo”, en VV.AA., *Los sistemas de protección social ante la incidencia de la disrupción digital* (MONEREO PÉREZ, J.L. y MALDONADO MOLINA, J.A., Dirs. y VIDA FERNÁNDEZ, R. y MUROS POLO, A., Coords.), Granada, Comares, 2023, pp. 155 y ss.

suelen alegarse en un proceso de automatización o robotización⁸³⁴. La causa técnica, originada por la introducción de un programa informático o una maquinaria novedosa en la empresa, suele venir acompañada de una causa organizativa, que es la relacionada con la organización del personal para hacer frente al sobredimensionamiento de plantilla tras la modificación tecnológica. Es decir, “lo más probable es que la medida técnica vaya acompañada de alguna innovación organizativa, y que los cambios organizativos se sustenten en nuevas tecnologías o nuevas técnicas de producción”⁸³⁵. Así, en una breve diferenciación, las causas técnicas se originan por la renovación o mejora del proceso de producción o de prestación del servicio (“medios o instrumentos de producción”), para lo cual se requiere una previa inversión real para obtener, por ejemplo, el *software* informático o la maquinaria en cuestión⁸³⁶; mientras que las causas organizativas se originan cuando se reestructura la organización del trabajo de tal manera que se produzca un excedente de mano de obra⁸³⁷. Sin embargo, como se indicó con anterioridad, la formulación actual de las causas técnicas y organizativas para despedir supone una definición excesivamente amplia y flexible que pretende encajar casi cualquier decisión empresarial de extinguir el contrato de trabajo⁸³⁸ y, por ello, puede dificultar la protección del despido frente a la mera conveniencia empresarial.

Es al empresario a quien, en última instancia, le corresponde la elección de despedir por causas tecnológicas, ya que ha sido este quien previamente ha decidido introducir modificaciones tecnológicas en la empresa, ya sea de la mano de la automatización o de la robotización⁸³⁹. De este modo, a quien corresponde probar los cambios introducidos en la empresa para valorar la procedencia o improcedencia del despido es al empresario (o en su caso si el despido es ajustado o no a derecho si se produce la impugnación colectiva del despido colectivo).

Teniendo en cuenta lo anterior, el empresario debe de probar que los cambios que justifican el despido son reales y actuales, ya que “ni antes ni ahora, resulta procedente el despido acometido sobre la base de meros proyectos y con anterioridad a la efectiva implantación del cambio”⁸⁴⁰. Además, tales cambios deben de ser valorados en relación con su ámbito de afectación que, a diferencia de las causas económicas,

⁸³⁴ JURADO SEGOVIA, Á.: “Robotización/automatización y despido objetivo por causas técnicas (Art. 52 c ET)”, *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, N.º 3, 2020, pp. 13-35.

⁸³⁵ GARCÍA MURCIA, J.: “Las causas del despido colectivo. Causas técnicas, organizativas y de producción”, *op. cit.*, p. 113.

⁸³⁶ POQUET CATALÁ, R.: “Cuarta revolución industrial, automatización y afectación sobre la continuidad de la relación laboral”, *Ars Iuris Salmanticensis*, Vol. 8, N.º 1, 2020, pp. 174 y ss.

⁸³⁷ GUINDO MORALES, S.: *Caracterización jurídica y causas del despido objetivo en la normativa, doctrina y jurisprudencia tras las recientes reformas laborales*, *op. cit.*, p. 160.

⁸³⁸ ARIAS DOMÍNGUEZ, Á.: *Tres años de reforma del despido colectivo: ¿ha conseguido su propósito el legislador?*, *op. cit.*, p. 101.

⁸³⁹ Para distinguir estos dos supuestos, a diferencia de la robotización, en la automatización no se utilizan robots, sino *software* o programas informáticos. POQUET CATALÁ, R.: “Cuarta revolución industrial, automatización y afectación sobre la continuidad de la relación laboral”, *op. cit.*, p. 170.

⁸⁴⁰ JURADO SEGOVIA, Á.: “Robotización/automatización y despido objetivo por causas técnicas (Art. 52 c ET)”, *op. cit.*, p. 24.

puede proyectarse sobre el conjunto de la empresa o del grupo empresarial, así como sobre una parte de la empresa: centro de trabajo, departamento, sección, etc. Y es en este ámbito precisamente reducido (o no) donde debe de aplicarse la medida empresarial orientada a extinguir aquellos contratos que se vean afectados por una situación de desajuste entre la fuerza de trabajo y las necesidades de la producción o de la posición en el mercado (STS de 28 febrero de 2018, rec. 1731/2016).

Siguiendo el esquema de la justificación de los despidos por causas empresariales elaborado por la jurisprudencia (STS de 30 de noviembre de 2022, rec. 156/2022), el segundo de los elementos a considerar por parte del control judicial es si el cambio tecnológico tiene una incidencia directa sobre el ámbito en el que las personas trabajadoras afectadas prestan sus servicios⁸⁴¹. El empresario debe de demostrar, por tanto, que la introducción del programa informático o del robot en la empresa es de tal magnitud que genera un vaciamiento de las funciones del trabajador o trabajadores afectados que, a su vez, genera un sobredimensionamiento de la plantilla que, en último lugar, justifica el recurso al despido. En estos casos, no se trata tanto de la crisis de la empresa, sino de la crisis del contrato, en el sentido de que este deviene superfluo para la empresa cuando la utilidad patrimonial de la prestación de trabajo ha desaparecido o ha perdido interés para la empresa⁸⁴².

En cuanto al control de razonabilidad en las causas técnicas y organizativas del despido tecnológico, este consiste para parte de la doctrina científica en ponderar si la supresión del puesto de trabajo de la persona trabajadora despedida guarda una relación causa-efecto con el cambio acreditado, ya que únicamente será legítimo el despido del trabajador de cuyas tareas y responsabilidades se pueda prescindir como consecuencia del cambio tecnológico⁸⁴³. Debe de acreditarse de forma fehaciente la amortización del puesto de trabajo a través de datos reales y probados que demuestren que la automatización o robotización conlleva una clara mejora en la eficiencia de la empresa⁸⁴⁴, así como que reduce la necesidad de mano de obra en un determinado y acotado número. Se exige, así, que se aporten datos acerca de las concretas tareas que desarrollaba con anterioridad a la modificación tecnológica el trabajador o trabajadores afectados; de qué modo estas funciones han sido encargadas al robot o *software* informático; y cuánto ha aumentado la productividad y eficiencia con la sustitución del factor trabajo⁸⁴⁵.

Con base en lo anterior, si la empresa afecta a más trabajadores de los que realmente han sido sustituidos por la tecnología, esta medida deberá de ser rechazada

⁸⁴¹ *Idem*.

⁸⁴² DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “El despido por causas empresariales”, *op. cit.*, p. 184.

⁸⁴³ JURADO SEGOVIA, Á.: “Robotización/automatización y despido objetivo por causas técnicas (Art. 52 c ET)”, *op. cit.*, pp. 24 y 25.

⁸⁴⁴ POQUET CATALÁ, R.: “Cuarta revolución industrial, automatización y afectación sobre la continuidad de la relación laboral”, *op. cit.*, p. 178.

⁸⁴⁵ MUROS POLO, A.: “El despido objetivo por causas técnicas y la automatización robótica de procesos, a debate”, en I. MARÍN y M.T. IGARTUA (Dirs.), *Nuevas tecnologías y trabajo sostenible*, Murcia, Laborum, 2020, p. 224.

por falta de razonabilidad y proporcionalidad. De este modo, los informes técnicos que demuestren el excedente de plantilla en la empresa a causa de la innovación técnica suponen un elemento central en el control judicial (véase, sendas sentencias del TSJ de Madrid y de Andalucía con sede en Granada, de fecha de 7 de octubre de 2019, rec. 775/2019, y de fecha de 14 de noviembre de 2019, rec. 939/2019, por las que se declara el despido como improcedente al no quedar probado el excedente de personal). Especialmente relevantes son los informes técnicos en el caso del despido colectivo, unidos a la memoria explicativa (art. 5 RPDC) ⁸⁴⁶, por los que se explicita la relación de proporcionalidad entre la envergadura o intensidad de la causa y el número de trabajadores afectados por el procedimiento colectivo, para la consecuente calificación judicial del despido colectivo como ajustado o no a derecho. En este orden de cosas, la justificación de la necesidad de amortizar el puesto de trabajo puede no resultar exitosa si se procede a contratar a nuevos trabajadores, en un espacio de tiempo más o menos cercano, para aquellas actividades que podía realizar el trabajador afectado por el despido colectivo u objetivo ⁸⁴⁷.

Cabe reiterar que la causa técnica y organizativa para justificar el proceso de automatización o robotización y despido en la empresa es independiente de la causa económica y, por ello, no es necesario que el despido se justifique, por ende, en una situación económica negativa de la empresa. Aunque lo anterior no excluye que en la mayoría de los casos (y así ha venido ocurriendo en la práctica forense) ambas causas aparezcan relacionadas, bien porque la modificación tecnológica se adopta para evitar o superar un escenario de crisis económica, bien porque la causa económica deriva de una falta de renovación de la empresa que ha determinado su obsolescencia y, con ello, la pérdida de competitividad económica ⁸⁴⁸. Sin embargo, el nuevo escenario que plantea la Cuarta Revolución Industrial hace presagiar operaciones de reestructuración por motivos tecnológicos, sin que exista una causa económica de por medio. Ante esta situación, una vez que ha sido probado el excedente de personal a causa de la digitalización o robotización empresarial, es necesario reflexionar si ello es suficiente para validar el despido colectivo u objetivo tecnológico o, en cambio, si es necesario que concurra una finalidad de mejora de la productividad o bien una situación previa de pérdida de competitividad que justifique el recurso al despido.

En este sentido, algunos autores defienden que, a raíz del estudio de la legislación actual y de las reformas laborales, “la normativa vigente admite un despido justificado por causa de la introducción de cambios tecnológicos en una empresa con beneficios económicos y, por tanto, sin deterioro económico alguno ni por reducción de ingresos ni por incrementos de pérdidas” ⁸⁴⁹, a lo cual se añade que, además, “no cabe exigir

⁸⁴⁶ GARCÍA MURCIA, J.: “Las causas del despido colectivo. Causas técnicas, organizativas y de producción”, *op. cit.*, p. 109.

⁸⁴⁷ JURADO SEGOVIA, Á.: “Robotización/automatización y despido objetivo por causas técnicas (Art. 52 c ET)”, *op. cit.*, pp. 26 y 27.

⁸⁴⁸ CRUZ VILLALÓN, J.: “Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía” *Temas laborales*, N.º 138, 2017, p. 35.

⁸⁴⁹ *Idem*.

que tales cambios obedezcan a problemas o dificultades ya constatadas, ni tampoco acreditar nada acerca de la repercusión más o menos positiva de dichos cambios en la viabilidad o continuidad de la empresa”⁸⁵⁰. Por lo que, en este sentido, comprobar realmente la excedencia de personal conforme a lo expresado con anterioridad sería suficiente para valorar la procedencia del despido.

En cambio, parte de la doctrina científica ha venido defendiendo que, si bien antes de la Reforma laboral de 2012, para que concurra la causa técnica hay que apreciar una serie de factores que incidan negativamente en la competitividad de la empresa, y en concreto, en sus medios e instrumentos de producción, de tal modo que la introducción de innovaciones tecnológicas para paliar dicha pérdida de competitividad ocasione la amortización de puestos de trabajo ya no necesarios⁸⁵¹. Asimismo, otras recientes reflexiones caminan en la idea de que, aunque la regulación legal no exija la introducción de cambios técnicos por una imperiosa necesidad, es lógico que dicha innovación tecnológica obedezca a una estrategia empresarial, con la finalidad de mejorar su productividad o competitividad de cara a la clientela y competencia⁸⁵². No se entiende por qué las principales medidas de flexibilidad interna deben de estar condicionadas a la competitividad y productividad empresarial (arts. 40 y 41 ET) y las de flexibilidad externa no, aun siendo estas de mayor gravedad para la estabilidad del contrato de trabajo⁸⁵³.

El trasfondo de este debate está en determinar si, una vez probado adecuadamente el excedente de personal, se permite el despido tecnológico con el único fin de incrementar el beneficio empresarial y/o ahorrar en costes de plantilla (por la mera conveniencia empresarial), sin que exista una previa situación comprometida de la empresa o una estrategia orientada a aumentar la competitividad empresarial. La eliminación del elemento teleológico de la formulación de las causas empresariales tras la Reforma laboral de 2012 podría inducir a pensar que no se exige nada más que la prueba de la sustitución tecnológica del trabajador o trabajadores despedidos. No obstante, si se acude a la doctrina judicial para analizar esta cuestión, se puede observar que no existe una respuesta unívoca al problema interpretativo.

Por un lado, algunas sentencias sí que parecen reconocer en principio la mera conveniencia empresarial para despedir, esto es, el aumento de beneficios y disminución de costes, para reconocer como justificado el despido tecnológico. Algunos ejemplos son la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 27 de enero de 2015 (rec. 3505/2014), por la que se declara el despido objetivo procedente a causa de la digitalización de las salas de proyección de un cine y la reducción significativa de las funciones del trabajador afectado. En la misma línea destaca la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de fecha de 23 de octubre de 2018

⁸⁵⁰ JURADO SEGOVIA, Á.: “Robotización/automatización y despido objetivo por causas técnicas (Art. 52 c ET)”, *op. cit.*, p. 22.

⁸⁵¹ ALTÉS TÁRREGA, J.A., BLASCO PELLICER, Á. y NORES TORRES, L.E.: *El despido objetivo*, *op. cit.*, pp. 155 y 156.

⁸⁵² POQUET CATALÁ, R.: *Análisis de la actual configuración del despido colectivo*, *op. cit.*, p. 93.

⁸⁵³ DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “El despido por causas empresariales”, *op. cit.*, p. 184.

(rec. 2587/2018), que confirma la sentencia de instancia al entender que los despidos quedan justificados por la renovación e introducción de máquinas y tecnología en el proceso productivo, pues se trata de “procesos más automatizados y más eficientes, lo que permite prescindir de puestos de trabajo y, en definitiva, importantes ahorros de costes”.

Por otro lado, a favor de que se tomen en consideración otros datos o variables para valorar la procedencia o improcedencia del despido tecnológico, destaca, entre otras, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de 26 de septiembre de 2016 (rec. 176/2016). Se trata de una sentencia que califica como improcedente el despido por centralización de las tareas administrativas por programa informático, “careciendo de cualquier dato, siquiera sea indiciario, de que esa centralización del servicio de administración sea una medida para remediar cualquier disfunción en la organización del trabajo, hacer frente a problemas de productividad, ahorrar costes mejorando la deteriorada situación económica de la empresa o ayudando a evitar una previsible situación de crisis, o para favorecer la competitividad empresarial (...) y ha sido esa decisión patronal la que ha venido a dejar carente de parte de su contenido funcional el puesto de trabajo de la demandante, que no se ha visto despojado de valor económico o productivo por la existencia de cualquier problema de eficiencia o rentabilidad en el funcionamiento de la empresa, sino por la libre elección de la empresa de cambiar un método de trabajo por otro, sin que exista la más mínima constancia de que el que ha escogido sirva para superar o remediar cualquier dificultad en la marcha de su actividad, o resulte idóneo y adecuado en orden a lograr su progreso y prosperidad económica o productiva frente a las empresas de la competencia”. Destaca en este sentido, asimismo, la sentencia del Juzgado de lo Social número 10 de Las Palmas de Gran Canaria de fecha de 23 de septiembre de 2019 (rec. 470/2019), especialmente por su interpretación final, alertando de los peligros y riesgos de la digitalización de la economía sobre el empleo⁸⁵⁴.

Si acudimos a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la respuesta tampoco parecer ser clara. Algunas sentencias reconocen el estándar del “buen comerciante” (véase, STS de 28 de febrero de 2018, rec. 1731/2016) para valorar la concurrencia de la causa, el cual, aunque adolezca de ambigüedad⁸⁵⁵, parece estar orientado a que los despidos respondan de forma razonable y proporcional a las necesidades empresariales que los justifiquen, esto es, que respondan a una circunstancia de tipo organizativo o técnico que impacte en la productividad y competitividad y no en la mera conveniencia empresarial, no reconducible a ninguna de estas circunstancias⁸⁵⁶. La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2018 (rec. 192/2017) sí que reconoce de forma indirecta la necesidad de que concurran otros elementos para que las causas técnica

⁸⁵⁴ MUROS POLO, A.: “El despido objetivo por causas técnicas y la automatización robótica de procesos, a debate”, *op. cit.*, pp. 217 y ss.

⁸⁵⁵ MOLINA NAVARRETE, C.: “El despido por causas empresariales: claves para una interlocución crítico-constructiva”, en VV.AA.: *Reestructuraciones empresariales. XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ponencias*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2021, pp. 237 y 238.

⁸⁵⁶ DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “El despido por causas empresariales”, *op. cit.*, p. 196.

y organizativa queden acreditadas. En este caso, el recurso al despido tecnológico se justifica en virtud de la modernización del proceso productivo, habida cuenta de la obsolescencia de la maquinaria empleada con anterioridad y los efectos positivos en materia de rentabilidad que conlleva la introducción de la innovación técnica en el medio de producción.

Llegados a este punto, del estudio de las principales sentencias elaboradas por los tribunales en materia de despido por causas técnicas, se puede inducir, no sin dificultades, que cuando lo que se digitaliza o robotiza es el proceso de producción del producto o de prestación del servicio como tal, no hay mayor problema para justificar el despido tecnológico, ya que la prueba de la sustitución tecnológica será suficiente. En cambio, cuando lo que se automatiza sea una tarea complementaria, como pudieran ser los servicios administrativos o las tareas de contabilidad, sí que parecen exigirse otros elementos adicionales para valorar la procedencia o improcedencia de la decisión de despedir.

En definitiva, lo que aquí se propone (y es consecuencia lógica de lo anteriormente expuesto) es que cuando se automatice o robotice el proceso productivo o de prestación del servicio principal de la empresa, solo se exija probar el excedente de personal, ya que, en última instancia, ello redundará en una finalidad: el aumento de la competitividad y productividad empresarial (fin legítimo de la libertad de empresa que permitirá sostener y generar más empleo de calidad). No obstante, cuando lo que se automatice sean servicios complementarios, no afines a la actividad principal, se deberá de exigir un elemento adicional de justificación (ya sea económico o no), pues, de lo contrario, ello sí que habilitaría un despido basado en una mera reducción de costes y aumento de beneficio empresarial, sin que se aporte mayor productividad y competitividad al ciclo productivo. Del mismo modo que, si se cumplen determinadas circunstancias, no se impide el despido por descentralización productiva (véase, STS de 20 de noviembre de 2015, rec. 104/2015⁸⁵⁷), no deberá de negarse la posibilidad de automatizar o robotizar procesos productivos, siempre que exista una adecuada justificación que redunde, en última instancia, en la mejor marcha de la empresa y no en la mera reducción de costes.

En cualquier caso, no existe la obligación de recolocar al trabajador cuyo contrato de trabajo se pretende extinguir o “de reforzar con el excedente de mano de obra en esa unidad, otra unidad que se encuentre en situación de equilibrio, salvo que se prefiera desplazar el problema de un centro de trabajo a otro, pero sin solucionarlo” (STS 28 de febrero de 2018). En el caso de sustitución de funciones de forma parcial, del mismo modo la conversión del contrato de trabajo a tiempo parcial supone una novación contractual que exige la voluntariedad y el consentimiento del trabajador (art. 12.4.e) ET); ofrecimiento que, según la legislación vigente, no está obligado a ejercer

⁸⁵⁷ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Automatización y despido objetivo (STS/10 Las Palmas 23/9/19)”. En Blog: *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, entrada de 9 de octubre de 2019, disponible en: <https://ignasibeltran.com/2019/10/09/automatizacion-y-despido-objetivo-sjs-10-las-palmas-23-9-19/> (consultada el 10/01/2024).

el empresario⁸⁵⁸, aunque, si se procede a contratar a otro trabajador a tiempo parcial ello puede dificultar la calificación de despido procedente. Es necesario también tener en cuenta la jurisprudencia que reconoce la posibilidad de que el resto de funciones sean desarrolladas o repartidas entre el resto de los trabajadores de la empresa, que sean ejercidas por el empresario o que incluso se externalicen⁸⁵⁹.

La superior indemnización del despido improcedente para el despido tecnológico injustificado no parece ser que sea la única ni definitiva solución. Como algún autor ha planteado de forma muy expresiva⁸⁶⁰, la indemnización por despido improcedente está lejos de frenar la extinción del contrato de trabajo ante lo que se plantea como una revolución digital imparable. La solución más bien debe de consistir, no solo en un cambio social y educativo desde cualquier nivel, con el fomento de las competencias tecnológicas y las denominadas *soft skills*, sino específicamente en una promoción de las medidas de flexibilidad interna en la empresa para acompañar los procesos de recapitación y recualificación digital del personal afectado por la transformación tecnológica. Es necesario, por ende, implantar sistemas de prevención del despido, a través de una flexiseguridad garantista de carácter ofensivo, en la que tanto el empresario, los interlocutores sociales como la Administración laboral desarrollen un papel proactivo y preventivo fundamental, en la línea de lo que se conoce como reestructuración jurídica y socialmente responsable.

B) Las causas organizativas

En cuanto a las causas organizativas, el art. 51.1 ET entiende que concurren cuando se producen cambios “en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción”. Como ya se ha venido argumentando respecto al resto de causas, el legislador define a las causas organizativas en un sentido ejemplificativo y abierto, al reconocer que podrán tener cabida “otros cambios” relacionados, claro está, con el ámbito organizativo de la empresa.

Esta causa es un modo de racionalizar los recursos humanos en la empresa⁸⁶¹, buscando aumentar la eficiencia empresarial, a través tanto de reestructuraciones internas como externas. En efecto, las causas organizativas conllevan una mejor coordinación de las personas trabajadoras en la empresa, esto es, un reajuste de la organización productiva, aunque no sea consecuencia de una previa renovación de los bienes de equipo, como sí ocurre en la causa técnica⁸⁶². En este sentido, para acreditar

⁸⁵⁸ JURADO SEGOVIA, Á.: “Robotización/automatización y despido objetivo por causas técnicas (Art. 52 c ET)”, *op. cit.*, p. 28.

⁸⁵⁹ GOERLICH PESET, J. M.: “La reforma de la extinción del contrato de trabajo”, *op. cit.*, p. 280.

⁸⁶⁰ MERCADER UGUINA, J.R.: “Despido de una administrativa cuyo trabajo ha sido sustituido por un Robot: ¿es posible poner Puertas al Campo?”, en el blog: *El Foro de Labos*, entrada de 1 de octubre de 2019, disponible en: <https://www.elforodelabos.es/despido-de-una-administrativa-cuyo-trabajo-ha-sido-sustituido-por-un-robot-es-posible-poner-puertas-al-campo/> (visitada el 10/01/2024)

⁸⁶¹ MONERO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo en el Derecho español. Estudio de su régimen jurídico*, *op. cit.*, p. 91.

⁸⁶² GUINDO MORALES, S.: *Caracterización jurídica y causas del despido objetivo en la normativa, doctrina y jurisprudencia tras las recientes reformas laborales*, *op. cit.*, p. 160.

la causa organizativa es necesario que el empresario demuestre el acometimiento de una reorganización de sus medios materiales y personales que vacíen, a su vez, de contenido el puesto o puestos de trabajo a amortizar, debiendo de justificar razonablemente que el mantenimiento de los mencionados puestos de trabajo provocaría un desequilibrio prestacional que pondría en peligro la viabilidad futura de la empresa y el mantenimiento del empleo (STJS de Castilla y León 617/2014, de 8 de octubre). Por ejemplo, ello puede ocurrir si se produce la fusión o absorción de empresas y la adquisición de nuevos centros de trabajo genera que determinadas tareas o actividades se dupliquen a consecuencia de su centralización, lo cual da lugar a un exceso de plantilla⁸⁶³.

Tras la supresión del elemento teleológico en la construcción de las causas ETOP tras la Reforma laboral de 2012, es necesario plantear si la mera decisión empresarial de tipo organizativo puede justificar el recurso al despido objetivo o colectivo por causas empresariales, una vez que se ha probado el excedente de personal, sin que se tenga alegar nada más. Se trata de una cuestión discutida en la doctrina, que, no obstante, debe de ser respondida en el sentido de rechazar la mera conveniencia empresarial, ya que la causa de despido no puede nacer directamente de la voluntad del empleador. Por ello, debería de interpretarse que el despido por causas organizativas solo se justifica cuando se base en circunstancias de tipo organizativo que provoquen situaciones de desequilibrio que puedan incidir en el volumen de la plantilla en un futuro próximo. Claro está, deberá de tratarse de situaciones que sin ser críticas, puesto que no se requiere situación económica negativa, puedan llegar a serlo si no se adoptan las medidas organizativas y extintivas, que en ningún caso encubrirán la mera optimización de los beneficios⁸⁶⁴. Así lo ha interpretado el Tribunal Supremo en su sentencia de 18 de septiembre de 2018 (rec. 3451/2016) al negar la causa organizativa de despido para acomodar el número de personas trabajadoras necesarias en un supuesto de venta unilateral de la maquinaria, sin que se hayan alegado problemas económicos o de disminución de la actividad⁸⁶⁵.

Cabe destacar la oportunidad perdida por parte del legislador de haber precisado o recogido en la norma alguna referencia a la descentralización productiva en relación con la causa organizativa. Podría haberse acogido la interpretación del Tribunal Supremo (*vid.*, STS de 30 de septiembre de 1998, rec. 4489/1997), por la cual solo se admite la externalización como causa del despido por causas organizativas cuando la decisión empresarial constituya una medida racional en términos de eficiencia de la organización productiva y no un simple medio para lograr un incremento del beneficio empresarial. Todo ello a salvo de la aplicación preferente del sistema de garantías

⁸⁶³ Véase STS de 28 de enero de 2015 (rec. 87/2014) y STSJ de Canarias 163/2019, de 22 de febrero.

⁸⁶⁴ Esta propuesta interpretativa es elaborada por POQUET CATALÁ, R.: *Análisis de la actual configuración del despido colectivo*, *op. cit.*, pp. 94 y 95.

⁸⁶⁵ El Tribunal Supremo añade: “La reducción de la capacidad productora a partir de la venta de una parte de la infraestructura productiva serviría, de aceptarse la doctrina contraria, no solo para eludir las normas sobre despido sino también para evitar eventuales subrogaciones laborales, al desagregar los elementos humanos y los materiales”.

jurídicas previsto en el art. 44 ET para los supuestos específicos de concurrencia de sucesión empresarial⁸⁶⁶.

En efecto, la descentralización de parte de la producción hacia otra empresa puede justificar el despido colectivo u objetivo por causas organizativas si existe una necesidad objetivamente acreditada de amortizar los puestos de trabajo, ya que la legislación no ampara opciones enraizadas en la mera conveniencia del empleador (STS de 11 de octubre de 2006, rec. 3148/2004). En efecto, “parece una conducta razonable o plausible, que entra dentro de las líneas posibles de actuación del buen comerciante en una coyuntura similar a la de la empresa demandada, la de encargar a una empresa especializada la logística de la distribución de sus productos, cuando, al llevar a cabo por sí misma las correspondientes operaciones de ejecución, ha apreciado dificultades o problemas de gestión que aconsejan la reestructuración de las mismas” (STS de 31 de mayo de 2006, rec. 49/2005).

Como se puede observar, para la concurrencia de causa organizativa de despido en supuestos de descentralización parece exigirse la superación de una previa situación que justifique esta medida por afectar a la rentabilidad o competitividad empresarial. Una interpretación que parece haberse mantenido en el tiempo, aunque con matices, como se puede observar en la externalización de limpieza avalada por la STS de 20 de noviembre de 2015 (rec. 104/2015) y su voto particular, donde se defiende que la ventaja que obtiene la empresa con la suma combinada de despido colectivo y descentralización productiva es mayor que el problema de origen (menor ocupación de los hoteles y pérdida de facturación), por lo que se estaría dando una búsqueda de beneficio empresarial más que una respuesta razonable y equilibrada⁸⁶⁷.

También cabe preguntarse qué ocurre cuando uno o varios puestos de trabajo han visto reducidas sus funciones como consecuencia de una causa económica, técnica o productiva y, por ende, la empresa tiene una menor necesidad de plantilla pero no se han amortizado por completo tales puestos (situación que puede generar una causa organizativa de despido). En este sentido, es necesario acudir a lo dispuesto en el art. 12.4.e) ET: “[l]a conversión de un trabajo a tiempo completo en un trabajo parcial y viceversa tendrá siempre carácter voluntario para el trabajador y no se podrá imponer de forma unilateral o como consecuencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo al amparo de lo dispuesto en el artículo 41.1.a)” ET. Por ello, la empresa que, ante la evidente minoración de la actividad encargada a la persona trabajadora, ofrece una reducción de jornada para adaptar el contrato a las necesidades objetivas decrecientes y esta no es aceptada por el propio trabajador, puede llevar a cabo un despido por causas empresariales, sin que la contratación de otra persona trabajadora a tiempo parcial suponga fraude alguno, ya que la empresa en ningún caso puede aplicar una modificación sustancial de condiciones de trabajo (STS de 30 de mayo de 2018, rec. 2329/2016). Del mismo modo, ante un descenso de la producción,

⁸⁶⁶ MONEREO PÉREZ, J.L.: *El despido colectivo y sus elementos configuradores tras...*, cit., p. 36.

⁸⁶⁷ Un análisis en LACOMBA PÉREZ, F.R.: “Las interferencias de la externalización de actividades en la causa y razonabilidad del despido colectivo. Comentario a la STS (sala de lo social) de 20 de noviembre de 2015 (R. N.º 104/2015)”, *IusLabor*, N.º 1, 2016, pp. 304-316.

el despido que se produce tras la negativa a novar el contrato en fijo discontinuo no supone una represalia y no debe de operar la garantía de indemnidad a falta de prueba indiciaria, porque con ello lo que la empresa ofreció es una alternativa al despido, habiéndose demostrado que la medida resulta justificada y proporcionada a los fines pretendidos (STS de 20 de febrero de 2019, rec. 3941/2016).

C) Las causas productivas

La última de las causas empresariales que prevé el art. 51.1 ET son las causas de producción, que el propio precepto, con su traslado al art. 1.2 RPDC, define en un sentido abierto como todos aquellos cambios que, entre otros, se produzcan “en la demanda de productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado”. Las causas productivas se relacionan con la capacidad de adaptación de la empresa a los cambios o modificaciones que necesariamente deben de adoptarse para adecuar los bienes o servicios producidos a la demanda que dicta el mercado⁸⁶⁸. Se trata de una descompensación entre el modo y la forma de producir con las expectativas del mercado, lo cual se traduce en una disminución de la productividad y de las ventas, así como en un aumento del *stock*, por una inadecuación conforme a lo esperado por la demanda del bien o servicio. La causa productiva, como se puede observar, puede estar relacionada con la causa económica y, en concreto, con la disminución persistente en el nivel de ventas, no obstante, se trata de dos causas diferenciadas, ya sea por el ámbito de afectación (la causa económica debe de afectar a la empresa en su conjunto y la productiva no) o bien porque en la causa productiva no es necesaria una disminución persistente⁸⁶⁹.

Por ello, “la pérdida o disminución de encargos de actividad ha de ser considerada por su origen una causa productiva, en cuanto que significa una reducción del volumen de la producción contratada que provoca dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa y como tal hay que considerar el exceso de personal resultante de tal reducción” (STS de 28 de febrero de 2018, rec. 1731/2016). La reducción de los contratos con clientes puede dar lugar a un sobredimensionamiento de plantilla, que puede justificar una reestructuración empresarial para su adecuación al nivel de actividad requerido para conseguir un mejor volumen de negocio y poder sostener a los clientes existentes (STS de 13 de mayo de 2019, rec. 246/2018). Ante estas dificultades la empresa puede realizar amortizaciones de los puestos de trabajo sobrantes, de forma que se restablezca la correspondencia entre la carga de trabajo y la plantilla que la atiende (STS de 26 de abril de 2013, rec. 2396/2012).

En estos supuestos “ha de probarse por el empresario, que se han producido disfunciones en el entorno de su actividad, como falta de pedidos o bien descenso progresivo de la producción o de la actividad de la empresa, que le obligan a modificar o disminuir la producción, haciendo obsoletos uno o varios puestos de trabajo, ya que, de no extinguirse dichos puestos de trabajo, se desequilibraría el proyecto empresarial”

⁸⁶⁸ POQUET CATALÁ, R.: *Análisis de la actual configuración del despido colectivo*, op. cit., p. 95.

⁸⁶⁹ ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, op. cit., p. 106.

(STS de 14 de marzo de 2023, rec. 1920/2020). Además, como ha reiterado la jurisprudencia, “la decisión extintiva debe constituir una medida racional en términos de eficacia de la organización productiva que sea proporcional y adecuada a los fines que se pretenden conseguir”, aunque al Tribunal no le corresponde “fijar la precisa idoneidad de la medida a adoptar por el empresario ni censurar su oportunidad en términos de gestión empresarial, sino que únicamente han de excluirse -como carentes de razonabilidad- aquellas decisiones empresariales que ofrezcan patente desproporción entre el objetivo legalmente fijado y los sacrificios impuestos a los trabajadores” (SSTS de 28 de febrero de 2018, rec. 1731/2016, y de 17 de julio de 2014, rec. 32/2014).

Uno de los ejemplos más paradigmáticos y controvertidos para las causas productivas de despido colectivo u objetivo en la empresa contratista es la finalización o modificación de contratos por parte de la empresa principal⁸⁷⁰ (aunque suele acompañarse de causas organizativas en su alegación). En este sentido, la terminación o la reducción del volumen de contratos puede generar en la empresa auxiliar dificultades que impidan su buen funcionamiento al generarse un excedente de personal por la reducción de la actividad empresarial. Es doctrina consolidada que, una vez probadas las causas productivas y la razonabilidad de las medidas extintivas⁸⁷¹, en estos casos se podrá acudir a los arts. 51 y 52.c) ET⁸⁷² y no a la extinción contractual del art. 49.1.c) ET⁸⁷³.

Respecto a la obligación de recolocar a las personas trabajadoras afectadas en otras secciones de la empresa no afectadas por la finalización o reducción de la contrata (o la necesidad de acreditar la imposibilidad de recolocación), la jurisprudencia ha venido admitiendo que el art. 52.c) ET (y, por ende, el art. 51 ET) “no impone al empresario la obligación de agotar todas las posibilidades de acomodo del trabajador en la empresa, ni viene aquél obligado, antes de hacer efectivo el despido objetivo, a destinar al empleado a otro puesto vacante de la misma”⁸⁷⁴. De este modo, habida cuenta de que el ámbito de afectación de la causa productiva sobrevenida puede ser el espacio o sector concreto de la actividad empresarial afectado por el exceso de

⁸⁷⁰ La jurisprudencia no considera lícita la extinción de contratos por la finalización de la contrata por voluntad de la empresa contratista o subcontratista (SSTS 14 de junio de 2007, rec. 2301/2006; 10 de junio de 2008, rec. 1204/2007; y 2 de julio de 2009, rec. 77/2007).

⁸⁷¹ Véase STS de 1 de febrero de 2017, rec. 2309/2015, donde se indica que no basta con que en la carta de despido se aluda a la reducción en el volumen de la contrata por parte de la principal, sino que es necesario que se acredite tal situación.

⁸⁷² SSTS 13 de julio 2017 (rec. 25/2017); 14 de noviembre 2017 (rec. 2954/2015); 4 de abril 2019 (rec. 165/2018); 14 de enero 2020 (rec. 126/2019); 3 de noviembre de 2020 (rec. 1521/2018) y 23 de marzo de 2022 (rec. 1985/2020).

⁸⁷³ Esta apreciación tiene sentido respecto a la extinción de contratos temporales de obra vinculados a la duración de la contrata, lo cual se venía admitiendo hasta la STS de 29 de diciembre de 2020 (rec. 240/2018). En aplicación del despido por causas productivas para estos contratos, cfr. SSTS de 16 de julio de 2014 (rec. 1777/2013); de 17 de septiembre de 2014 (rec. 2069/2013) y de 10 de enero de 2017 (rec. 1077/2015).

⁸⁷⁴ SSTS de 21 de julio de 2003 (rec. 4454/2002); de 19 de marzo de 2002 (rec. 1979/2001); de 13 de febrero de 2002 (rec. 1496/2001); de 7 de junio de 2007 (rec. 191/2006); de 31 de enero de 2018 (rec. 1990/2016); de 3 de noviembre de 2020 (rec. 1521/2018) y de 14 de marzo de 2023 (rec. 1920/2020).

personal, en este caso la contrata finalizada o modificada⁸⁷⁵, se puede proceder al despido del excedente de personal con independencia de que existan otros puestos vacantes en la empresa, salvo supuestos excepcionales en los que se ha declarado el despido improcedente⁸⁷⁶.

En caso de sucesión de contratas, también se permite que la nueva contratista proceda a despedir por causas empresariales si la empresa principal decide reducir el objeto de la contrata. Se puede reducir la plantilla subrogada para ajustarse a las nuevas necesidades productivas, con el fin de no conceder una ventaja competitiva a la empresa saliente que, de haber permanecido en la contrata, sí que hubiera podido realizar los despidos⁸⁷⁷. Del mismo modo, la STS de 10 de enero de 2017 (rec. 1077/2015) justifica el despido por causas productivas cuando, tras una subrogación convencional, se reduce la contrata en virtud del pliego de condiciones, lo cual genera ciertas dudas para la doctrina científica, habida cuenta de que no se trataría de un desequilibrio “imprevisto”, ya que la contratista entrante era conocedora de las condiciones de la contrata⁸⁷⁸.

En cuanto al despido provocado por la pérdida de la contrata a consecuencia de la no presentación al concurso por parte de la empresa auxiliar, ha de valorarse si esta causa productiva es ajustada o no a derecho. Este supuesto ha sido analizado por la STS de Pleno de 27 de julio de 2022 (rec. 296/2021), donde se estudia si la medida extintiva es razonable y proporcionada. En este sentido, el Tribunal Supremo parte de que la causa no puede surgir de “actos unilateralmente acordados por la empleadora” (con cita en STS de 18 de septiembre de 2018, rec. 3451/2016) y, por ello, procede a analizar la concurrencia de la causa y su conexión de funcionalidad con los despidos. En este punto, el Alto Tribunal precisa que, a pesar de que la empresa ha alegado en su informe que no se presentó al concurso por las pérdidas que ello le hubiera ocasionado, la sentencia recurrida no ha razonado sobre la posibilidad o imposibilidad de que la empresa afectada haya podido hacer una propuesta que no le hubiera conllevado pérdidas o sobre los impedimentos que existen para que tal empresa hubiera podido hacer una oferta como la que hizo la nueva entidad adjudicataria. De este modo, habida cuenta de que las causas de despido no pueden ser consecuencia de decisiones unilaterales de la propia empresa, que han de ser actuales y proporcionales, a la empresa le correspondía un mayor esfuerzo probatorio que no se ha dado en el caso y, por ello, se declara el despido no ajustado a derecho. En cualquier caso, si la

⁸⁷⁵ SSTs de 16 de septiembre de 2009 (rec. 2027/2008) y de 26 de abril de 2013 (rec. 2396/2012).

⁸⁷⁶ SSTs de 29 de noviembre de 2010 (rec. 3876/2009); de 26 de abril de 2013 (rec. 2396/2012) y de 1 de febrero de 2017 (rec. 1595/2015).

⁸⁷⁷ STS de 21 de abril de 2017 (rec. 258/2016), reiterando la doctrina prevista en las SSTs 16 de julio 2014 (rec. 1777/2013); 17 de septiembre 2014 (rec. 2069/2013); 3 de marzo 2015 (rec. 1070/2014); y 10 de enero 2017 (rec. 1077/2015).

⁸⁷⁸ Esta reflexión es elaborada por BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Reducción de contrata impuesta por pliego y despido objetivo procedente de la contratista entrante”, Blog: *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, entrada de 14 de marzo de 2017, disponible en: <https://ignasibeltran.com/2017/03/14/reduccion-de-contrata-impuesta-por-pliego-y-despido-objetivo-procedente-de-la-contratista-entrante/> (consultada el 16 de enero de 2024).

contratista se presenta tras la terminación de la contrata al concurso pero rebaja su oferta, habida cuenta de la existencia de pérdidas, y el servicio es adjudicado a otra empresa, ello puede justificar el recurso al despido por causas productivas (*vid.*, STS de 18 de febrero de 2022, rec. 229/2021).

2.4.5. El ámbito de afectación de las causas

Tradicionalmente se ha venido debatiendo en torno al ámbito de afectación de las causas empresariales de despido, esto es, si deben concurrir en la empresa en su conjunto o pueden darse en un centro de trabajo o en una determinada unidad productiva autónoma.

Respecto a la causa económica, esta cuestión fue resuelta en el orden jurisdiccional social con ocasión de la aplicación del art. 52.c) ET hace más de 25 años. En este sentido, la STS de 14 de mayo de 1998 (rec. 3539/1997) unificó la doctrina a la hora de considerar que la existencia de una situación económica negativa comporta, para la determinación de su concurrencia, la valoración del estado económico de la empresa en su conjunto⁸⁷⁹. Tal y como determina el Alto Tribunal, “la situación económica negativa, suficiente o trascendente, ha de afectar a la empresa en su conjunto o globalidad, lo que no posibilita en este ámbito económico la disgregación de la empresa en secciones o centros separados, pues con la adopción de la medida extintiva se pretende superar una situación negativa de la entidad y conseguir un adecuado funcionamiento económico de la misma”.

De este modo, para valorar la concurrencia de la causa económica es necesario tener en cuenta los resultados de la empresa considerada en su conjunto⁸⁸⁰. El resultado empresarial para valorar la causa de despido no podrá limitarse a unidades más pequeñas dentro de la empresa⁸⁸¹, al igual que si se quiere llevar a cabo el despido en un determinado centro de trabajo no se exigirá que la situación económica negativa afecte a este centro de trabajo o a todos los centros de trabajo que pertenezcan a la empresa. Este ámbito de afectación de la causa a la empresa en su conjunto es confirmado por el RPDC, cuando en la documentación se exige que se acrediten los resultados a nivel de la empresa, tanto en una memoria explicativa como indirectamente a través de las cuentas anuales de los dos últimos años (artículo 4.1 y 2 RPDC).

En los casos en los que la empresa que promueve el despido colectivo por causas económicas pertenezca a un grupo de empresas mercantil, solo habrá de acreditarse la situación económica de la empresa promotora del despido⁸⁸², al ser esta quien ostenta la condición de empresario, sin perjuicio del examen de la documentación exigida por el art. 4 RPDC, que permitirá discernir si dicha situación se ha producido por la propia

⁸⁷⁹ BLASCO PELLICER, Á.: “El despido colectivo”, *op. cit.*, p. 229.

⁸⁸⁰ SSTs 21 de julio de 2003 (RJ 2003/7165) y 12 de diciembre de 2008 (RJ 2008/256).

⁸⁸¹ SSTSJ Galicia 9 de octubre de 2012 (rec. 3109/12); Galicia 19 de diciembre 2011 (rec. 4064/11); y de Valladolid 11 de enero de 2012 (rec. 2022/11).

⁸⁸² SSTs 23 de octubre de 2012, rec. 351/12; 25 de septiembre 2013, rec. 3/13; 19 de diciembre de 2013, rec. 37/13; 19 de febrero de 2014, rec. 45/13; 21 de mayo de 2014, rec. 182/13; 20 de noviembre 2014, rec. 114/14; 24 de septiembre de 2015, rec. 309/14 y 20 de octubre de 2015, rec. 272/14.

dinámica de la empresa afectada o si ha sido forzada artificiosamente por la sociedad dominante, a través de la descapitalización o de operaciones vinculadas sin atenerse a las condiciones de mercado⁸⁸³. Sin embargo, si se trata de un grupo de empresas a efectos laborales, “la acreditación de las causas económicas deberá ir referida a todas las empresas del grupo y no sólo a la formal empleadora”, ya que nos encontramos “ante una única relación de trabajo cuyo titular es el grupo en su condición de sujeto real y efectivo de la explotación unitaria por cuenta de la que prestan servicios los trabajadores”⁸⁸⁴.

Por otro lado, a diferencia de las causas económicas, el ámbito de afectación de las causas técnicas, organizativas y productivas corresponderá al sector concreto de la empresa donde aparezca el problema, pudiendo ser un solo centro de trabajo⁸⁸⁵ y no la empresa en su totalidad, una unidad productiva autónoma [SSTS 14 de mayo 1998 (RJ 1998/4650) y 8 de julio de 2012 (RJ 2012/9967)] o bien si se trata de una empresa de servicios una de las contrataciones en las que se interviene (STS 31 de enero de 2013, rec. 709/2012). En concreto, como sintetiza la STS de 28 de febrero de 2018 (rec. 1731/2016), las causas técnicas, organizativas o productivas: “pueden actuar tanto en el ámbito de la empresa en su conjunto como en un solo centro de trabajo o en una unidad productiva autónoma, cuando lo que se produce es una situación de desajuste entre la fuerza del trabajo y las necesidades de la producción o de la posición en el mercado, que afectan y se localizan en puntos concretos de la vida empresarial, pero que no alcanzan a la entidad globalmente considerada, sino exclusivamente en el espacio en que la patología se manifiesta”.

La STS de 18 de noviembre de 2020 (rec. 143/2019), con cita en la STS de 16 de septiembre 2009 (rec. 2027/2008), va más allá e indica que “la medida extintiva sólo estará justificada, en su caso, allí donde se produzca la situación anormal en que consiste ese desfase entre el volumen de la plantilla y las necesidades que deben cubrirse con ella. Es más, hemos declarado que la legalidad vigente no impone al empresario la obligación de recolocar al excedente de mano de obra y reforzar con él otra unidad que se encuentre en situación de equilibrio, salvo que se prefiera desplazar el problema de un centro de trabajo a otro, pero sin solucionarlo”.

De igual modo, la STS de 13 de mayo 2019 (rec. 246/2018) precisa que en el despido colectivo por causas TOP en el ámbito de un grupo de empresas a efectos laborales debe descartarse la necesidad de que todas las empresas del grupo tengan que ser promotoras del despido colectivo porque, al ser las causas de despido de carácter productivo y organizativo, el ámbito de afectación de la medida debe centrarse allí donde estén presentes las causas que la provocan, correspondiendo al empresario decidir los puestos que deben extinguirse.

⁸⁸³ BODAS MARTÍN, R.: “Las causas del despido colectivo: causas económicas”, *op. cit.*, p. 59.

⁸⁸⁴ SSTS 656/2018, 20 de junio de 2018 y de 23 de marzo de 2022 (rec. 3522/2019).

⁸⁸⁵ ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, *op. cit.*, p. 100.

CAPÍTULO 3. ANÁLISIS DEL CENTRO DE IMPUTACIÓN NORMATIVA: ¿EMPRESA, CENTRO DE TRABAJO O GRUPO DE EMPRESAS?

3.1. El centro de trabajo frente a la empresa en su conjunto: doctrina *Rabal Cañas* y problemas interpretativos

En un primer lugar, es imprescindible tener en cuenta que la normativa interna, fruto de una deficiente transposición, no coincide con la Directiva comunitaria a efectos de la “unidad de cómputo”⁸⁸⁶, pues mientras en la primera se contempla la noción de “empresa”, en la segunda norma se utiliza el concepto de “centro de trabajo”.

Dicha distinción, la cual no ha estado exenta de debate, ha sido generalmente aceptada por la doctrina científica⁸⁸⁷ y por la jurisprudencia (STS de 18 de marzo de 2009, rec. 1878/2008)⁸⁸⁸, fundamentalmente sobre la base de la protección más garantista que ofrece el Derecho interno, el carácter flexible del concepto comunitario de centro de trabajo y la posibilidad de complementar la protección mínima de la Directiva a través de lo previsto en su artículo 5⁸⁸⁹. De este modo, se venía entendiendo que la opción del legislador español por la unidad de referencia “empresa” favorecía más a los trabajadores ante un tejido empresarial caracterizado por pymes, generalmente organizadas en diversos centros de trabajo con un número reducido de empleados⁸⁹⁰,

⁸⁸⁶ MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada*, op. cit., pp. 25-26.

⁸⁸⁷ VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Los despidos por causa económica”, VV.AA.: *La reforma del mercado laboral*, VALDÉS DAL-RÉ, F. (Dir.), Valladolid, Lex Nova, 1994, pp. 395 y ss., y más específicamente, recogiendo todos los argumentos a favor utilizados por la doctrina, *vid.*, SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. y DE FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, C.: “Despido colectivo y unidad de referencia (I). La transposición de la Directiva 98/59/CE y el margen de apreciación de los derechos nacionales”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, N.º 194, 2017, pp. 23 y ss.

⁸⁸⁸ Jurisprudencia reiterada por las SSTs 4641/2012 de 23 de abril y 404/2013 de 23 de enero.

⁸⁸⁹ “La presente Directiva no afectará a la facultad de los Estados miembros de aplicar o de introducir disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables para los trabajadores o de permitir o de fomentar la aplicación de disposiciones convencionales más favorables para los trabajadores”.

⁸⁹⁰ MOLERO MARAÑÓN, M.L.: “La ineludible reforma del despido colectivo en su ámbito de referencia”, *Documentación laboral*, N.º 111, 2017, pp. 43 y 44.

por lo que alcanzar los umbrales del despido colectivo era más asequible a nivel de empresa que a nivel de unidades de producción inferiores. En este sentido, la utilización del “centro de trabajo” hubiera dificultado más la aplicación del procedimiento de despido colectivo, favoreciendo prácticas fraudulentas de fragmentación de plantillas o de despidos por centro de trabajo para esquivar los trámites de la Directiva 98/59⁸⁹¹.

Sin embargo, esta posición cuasi unánime⁸⁹² no era del todo pacífica, tanto por sus problemas interpretativos evidentes (la diferencia de términos en una u otra normativa), como por el reconocimiento, incluso por parte del propio Tribunal Supremo en la sentencia recientemente citada, de que “la aplicación de la Directiva en algún hipotético supuesto, pudiera determinar un efecto no menos favorable que la norma nacional”⁸⁹³. Hecho que se constató con la importante STJUE de 13 de mayo de 2015, *Rabal Cañas*, C-392/13, tras la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social N.º 33 de Barcelona en el asunto *Nexea Gestión Documental S.A.*, en demanda número de autos 85/2013, en la que se preguntaba si:

“¿Admite el concepto de “centro de trabajo”, como “concepto de Derecho Comunitario” esencial para la definición de lo que deba entenderse como “despido colectivo” en el contexto del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 98/59 y dado el carácter de norma mínima de la misma establecido en su artículo 5, una interpretación que permita que la norma de trasposición o traslación a la normativa interna del Estado miembro, el artículo 51.1 del [ET] en el caso de España, refiera el ámbito del cómputo del umbral numérico, exclusivamente, al conjunto de la “empresa”, con exclusión de aquellas situaciones en las que —de haberse acogido el “centro de trabajo” como unidad de referencia— habrían superado el umbral numérico establecido en dicho precepto?”

En tales términos se pronuncia el TJUE tras una argumentación fundamentada en su anterior jurisprudencia, partiendo necesariamente del concepto comunitario de centro de trabajo.

En primer lugar, el Tribunal aclara que a pesar de que el concepto “centro de trabajo” no se encuentre definido en la Directiva 98/59, ello no quiere decir que se pueda definir el mismo por referencia a las legislaciones de los Estados miembros al ser un concepto de Derecho de la Unión (STJCE de 7 de diciembre de 1995, *Rockfon*,

⁸⁹¹ SÁEZ LARA, C.: *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, op. cit., p. 56.

⁸⁹² A favor de una opción flexible entre “empresa” o “centro de trabajo”, en función del contexto empresarial, vid., NAVARRO NIETO, F.: “El despido colectivo, novedades normativas y balance jurisprudencial”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, N.º 7, 2013, p. 5.

⁸⁹³ Piénsese en un supuesto concreto en el que se despidieran a 10 trabajadores de un centro de trabajo con 22 trabajadores y su plantilla a nivel de empresa fuera de 200 trabajadores. Aplicando la unidad de referencia española no serían consideradas dichas extinciones como despidos colectivos, sino como despidos objetivos individuales o plurales, a diferencia de si se hubiera aplicado el centro de trabajo comunitario como unidad de cómputo. Por lo que, en general, la previsión española perjudicaba a aquellos trabajadores despedidos ante medidas reorganizativas de personal adoptadas en grandes empresas y concentradas en un único centro de trabajo. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. y DE FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, C.: “Despido colectivo y unidad de referencia (I). La transposición de la Directiva 98/59/CE y el margen de apreciación de los derechos nacionales”, op. cit., p. 22.

C-449/93), y como tal, debe de ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme en el ordenamiento jurídico de la Unión (STJCE 15 de febrero de 2007, *Athinaiki Chartopoïia*, C-270/05).

El TJUE, teniendo en cuenta lo anterior, y con base en su sentencia de 7 de febrero de 1985, *Botzen y otros*, C-186/83, define el término centro de trabajo “en el sentido de que designa, según las circunstancias, aquella unidad a la que se hallan adscritos los trabajadores afectados por el despido para desempeñar su cometido”, es decir, aquella organización empresarial a la que con habitualidad los trabajadores prestan sus servicios, sin que “resulte esencial que dicha unidad disponga de una dirección facultada para efectuar autónomamente despidos colectivos” (STJCE de 7 de diciembre de 1995, *Rockfon*, C-449/93, apartado 32). Matiz último que resulta adecuado con el fin de evitar una vía de escape a la hora de la aplicación de la Directiva en aquellos casos en los que se le atribuyera a órgano distinto la facultad de despedir (incluso en el caso de que dicha facultad residiera en un departamento común a dos empresas y de decisión coordinada como en el caso *Rockfon*).

Asimismo, el Tribunal de Luxemburgo recoge en la presente sentencia las precisiones vertidas en la STJUE de 15 de febrero de 2007, *Athinaiki Chartopoïia*, C-270/05, por las que “a efectos de la aplicación de la Directiva 98/59, puede constituir concretamente un «centro de trabajo», en el marco de una empresa, una entidad diferenciada, que tenga cierta permanencia y estabilidad, que esté adscrita a la ejecución de una o varias tareas determinadas y que disponga de un conjunto de trabajadores, así como de medios técnicos y un grado de estructura organizativa que le permita llevar a cabo esas tareas”.

En tal sentido, el TJUE reconoce expresamente la diferencia entre los términos empresa y centro de trabajo, los cuales no son equiparables al ser, generalmente, el centro una parte de la empresa, aunque no se excluye que ambos términos coincidan en el supuesto de que la empresa no disponga de varias unidades distintas. En cualquier caso, el Tribunal de Luxemburgo amplía el concepto de centro de trabajo, siguiendo su jurisprudencia de 15 de febrero de 2007 (C-270/05), pues “la entidad en cuestión no debe estar dotada necesariamente de autonomía jurídica alguna ni de una autonomía económica, financiera, administrativa o tecnológica para poder ser calificada de centro de trabajo”; todo ello sobre la base de la finalidad de la Directiva 98/59, por la que se previenen las consecuencias socioeconómicas que los despidos colectivos pueden provocar en un contexto local y social determinados.

Seguidamente, la STJUE *Rabal Cañas*, tras haber recogido su definición de centro de trabajo, alude a las SSTJUE de 13 de mayo de 2015, *Little y otros*, C-182/13, y de 30 de abril de 2015, *USDAW y Wilson*, C-80/14, para precisar que los términos “centros de trabajo” de los incisos i) y ii) del artículo 1.1.a) Directiva 98/59 se refieren al mismo significado, igualando el concepto comunitario con independencia de la opción de política legislativa de los Estados miembros en su elección por el periodo de referencia de 30 o 90 días.

En segundo lugar, las mismas sentencias son referenciadas (apartados 33 y 52, respectivamente) para finalmente dar respuesta a la cuestión prejudicial planteada por el juez español, en el sentido de que: “el centro de trabajo (...) es la entidad a la que se hallan adscritos los trabajadores afectados por el despido para desempeñar su cometido, y son los despidos efectuados en dicha entidad los que han de tomarse en consideración separadamente de los efectuados en otros centros de trabajo de esa misma empresa”. Sin embargo, el Alto Tribunal comunitario añade que “la sustitución del término «centro de trabajo» por el de «empresa» sólo puede considerarse favorable a los trabajadores si dicho elemento supone una añadidura y no implica el abandono o la reducción de la protección conferida a los trabajadores en aquellos casos en los que, si se aplicase el concepto de centro de trabajo, se alcanzaría el número de despidos requerido por el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de la Directiva 98/59 para aplicar la calificación de «despido colectivo»”.

De este modo, el TJUE acaba reconociendo la defectuosa transposición de la normativa comunitaria en la legislación española, en el sentido de que la Directiva 98/59 se opone a una normativa nacional que introduce como única unidad de referencia la empresa y no el centro de trabajo, cuando la aplicación de dicho criterio conlleva obstaculizar el procedimiento de información y consulta, y ello no ocurriría al contrario cuando se atendiera al centro de trabajo como unidad de cómputo. No obstante, también es cierto que el TJUE posibilita la adopción de la mejora de este mínimo común denominador del centro de trabajo, sumando todos los despidos realizados en cada uno de los centros de trabajo, a elección de cada Estado, cuando suponga una ampliación de las garantías de la Directiva. No obstante, esta mayor garantía no se puede exigir según el efecto útil de la Directiva 98/59, pues tal y como ha reconocido el propio Tribunal de Luxemburgo (sentencias *Little y otros* y *USDW y Wilson*), atendiendo al fin económico de dicha normativa comunitaria, ello supondría una descompensación entre las cargas exigidas a las empresas de los países miembros⁸⁹⁴.

Tras esta jurisprudencia del TJUE, queda claro que la utilización del criterio del “centro de trabajo” como unidad empresarial de referencia se ha de imponer siempre que ello resulte más favorable para el ejercicio de los derechos colectivos de información y consulta garantizados por la Directiva⁸⁹⁵. Por tanto, una vez resuelto el TJUE en tal sentido respecto a la normativa española, los jueces internos han tenido que obedecer al principio de primacía de la Unión, interpretando la normativa interna

⁸⁹⁴ CABEZA PEREIRO, J.: “La última jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en torno a la Directiva de despidos colectivos: un problema de conceptos y de políticas legislativas”, *Trabajo y Derecho*, N.º 10, 2015, p. 4. En efecto, en el caso *USDW* quedaron fuera de la Directiva 98/59 unos procedimientos de regulación de empleo que afectaron a miles de personas trabajadoras en todo el Reino Unido, quedando sin indemnización aproximadamente 4.500 trabajadores por pertenecer a centros de trabajo con menos de 20 trabajadores. Esto es lo que denomina GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “Despidos colectivos (Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998)”, en VV.AA., *Derecho social de la Unión Europea: aplicación por el Tribunal de Justicia* (CASAS BAAMONDE, M.E. et al., Dirs.), Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2023, p. 1458, como la paradoja respecto a la STJUE *Rabal Cañas*.

⁸⁹⁵ MONEREO PÉREZ, J.L.: “El despido colectivo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su incidencia en el Derecho interno”, *op. cit.*, p. 334.

conforme al Derecho social comunitario, como única alternativa posible para integrar el pronunciamiento del Tribunal de Justicia en la aplicación del Derecho nacional al negarse el efecto directo a la Directiva 98/59, y con el reto de no incurrir en una interpretación *contra legem*⁸⁹⁶.

De este modo, los primeros pronunciamientos no tardaron en llegar en suplicación de la mano de la STSJ País Vasco 1135/2015 de 21 de mayo (caso *Zordoya Otis*), donde se adoptó por primera vez la doctrina *Rabal Cañas* y se declaró la nulidad de aquellos despidos que, por no haber aplicado la unidad de referencia “centro de trabajo”, se habían visto privados del procedimiento de despido colectivo (27 despidos en un centro de trabajo de 77 personas que pertenecía a una empresa de 3.100 personas)⁸⁹⁷.

A partir de aquí, el propio Tribunal Supremo confirma dicha doctrina (STS 4408/2016 de 17 de octubre, rec. 36/2016), partiendo de la base de que la transposición de la Directiva 98/59 al art. 51.1 ET en lo que respecta a la unidad de referencia ha sido incorrecta. Dada la obligación por parte de los tribunales de contribuir a alcanzar el resultado previsto en la Directiva, el TS procede a completar (que no rectificar) la doctrina que venía manteniendo hasta el momento, en un ejercicio de “interpretación conforme”⁸⁹⁸, lo cual “obliga a algo más que a un mero análisis de la ley nacional que conduzca a un resultado puramente declarativo de su literalidad”⁸⁹⁹.

Por ello, para el TS si bien el mandato de la Directiva es “claro, rotundo y terminante” al imponer el centro de trabajo como unidad de referencia, la literalidad del art. 51.1 ET no excluye específicamente los centros de trabajo, ya que lo que introduce es una mejora sobre lo dispuesto en la norma comunitaria. Además, atendiendo a una interpretación teleológica, “lo pretendido por el art. 51.1º ET es dar cobertura a una situación más favorable con carácter general para los trabajadores que la prevista en la propia Directiva, que no la de excluir la protección en aquel nivel mínimo de garantía que su art. 1.1º ha residenciado en los centros de trabajo”, “[p]or más que el canon de interpretación literal, incluso los antecedentes históricos y legislativos de nuestra norma interna, parezcan conducir a un resultado diferente”. Del mismo modo, una

⁸⁹⁶ MOLERO MARAÑÓN, M.L.: “La ineludible reforma del despido colectivo en su ámbito de referencia”, *op. cit.*, p. 45.

⁸⁹⁷ POQUET CATALÁ, R.: *Análisis de la actual configuración del despido colectivo*, *op. cit.*, p. 54.

⁸⁹⁸ PÉREZ DEL PRADO, D.: “El Tribunal de Justicia y el despido colectivo español: una relación compleja”, en VV.AA., *Reestructuraciones empresariales: Comunicaciones del XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2021, p. 521.

⁸⁹⁹ “A diferencia de la interpretación ordinaria de la ley que se circunscribe al estudio de un precepto legal al que se aplican los criterios hermenéuticos del art. 3.1º Código Civil, la interpretación conforme al Derecho de la Unión supone la necesidad de contrastar la legislación interna con la Directiva respecto a la que ha de realizarse el test de conformidad, para establecer si es posible encontrar una solución interpretativa que permita compatibilizar el sentido de la norma nacional con la finalidad y resultado perseguido por la Directiva, haciendo efectiva esa obligación que debe orientar la actuación del órgano judicial nacional como garante de la efectividad del Derecho de la Unión (...)”.

interpretación sistemática también conduce a una integración del centro de trabajo como unidad de referencia del despido colectivo, habida cuenta de las numerosas menciones que contiene el ordenamiento laboral en las que se pone de manifiesto la frecuente asimilación que hace el legislador interno entre empresa y centro de trabajo (arts. 51.2 ET, 41.4 ET, 63 y siguientes ET, 8 LOLS...).

Atendiendo a todo lo anterior, el Tribunal Supremo termina por reconocer un “sistema de doble cómputo o escrutinio alternativo del umbral numérico” (empresa-centro de trabajo)⁹⁰⁰, siempre que el centro de trabajo emplee habitualmente a más de 20 trabajadores. Para el Alto Tribunal español “otra distinta interpretación daría lugar a un desigual, injustificado e irrazonable tratamiento de los trabajadores de aquellas empresas que cuentan con un solo centro de trabajo respecto a las que disponen de varios, permitiendo a estas últimas despedir individualmente a un número incluso superior a las otras, acudiendo al recurso de concentrar todas las extinciones en un único centro de trabajo”.

No obstante, esta interpretación del Tribunal Supremo ha sido criticada por parte de la doctrina científica, ya que se han extralimitado los confines de la interpretación conforme y se ha podido incurrir en una “sobreinterpretación” que se aparta del texto legal, habida cuenta del difícil encaje de la doctrina *Rabal Cañas* en el art. 51.1 ET⁹⁰¹. Algunos autores incluso defienden que se ha realizado una interpretación *contra legem*⁹⁰², al infringir los límites inherentes al recurso a la interpretación conforme que reconoce el propio Tribunal Supremo en su sentencia de 17 de octubre de 2016 (rec. 36/2016). En cualquier caso, ello se debe a la “operatividad, a veces difícil, insegura e incierta del principio de interpretación conforme al Derecho de la UE cuando se ha de resolver el caso concreto”⁹⁰³. Por razones de seguridad jurídica sería más acertado, por ende, proceder a modificar la norma, en el sentido de incluir el centro de trabajo cuando en ciertos casos fuese más favorable para las garantías colectivas instituidas en la Directiva comunitaria⁹⁰⁴.

⁹⁰⁰ DE CASTRO MARÍN, E.: *Despido colectivo “de hecho”. Aspectos controvertidos en la aplicación práctica del art. 51.1 ET*, op. cit., pp. 136-138.

⁹⁰¹ DESDENTADO BONETE, A.: “Problemas de aplicación del derecho social europeo. Del caso Telefónica Móviles al caso Zardoya Otis”, en *El Derecho.com*, entrada de 16 de marzo de 2017, disponible en: <https://elderecho.com/problemas-de-aplicacion-del-derecho-social-europeo-del-caso-telefonica-moviles-al-caso-zardoya-otis> (consultada el 25/01/2024).

⁹⁰² DE CASTRO MARÍN, E.: *Despido colectivo “de hecho”. Aspectos controvertidos en la aplicación práctica del art. 51.1 ET*, op. cit., pp. 139-143.

⁹⁰³ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. y DE FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, C.: “Despido colectivo y unidad de referencia (II). La transposición de la Directiva 98/59/CE y el margen de apreciación de los derechos nacionales”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, N.º 196, 2017, p. 13.

⁹⁰⁴ MONEREO PÉREZ, J.L.: “El despido colectivo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su incidencia en el Derecho interno”, op. cit., p. 334. Una propuesta de reforma en MOLERO MARAÑÓN, M.L.: “La ineludible reforma del despido colectivo en su ámbito de referencia”, op. cit., pp. 50-53.

Además, descartada por el TS la sustitución de la unidad “centro de trabajo” por “empresa” en la legislación española⁹⁰⁵, las dudas interpretativas respecto al sistema de doble cómputo y su orden de preferencia se han hecho palpables⁹⁰⁶, aunque defendiendo una parte de la doctrina científica⁹⁰⁷ el carácter del centro de trabajo como unidad de referencia mínima y la empresa como su complemento, a efectos de asegurar el cumplimiento de las previsiones de la Directiva 98/59. Posición aquí compartida, ya que entra en mayor consonancia con la jurisprudencia del TJUE (pues no olvidemos que “la sustitución del término «centro de trabajo» por el de «empresa» sólo puede considerarse favorable a los trabajadores si dicho elemento supone una añadidura y no implica el abandono o la reducción de la protección conferida a los trabajadores”, según la STJUE de 13 de mayo de 2015, *Rabal Cañas*, C-392/13).

Por tanto, una vez establecido el centro de trabajo como “mínimo indisponible y unidad básica de referencia” a los efectos del cómputo del art. 51.1 ET⁹⁰⁸, conviene precisar tanto su ámbito cualitativo como cuantitativo para proceder a su aplicación.

En cuanto al primero de los ámbitos, es necesario aludir de nuevo a su carácter de concepto típico comunitario, por el que para la definición de centro de trabajo se deberá de acudir a la jurisprudencia del TJUE, ya comentada, pudiendo sintetizar sus elementos definitorios de la siguiente forma: “unidad local diferenciada a la que están adscritos los trabajadores, que disponga de cierta permanencia y estabilidad y de medios técnicos y estructura organizativa propia para llevar a cabo las tareas encomendadas, aunque carezca de dirección facultada para efectuar autónomamente despidos colectivos, ni esté dotada de autonomía jurídica, económica, financiera, administrativa o tecnológica para poder ser calificada como centro de trabajo”⁹⁰⁹. En este sentido, los rasgos comunitarios que identifican al centro de trabajo distan de la definición del art. 1.5 ET, “configurando una definición amplia y abierta de un concepto eminentemente localista de centro de trabajo, tratando de facilitar la sujeción de los

⁹⁰⁵ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. y DE FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, C.: “Despido colectivo y unidad de referencia (II). La transposición de la Directiva 98/59/CE y el margen de apreciación de los derechos nacionales”, *op. cit.*, pp. 18 y 19.

⁹⁰⁶ A favor de constituir la empresa como unidad básica de cómputo y el centro de trabajo como unidad secuencial y subsidiaria, véase: STSJ Cataluña 582/2016 de 22 de febrero, la cual resolvió el recurso de suplicación contra la SJS n.º 33 de Barcelona que planteó cuestión prejudicial en el asunto *Rabal Cañas*; y GUTIÉRREZ COLOMINAS, D.: “El centro de trabajo como unidad de referencia física subsidiaria para el cálculo de las extinciones de los despidos colectivos”, *IUSlabor*, N.º 2, 2015, p. 9.

⁹⁰⁷ Entre otros, CASAS BAAMONDE, M.ª E.: “Unidades de cálculo de los umbrales numéricos del despido colectivo, el centro de trabajo y la empresa y extinciones contractuales computables. Los efectos de la sentencia del Tribunal de Justicia *Rabal Cañas* en la regulación del despido colectivo por el Estatuto de los Trabajadores”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, N.º 4, 2015, p. 395.

⁹⁰⁸ DE CASTRO MARÍN, E.: *Despido colectivo “de hecho”. Aspectos controvertidos en la aplicación práctica del art. 51.1 ET*, *op. cit.*, p. 144.

⁹⁰⁹ CASAS BAAMONDE, M.ª E.: “Unidades de cálculo de los umbrales numéricos del despido colectivo, el centro de trabajo y la empresa y extinciones contractuales computables...”, *op. cit.*, p. 395.

despidos colectivos a la Directiva, o en los términos jurisprudenciales para limitar los casos de despidos colectivos no sujetos” a la norma comunitaria⁹¹⁰.

Mayor debate ha suscitado el elemento cuantitativo del centro de trabajo a efectos del despido colectivo, pues la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reconocido sin ningún tipo de duda una limitación en materia de plantilla en cuanto a que el centro de trabajo deba de tener más de 20 trabajadores⁹¹¹. Se trata de una interpretación que ha sido tachada de errónea por algunos sectores doctrinales⁹¹²: no solo porque ha privado de la mejora que se introduce en el art. 51.1 ET para el cómputo del despido colectivo en empresas (que no establece mínimo para su plantilla) *ex art. 5 Directiva 98/59*, sino porque ello tampoco encuentra encaje en la necesaria dimensión plural del despido colectivo que defiende el TS⁹¹³, pues si no se exigiera mínimo de plantilla en los centros de trabajo, igualmente habría que despedir a 10 trabajadores para que el despido colectivo fuera calificado como tal. Además, pueden darse en algunas ocasiones situaciones de desigualdad de trato a efectos del cómputo en una empresa que solo tiene un centro de trabajo y los diferentes centros de trabajo de otra empresa, pues a la primera solo se le exigirán 10 despidos, como mínimo, y a los segundos además una plantilla de 20, generando mayores ventajas para las grandes empresas que organicen de este modo sus plantillas⁹¹⁴. Por tanto, debería de posibilitarse un debate acerca de si esta diferencia de trato estaría cubierta por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en el sentido de obedecer a una justificación objetiva y razonable, que, a su vez, supere el test de proporcionalidad.

⁹¹⁰ MOLERO MARAÑÓN, M.L.: “La ineludible reforma del despido colectivo en su ámbito de referencia”, *op. cit.*, pp. 49 y 50.

⁹¹¹ SSTs 4408/2016 de 17 de octubre, 312/2017 de 6 de abril y 2480/2017 de 13 de junio.

⁹¹² CASAS BAAMONDE, M.ª E.: “Unidades de cálculo de los umbrales numéricos del despido colectivo, el centro de trabajo y la empresa y extinciones contractuales computables...”, *op. cit.*, p. 397 y DE CASTRO MARÍN, E.: *Despido colectivo “de hecho”. Aspectos controvertidos en la aplicación práctica del art. 51.1 ET*, *op. cit.*, pp. 146-152.

⁹¹³ Para el TS en su sentencia 17 de octubre de 2016 (rec. 36/2016) “la dimensión necesariamente plural del despido colectivo impide la aplicación de este régimen jurídico a cualquier centro de trabajo, lo que nos lleva a insistir en la circunstancia de que esa misma interpretación conforme al Derecho de la Unión del art. 51.1º ET obliga a entender que el concepto de centro de trabajo, a efectos del despido colectivo, no puede ser otro que el previsto en el art. 1.1º de la Directiva 98/59, esto es, aquel que emplea habitualmente a más de 20 trabajadores, al ser este último requisito cuantitativo consustancial al propio concepto de centro de trabajo en los términos establecidos en la Directiva, sin que en la norma interna haya elementos que permitan ninguna otra posible interpretación diferente en materia de despidos colectivos, y con independencia de la consideración como centro de trabajo que pudieren tener a otros efectos las unidades productivas de la empresa en las que estuvieren empleados un número menor de trabajadores (...)”.

⁹¹⁴ Esto lo reconoce el propio TS, cuando indica que: “[n]o se nos escapa que la aplicación de la regla del art. 51.1º letra a) ET supone un diferente tratamiento jurídico entre las empresas que disponen de varios centros de trabajo y las que tienen un único centro que no emplea a más de 20 trabajadores, pero ese resultado no es contrario a las previsiones de la Directiva en la medida en que supone una mejora en favor de los trabajadores de ese tipo de empresas con un único centro de trabajo, al igual que en sentido contrario es más favorable a los trabajadores el cómputo conjunto de las extinciones en las empresas que cuentan con varios centros de trabajo” (STs de 17 de octubre de 2016, rec. 36/2016).

Una interpretación más acorde con el tenor literal del art. 51.1 ET podría haber sido la aplicación de la escala legal a la unidad de referencia centro de trabajo sin ninguna añadidura más, es decir, sin exigir el umbral mínimo de más de 20 trabajadores en plantilla que utiliza la Directiva 98/59 (despido de al menos 10 trabajadores en centros de trabajo de menos de 100 trabajadores; el 10% de despidos en un centro de trabajo de entre 100 y menos de 300 trabajadores; y al menos 30 despidos si el centro de trabajo tiene 300 o más empleados). Con esta fundamentación el Tribunal Supremo español hubiera garantizado la efectividad de la Directiva sin incorporar en la norma datos normativos ausentes en la redacción del texto legal, los cuales ponen en cuestión precisamente el principio de interpretación conforme⁹¹⁵.

En cualquier caso, tal y como ha ocurrido en la STS 2480/2017 de 13 de junio, si se extinguen la totalidad de los contratos de trabajo (12) de un centro de trabajo, insertado en una plantilla de 20.000 trabajadores, dicho “cierre de centro de trabajo”, además de no ser colectivo porque no se reunieron los umbrales tanto a nivel de empresa como de centro de trabajo por no emplear a más de 20 trabajadores, tampoco equivaldrá al despido colectivo por cierre de empresa previsto en 51.1 ET⁹¹⁶.

En definitiva, más allá de estas cuestiones problemáticas, en la actualidad parece asentado jurisprudencialmente el criterio alternativo de doble cómputo de despido colectivo sobre el centro de trabajo que emplee a más de 20 trabajadores o sobre la empresa en su conjunto⁹¹⁷, lo cual no quiere decir que ello no esté generando una gran inseguridad jurídica, al desconocer *ex ante* cuál será el centro de imputación normativa, por lo que sería necesario para su solución y precisión una intervención legislativa⁹¹⁸, que incluso debiera de incluir una adecuada referencia al grupo empresarial, figura que está plenamente a la orden del día en cuanto a mecanismo de gestión empresarial.

3.2. El grupo de empresas como empleadora en el despido colectivo

El cambio de paradigma que ha vivido la economía mundial durante el siglo pasado, y muy especialmente durante la segunda mitad de la década de los setenta, provocó que se dejara atrás definitivamente al modelo de empresa-fordista para dejar paso al fenómeno de la descentralización productiva⁹¹⁹. En una época caracterizada por la inestabilidad económica, la globalización, el aumento de la competitividad,

⁹¹⁵ Así lo defiende MOLERO MARAÑÓN, M.L.: “La ineludible reforma del despido colectivo en su ámbito de referencia”, *op. cit.*, p. 49. En el mismo sentido, LAHERA FORTEZA, J.: “Nueva configuración del despido colectivo”, *Trabajo y Derecho*, N.º 34, 2017, pp. 3 y 4, versión digital.

⁹¹⁶ “Se entenderá igualmente como despido colectivo la extinción de los contratos de trabajo que afecten a la totalidad de la plantilla de la empresa, siempre que el número de trabajadores afectados sea superior a cinco, cuando aquel se produzca como consecuencia de la cesación total de su actividad empresarial fundada en las mismas causas anteriormente señaladas”.

⁹¹⁷ SSTs 6 de abril 2017 (rec. 3566/2015); 13 de junio 2017 (rec. 196/2016); 14 de julio 2017 (rec. 74/2017); 22 de septiembre 2021 (rec. 106/2021).

⁹¹⁸ ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, *op. cit.*, p. 58.

⁹¹⁹ MONEREO PÉREZ, J.L.: “Aspectos laborales de los grupos de empresas”, *Revista española de derecho del trabajo*, N.º 21, 1985, p. 87.

la aparición de los países emergentes o el desarrollo tecnológico, la flexibilidad que otorgaba la organización empresarial vía grupos de empresas se mostraba como la más ventajosa, incluso para disminuir el denominado “efecto dominó o de contagio” entre las distintas empresas⁹²⁰.

En esta política de diversificación de riesgos, las reestructuraciones en los grupos de empresas no han sido un fenómeno extraño, acudiendo en la mayoría de los casos a despidos colectivos⁹²¹. En efecto, en los últimos tiempos la invocación en sede judicial de esta realidad empresarial en los procesos de reestructuración empresarial ha llevado a reelaborar el concepto de grupo de empresas utilizado hasta los años 90, para dejar paso a una doble categoría de grupo de sociedades a nivel mercantil y a efectos laborales, como se tendrá ocasión de comentar⁹²². Buena prueba de la relevancia de los grupos en el despido colectivo ha sido la intensa batería de pronunciamientos que han elaborado los jueces y tribunales internos para hacer frente a esta problemática, entre los que destacan, por su impacto social y mediático, algunos de ellos⁹²³.

No obstante, la jurisprudencia ha tenido que realizar un especial esfuerzo de interpretación para casar la figura de los grupos empresariales con el despido colectivo, habida cuenta de la regulación parcial con la que cuenta esta figura en el ordenamiento jurídico español. En efecto, sin que exista una ordenación plenamente detallada, en el orden social son tres las normas que definen de manera directa o indirecta qué debe entenderse por grupo de empresas: los artículos 3.1.3º y 4 de la Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria; artículo 2.1.1º.b) de la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional; y la disposición adicional 16.ª (conocida como “enmienda telefónica”⁹²⁴ o aportación económica al Tesoro Público) de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, que remite para su definición al art. 42.1 del Código de Comercio⁹²⁵.

De este modo, la regulación laboral española define al grupo empresarial con las notas de dependencia o control de una empresa (“dominante”) sobre otra (“dependiente”), remitiendo expresa o tácitamente a la definición mercantil contenida en el Código de Comercio (posesión de la mayoría de los derechos de voto; facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración;

⁹²⁰ UBILLÚS BRACAMONTE, R.E.: *Grupos de empresas en el ámbito laboral: delimitación conceptual y reestructuraciones*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2017, p. 52.

⁹²¹ GOERLICH PESET, J.M.: “Los grupos de sociedades en la jurisprudencia social reciente: puntos críticos”, *Revista de información laboral*, N.º 5, 2014, p. 16.

⁹²² MOLERO MARAÑÓN, M.L.: “La ineludible reforma del despido colectivo en su ámbito de referencia”, *op. cit.*, p. 53.

⁹²³ Entre otros, caso COCA COLA (SAN 108/2014 de 12 de junio y STS 1717/2015 de 20 de abril).

⁹²⁴ BAZ RODRÍGUEZ, J.: “El despido colectivo en las empresas de grupo. Viejos y nuevos problemas, tras el cambio de modelo normativo (2012-2014)”, *Trabajo y Derecho*, N.º 1, 2015, p. 5/30.

⁹²⁵ Esta remisión es introducida por el art. 5 de la Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores.

poder de disposición, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto; se hayan designado a la mayoría de los miembros del órgano de administración)⁹²⁶. Sin embargo, esta definición no equivale a una definición del grupo de empresa a efectos laborales, esto es, que defina al grupo como empleador, pues dicha noción solo hace referencia al tipo de vinculación que debe existir entre las empresas dominante y dependiente para que sean consideradas como grupo empresarial mercantil, sin relacionar dicha vinculación con los trabajadores que trabajan para una o varias empresas del grupo⁹²⁷.

En el ámbito concreto del despido colectivo y su regulación, es necesario destacar la irrelevancia del grupo de empresas en cuanto a la unidad de referencia o de cómputo. Tanto la Directiva 98/59, a consecuencia de su armonización débil y opción de política legislativa económica, como la norma española no reconocen al grupo empresarial como centro de imputación normativa y ni mucho menos como sujeto promotor del procedimiento de consultas-negociación⁹²⁸.

La única referencia que adopta la Directiva comunitaria en materia de grupos empresariales se encuentra en su artículo 2.4, al garantizar el procedimiento de despido colectivo con independencia de que la decisión material de despedir la haya tomado la matriz (o empresa que ejerce el control) o de que esta empresa no haya suministrado la información suficiente. De este modo, aun habiéndose reconocido la autoría material de la decisión de despedir por parte de la empresa matriz como consecuencia de la penetración o reparto de poder que opera en los grupos empresariales, no se han extendido las obligaciones y responsabilidades más que a la empresa filial empleadora, articulando meramente una regla de transparencia, pero no de responsabilidad ni de equidad⁹²⁹. La norma comunitaria presenta, así, notables carencias pues “no ha previsto un aconsejable mecanismo de imputación de responsabilidades a la empresa controladora o al centro de decisión unitaria del complejo empresarial respecto al cumplimiento de las obligaciones por ella establecida, sino que la responsabilidad se ciñe a la empresa controlada”; al igual que “tampoco delimita la noción de “control” a los efectos instrumentales por ella previstos”⁹³⁰.

En este sentido ahonda la STJCE de 10 de septiembre de 2009, *AEK vs. Fujitsu Siemens*, C-44/08, cuando interpreta que: “una empresa que controla al empresario, aun cuando pueda adoptar decisiones vinculantes para éste, no tiene la condición de empresario” y, por tanto, “el único destinatario de las obligaciones en materia de

⁹²⁶ MONEREO PÉREZ, J.L.: *Teoría jurídica de los grupos de empresas y derecho del trabajo*, Granada, Comares, 1997, p. 60.

⁹²⁷ UBILLÚS BRACAMONTE, R.E.: *Grupos de empresas en el ámbito laboral: delimitación conceptual y reestructuraciones*, op. cit., pp. 64-68.

⁹²⁸ BAZ RODRÍGUEZ, J.: “El despido colectivo en las empresas de grupo. Viejos y nuevos problemas, tras el cambio de modelo normativo (2012-2014)”, op. cit., pp. 2-4/30.

⁹²⁹ MOLINA NAVARRETE, C.: “«Grupo de empresas» y despidos colectivos: disfunciones prácticas de la distinción entre usos «patológicos» y «fisiológicos»”, *Actualidad Laboral*, N.º 7, 2014, p. 14.

⁹³⁰ MONEREO PÉREZ, J.L.: “El despido colectivo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su incidencia en el derecho interno”, op. cit., p. 326.

información, consulta y notificación es el empresario, es decir, una persona física o jurídica que tiene una relación laboral con los trabajadores que pueden ser despedidos”. Por ello, “con independencia de que los despidos colectivos se consideren o proyecten a raíz de una decisión de la empresa que emplea a los trabajadores afectados o de una decisión de su sociedad matriz, es siempre la primera la que está obligada, como empresario, a llevar a cabo consultas con los representantes de sus trabajadores”, conformando el ámbito de la negociación previa al despido colectivo no el grupo de sociedades, sino la empresa que realiza los despidos.

Dicho criterio, que niega la relevancia del grupo en materia de despido colectivo, ha sido reiterado posteriormente por la STJUE de 7 de agosto de 2018, asuntos *Bichat, Chlubna y Walkner*, C-61/17, C-62/17 y C-72/17, a pesar de que la Directiva 2009/38/CE sí que posibilita un procedimiento de consulta-informe con la dirección central del grupo empresarial de dimensión comunitaria como sujeto que, sin necesidad de ser empleador de los trabajadores, es responsable, en cuanto rector de un ámbito complejo y descentralizado de organización del trabajo, de poner en marcha procedimientos de interlocución ante la toma de decisiones, a nivel y con impacto subjetivo transnacional, que afecten a los trabajadores, y particularmente en el caso de despidos colectivos⁹³¹, aunque todo ello con independencia de su específico procedimiento (Considerando 38 de la Directiva).

En cualquier caso, la Directiva 98/59 no toma en consideración al grupo empresarial, no solo porque quien tenga que realizar los deberes de información y consulta sea la empresa dependiente, aunque la decisión la haya tomado la matriz, sino porque, además, la unidad de cómputo sobre la que se tienen en cuenta los despidos es el centro de trabajo, y no la empresa o el grupo empresarial⁹³².

Este interés por la “impermeabilidad causal y procedimental”⁹³³ del grupo en relación con el despido colectivo también se traslada a la regulación española, que no ha estimado oportuno implantar mejora o ampliar la unidad de referencia vía art. 5 Directiva 98/59, en un intento de no limitar la libertad de empresa⁹³⁴. Si el grupo de empresas es mercantil, la normativa nacional no prevé ninguna disposición específica que conceda protagonismo al grupo como centro de imputación normativa, puesto que la Ley solo admite un único ámbito: la empresa (al margen de la aplicación del centro de trabajo por mor de la doctrina *Rabal Cañas*). De este modo, “la empresa es

⁹³¹ BAZ RODRÍGUEZ, J.: “El despido colectivo en las empresas de grupo. Viejos y nuevos problemas, tras el cambio de modelo normativo (2012-2014)”, *op. cit.*, p. 4/30

⁹³² BLASCO JOVER, C.: “La inexcusable reforma del despido colectivo para integrar al grupo de empresas como ámbito de referencia”, *op. cit.*, pp. 578 y 579.

⁹³³ BAZ RODRÍGUEZ, J.: “El despido colectivo en las empresas de grupo. Viejos y nuevos problemas, tras el cambio de modelo normativo (2012-2014)”, p. 6/30.

⁹³⁴ Véase, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Teoría jurídica de los grupos de empresas y derecho del trabajo*, *op. cit.*, pp. 152-153, 202 y 212-215 y MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C.: *El modelo de regulación jurídico laboral de los grupos de empresas. Una propuesta de reforma*, Granada, Comares, 2002, pp. 36-37 y 53.

la frontera del ámbito de negociación del periodo de consultas, descartándose el grupo de empresas mercantil como unidad negocial”⁹³⁵.

Al margen de lo anterior, sí que es cierto que la regulación del despido colectivo a nivel interno tiene en cuenta en otros aspectos al grupo empresarial. En este sentido, destaca la obligación de documentación en despidos por causa económica (art. 4.5 RPDC), la recolocación interna en grupos de empresas como medida social de acompañamiento (art. 8 RPDC) o el cómputo de contratos extinguidos en otras empresas del grupo a efectos de alcanzar el umbral del plan de recolocación externa (art. 9.5 RPDC). Estos preceptos, si bien son del todo relevantes, sobre todo la obligación contenida en el art. 4.5 RPDC, que puede provocar incluso la nulidad del despido colectivo por su incumplimiento; no obstante, no se traducen en una ampliación del centro de imputación normativa al grupo empresarial en su conjunto. En concreto, la jurisprudencia ha determinado, en referencia a la obligación de aportación documental, que “si la intención del legislador hubiese sido otra, en concreto la de establecer con carácter general la responsabilidad solidaria de las empresas del grupo e incluso tan sólo la de ampliar el ámbito a tener en cuenta en las extinciones por causas económicas [extendiéndolo a la totalidad del grupo o a la empresa matriz], esta importante consecuencia se habría establecido -razonablemente- con carácter expreso” (STS 4297/2019, de 21 de noviembre).

Por ello, ni el grupo ni las sociedades que lo conforman ni la empresa que pueda ejercer la dirección unitaria son competentes para promover el procedimiento de despido colectivo, ni tienen capacidad por sí mismos de negociar un acuerdo con los representantes de los trabajadores. Asimismo, tampoco se configura al grupo como unidad de referencia para aplicar las reglas causales o como unidad de cómputo para las extinciones computables o las obligaciones procedimentales del art. 51 ET⁹³⁶.

Sin embargo, por la vía jurisprudencial se han dado otras respuestas a esta relación despido colectivo – grupos de empresas, en un inicio para supuestos fraudulentos o patológicos, habida cuenta de que el derecho a la libertad de empresa no es ilimitado, pues su ejercicio a través de la articulación de grupos empresariales no puede transgredir, afectar o vulnerar los derechos de los trabajadores, tal y como ha defendido el Tribunal Supremo⁹³⁷, en un intento de evitar la cosificación de los trabajadores en la búsqueda del interés económico de las organizaciones empresariales, como si fuesen meros instrumentos productivos subordinados a la consecución de fines económicos⁹³⁸.

⁹³⁵ MOLERO MARAÑÓN, M.L.: “La ineludible reforma del despido colectivo en su ámbito de referencia”, *op. cit.*, p. 53.

⁹³⁶ BLASCO JOVER, C.: “La inexcusable reforma del despido colectivo para integrar al grupo de empresas como ámbito de referencia”, *op. cit.*, p. 580.

⁹³⁷ SSTs de 9 de julio de 2001 (RJ 2001, 10019); 26 de septiembre de 2001 (RJ 2002, 1270); 19 de febrero de 2014 (RJ 2014, 1868); 26 de marzo de 2014 (RJ 2014, 2778), entre otras.

⁹³⁸ MONEREO PÉREZ, J.L.: “Nuevas formas de organización de la empresa, entre centralización y descentralización (I). La empresa en transformación permanente”, *Relaciones laborales*, N.º 1, 2011, p. 300.

En este sentido, al margen del silencio del legislador, nuestros tribunales han construido un armazón jurisprudencial para considerar al grupo empresarial como efectivo empleador y, por tanto, como sujeto promotor y responsable del procedimiento de despido colectivo. Ello significa que, si se considera a un grupo empresarial como tal a efectos laborales, siempre que se cumplan una serie de requisitos, el centro de imputación normativa (con lo que ello acarrea en materia de plantilla computable, extinciones computables, factor espacial y temporal, e incluso ámbito de afectación de las causas), las obligaciones de información y documentación, la constitución de la comisión negociadora, así como la celebración del periodo de consultas, recaerán sobre el grupo en su conjunto⁹³⁹. Y si ello no se observa, la consecuencia será declarar nulos los despidos efectuados⁹⁴⁰, pues se habrá vulnerado la buena fe comercial o el procedimiento habrá quedado viciado.

En esta idea, la jurisprudencia ha tratado de distinguir entre el grupo empresarial mercantil y el grupo de empresas a efectos laborales (véase la STS de 21 de noviembre de 2019, rec. 103/2019 y todas las sentencias allí citadas). Atendiendo a la definición general de grupo empresarial, como el integrado por el “conjunto de sociedades que, conservando sus respectivas personalidades jurídicas, se encuentran subordinadas a una dirección económica unitaria”, son dos los elementos que lo caracterizan: “a) la independencia jurídica de sus miembros, tanto en el ámbito patrimonial [mantienen la titularidad del patrimonio] cuanto en el organizativo [se estructuran por sus propios órganos]; y b) la dirección económica unitaria, cuya intensidad es variable en función del grado de centralización, pero que en todo caso ha de alcanzar a las decisiones financieras [política empresarial común], bien sea en términos de control [grupos verticales o de subordinación] bien en los de absoluta paridad [grupos horizontales o de coordinación]”⁹⁴¹. En cualquier caso, el componente fundamental del grupo de empresas es la “dirección unitaria”, aunque, en el campo del Derecho del Trabajo a nivel nacional y comunitario, se excluye la exigencia del ejercicio efectivo de la dirección unitaria, habida cuenta de las dificultades probatorias y la seguridad jurídica, pues ello se satisface con la mera posibilidad de dicha dirección común, atendiendo a la existencia de control societario, coincidiendo con las numerosas referencias al grupo empresarial en nuestra legislación (art. 42.1 CCom, antiguo art. 4 LMV, art. 2 RD 1343/1992, art. 78 LCoop, etc.) o en directivas comunitarias, ya mencionadas.

⁹³⁹ BAZ RODRÍGUEZ, J.: “El despido colectivo en las empresas de grupo. Viejos y nuevos problemas, tras el cambio de modelo normativo (2012-2014)”, *op. cit.*, pp. 13-14/30.

⁹⁴⁰ Véase, STS de 20 de noviembre del 2014, Ar. 6836, FJ 6 y SAN de 25 de noviembre del 2014, Ar. 2993, FJ 4, entre otras.

⁹⁴¹ Como se puede observar, la jurisprudencia española sí parece admitir la existencia de grupos empresariales por coordinación, esto es, para UBILLÚS BRACAMONTE, R.E.: *Grupos de empresas en el ámbito laboral: delimitación conceptual y reestructuraciones*, *op. cit.*, p. 82, aquellos que “se encuentran conformados por un conjunto de empresas económica y jurídicamente independientes, que libre y autónomamente se someten en todo o en parte a una dirección unitaria común acordada por ellas mismas”.

Una vez definido el grupo empresarial con carácter general, el tratamiento jurisprudencial que se le ha dado a este en materia laboral ha evolucionado⁹⁴², desde una etapa inicial que parte de las sentencias de finales de los años setenta, en la que la consideración del grupo a efectos laborales era irrelevante, como consecuencia de su independencia y responsabilidad diferenciada, a menos que existieran desviaciones en excepcionales supuestos (“(sic) a virtud del principio de la realidad en la atribución de la condición de empresario, la doctrina del empresario aparente y la del fraude de ley”); para dejar paso al “más moderno criterio”, emanado principalmente de la STS 3 de mayo de 1990 (RJ 1990, 3946), “que persiste en la regla general de responsabilidad separada de las sociedades integrantes del grupo, pero que admite la trascendencia laboral del referido Grupo en ciertas circunstancias o cuando tal dato va acompañado de elementos adicionales” (STS de 21 de noviembre de 2019, rec. 103/2019).

De este modo, la jurisprudencia del TS diferencia entre el “grupo de sociedades” propio del ámbito mercantil, que es “inocuo” y en principio lícito, y el “grupo de empresas” a efectos laborales, trascendente a efectos de extensión de la responsabilidad y para el que se exige la concurrencia de unos determinados elementos adicionales (*vid.*, STS 2601/2018 de 20 de junio). En este sentido, dejando de lado el debate en torno a si los conceptos son equivalentes o no⁹⁴³, la STS 4297/2019 de 21 de noviembre, con cita en numerosas sentencias, recoge unos criterios constantes de la Sala que refuerzan la idea antes referida:

- “Que no es suficiente que concurra el mero hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria respecto de obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores, sino que es necesaria, además, la presencia de elementos adicionales”, porque “los componentes del grupo tienen en principio un ámbito de responsabilidad propio como persona(s) jurídicas independientes que son”;

- “Que la dirección unitaria de varias entidades empresariales no es suficiente para extender a todas ellas la responsabilidad, pues tal dato tan sólo será determinante de la existencia del grupo empresarial, no de la responsabilidad común por obligaciones de una de ellas”, y;

- “Que tampoco determina esa responsabilidad solidaria la existencia de una dirección comercial común, porque ni el control a través de órganos comunes, ni la unidad de dirección de las sociedades de grupos son factores suficientes para afirmar la existencia de una “unidad empresarial”; como el que una empresa tenga acciones

⁹⁴² Para un estudio con mayor rigurosidad acerca de la evolución jurisprudencial en materia de grupos empresariales laborales, véase, UBILLÚS BRACAMONTE, R.E.: *Grupos de empresas en el ámbito laboral: delimitación conceptual y reestructuraciones*, op. cit., pp. 130-144.

⁹⁴³ La STS 4297/2019 de 21 de noviembre entiende que el concepto de “grupo de empresas” es común a las distintas ramas del ordenamiento jurídico, mientras que, sentencias precedentes (SSTS 03/11/05 -rcud 3400/04-; y 23/10/12 -rcud 351/12-) y autorizada doctrina científica (entre otros, SÁEZ LARA, C.: *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, op. cit., p. 106) defienden que los grupos de empresas configuran un campo de aplicación normalmente más restringido que el del grupo de sociedades mercantil al exigírsele una serie de elementos adicionales.

en otra o que varias empresas lleven a cabo una política de colaboración no comporta necesariamente la pérdida de su independencia a efectos jurídico-laborales; como la coincidencia de algunos accionistas en las empresas del grupo carece de eficacia para ser determinante de una condena solidaria, en contra de la previsión del art. 1137 CC, teniendo en cuenta que todas y cada una de las Sociedades tienen personalidad jurídica propia e independiente de la de sus socios; y tampoco cabe exigir esa responsabilidad solidaria por el sólo dato de que el Administrador único de una empresa sea representante legal de otra, pues “la mera coincidencia de un administrador en ambas, aunque comportara una dirección unitaria, no determinaría sino la existencia de un grupo de empresas y no la responsabilidad solidaria de aquéllas”.

Pues bien, precisada esta cuestión, el Tribunal Supremo, finalmente, con base en su importante sentencia de 27 de mayo de 2013 (rec. 78/12), denominada *leading case*⁹⁴⁴, donde se recoge la llamada doctrina *Aserpal*⁹⁴⁵, enumera los elementos adicionales que deben de concurrir, en manera alguna acumulativa, para que se extienda la responsabilidad al grupo, siendo los siguientes: “1º) el funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo, manifestado en la prestación indistinta de trabajo —simultánea o sucesivamente— en favor de varias de las empresas del grupo; 2º) la confusión patrimonial; 3º) la unidad de caja; 4º) la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, con creación de la empresa “aparente”; y 5º) el uso abusivo —anormal— de la dirección unitaria, con perjuicio para los derechos de los trabajadores”. Dicha sentencia de 2013, excluyó los supuestos de “dirección unitaria” y “apariencia externa de unidad” de los elementos adicionales, al ser estos más bien configuradores de los ya mencionados elementos esenciales que deben de existir en cualquier grupo empresarial y ser insuficientes para extender la responsabilidad (en palabras del TS, “no ha de considerarse propiamente adicional la apariencia externa de unidad, porque ésta es un componente consustancial del grupo, en tanto que no representa más que la manifestación hacia fuera de la unidad de dirección que es propia de aquél”). Así, la STS de 27 de mayo de 2013 (rec. 78/12) destacó por la reformulación del concepto jurisprudencial de grupo de empresa a efectos laborales al superar las imprecisiones advertidas por la doctrina científica⁹⁴⁶.

Pero tampoco debe de entenderse a los elementos adicionales citados como una relación numérica cerrada pues, en palabras del Tribunal Supremo, “el concepto de grupo laboral de empresas y, especialmente, la determinación de la extensión de la responsabilidad de las empresas del grupo depende de cada una de las situaciones concretas que se deriven de la prueba que en cada caso se haya puesto de manifiesto y valorado, sin que se pueda llevar a cabo una relación numérica de requisitos cerrados para que pueda entenderse que existe esa extensión de responsabilidad”. Entre otras

⁹⁴⁴ MERCADER UGUINA, J.R.: “El desconcertante mundo de los grupos “laborales” de empresas y sus nuevas formulaciones jurisprudenciales”, en AA.VV.: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, p. 488.

⁹⁴⁵ BAZ RODRÍGUEZ, J.: “El despido colectivo en las empresas de grupo. Viejos y nuevos problemas, tras el cambio de modelo normativo (2012-2014)”, *op. cit.*, *passim*.

⁹⁴⁶ UBILLÚS BRACAMONTE, R.E.: *Grupos de empresas en el ámbito laboral: delimitación conceptual y reestructuraciones*, *op. cit.*, p. 141.

cosas, porque en un entramado de empresas la intensidad o la posición en relación de aquéllas con los trabajadores o con el grupo no es la misma (STS de 21 de noviembre de 2019, rec. 103/2019).

Otras de las sentencias a resaltar son las SSTS —todas ellas de Pleno— de 20 de octubre de 2015 (rec. 172/14), asunto *Tragsa*; 850/2017, de 31 de octubre de 2017 (rec. 115/17), para *Ayuntamiento de Isla Cristina*; y 869/2017, de 10 de noviembre de 2017 (rcud. 3049/15), asunto *Tecno Envases, SA*, en las que se reconoce un giro jurisprudencial ya reclamado por algunos sectores doctrinales⁹⁴⁷ en torno a la utilización exclusiva y excesivamente delimitadora del concepto grupo de empresas laboral en virtud de la teoría del fraude. En este sentido, el Tribunal Supremo deja ya de atender a la clásica diferenciación entre el inocuo “grupo de sociedades” y el trascendente “grupo patológico de empresas”, para referirse al concepto “empresa de grupo” o “empresa-grupo”, que abarca de igual modo el “grupo patológico” pero reservándolo a supuestos que se enmarquen en el terreno de la ocultación o el fraude. Como se argumenta, el “transcurso del tiempo y la progresiva evidencia de un cierto desfase entre la normativa vigente en materia de sociedades mercantiles y la variada realidad ofrecida por el mundo económico en materia de grupos de sociedades [dominicales, contractuales y personales], en muchas ocasiones absolutamente exteriorizadas y aún mantenidas por iniciativa propia en sede judicial por las propias empresas [incluso con oposición de la parte social]”, muestra que la diferenciación entre grupos de empresas mercantiles y laborales no era compatible con una teoría del fraude absoluta. Es decir, tras los últimos años de crisis no ha sido extraña la situación en la que han sido los propios grupos empresariales los que han aludido a su condición de verdadero empleador para así poder ajustar la plantilla en todo el grupo y afectar la situación económica negativa al conjunto de las empresas⁹⁴⁸.

Entrando ya a valorar los diferentes elementos adicionales que conforman la “empresa de grupo”, se analizarán cada uno de ellos de manera sintética⁹⁴⁹, destacando sus aspectos claves:

En cuanto al primero de ellos, el “funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo”, procede destacar tanto su vertiente individual (prestación de trabajo indistinta —simultánea o sucesiva—) como colectiva (denominada “confusión de plantillas”), por las que uno, varios o el conjunto de trabajadores prestan servicios a las diversas empresas del grupo, o a algunas de ellas, denotando la existencia de una relación laboral única, a pesar de la pluralidad

⁹⁴⁷ BAZ RODRÍGUEZ, J.: “El despido colectivo en las empresas de grupo. Viejos y nuevos problemas, tras el cambio de modelo normativo (2012-2014)” *op. cit.*, *passim* y UBILLÚS BRACAMONTE, R.E.: *Grupos de empresas en el ámbito laboral: delimitación conceptual y reestructuraciones*, *op. cit.*, pp. 143 y 144.

⁹⁴⁸ GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I., y MERCADER UGUINA, J.R.: “La iniciación del procedimiento de despido colectivo por los grupos patológicos: algunos extraños efectos”, *Revista de Información Laboral*, N.º 1, 2015, p. 1.

⁹⁴⁹ Un tratamiento exhaustivo en MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G.: *Los grupos de empresas en el Derecho del trabajo*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2021, pp. 355 y ss.

empresarial. Por tanto, nos encontramos ante “una única relación de trabajo cuyo titular es el grupo en su condición de sujeto real y efectivo de la explotación unitaria por cuenta de la que prestan servicios los trabajadores; situaciones integrables en el art. 1.2. ET, que califica como empresarios a las “personas físicas y jurídicas” y también a las “comunidades de bienes” que reciban la prestación de servicios de los trabajadores”. Sin embargo, siguiendo la STS 656/2018, de 20 de junio de 2018, que incluso define dicho elemento esencial como “funcionamiento unitario con confusión de plantillas”, este elemento adicional solo tendrá lugar cuando exista una confusión de plantillas cuantitativa y cualitativa, pues de otro modo, nos encontraremos ante el supuesto de una “mínima intercomunicación laboral”, concepto elaborado por el TS sobre la base de la doctrina de la “insignificancia” (SSTS 27 de abril de 2015, rec. 1881/14 y 19 de febrero de 2016, rec. 3035/14, entra otras).

En segundo lugar, la “confusión patrimonial” no debe de entenderse con referencia a la pertenencia del capital social, como ya se ha indicado, sino conforme a la “pertenencia y uso del patrimonio social de forma indistinta, lo que no impide la utilización conjunta de infraestructuras o medios de producción comunes, siempre que esté clara y formalizada esa pertenencia común o la cesión de su uso”; y “ni siquiera existe por encontrarse desordenados o mezclados físicamente los activos sociales, a menos que “no pueda reconstruirse formalmente la separación”. En este sentido, partiendo de la base de que la explotación de “sinergias productivas” (uso común de bienes muebles, inmuebles, materiales o inmateriales)⁹⁵⁰ en los grupos empresariales es en principio lícita, la misma deberá de atender a una serie de límites que impidan un “alto grado de comunicación entre patrimonios de dos o más empresas del grupo”⁹⁵¹, de manera que no sea posible distinguir entre el patrimonio de una y otras empresas (entre otras, STS de 20 de octubre de 2015, RJ 2015/5210), denotando la existencia de una unidad empresarial laboral verdaderamente receptora y beneficiaria de las prestaciones laborales⁹⁵². Por ello, siempre que exista utilización conjunta de bienes, deberá de haber un título jurídico que justifique dicho uso común (v.gr.: contrato de arrendamiento)⁹⁵³, o bien la existencia de una contrata o subcontrata (sin incurrir en cesión ilegal de trabajadores)⁹⁵⁴, así como una contraprestación acorde con el valor de mercado o razonablemente cercana al mismo, muestra de la independencia económica de las empresas del grupo (entre otras, SSTS de 9 de julio de 2001, RJ 201/10019, y de 29 de enero de 2014, RJ 2014/1291). Asimismo, a efectos de valorar la confusión patrimonial como la existencia de una sola organización empresarial conformada por

⁹⁵⁰ UBILLÚS BRACAMONTE, R.E.: *Grupos de empresas en el ámbito laboral: delimitación conceptual y reestructuraciones*, op. cit., pp. 151 y 156.

⁹⁵¹ BAZ RODRÍGUEZ, J.: “El despido colectivo en las empresas de grupo. Viejos y nuevos problemas, tras el cambio de modelo normativo (2012-2014)”, op. cit., p. 9/30.

⁹⁵² *Idem*.

⁹⁵³ STS 29 de enero de 2014, RJ 2014/1291. De igual modo, para UBILLÚS BRACAMONTE, R.E.: *Grupos de empresas en el ámbito laboral: delimitación conceptual y reestructuraciones*, op. cit., p. 159, esta actuación patrimonial diferenciada también tiene que acreditarse con una facturación o contabilidad independiente, siguiendo las indicaciones del Código de Comercio.

⁹⁵⁴ SSTS de 30 de abril de 1999, RJ 1999/4660 y 25 de junio de 2009, RJ 2009/3263.

varias empresas, dicha confusión debe de ser cualitativa y cuantitativamente relevante, pues de lo contrario nos encontraríamos ante una “confusión patrimonial limitada o irrisoria” a efectos de determinar la confusión patrimonial como determinante de un grupo de empresas laboral⁹⁵⁵, como pudiera ser en los supuestos de préstamos ocasionales o que no tengan que ver con el giro del negocio⁹⁵⁶.

Sin embargo, llegados a este punto, han existido divergencias tanto en sede judicial, con dos votos particulares en sendas sentencias⁹⁵⁷, como en la doctrina científica⁹⁵⁸, acerca de la irrelevancia de la pertenencia del capital social en cuanto a la “confusión patrimonial”, pues, en determinados supuestos en los que la empresa matriz ostenta casi o la totalidad de las acciones o participaciones de sus filiales ello se podría constituir como un elemento adicional más, en tanto que el grupo empresarial hubiera dividido o troceado su proceso productivo en las diferentes empresas filiales para producir un mismo bien o servicio. Hecho que entraría en consonancia con la apreciación de verdadero empresario a la luz del art. 1 del ET, pero que, como se ha analizado, ha sido rechazado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Por otro lado, el tercer elemento adicional a tratar sería el de la “unidad de caja”, grado extremo de confusión patrimonial, por lo que se suele proceder a su estudio de manera conjunta⁹⁵⁹, y que se conoce en la doctrina como “promiscuidad en la gestión económica” o en la jurisprudencia con el término “permeabilidad operativa y contable”. En otras palabras, se constituye el elemento de “caja única” cuando se produzca una confusión patrimonial de orden financiero que dé lugar a “una sola masa económica-financiera”, y, por tanto, no se permita diferenciar entre los diferentes patrimonios financieros de las empresas⁹⁶⁰. Especialmente problemática se muestra en este sentido la técnica financiera del *cash pooling*, entendida como una “gestión centralizada de la tesorería para grupos de empresas” en la que los saldos pasivos de unas empresas son cubiertos por los saldos activos de otras de ellas, generalmente con periodicidad diaria⁹⁶¹, eliminando los saldos inactivos que puedan existir⁹⁶². En definitiva, se trata de una técnica de financiación automática o de liquidez permanente, por la que no

⁹⁵⁵ DESDENTADO BONETE, A., y DESDENTADO DAROCA, E.: *Grupos de empresas y despidos económicos*, Valladolid, Thomson-Reuters-Lex Nova, 2014, p. 115.

⁹⁵⁶ UBILLÚS BRACAMONTE, R.E.: *Grupos de empresas en el ámbito laboral: delimitación conceptual y reestructuraciones*, op. cit., p. 160.

⁹⁵⁷ SSTs de 25 de septiembre de 2013, RJ 2014/1204, y de 28 de enero de 2014, RJ 2014/192796.

⁹⁵⁸ MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C.: *El modelo de regulación jurídico laboral de los grupos de empresas. Una propuesta de reforma*, op. cit., p. 47.

⁹⁵⁹ Vid., UBILLÚS BRACAMONTE, R.E.: *Grupos de empresas en el ámbito laboral: delimitación conceptual y reestructuraciones*, op. cit., p. 151 y BAZ RODRÍGUEZ, J.: “El despido colectivo en las empresas de grupo. Viejos y nuevos problemas, tras el cambio de modelo normativo (2012-2014)” op. cit., p. 9/30.

⁹⁶⁰ UBILLÚS BRACAMONTE, R.E.: *Grupos de empresas en el ámbito laboral: delimitación conceptual y reestructuraciones*, op. cit., p. 162.

⁹⁶¹ SSAN de 20 de enero de 2014, JUR 2014/20542 y de 20 de enero de 2014, JUR 2014/20969.

⁹⁶² SERRANO OLIVARES, R.: “Grupos de empresas a efectos laborales y cash pooling”, *Iuslabor*, N.º 1, 2014, p. 2.

se tiene que acudir a terceros⁹⁶³, que será lícita y no conformará supuesto de “caja única”, siempre que no vaya acompañada de confusión patrimonial alguna, como puede ocurrir en los casos de: una inadecuada contabilidad de los flujos y saldos de cada empresa que impida diferenciarlos entre sí; condiciones de remuneración y costes que no se ajustan al valor razonable de mercado, tal y como exige la normativa contable; o bien en supuestos de descapitalizaciones⁹⁶⁴. En cualquier caso, el *cash pooling* no debe de confundirse, a pesar de su similitud, con los mecanismos de compensación de deudas entre empresas del mismo grupo conocidos en su terminología anglosajona como *netting*, para los que habrá que atender del mismo modo a una serie de premisas para que se constituya caja única, no operando su carácter ilícito o de extensión de responsabilidad *per se*⁹⁶⁵.

En cuarto lugar, la “utilización fraudulenta de la personalidad” apunta a la “creación de empresa aparente” —concepto íntimamente unido a la confusión patrimonial y de plantillas— y alude al fraude en el manejo de la personificación, que es lo que determina precisamente la aplicación de la doctrina del “levantamiento del velo”, en supuestos en los que —a la postre— puede apreciarse la existencia de una empresa real y otra que sirve de “pantalla” para aquélla (sic). En otras palabras, dicha doctrina del levantamiento del velo, cuyo génesis en el ordenamiento jurídico español proviene de la STS 28 de mayo de 1984, RJ 1984/2800, y que ha sido adaptada posteriormente al orden social a través de su jurisprudencia, busca enervar la protección de la limitación de la responsabilidad, cuando a través de este uso de la personalidad jurídica se vulneren los derechos de los trabajadores, constituyéndose un fraude de ley. Ello podría ocurrir con la creación de una empresa aparente, la cual no disponga ni de un verdadero sustento en términos de trabajadores o de actividad productiva real (confusión de plantilla o patrimonial), o bien no disponiendo de un patrimonio suficiente para asumir sus obligaciones contraídas con terceros (trabajadores o acreedores)⁹⁶⁶. Sin olvidar que esta descapitalización puede realizarse de forma sobrevenida, a través de decisiones de la empresa matriz en favor de sus otras filiales y del grupo en general⁹⁶⁷.

En último lugar, la jurisprudencia también alude al “uso abusivo de la dirección unitaria” —no olvidemos que un uso normalizado de la dirección unitaria constituye un elemento esencial de todo grupo empresarial—. Tal y como se precisa en la STS 4297/2019, “la legítima dirección unitaria puede ser objeto de abusivo ejercicio —determinante de solidaridad— cuando se ejerce anormalmente y causa perjuicio a los trabajadores, como en los supuestos de actuaciones en exclusivo beneficio del grupo

⁹⁶³ BAZ RODRÍGUEZ, J.: “El despido colectivo en las empresas de grupo. Viejos y nuevos problemas, tras el cambio de modelo normativo (2012-2014)”, *op. cit.*, p. 10/30.

⁹⁶⁴ *Idem*, con cita en las SAN 25-2-2013; SAN 20-1-2014; SAN 28-3-2014 y SAN 12-6-2014.

⁹⁶⁵ UBILLÚS BRACAMONTE, R.E.: *Grupos de empresas en el ámbito laboral: delimitación conceptual y reestructuraciones*, *op. cit.*, pp. 172 y 173.

⁹⁶⁶ BAZ RODRÍGUEZ, J.: “El despido colectivo en las empresas de grupo. Viejos y nuevos problemas, tras el cambio de modelo normativo (2012-2014)”, *op. cit.*, p. 10/30.

⁹⁶⁷ UBILLÚS BRACAMONTE, R.E.: *Grupos de empresas en el ámbito laboral: delimitación conceptual y reestructuraciones*, *op. cit.*, p. 181.

o de la empresa dominante”. En concreto, según la SAN 108/2014 de 12 de junio⁹⁶⁸, se estaría dando un supuesto de uso abusivo de la dirección unitaria, con perjuicio de los derechos de los trabajadores, en el caso de que la empresa filial no tuviera dirección, siendo esta totalmente asumida por la sociedad dominante, ya que “mantener una empresa sin dirección propia (...) la hace irreconocible como tal empresa” y “la vacía de contenido como empresa diferenciada dentro del grupo”. Sin ánimo de exhaustividad, la doctrina científica más autorizada sobre la base del estudio de la jurisprudencia ha determinado cuatro grandes supuestos de uso abusivo de la dirección unitaria: el sacrificio desproporcionado del interés de un miembro del grupo de empresas a favor del interés del grupo; las conductas estratégicas para eludir responsabilidades frente a los trabajadores; el incumplimiento de la obligación de capitalización adecuada frente a acreedores débiles; la externalización de las funciones directivas de un miembro del grupo de empresas a otro u otros miembros del grupo (la “jibarización”)⁹⁶⁹.

Dicho lo anterior, resulta criticable que no se haya afrontado en los procesos de reforma legislativa una nueva regulación específica del centro de imputación normativa, en especial desde la perspectiva de la interferencia del grupo de empresas en el despido colectivo, que sigue quedando a merced de la doctrina jurisprudencial⁹⁷⁰. Se trata, en fin, de una cuestión enormemente compleja que necesita de una intervención legislativa, habida cuenta de los importantes efectos que despliega en el despido colectivo la consideración de “empresa de grupo” en materia de: ámbito de negociación, afectación de la causa empresarial y unidad de cómputo del despido colectivo.

En cuanto al ámbito de negociación del despido colectivo en un grupo empresarial a efectos laborales queda claro que es en esta sede en la que deberán de desarrollarse los deberes de información y consulta⁹⁷¹. Con ello se consigue que el proceso negociador se desarrolle de forma más garantista, en tanto que se posibilita que el examen del problema, sobre todo si es de carácter económico, se efectúe valorando la situación en conjunto de todas las empresas (con la documentación correspondiente), sin que se realice parcelación alguna y sin que se proceda a la apertura de tantos períodos de consultas como empresas sean afectadas, evitando con ello las soluciones dispares⁹⁷². No obstante, la conformación de la comisión negociadora en estos supuestos resulta ciertamente complicada, ya que las reglas del art. 41.4 ET no están pensadas para un despido colectivo a nivel de grupo. Las soluciones que aporta este artículo en supuestos de empresas con varios centros de trabajo afectados podrían aplicarse de

⁹⁶⁸ Criterio asumido anteriormente tanto en la STS de 26 de marzo de 2014, RJ 2014/3840, y las SSAN de 20 de enero de 2014, JUR 2014/20542 y 20 de enero de 2014, JUR 2014/20969.

⁹⁶⁹ CREMADES CHUECA, O.: *El modelo de responsabilidad laboral en los grupos de empresas: una anatomía crítica*, Madrid, Ediciones Cinca, 2021, pp. 158-162 con cita en DESDENTADO BONETE, A., y DESDENTADO DAROCA, E.: *Grupos de empresas y despidos económicos*, op. cit., pp. 79-81.

⁹⁷⁰ MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G.: *Fundamentos del Derecho Social de la Unión Europea. Configuración técnica y estudio sistemático del marco normativo regulador*, op. cit., p. 677.

⁹⁷¹ ABRIL LARRÁINZAR, M.P.: *Información, consulta y negociación en el despido colectivo*, op. cit., pp. 308 y 309.

⁹⁷² BLASCO JOVER, C.: “La inexcusable reforma del despido colectivo para integrar al grupo de empresas como ámbito de referencia”, op. cit., p. 582.

forma analógica, no sin dificultades, al despido colectivo en un ámbito pluriempresarial. En cualquier caso, se trata de una operación difícil, si se tiene en cuenta, por ejemplo, que la norma ni siquiera prevé la existencia de varios comités intercentros, al igual que los problemas que puede generar la aplicación en estos supuestos del número reducido de integrantes de la comisión representativa del banco social, sin contar con la complejidad que puede suponer el reparto proporcional de puestos en el seno de un grupo empresarial⁹⁷³.

Respecto al ámbito de afectación de las causas, como se analizó con anterioridad, si se trata de una causa económica, esta debe de ser valorada en el conjunto del grupo empresarial (SSTS 656/2018, de 20 de junio y de 23 de marzo de 2022, rec. 3522/2019). En cambio, las causas técnicas, organizativas o productivas pueden actuar tanto a nivel de grupo empresarial como a nivel una o varias empresas, sin que exista la necesidad, por tanto, de que todas las empresas del grupo tengan que ser promotoras del despido colectivo (STS de 13 de mayo de 2019, rec. 246/2018). De este modo, la comisión negociadora deberá de articularse en función de cuántas sean las empresas afectadas (simplificándose la aplicación del art. 41.4 ET si los despidos se focalizan en una de ellas). Respecto al banco empresarial, los puestos de la comisión representativa deberán de repartirse del mismo modo, distinguiendo si son una o varias las empresas afectadas, para en este último supuesto dividirse de forma proporcional. No obstante, también es posible que la empresa matriz asuma directamente la responsabilidad del proceso negociador⁹⁷⁴.

Para terminar, cabe preguntarse qué encaje tiene el grupo en su conjunto en materia de unidad de cómputo de despido colectivo, esto es, en materia de extinciones y de plantilla computable (que deberán de coincidir en la misma unidad por mor de la STS de 30 de mayo de 2023, rec. 189/2022). Para integrar a la empresa de grupo como unidad de referencia, una de las interpretaciones posibles⁹⁷⁵ pasa por reconocer a esta unidad como un escalón más en el modo de cómputo de los límites del despido colectivo, como manifestación de una mejora introducida en la legislación nacional *ex art. 5 Directiva 98/59/CE*. Así, autorizada doctrina entiende que al doble parámetro de cómputo sucesivo y descendente de la doctrina *Rabal Cañas* (empresa-centro de trabajo) debería de sumársele la “empresa-grupo” o el grupo empresarial a efectos laborales. De este modo, primero deberían de computarse las extinciones a nivel del grupo en su conjunto; en su defecto, a nivel de empresa (término medio); y, por último, si no concurre despido colectivo a nivel de grupo ni de empresa, a nivel del centro de trabajo, siempre que dicho centro cuente con más de 20 trabajadores⁹⁷⁶.

⁹⁷³ MOLERO MARAÑÓN, M.L.: “La ineludible reforma del despido colectivo en su ámbito de referencia”, *op. cit.*, p. 56.

⁹⁷⁴ BLASCO JOVER, C.: “La inexcusable reforma del despido colectivo para integrar al grupo de empresas como ámbito de referencia”, *op. cit.*, p. 586.

⁹⁷⁵ Otra interpretación en UBILLÚS BRACAMONTE, R.E.: *Grupos de empresas en el ámbito laboral: delimitación conceptual y reestructuraciones*, *op. cit.*, pp. 365 a 372, que trata de encajar a la “empresa-grupo” en el concepto comunitario de centro de trabajo en supuestos de confusión de plantillas o patrimonial.

⁹⁷⁶ CREMADES CHUECA, O.: *El modelo de responsabilidad laboral en los grupos de empresas: una anatomía crítica*, *op. cit.*, pp. 202 y 203.

CAPÍTULO 4. EL PROCEDIMIENTO DE DESPIDO COLECTIVO: SIGNIFICACIÓN Y RÉGIMEN JURÍDICO

4.1. La configuración general del procedimiento tras los últimos cambios normativos

Como se ha tenido ocasión de señalar, la Reforma laboral de 2012 ha supuesto la culminación del proceso de flexibilización del procedimiento de despido colectivo. Entre otras modificaciones, la supresión de la autorización administrativa para proceder al despido colectivo por causas empresariales⁹⁷⁷ ha supuesto la ruptura con la tradición histórica del ordenamiento jurídico español⁹⁷⁸ basada sobre un intervencionismo administrativo “en sentido fuerte”⁹⁷⁹. La Exposición de Motivos de la Ley 3/2012 justifica esta medida en la idea de agilizar el procedimiento de despido colectivo y de garantizar la eficacia del periodo de consultas, ya que, a su entender, este periodo meramente se aprovechaba para conseguir indemnizaciones más cuantiosas a cambio de alcanzar acuerdos y de asegurarse la autorización administrativa⁹⁸⁰. La reforma pretendía, de este modo, configurar un nuevo modelo extintivo que dotara de gran autonomía al empresario para realizar ajustes “con costes, en términos de tiempo y económicos, razonables”⁹⁸¹.

No obstante, más bien dichos cambios normativos se han traducido en un aumento del poder unilateral del empleador a favor de la extinción colectiva y en detrimento de la autonomía colectiva. Además, ello ha supuesto un incremento de la judicialización del despido colectivo, ya que ante la ausencia de un criterio imparcial

⁹⁷⁷ Recuérdese que en el despido colectivo por fuerza mayor sigue exigiéndose la autorización administrativa (art. 51.7 ET).

⁹⁷⁸ Para un estudio de la intervención administrativa en los procedimientos de regulación de empleo español desde los años 30, véase, ROMERO SÁNCHEZ, I.: *El despido colectivo. Evolución normativa y régimen jurídico*, Granada, Comares, 2017, pp. 7-45.

⁹⁷⁹ MONEREO PÉREZ, J.L.: “La intervención administrativa en los despidos colectivos”, en *Temas Laborales*, N.º 125, 2014, *passim*.

⁹⁸⁰ Véase la Exposición de motivos del RD-ley 3/2012 y de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

⁹⁸¹ GOÑI SEIN, J.L.: “El nuevo modelo normativo de despido colectivo implantado por la Ley de Reforma Laboral de 2012”, *Documentación laboral*, N.º 95-96, 2012, p. 39.

previo al despido (la autorización administrativa), por el que en la mayoría de las ocasiones se alcanzaba acuerdo para conseguir la autorización de forma automática y donde se analizaba, en defecto de acuerdo, la concurrencia de las causas para despedir, los trabajadores ahora prefieren impugnar el despido colectivo para que un control judicial posterior —se ha transcurrido de un control *ex ante* a un control *ex post*— avale dicha medida colectiva (ciertamente sobre la base del cumplimiento de la forma y no del elemento causal)⁹⁸².

El incremento de la judicialización del procedimiento de despido colectivo, si bien parece ser un sentir de una parte importante de la doctrina científica⁹⁸³, e incluso así lo avalan algunas consultoras especializadas⁹⁸⁴, no es una cuestión que sea fácil de comprobar si se acude a las estadísticas judiciales, que no reflejan de forma clara este aumento de la litigiosidad en el despido colectivo⁹⁸⁵. En cualquier caso, un aumento del control del despido por parte de los Tribunales va en contra de la pretendida finalidad de la Reforma del año 2012 de imprimir celeridad al procedimiento de despido colectivo.

En este sentido, a pesar de que ahora el procedimiento de despido colectivo traslada el protagonismo a la fase de consulta-negociación⁹⁸⁶, la cual se dirige a alcanzar un acuerdo para evitar, reducir o paliar los efectos del despido colectivo, la eliminación de la función autorizadora de la autoridad laboral (que era plenamente compatible con Directiva 98/59/CE⁹⁸⁷) ha repercutido negativamente en esta forma de flexibilidad negociada, habida cuenta de que este cambio de modelo se introdujo en una situación

⁹⁸² Esta es una de las tesis principales de BOHIGUES ESPARZA, M.D.: “La institución jurídico laboral del despido colectivo”, *Lex Social, Revista de Derechos Sociales*, Vol. 13, N.º 1, *passim*.

⁹⁸³ Entre otros autores destaca MONEREO PÉREZ, J.L.: “El régimen jurídico de los despidos colectivos después de la reforma de 2012”, *Temas laborales*, N.º 115, 2012, p. 317 y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “Las paradojas del despido colectivo tras la supresión de la autorización administrativa”, *Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, N.º 13, 2013, pp. 145 y ss.

⁹⁸⁴ Véase el informe de la consultora LLORENTE & CUENCA: “La judicialización del despido colectivo: riesgo añadido en la reputación corporativa”, Madrid, junio de 2017.

⁹⁸⁵ Las estadísticas judiciales del Consejo General del Poder Judicial denominadas “asuntos judiciales sociales” suelen reflejar una tasa de procesos por despido que ronda el 30% todos los años, antes y después del 2012. No obstante, dentro de los procesos por despidos se incluyen los despidos disciplinarios, por causas objetivas o colectivos, así como la impugnación de los contratos temporales celebrados en fraude de ley, con lo cual no ofrece una imagen fiel sobre la judicialización del despido colectivo en concreto. Un análisis en BAYLOS GRAU, A.: *Deslocalizaciones de empresas y despidos colectivos*, *op. cit.*, pp. 60 y 61.

⁹⁸⁶ Esta importante conceptualización y “juridificación” *iuslaboral* de la negociación colectiva gestional o participativa en el marco de la forma “consulta-negociación”, es debida a una construcción realizada originariamente en MONEREO PÉREZ, J.L., *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Madrid, Civitas, 1992, espec., pp. 101 y sigs.

⁹⁸⁷ Así se defiende, entre otras obras, en MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los despidos colectivos en el ordenamiento interno y comunitario*, Madrid, Civitas, 1994. Véase, la STJUE de 21 de diciembre de 2016, AGET Iraklis, asunto C-201/15, que reconoce la autorización administrativa en el despido colectivo, aunque con ciertos límites.

de crisis económica grave, sin incluir, a su vez, mecanismos compensadores que hayan reforzado el poder de negociación de los representantes de los trabajadores⁹⁸⁸.

Dicho lo anterior, este nuevo modelo de procedimiento de despido colectivo se construye sobre dos deberes empresariales fundamentales:

Por un lado, existe un deber de información y de consultas con los representantes de los trabajadores, el cual está dirigido a negociar y a acordar medidas alternativas o complementarias al despido colectivo. En esta fase cobra especial importancia la constitución de la comisión negociadora, la comunicación inicial a los representantes de los trabajadores, el deber de consultas sobre la base de la buena fe negocial (con la importancia de las medidas sociales de acompañamiento), la adopción del acuerdo, los criterios de selección de los trabajadores afectados, la finalización del procedimiento de despido colectivo, así como la notificación individual del despido.

Por otro lado, la parte empresarial tiene el deber de comunicar y de informar a la autoridad laboral, para que esta pueda desempeñar sus funciones. En efecto, la intervención de la Administración laboral en el despido colectivo con la Reforma laboral del año 2012, si bien se debilita, no produce la “desadministrativación” completa del procedimiento⁹⁸⁹. El papel de la Administración transita de un intervencionismo “fuerte” a un intervencionismo “instrumental”, donde se desempeñan funciones de apoyo, de promoción o mediación, así como funciones de verificación y control⁹⁹⁰. También es necesario destacar la función que cumple la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, especialmente a raíz de la elaboración del informe posterior al procedimiento de consultas, el cual ha quedado reforzado con la modificación introducida por la Ley 3/2023 de Empleo.

4.2. El procedimiento de “consultas-negociación”: el fomento de la “flexibilidad negociada” en el despido colectivo

4.2.1. Actos previos y fase inicial del procedimiento de despido colectivo

A) Comunicación “fehaciente” de la intención de iniciar procedimiento de despido colectivo

La decisión de despedir, en lo que aquí respecta de forma colectiva, reside en la propia voluntad del empresario y en su poder de dirección y gestión, aunque cabe decir que no de forma ilimitada (ya sea por el respeto de la causa y el procedimiento). Atrás ha quedado la antigua facultad de los trabajadores de exigir la tramitación de

⁹⁸⁸ MONEREO PÉREZ, J.L.: “La intervención administrativa en los despidos colectivos”, *op. cit.*, pp. 297 y 298.

⁹⁸⁹ MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.) *et al.*: *Manual de Derecho administrativo laboral*, Madrid, Tecnos, 2016, p. 172.

⁹⁹⁰ MONEREO PÉREZ, J.L.: “La intervención administrativa en los despidos colectivos”, *op. cit.*, p. 266.

un despido colectivo⁹⁹¹, que ahora solo queda relegada a los procesos concursales (art. 171.1 LC)⁹⁹². De este modo, debe de ser el empresario el que se dirija a sus trabajadores para que estos conozcan no solo las intenciones de la parte empresarial de iniciar el procedimiento de despido colectivo en el corto plazo, sino también para que puedan conformar con carácter previo la comisión negociadora encargada de la fase de consulta-negociación.

El art. 51.2 ET en su párrafo tercero precisa que “la comisión representativa de los trabajadores deberá quedar constituida con carácter previo a la comunicación empresarial de apertura del periodo de consultas. A estos efectos, la dirección de la empresa deberá comunicar de manera fehaciente a los trabajadores o a sus representantes su intención de iniciar el procedimiento de despido colectivo. El plazo máximo para la constitución de la comisión representativa será de siete días desde la fecha de la referida comunicación, salvo que alguno de los centros de trabajo que vaya a estar afectado por el procedimiento no cuente con representantes legales de los trabajadores, en cuyo caso el plazo será de quince días”.

En efecto, el empresario debe de comunicar su intención de llevar a cabo un procedimiento de despido colectivo con carácter previo a su inicio, el cual se produce con la significativamente denominada comunicación inicial del art. 2 RPDC, de carácter simultáneo a los representantes y a la autoridad laboral. Además, esta “comunicación de intenciones” fija el plazo inicial para la constitución de la denominada “comisión representativa de los trabajadores” o “banco social” de la comisión negociadora, con el fin de que esta quede constituida con anterioridad al inicio del procedimiento.

En concreto, el citado párrafo del art. 51.2 ET se introdujo por el RD-ley 11/2013, de 2 de agosto, y posterior Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, en la búsqueda de arrojar mayor seguridad jurídica a la regulación del despido colectivo y de delimitar los tiempos en los que debía y debe de constituirse la comisión representativa de los trabajadores, habida cuenta de que con la anterior regulación nada se precisaba⁹⁹³ y ello podía suponer que durante el período de consultas se consumiera

⁹⁹¹ La desaparición de esta facultad es lógica consecuencia de la supresión de las funciones decisorias de la autoridad administrativa con la Reforma laboral de 2012, GOÑI SEIN, J.L.: “El nuevo modelo normativo de despido colectivo implantado por la Ley de Reforma Laboral de 2012”, *op. cit.*, p. 42.

⁹⁹² “La legitimación activa para solicitar del juez del concurso la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, el traslado, el despido, la suspensión de contratos o la reducción de jornada, de carácter colectivo, que afecten a los contratos de trabajo en que sea empleador el concursado, corresponde a este, a la administración concursal o a los trabajadores de la empresa concursada a través de sus representantes legales”.

⁹⁹³ El art. 41.4 ET sí que recogía un plazo para la constitución de la comisión representativa dentro del propio periodo de consultas desde la redacción dada por el Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio, hasta la modificación por parte del Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto. El tenor literal era el siguiente: “En todos los casos, la designación deberá realizarse en un plazo de cinco días a contar desde el inicio del periodo de consultas, sin que la falta de designación pueda suponer la paralización del mismo”. Un plazo que se entendía aplicable al despido colectivo cuando la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, introdujo una remisión en el art. 51.2 ET al art. 41.4 ET para conformar la comisión negociadora en caso de ausencia de representación legal.

tiempo para la constitución de dicho órgano, mermando el período efectivo de negociación⁹⁹⁴. Todo lo cual significa que en la actualidad la comisión negociadora debe de constituirse con carácter previo a la comunicación empresarial de apertura del periodo de consultas y, por tanto, que se requiere una fase previa al inicio de este periodo formal de consultas, dedicada a la conformación de la comisión representativa de las personas trabajadoras⁹⁹⁵.

De hecho, el art. 51.2 ET añade que “transcurrido el plazo máximo para la constitución de la comisión representativa”, que variará en función de que alguno de los centros de trabajo cuente o no con representantes legales de los trabajadores, “la dirección de la empresa podrá comunicar formalmente a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral el inicio del periodo de consultas”. Una comunicación formal de inicio del período de consulta-negociación que incluirá entre su documentación común: la “copia de la comunicación dirigida a los trabajadores o a sus representantes por la dirección de la empresa de su intención de iniciar el procedimiento de despido colectivo” y los “representantes de los trabajadores que integrarán la comisión negociadora o, en su caso, indicación de la falta de constitución de esta en los plazos legales” (arts. 51.2 ET y 3.1 RPDC).

Esta comunicación de intenciones se configura, por ende, como un trámite previo, que no supone el inicio del procedimiento de despido colectivo, ya que este se produce con la comunicación inicial, que se detallará a continuación⁹⁹⁶. De lo anterior se infiere la posibilidad que tiene el empleador de desdecirse de sus intenciones de llevar a cabo despido colectivo, sin que la mera declaración inicial despliegue la obligación de finalmente iniciar procedimiento de despido colectivo. De esta forma, no habría inconveniente legal en que el empresario dejara sin efecto con posterioridad dicha comunicación fehaciente, aunque sería recomendable que el empresario comunicara de nuevo de forma fehaciente que desiste de proceder al despido colectivo⁹⁹⁷.

Es más, es partir de la comunicación de apertura del período de consultas cuando el empresario tiene la obligación de suministrar la correspondiente información o documentación, así como de negociar. Es por ello que, si en una reunión convocada

⁹⁹⁴ DEL REY GUANTER, S.: “La fase previa al periodo de consultas: La comunicación de la intención de iniciar un proceso de despido colectivo y la solicitud de designación de la comisión representativa de los trabajadores”, en VV.AA.: *Tratado de despido colectivo*, GODINO REYES, M. (Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 148 y ss.

⁹⁹⁵ POQUET CATALÁ, R.: *Análisis de la actual configuración del despido colectivo*, op. cit., versión electrónica.

⁹⁹⁶ FALGUERA BARÓ, M.À.: *El procedimiento del despido colectivo y el desarrollo del período de consultas: criterios judiciales*, Albacete, Bomarzo, 2015, p. 17 critica la mala técnica legislativa que se utiliza en la ordenación del despido colectivo, que muchas veces induce a confusión. “Así por ejemplo: aún cuando podría llegarse a la conclusión de que el primer paso a efectuar por el empleador en estos supuestos se concreta en el escrito inicial del artículo 2 RDC ello no es así, en tanto que previamente deberá constituirse la comisión representativa de los trabajadores, en aquellos supuestos en que así deba procederse”.

⁹⁹⁷ DEL REY GUANTER, S.: “La fase previa al periodo de consultas: La comunicación de la intención de iniciar un proceso de despido colectivo y la solicitud de designación de la comisión representativa de los trabajadores”, op. cit., p. 150.

por el empleador sin expresar formalmente que pretende iniciar un procedimiento de despido colectivo, se intenta entregar en el decurso de la misma la correspondiente documentación a los representantes de los trabajadores para librarse de tal obligación, ello no supondrá su cumplimiento ya que las obligaciones de notificación de los datos legales y reglamentarios nacen a partir del momento del inicio formal del período de consultas, siendo este intento, por tanto, irrelevante e ineficaz⁹⁹⁸.

En cuanto a los destinatarios de la puesta en conocimiento de la intención de realizar despido colectivo, el art. 51.2 ET se refiere tanto a trabajadores como a sus representantes, aunque no de forma acumulativa, sino en un sentido alternativo o disyuntivo. De este modo, parece lógico que si la empresa solo tiene un centro de trabajo afectado (o simplemente solo tiene un centro de trabajo) y cuenta con representación legal o bien todos los centros de trabajo afectados tienen representación legal, la comunicación previa se efectuará a todos los representantes unitarios de los correspondientes centros de trabajo: ya sean delegados de personal o comités de empresa⁹⁹⁹. No obstante, a pesar de que el ET solo se refiere a “sus representantes”, algunos autores interpretan que si los representantes unitarios coinciden o coexisten con representantes sindicales, también deberá de notificarse a estos la intención de iniciar procedimiento de despido colectivo, con el fin de que las secciones sindicales pueden optar por constituirse como miembros de la comisión representativa de los trabajadores, tal y como se verá a continuación¹⁰⁰⁰. Por ello, en caso de existir tal representación unitaria o sindical, carece de sentido que la comunicación de intenciones se dirija a los trabajadores de forma individual, por ser los primeros los “destinatarios naturales” de esta comunicación fehaciente. Incluso para algunos autores

⁹⁹⁸ FALGUERA BARÓ, M.À.: *El procedimiento del despido colectivo y el desarrollo del período de consultas: criterios judiciales*, op. cit., pp. 34 y 35, con cita en STSJ Madrid de 17 de marzo de 2014, rec. 2149/2013, donde se expone que: “Mediante correo de 18 de octubre de 2013, se convocó al Comité de Empresa a una reunión el 30 de octubre de 2013, indicando que era para tratar de “la situación actual de la empresa”, sin mencionar que su intención era la de iniciar el procedimiento de despido, aunque posteriormente en dicha reunión informa que tenía la intención de presentar un despido colectivo pretendiendo entonces hacer entrega de una copia en papel de una serie de documentación, dando por iniciado en ese momento el periodo de consultas con la representación social; la Sala no puede considerar cumplido el requisito en cuanto que en la convocatoria no se indica claramente que es para iniciar el procedimiento por despido colectivo a fin de que pudiesen constituir la comisión representativa, y que en la comunicación de inicio del periodo de consultas constasen los “Representantes de los trabajadores que integrarán la comisión negociadora”.

⁹⁹⁹ Sobre la importancia de que se comunique a todos los representantes unitarios la intención de iniciar procedimiento de despido colectivo y la constitución de comisión negociadora, véase, STS de 22 de julio de 2022 (rec. 313/2021). “La omisión de la exigencia de comunicar a los representantes de los trabajadores la decisión del despido colectivo, no es un mero incumplimiento de un deber informativo, sino un requisito esencial para la efectividad primero del despido colectivo y después de los despidos individuales, dotando a la regulación procesal del despido colectivo, en cuanto al ejercicio de dichas acciones, tanto para los trabajadores como para la empresa, de la necesaria seguridad jurídica”.

¹⁰⁰⁰ GARCÍA RODRÍGUEZ, B.: “La fase previa al periodo de consultas. La designación de la comisión representativa de los trabajadores”, en VV.AA.: *Tratado de despido colectivo*, GODINO REYES, M. (Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 160 y ss.

la comunicación individual a los trabajadores cuando exista representación puede interpretarse como contraria a la buena fe negocial por parte de la empresa¹⁰⁰¹.

Por otro lado, cuando los centros afectados no tengan ni representación unitaria ni sindical, la comunicación de intenciones debe dirigirse de forma individual a todos los trabajadores que forman parte de los centros de trabajo afectados¹⁰⁰². Es más, si algunos centros de trabajo tienen representación y otros no, también deberá de comunicarse individualmente a los trabajadores de estos últimos centros de trabajo para que puedan decidir si forman o no sus correspondientes comisiones *ad hoc*¹⁰⁰³.

La comunicación de la intención de iniciar procedimiento de despido colectivo debe de ser “fehaciente”. No obstante, el ET no precisa qué debe de entenderse por tal consideración o cómo debe de realizarse la comunicación para que se considere fehaciente¹⁰⁰⁴. Del estudio jurisprudencial se extrae que por fehaciencia no debe de entenderse necesariamente que la comunicación se realice con intervención notarial o judicial, sino que se puede llevar a cabo por cualquier vía “que permita reputar como indudable que se pusieron los medios necesarios para alcanzar el fin pretendido y el destinatario gozó de la posibilidad, con independencia de que la usase o no, de conocer el contenido de la notificación o comunicación”. Por ello, debe interpretarse que la comunicación podrá realizarse por cualquier medio “que ofrezca garantías de autenticidad”, al igual que la notificación deberá de hacerse de modo claro sin “que quepa duda de su realización”. Por consiguiente, podrá realizarse por escrito, entregándose en persona a las personas trabajadoras o a su representación legal, o bien remitiéndola por burofax para que quede constancia¹⁰⁰⁵. Aunque tampoco es estrictamente necesario que la comunicación se realice por escrito para que sea fehaciente, no siendo un requisito *ad solemnitatem*¹⁰⁰⁶. Piénsese, por ejemplo, en una comunicación verbal en una reunión con los representantes de los trabajadores y su constancia en el acta de la reunión firmada por las partes al efecto, que puede ser totalmente válida¹⁰⁰⁷.

¹⁰⁰¹ DEL REY GUANTER, S.: “La fase previa al periodo de consultas: La comunicación de la intención de iniciar un proceso de despido colectivo y la solicitud de designación de la comisión representativa de los trabajadores”, *op. cit.*, pp. 152 y 153.

¹⁰⁰² Dicha comunicación individual a cada uno de los trabajadores del centro de trabajo afectado en caso de ausencia de representación puede también observarse en el formulario n.º 1 de CERVERA SOTO, T. y CID BABARRO, C.: *El despido colectivo. Claves prácticas y análisis jurisprudencial*, Valladolid, Lex Nova, 2016.

¹⁰⁰³ GARCÍA RODRÍGUEZ, B.: “La fase previa al periodo de consultas. La designación de la comisión representativa de los trabajadores”, *op. cit.*, p. 161.

¹⁰⁰⁴ La RAE define “fehaciente” como: “Que hace fe, fidedigno”.

¹⁰⁰⁵ POQUET CATALÁ, R.: *Análisis de la actual configuración del despido colectivo*, *op. cit.*, versión electrónica, con cita en SSTs de 25 de noviembre de 1983, de 25 de noviembre de 1983 y SAP Madrid, de 29 de enero de 2000, rec. núm. 486/1998.

¹⁰⁰⁶ DEL REY GUANTER, S.: “La fase previa al periodo de consultas: La comunicación de la intención de iniciar un proceso de despido colectivo y la solicitud de designación de la comisión representativa de los trabajadores”, *op. cit.*, p. 152.

¹⁰⁰⁷ MONEREO PÉREZ, J.L.: *El despido colectivo y sus elementos configuradores tras las recientes reformas*, *op. cit.*, p. 67.

Por último, también resulta importante precisar el contenido de la citada comunicación de intenciones, habida cuenta de que ni la norma legal ni la reglamentaria lo especifican. Cuestión distinta es que este contenido se pueda deducir de la finalidad de la comunicación fehaciente y de otros artículos de la norma. En primer lugar, es necesario que, en la lógica de lo ya expuesto, se comunique la intención de iniciar procedimiento de despido colectivo y se solicite la conformación de la comisión negociadora. En segundo lugar, como contenido de la comunicación deberá de especificarse si el despido colectivo afecta a un solo centro de trabajo o a varios, ya que según una u otra opción la conformación de la comisión representativa será distinta (al igual que también deberá de comunicarse si se llevarán a cabo medidas de flexibilidad interna y sobre qué centros de trabajo para que la comisión representativa de cada procedimiento coincida)¹⁰⁰⁸. En tercer lugar, deberá de indicarse el plazo máximo para la conformación de la comisión representativa, así como las reglas previstas en el art. 41.4 ET para su constitución, ya que, en caso contrario, los centros que resulten afectados por el procedimiento y no cuenten con representación legal, estarán en situación de indefensión. En cuarto lugar, también deberá de especificarse el número máximo de representantes de la parte social, al igual que, en último lugar, también será recomendable que se detallen las consecuencias de la falta de constitución de la comisión representativa, así como de su constitución tras el transcurso del plazo preestablecido de 7 o 15 días¹⁰⁰⁹. Asimismo, resulta recomendable que en la comunicación intenciones se conmine a los receptores de dicha comunicación para que tras la constitución de la comisión representativa lo trasladen en tiempo y forma a la dirección de la empresa, a efectos de su conocimiento¹⁰¹⁰.

B) La constitución de la comisión negociadora: el banco social y empresarial

B.1. Comisión representativa de las personas trabajadoras

Una cuestión ciertamente importante del procedimiento de despido colectivo es la conformación de la comisión negociadora que se va a encargar de realizar el proceso de consulta-negociación. Se trata, no obstante, de un tema complejo, que ha suscitado diversas reformas a lo largo del tiempo y que, para algunos autores, todavía no ha sido resuelto de manera adecuada¹⁰¹¹.

Basta decir que hasta la reforma del art. 51 del ET/1995 por parte de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, la regulación del despido colectivo solo se había venido

¹⁰⁰⁸ DEL REY GUANTER, S.: “La fase previa al periodo de consultas: La comunicación de la intención de iniciar un proceso de despido colectivo y la solicitud de designación de la comisión representativa de los trabajadores”, *op. cit.*, pp. 154 y 155.

¹⁰⁰⁹ POQUET CATALÁ, R.: *Análisis de la actual configuración del despido colectivo*, *op. cit.*, versión electrónica.

¹⁰¹⁰ DEL REY GUANTER, S.: “La fase previa al periodo de consultas: La comunicación de la intención de iniciar un proceso de despido colectivo y la solicitud de designación de la comisión representativa de los trabajadores”, *op. cit.*, pp. 154 y 155.

¹⁰¹¹ FALGUERA BARÓ, M.À.: *El procedimiento del despido colectivo y el desarrollo del período de consultas: criterios judiciales*, *op. cit.*

refiriendo a la representación legal como interlocutora en el procedimiento de consulta-negociación¹⁰¹², lo cual había generado una laguna para el grueso de los centros de trabajo sin representación. En este sentido, incluso existieron ciertas dudas de que los centros sin representación tuvieran que llevar a cabo períodos de consultas¹⁰¹³, así como surgieron numerosos problemas aplicativos¹⁰¹⁴. En efecto, las soluciones propuestas iban desde la exigencia de que las negociaciones se llevaran a cabo con la totalidad de la plantilla y el acuerdo se adoptase por unanimidad; que se admitiera válidamente la constitución de una comisión *ad hoc* o la posibilidad de que el convenio colectivo previera una solución específica al problema; que el empresario pudiera realizar el despido colectivo sin respetar el período de consultas, sobre la base de que este no tenía por qué ver coartada su facultad extintiva por una cuestión que no le era imputable o bien porque las consultas perdían el sentido ante la inexistencia de representación del interés colectivo; hasta, finalmente, que incluso no se pudiera proceder al despido colectivo en centros de trabajo sin representación¹⁰¹⁵.

En la idea de enmendar esta situación, en 2010 se modificó el art. 51.2 ET, introduciendo una remisión al art. 41.4 ET¹⁰¹⁶ para la conformación de comisiones *ad hoc* en el caso de ausencia de representación legal. Además, el Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto¹⁰¹⁷, acabó con la compartimentalización o separación de las negociaciones por centros de trabajo afectados, algo que venía reconociendo el propio desarrollo reglamentario¹⁰¹⁸ y había sido criticado por la Audiencia Nacional por *ultra*

¹⁰¹² Sobre el significado de la tradicional expresión en el ET de “representantes legales de los trabajadores” y la reforma de 1994 que introduce en el art. 51.4, párrafo 3º, una referencia a los representantes sindicales, véase, MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo en el Derecho español. Estudio de su régimen jurídico*, op. cit., pp. 161-172.

¹⁰¹³ Tanto la doctrina judicial previa a la reforma de 2010 como el sector mayoritario de la doctrina científica sostuvo la obligatoriedad del procedimiento de consulta-negociación. Sin embargo, algunos autores defendieron la falta de obligación en caso de ausencia de representación legal, como NORES TORRES, L.E.: *El período de consultas en la reorganización productiva empresarial*, Madrid, CES, 2000, *passim*.

¹⁰¹⁴ Sobre las diversas posibilidades que existían acerca de la consulta-negociación en empresas sin representación, véase, ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A.: “Los acuerdos de reestructuración en empresas sin representantes unitarios de los trabajadores”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, N.º 67, 2002, pp. 111-127. Un análisis de los principales problemas aplicativos en: BENAVENTE TORRES, M.I.: “Las comisiones *ad hoc* en los períodos de consulta/negociación”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, N.º 124, 2014, pp. 122-128.

¹⁰¹⁵ Un resumen en MONEREO PÉREZ, J.L.: *El despido colectivo y sus elementos configuradores tras las recientes reformas*, op. cit., pp. 64 y 65.

¹⁰¹⁶ Del mismo modo, no fue hasta el Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio, y la posterior Ley 35/2010, de 17 de septiembre, cuando se introdujo una referencia a las comisiones *ad hoc* en el art. 41.4 ET para los casos de empresas sin representación legal.

¹⁰¹⁷ Convalidado por la Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social.

¹⁰¹⁸ Posibilidad reconocida en el Real Decreto 801/2011, de 10 de junio, y en la redacción original del RPDC actual: “Asimismo remitirá la información sobre la composición de la representación de los trabajadores, así como de la comisión negociadora del procedimiento de despido colectivo, especificando, en el supuesto de ser varios los centros de trabajo afectados, si la negociación se realiza a nivel global o diferenciada por centros de trabajo” (art. 6.2) y “Cuando el procedimiento

*vires*¹⁰¹⁹, reconociendo una única mesa negociadora con independencia de la existencia de varios centros de trabajo afectados, así como, en consecuencia, el mismo RD-ley precisó la conformación de la comisión y la legitimación de los interlocutores en casos de supuestos de “crisis plurilocalitativas”¹⁰²⁰ con una modificación del art. 41.4 ET.

En la actualidad, el art. 51.2 ET indica, como ya se ha recogido, que “la comisión representativa de los trabajadores deberá quedar constituida con carácter previo a la comunicación empresarial de inicio del procedimiento de consultas”. A tal fin, el mismo apartado precisa que “la intervención como interlocutores ante la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas corresponderá a los sujetos indicados en el artículo 41.4, en el orden y condiciones señalados en el mismo”¹⁰²¹. De este modo, para conformar la comisión representativa de los trabajadores¹⁰²² se deberán de seguir las reglas previstas en el art. 41.4 ET¹⁰²³, que son comunes, a su vez, para el resto de procesos de reestructuración empresarial (movilidad geográfica, modificación sustancial de condiciones de trabajo, medidas laborales en la sucesión de empresa, reducción de jornada o suspensión del contrato o descuelgue convencional estatutario)¹⁰²⁴. Además, en ningún caso se podrá superar el número máximo de trece miembros en

afecte a varios centros de trabajo deberá concretarse si la negociación se realiza globalmente para la totalidad de los centros de trabajo de la empresa o de manera diferenciada por centros de trabajo” (art. 27.2).

¹⁰¹⁹ SSAN 25-7-2012, AS 167; 28-9-2012, AS. 2515; 16-11-2012, AS. 2013/212; 22-10-2013, nº 184; 21-11-2012, AS. 2409, todas ellas respecto del art. 11.2 RD. 801/2011. Respecto del 27.2 y 28.3 RD. 1483/2012: SSAN 1-4-2013, JUR2013/111737; 22-4-2013, nº sent. 80; 31-5-2013, nº sent. 112; 4-6-2013, nº sent. 113; 17-6-2013, nº sent. 127/2013; 4-7-2013, nº sent. 140. En contra: STSJ Las Palmas 26-2-2013, proc 18/2012. *Vid.*, BENAVENTE TORRES, M.I.: “Las comisiones *ad hoc* en los períodos de consulta/negociación”, *op. cit.*, pp. 129 y 130. Tiempo después la STS 27.01.15, rec. 180/14 declaró nulo el despido colectivo por haberse parcelado la mesa negociadora por centros de trabajo afectados, llevando una negociación particular con cada uno de ellos.

¹⁰²⁰ Este concepto viene recogido en FALGUERA BARÓ, M.Á.: *El procedimiento del despido colectivo y el desarrollo del período de consultas: criterios judiciales*, *op. cit.*, p. 18.

¹⁰²¹ En el mismo sentido, el art. 26 RPDC: “Estarán legitimados para intervenir como interlocutores ante la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas a que se refiere este reglamento los sujetos indicados en el artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores, en el orden y condiciones señalados en el mismo”.

¹⁰²² Un término que puede resultar ciertamente reiterativo si la interlocución social corresponde a los representantes unitarios de los trabajadores de un centro de trabajo, por afectar solo a este, ya que tales representantes ya eran representativos, valga la redundancia. No obstante, sí puede ocurrir que el número de miembros del Comité de empresa sea superior al límite de 13 y, por tanto, tenga que constituirse una comisión “representativa” para negociar en el proceso de consulta-negociación y cumplir con tal limitación. Sobre esta última posibilidad, FALGUERA BARÓ, M.Á.: *El procedimiento del despido colectivo y el desarrollo del período de consultas: criterios judiciales*, *op. cit.*, p. 21.

¹⁰²³ Se trata de unas reglas que son de carácter indisponible para la negociación colectiva, aunque se trate de una franja de trabajadores que tengan convenio colectivo propio (STS de 29 de diciembre de 2014, rec. 83/2014).

¹⁰²⁴ Para SÁEZ LARA, C.: *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, *op. cit.*, p. 80 se trata de unas reglas comunes que facilitarán la adopción de acuerdos sobre modificación de condiciones de trabajo y de inaplicación de convenio colectivo en el propio procedimiento de despido colectivo como medidas dirigidas a reducir el número de trabajadores afectados por el despido colectivo.

representación de cada una de las partes, así como la comisión negociadora será única y quedará circunscrita a los centros afectados por el procedimiento¹⁰²⁵.

La constitución de la comisión negociadora puede resultar una operación sencilla, si se cuenta con tan solo un centro de trabajo afectado con representación, o bien puede suponer una tarea más complicada en supuestos en los que el procedimiento afecte a varios centros de trabajo, unos con representación legal-unitaria, otros sin representación, otros con representación sindical, etc¹⁰²⁶. De ahí que se conceda un plazo mayor para su constitución cuando alguno de los centros de trabajo afectados no cuente con representación legal (se amplía el plazo de 7 a 15 días)¹⁰²⁷, así como se exigirán distintas reglas en la legitimación de la interlocución en función de la existencia de uno o varios centros de trabajo afectados, habida cuenta de que el modelo de representación español se construye sobre el centro de trabajo.

- Las secciones sindicales

La preferencia de que las secciones sindicales negocien tanto los acuerdos de empresa como los convenios en el mismo nivel fue introducida por el RD-ley 7/2011, de 10 de junio, no solo para conceder más importancia a la representación sindical sino más bien para facilitar el logro de acuerdos¹⁰²⁸. Así lo establece el art. 41.4 ET cuando reconoce en primer lugar como interlocutores sociales a las secciones sindicales, siempre que estas lo acuerden y “tengan la representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los delegados de personal de los centros de trabajo afectados, en cuyo caso representarán a todos los trabajadores de los centros afectados”¹⁰²⁹.

Con esta reforma, el legislador otorga un principio de favor a las representaciones sindicales como poderes de interlocución frente al poder del empresario, rompiendo

¹⁰²⁵ Del mismo modo, así lo establece el art. 27.1 RPDC: “La consulta se llevará a cabo en una única comisión negociadora, si bien, de existir varios centros de trabajo, quedará circunscrita a los centros afectados por el procedimiento. La comisión negociadora estará integrada por un máximo de trece miembros en representación de cada una de las partes”.

¹⁰²⁶ MERCADER UGUINA, J.R., y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornadas*, op. cit., p. 136.

¹⁰²⁷ Este plazo debe de entenderse como días naturales por aplicación analógica de los arts. 51.2 ET y 7.4 y 5 RPDC. En este sentido, GARCÍA RODRÍGUEZ, B.: “La fase previa al periodo de consultas. La designación de la comisión representativa de los trabajadores”, op. cit., p. 160.

¹⁰²⁸ BENAVENTE TORRES, M.I.: “Las comisiones *ad hoc* en los periodos de consulta/negociación”, op. cit., p. 130.

¹⁰²⁹ La STS de 24 de febrero de 2015, rec. 165/2014, rechaza que pueda reclamarse la nulidad del despido colectivo por haber negociado con el comité de empresa cuando no se haya acreditado que exista un acuerdo de las secciones sindicales para actuar como representantes de los trabajadores frente al empresario, ni que dichas secciones ostenten los presupuestos exigibles legalmente para poder hacer uso de tal facultad (la mayoría de la representación legal). En la misma sentencia, el Tribunal Supremo reconoce que existe una regla general de que sea la representación legal unitaria quien intervenga en las negociaciones, dada su condición de “órgano representativo y colegiado del conjunto de los trabajadores en la empresa o centro de trabajo para la defensa de sus intereses” (art. 63.1 ET), al igual que también reconoce que el legislador ha establecido una regla de preferencia a favor de las secciones sindicales, con los límites mencionados, y una regla subsidiaria para cuando no exista representación legal de los trabajadores, ya sea sindical o unitaria.

con el tradicional esquema binario que permitía, en principio, al empleador entablar las consultas con la representación unitaria o sindical de forma indiferenciada¹⁰³⁰. La preferencia por las secciones sindicales facilita una mayor presencia del sindicato en la empresa y, por tanto, garantiza una presencia más fluida de las organizaciones sindicales en los centros de trabajo, aunque debilita la posición de representaciones no sindicalizadas¹⁰³¹.

Del tenor literal del art. 41.4 ET se deduce que no solo se necesita el acuerdo expreso entre las secciones sindicales para poder negociar en el procedimiento de consulta-negociación, sino que también se necesita que tales secciones reúnan la mayoría de la representación existente en la empresa (en concreto, “de los centros de trabajo afectados”). Aunque también puede quedar legitimado el sindicato que ostente en solitario la mayoría de la representación unitaria por su mera voluntad, sin que se exija lógicamente acuerdo con ninguna otra sección sindical¹⁰³². En consecuencia de lo anterior, en el caso de empresas con un solo centro de trabajo o con un solo centro de trabajo afectado si no se cuenta con representación unitaria en dicho centro, tampoco podrán negociar las secciones sindicales y, por tanto, deberá de entrar en juego la conformación de la correspondiente comisión *ad hoc*¹⁰³³.

Mayores dudas suscita la posibilidad de que se trate de una crisis plurilocal y, por tanto, existan diferentes centros de trabajo afectados y en unos sí exista y en otros no exista representación a través de delegados de personal o miembros del comité de empresa, puesto que habrá que dilucidar si es necesario que las secciones sindicales que formen la comisión representativa tengan o no que reunir la representación mayoritaria en cada uno de los centros de trabajo afectados.

En este sentido, una parte de la doctrina ha venido defendiendo que las secciones sindicales solo deben de ostentar la mayoría de la representación unitaria en el conjunto del ámbito afectado, computándose los miembros de la representación y su pertenencia a la correspondiente sección sindical en su totalidad¹⁰³⁴. Ello debe de ser así incluso en el supuesto de que tan solo uno de los centros de trabajo ostente representación unitaria, ya que la formación de una especie de comisión “híbrida” entre las secciones

¹⁰³⁰ Para MONEREO PÉREZ, J.L.: “El régimen jurídico de los despidos colectivos después de la reforma de 2012”, *op. cit.*, p. 338, “es una opción de política del Derecho en favor del sindicato (plenamente coherente con la opción constitucional por el sindicato como instancia de personificación de la identidad colectiva de los trabajadores también en el ámbito de la organización empresarial) en su calidad de interlocutor y sujeto negociador respecto al diseño del modelo de flexibilidad interna negociada y que se refleja normativamente en los distintos supuestos de periodos de consulta-negociación (así, artículos 40, 41, 47, 51 y 82.3 del ET)”.

¹⁰³¹ En palabras de CABEZA PEREIRO, J.: “La flexibilidad interna y su regulación en España, una reflexión en clave crítica de la Reforma Laboral del 2012”, en VV.AA.: *Flexibilidad interna e innovación en la empresa*, LANDA ZAPIRAIN, J.P. (Coord.), Madrid, Dykinson, 2013, p. 342.

¹⁰³² GARCÍA RODRÍGUEZ, B.: “La fase previa al periodo de consultas. La designación de la comisión representativa de los trabajadores”, *op. cit.*, pp. 167 y 168.

¹⁰³³ BENAVENTE TORRES, M.I.: “Las comisiones *ad hoc* en los periodos de consulta/negociación”, *op. cit.*, p. 131.

¹⁰³⁴ NAVARRO NIETO, F.: *Los despidos colectivos*, Madrid, Civitas, 1996.

sindicales y las comisiones *ad hoc* por parte de los centros sin representación podría constituir un atentado contra la libertad sindical (arts. 28.1 y 37.1 CE), sin perjuicio de que se contara con la libre aceptación de cada uno de los sindicatos legitimados (al igual que también supondría una vulneración de la libertad sindical una intervención de los representantes unitarios en la negociación, una vez que las secciones sindicales se conformaran como sujetos negociadores)¹⁰³⁵.

En el mismo sentido parece ir la modificación introducida en el art. 41.4 ET por el RD-ley 11/2013, que introdujo la expresión “en cuyo caso representarán a todos los trabajadores de los centros afectados”. No obstante, también es cierto que esta aseveración confronta con otro párrafo del art. 51.2 ET, esta vez respecto al régimen de adopción de acuerdos: “dicho acuerdo requerirá la conformidad de la mayoría de los representantes legales de los trabajadores o, en su caso, de la mayoría de los miembros de la comisión representativa de los trabajadores siempre que, en ambos casos, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados”. En concreto, está claro que en caso de negociación por la representación unitaria, comisión *ad hoc* o comisión mixta se necesita la mayoría de la comisión representativa que, a su vez, represente a la mayoría de los trabajadores de todos los centros afectados. Y cabe preguntarse, por ende, si esta doble exigencia de mayoría se traslada a la negociación vía secciones sindicales¹⁰³⁶.

En definitiva, se trata de una contradicción de difícil resolución que para cierto sector doctrinal se resuelve a favor de la interpretación dada a la dicción del art. 41.4 ET, sobre todo si la sección sindical se constituye en el ámbito de la empresa¹⁰³⁷, pero que para otros autores supondría el quebrantamiento del principio de correspondencia representativa y conllevaría, por tanto, la nulidad del acuerdo¹⁰³⁸. Asimismo, otros autores argumentan que debe de existir representación unitaria en todos los centros de trabajo afectados para que pueda negociar la sección sindical, siguiendo la regla del art. 87.1 ET para los convenios colectivos de empresa¹⁰³⁹. Por último, un sector doctrinal entiende que las secciones sindicales sí que pueden intervenir cuando ostenten la mayor representatividad en su conjunto, aunque deberían de articularse cauces de representación para los centros con representación unitaria cuando la mayoría sindical

¹⁰³⁵ BENAVENTE TORRES, M.I.: “Las comisiones *ad hoc* en los periodos de consulta/negociación”, *op. cit.*, p. 131.

¹⁰³⁶ ZUMALACÁRREGUI PITA, L.: “El periodo de consultas: la constitución de la comisión negociadora”, en VV.AA.: *Tratado de despido colectivo*, GODINO REYES, M. (Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 218 y 219.

¹⁰³⁷ ALFONSO MELLADO, C.L. y FABREGAT MONFORT, G.: *Negociación en la empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 20.

¹⁰³⁸ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “El principio de correspondencia representativa como límite en la negociación de empresa”, en VV.AA.: *Anuario laboral 2015: doctrina científica, casos prácticos y doctrina administrativa*, Valladolid, Lex Nova, 2015.

¹⁰³⁹ Es opinión de POQUET CATALÁ, R.: *Análisis de la actual configuración del despido colectivo*, *op. cit.*, versión electrónica y SOLÀ I MONELLS, X., “La conformación de la comisión representativa del periodo de consultas. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2015 (Recurso 139/2014)”, *IUSLabor*, N.º 3, 2015.

entre tal representación existente no representase a la mayoría de los trabajadores afectados por la medida¹⁰⁴⁰.

Para el caso de que las secciones sindicales no se conformen como los interlocutores en el procedimiento de consulta-negociación, el art. 41.4 ET establece una serie de reglas subsidiarias, diferenciando entre si el procedimiento de despido colectivo afecta a un único centro de trabajo o a varios de ellos:

- El procedimiento de despido colectivo afecte a un único centro de trabajo

Si las secciones sindicales no existen, no llegan a un acuerdo o no ostentan la representación unitaria mayoritaria, la legitimación corresponderá a los delegados de personal o al comité de empresa del único centro de trabajo afectado¹⁰⁴¹, ya sea porque la empresa no tenga más centros de trabajo o no se trate de una crisis plurilocal. En este supuesto, el interlocutor que intervendrá en la consulta-negociación será la representación unitaria, que estará conformada previamente en virtud de las mal llamadas “elecciones sindicales” en la empresa. Sin embargo, si el número de miembros del comité de empresa supera el umbral de 13, deberá de constituirse igualmente una comisión representativa para cumplir con tal condición¹⁰⁴². Además, a diferencia de las secciones sindicales, no será exigible, ni legal ni reglamentariamente¹⁰⁴³, “ningún acuerdo específico para atribuir o asumirse la representación por el Comité de Empresa, ya que el mismo como representante legal unitario de los trabajadores tiene dicho carácter de interlocutor por imperativo legal (art. 63.1 ET), salvo que exista acuerdo de las secciones sindicales para asumirla plenamente en los términos” ya expresados (STS de 24 de febrero de 2015, rec. 165/2014).

Para el caso de que no exista representación unitaria en la empresa o centro de trabajo afectado¹⁰⁴⁴, el art. 41.4.a) ET articula dos posibles vías de formación de la

¹⁰⁴⁰ ZUMALACÁRREGUI PITA, L.: “El periodo de consultas: la constitución de la comisión negociadora”, *op. cit.*, p. 223.

¹⁰⁴¹ GARCÍA RODRÍGUEZ, B.: “La fase previa al periodo de consultas. La designación de la comisión representativa de los trabajadores”, *op. cit.*, p. 174 también podrá quedar legitimado el comité de empresa conjunto del art. 63.2 ET, siempre que uno de los centros de trabajo agrupados sea el centro de trabajo afectado.

¹⁰⁴² FALGUERA BARÓ, M.À.: *El procedimiento del despido colectivo y el desarrollo del período de consultas: criterios judiciales*, *op. cit.*, p. 22.

¹⁰⁴³ En cambio, el artículo 27.2 RPDC sí que exige que: “la comisión negociadora de los procedimientos en representación de los trabajadores deberán establecer en su acta de constitución que se constituyen como órgano colegiado en cuanto a la formación de su voluntad y el carácter vinculante de sus decisiones”.

¹⁰⁴⁴ Las razones por las que una empresa puede no tener representación unitaria son diversas: que la empresa tenga un solo centro de trabajo que ocupe a menos de 6 trabajadores o bien que tenga menos de 10 empleados y estos no decidan por mayoría la designación de un delegado de personal; que la empresa reúna en su totalidad el umbral para obtener representantes de los trabajadores pero no lo alcance en cada uno de sus centros de trabajo por separado y no sea posible la constitución de comités de empresa conjuntos; que la empresa deba de contar con representantes legales de los trabajadores según la norma estatutaria pero no hayan sido elegidos, ya sea por la ausencia de candidatos, la falta de promoción de elecciones, las elecciones aún no hayan sido celebradas, el cese sobrevenido de los representantes, el incremento sobrevenido del número de trabajadores,

comisión representativa (comisiones *ad hoc*), a elección por parte de los trabajadores mediante asamblea, debiendo el empresario facilitar los medios para que la misma se lleve a cabo en los términos legalmente establecidos (arts. 77-80 ET)¹⁰⁴⁵. En efecto, los trabajadores podrán optar entre una comisión de tres miembros formada por los propios trabajadores, denominada comisión “laboral” o “interna”, o bien por una comisión conformada por los propios sindicatos, llamada comisión “sindical” o “externa”¹⁰⁴⁶.

La comisión interna o laboral es una comisión de carácter extra sindical, que se forma por un máximo de tres trabajadores elegidos democráticamente. Para ello es necesario que la convocatoria de la asamblea incluya en su orden del día la designación de la comisión, previa convocatoria por un número no inferior al 33% de la plantilla, así como que el voto sea personal, libre, directo y secreto (arts. 77.1 y 80 ET)¹⁰⁴⁷. En cuanto a la mayoría exigida para la votación no se establece nada al respecto, por lo que para algunos autores será suficiente, en principio, con la mayoría simple¹⁰⁴⁸, aunque también es cierto que el art. 80 ET indica que cuando se trate de acuerdos que afecten al conjunto de los trabajadores se exigirá mayoría absoluta¹⁰⁴⁹.

Se trata, por tanto, de una comisión integrada por los propios trabajadores, por lo que no contarán con el régimen privilegiado que el Estatuto de los trabajadores concede a los representantes legales de los trabajadores¹⁰⁵⁰, señaladamente la prioridad de permanencia en el despido colectivo¹⁰⁵¹. No obstante, algunos autores sostienen que incluso no solo es posible designar a trabajadores de otro centro de trabajo no

etc. ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A.: “Los acuerdos de reestructuración en empresas sin representantes unitarios de los trabajadores”, *op. cit.*, p. 114.

¹⁰⁴⁵ GARCÍA RODRÍGUEZ, B.: “La fase previa al periodo de consultas. La designación de la comisión representativa de los trabajadores”, *op. cit.*, p. 161.

¹⁰⁴⁶ La distinción entre comisión laboral o comisión sindical pertenece a DE LA VILLA GIL, L.E.: “Comisiones laborales y comisiones sindicales. Una sorpresa escondida en la reforma laboral de 2010”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, N.º 23, 2011, pp. 1-27. En cambio, BENAVENTE TORRES, M.I.: “Las comisiones *ad hoc* en los períodos de consulta/negociación”, *op. cit.*, *passim*, se refiere a las expresiones comisión interna o externa.

¹⁰⁴⁷ MONEREO PÉREZ, J.L.: *El despido colectivo y sus elementos configuradores tras las recientes reformas*, *op. cit.*, p. 67, es posible que la comisión representativa se designe en una única asamblea y votación o, por el contrario, también es posible que en la primera reunión se decida la conformación de una comisión laboral y en las sucesivas reuniones se presenten los candidatos y se vote para ello.

¹⁰⁴⁸ POQUET CATALÁ, R.: *Análisis de la actual configuración del despido colectivo*, *op. cit.*, versión electrónica.

¹⁰⁴⁹ Para un ejemplo de acta de asamblea de elección de “comisión laboral”, véase, el formulario número 2 de CERVERA SOTO, T. y CID BABARRO, C.: *El despido colectivo. Claves prácticas y análisis jurisprudencial*, *op. cit.*, versión electrónica.

¹⁰⁵⁰ Véase, la STS de 20 de mayo de 2015, rec. 179/2014, que no reconoce el derecho de opción a favor del trabajador en caso de despido improcedente ya que dicho trabajador fue nombrado exclusivamente como representante para la consulta-negociación ante la ausencia de representación legal.

¹⁰⁵¹ ORTEGA LOZANO, P.G.: *Medidas de flexibilidad externa colectiva en la reestructuración de empresas consecuencia del covid-19. Cuestiones prácticas a propósito del despido colectivo*, *op. cit.*, p. 48 y TORMOS PÉREZ, J.A.: *Los criterios de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 393 y 394.

afectado, sino que también es factible por esta vía elegir a representantes legales de los trabajadores de centros de trabajo no afectados por el despido colectivo¹⁰⁵², a los que sí se les aplicarán las garantías previstas en el Estatuto de los Trabajadores en su función representativa (art. 68 ET).

La constitución de la comisión representativa *ad hoc* por los propios trabajadores y, por tanto, no integrada por representantes de organizaciones sindicales (como sí que ocurrió durante la normativa COVID-19 y la negociación del ERTE), sin que se les apliquen las garantías propias de la representación legal, ha sido una cuestión ciertamente debatida entre la doctrina científica. La existencia de centros de trabajo sin representación lejos de ser un hecho aislado se convierte en algo habitual, y admitir la conformación de comisiones por los propios trabajadores, sin intervención de sujetos sindicalizados, supone una disminución del poder de negociación del banco social ante una medida que tiene importantes efectos lesivos, como es el despido colectivo. Para un sector autorizado de la doctrina admitir estas comisiones *ad hoc* “internas”, al margen de que los miembros puedan ser acreedores de las medidas de protección a las que hace referencia el art. 7 de la Directiva 2002/14/CE y de que ostenten la condición de representantes según el art. 3 del Convenio N.º 135 de la OIT, debido a su carácter extenso, tal admisión supone, además de un evidente hándicap, una “claudicación en el progresivo dismantelamiento de las estructuras representativas a nivel de empresa” por parte del legislador¹⁰⁵³.

Una segunda opción es que la comisión *ad hoc* se constituya por tres miembros “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 colectivo de aplicación a la misma” (art. 41.4.a) ET). Se trata, por tanto, de una comisión de naturaleza indudablemente sindical, en forma de órgano colegiado sindical; un carácter que no se trastoca por el hecho de que sean órganos no permanentes destinados a la duración del procedimiento de consulta-negociación¹⁰⁵⁴. En efecto, los 3 miembros (aunque nada impide que puedan ser menos) son elegidos por los propios sindicatos, sin que los trabajadores y lógicamente el empresario puedan interferir en la designación¹⁰⁵⁵, aunque también es cierto que otro sector doctrinal apunta a que los representantes sean

¹⁰⁵² BENAVENTE TORRES, M.I.: “Las comisiones *ad hoc* en los periodos de consulta/negociación”, *op. cit.*, pp. 139 y 140.

¹⁰⁵³ CABEZA PEREIRO, J.: “La flexibilidad interna y su regulación en España, una reflexión en clave crítica de la Reforma Laboral del 2012”, *op. cit.*, p. 342.

¹⁰⁵⁴ DE LA VILLA GIL, L.E.: “Comisiones laborales y comisiones sindicales. Una sorpresa escondida en la reforma laboral de 2010”, *op. cit.*, p. 12.

¹⁰⁵⁵ Para BENAVENTE TORRES, M.I.: “Las comisiones *ad hoc* en los periodos de consulta/negociación”, *op. cit.*, p. 136 la comisión paritaria tampoco puede intervenir en la designación de los miembros de la comisión, sobre todo a raíz de que el RD-ley 3/2012 omita cualquier referencia a las posibles competencias de la comisión paritaria en relación con las comisiones *ad hoc*. En contra, MONEREO PÉREZ, J.L.: *El despido colectivo y sus elementos configuradores tras las recientes reformas*, *op. cit.*, p. 67 sí entiende que la comisión negociadora pueda ser designada por la comisión paritaria del convenio, “porque normalmente están representados todos los legitimados para su negociación, salvo una nueva irrupción en el mapa sindical del sector con posterioridad a su constitución, y

elegidos en asamblea por los propios trabajadores de entre los candidatos que hayan presentado los sindicatos legitimados¹⁰⁵⁶.

Pero esta facultad de escoger a los representantes en la comisión no puede ser ejercida por cualquier sindicato, ya que el Estatuto de los trabajadores se refiere a tres: los sindicatos más representativos a nivel estatal (art. 6.2 a) y b) LOLS)¹⁰⁵⁷; los sindicatos más representativos a nivel de Comunidad Autónoma (art. 7.1 a) y b) LOLS)¹⁰⁵⁸; así como los sindicatos u organizaciones sindicales suficientemente representativas, que son aquellas que, “aun no teniendo la consideración de más representativas hayan obtenido, en un ámbito territorial y funcional específico, el 10 por 100 o más de delegados de personal y miembros de comité de empresa y de los correspondientes órganos de las Administraciones públicas” (art. 7.2 LOLS)¹⁰⁵⁹. Además, el art. 41.4.a) ET exige un límite complementario a los sindicatos cuando indica que deben de estar legitimados “para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma”¹⁰⁶⁰. De este modo, si el convenio colectivo de aplicación es sectorial, lo cual será lo más común si no se cuenta con representación legal en la empresa, deberán de seguirse las reglas de legitimación del art. 87.2 ET¹⁰⁶¹, al igual que si se trata de convenio de empresa aplicable habrá que estar a lo dispuesto por el art. 87.1 ET¹⁰⁶².

porque la lógica normativa parece buscar un control por parte de los negociadores del convenio de las modificaciones sustanciales colectivas”.

¹⁰⁵⁶ Véase el formulario número 3 de CERVERA SOTO, T. y CID BABARRO, C.: *El despido colectivo. Claves prácticas y análisis jurisprudencial*, op. cit., versión electrónica.

¹⁰⁵⁷ “Tendrán la consideración de sindicatos más representativos a nivel estatal:

a) Los que acrediten una especial audiencia, expresada en la obtención, en dicho ámbito del 10 por 100 o más del total de delegados de personal de los miembros de los comités de empresa y de los correspondientes órganos de las Administraciones públicas.

b) Los sindicatos o entes sindicales, afiliados, federados o confederados a una organización sindical de ámbito estatal que tenga la consideración de más representativa de acuerdo con lo previsto en la letra a)”.

¹⁰⁵⁸ “Tendrán la consideración de sindicatos más representativos a nivel de Comunidad Autónoma: a) Los sindicatos de dicho ámbito que acrediten en el mismo una especial audiencia expresada en la obtención de, al menos, el 15 por 100 de los delegados de personal y de los representantes de los trabajadores en los comités de empresa, y en los órganos correspondientes de las Administraciones públicas, siempre que cuenten con un mínimo de 1.500 representantes y no estén federados o confederados con organizaciones sindicales de ámbito estatal; b) los sindicatos o entes sindicales afiliados, federados o confederados a una organización sindical de ámbito de Comunidad Autónoma que tenga la consideración de más representativa de acuerdo con lo previsto en la letra a)”.

¹⁰⁵⁹ POQUET CATALÁ, R.: *Análisis de la actual configuración del despido colectivo*, op. cit., versión electrónica.

¹⁰⁶⁰ Para DE LA VILLA GIL, L.E.: “Comisiones laborales y comisiones sindicales. Una sorpresa escondida en la reforma laboral de 2010”, op. cit., pp. 14 y ss. este límite en realidad solo se aplica a los sindicatos suficientemente representativos.

¹⁰⁶¹ Mismas reglas de legitimación si se trata de convenio de grupo o pluralidad de empresas.

¹⁰⁶² Esta remisión en realidad no tiene mucho sentido ya que los convenios de empresa se negocian precisamente por la representación unitaria (que, en este caso, son inexistentes) y por las secciones sindicales, que, de existir, ya podrían haber optado por formar la comisión representativa a través

En cuanto a la designación y el reparto de puestos en la comisión *ad hoc* sindical, esta deberá de ser proporcional respecto a la representatividad de los determinados sindicatos en el convenio colectivo de aplicación¹⁰⁶³. Por ello, aunque los trabajadores se dirijan a un solo sindicato para su designación, este se ve normativamente obligado a convocar a los demás sindicatos afectados para la designación de la comisión¹⁰⁶⁴.

Es común a estos dos tipos de comisiones *ad hoc* que ni el ET ni el RPDC nada establecen acerca de sus reglas de funcionamiento. Por ende, tales comisiones se podrán regir por la autonomía de la voluntad de las partes, y conforme a las reglas que establezcan por acuerdo, con el único límite de respetar los principios democráticos, sobre todo a la hora de las mayorías necesarias para adoptar acuerdos (arts. 41.4 y 51.2 ET)¹⁰⁶⁵. Por otro lado, las comisiones *ad hoc* se extinguirán cuando se haya cumplido su objetivo, el de la consulta-negociación, se haya obtenido acuerdo o haya expirado el plazo preestablecido para las consultas. Asimismo, estas se extinguirán cuando la empresa y la representación legal acuerden la sustitución del periodo de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa¹⁰⁶⁶.

De todo lo anterior se deduce que en el caso de que la negociación del procedimiento de despido colectivo se lleve a cabo directamente con todos los trabajadores de la empresa, sin que se haya designado comisión *ad hoc*, quedará viciada la consulta-negociación con la consiguiente nulidad. Esto es lo que entendió la Audiencia Nacional¹⁰⁶⁷, sin embargo, el Tribunal Supremo en su sentencia de 23 de marzo de 2015 (RJ 2015, 1821) ha rectificado el criterio y ha admitido tal posibilidad, aunque no de forma ilimitada. En este sentido, el Tribunal Supremo afirma que “desde el momento en que la empresa acepta negociar con la totalidad de los trabajadores, pese a que la ley le facultaba para exigir una comisión limitada a tres miembros y le

de la preferencia que les otorga el ET. BENAVENTE TORRES, M.I.: “Las comisiones *ad hoc* en los periodos de consulta/negociación”, *op. cit.*, pp. 138 y 139.

¹⁰⁶³ *Ibidem*, p. 138.

¹⁰⁶⁴ MONEREO PÉREZ, J.L.: *El despido colectivo y sus elementos configuradores tras las recientes reformas*, *op. cit.*, p. 67. En cambio, DE LA VILLA GIL, L.E.: “Comisiones laborales y comisiones sindicales. Una sorpresa escondida en la reforma laboral de 2010”, *op. cit.*, p. 17 defiende que los trabajadores son libres de optar por los sindicatos más o suficientemente representativos, ya que el ET no establece ninguna regla de preferencia o prioridad, siempre que el suficientemente representativo que se elija cumpla el requisito adicional del art. 41.4.a) ET.

¹⁰⁶⁵ Es necesario, no obstante, tener en cuenta lo establecido en el art. 27.2 RPDC, por el que: “la comisión negociadora de los procedimientos en representación de los trabajadores deberán establecer en su acta de constitución que se constituyen como órgano colegiado en cuanto a la formación de su voluntad y el carácter vinculante de sus decisiones”. Además, el artículo 28.1 RPDC establece que: “los acuerdos en el periodo de consultas requerirán la conformidad 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, para lo cual, se considerará el porcentaje de representación que tenga, en cada caso, cada uno de sus integrantes”.

¹⁰⁶⁶ POQUET CATALÁ, R.: *Análisis de la actual configuración del despido colectivo*, *op. cit.*, versión electrónica.

¹⁰⁶⁷ SAN de 20 de diciembre de 2013, rec. 401/2013.

autorizaba para continuar el procedimiento sin interlocutores para el caso de aquella comisión no fuese elegida, mal puede rechazarse la validez de las reuniones llevadas a cabo por los propios trabajadores y no por los tres representantes que pudieran haber sido comisionados, habida cuenta de que es insostenible -en el campo de la representación voluntaria- negar validez a los que se negocia “in proprio nomine” y sólo atribuírsela a la hecha por otro “in alieno nomine”; tal posibilidad únicamente existe en el ámbito de la representación legal, que el derecho del trabajo concreta en los numerosos preceptos que se remiten a la representación legal -unitaria y sindical-, y en los que la correspondiente actuación no puede ser llevada a cabo por los propios trabajadores afectados, sino -muy comprensiblemente- por sus representantes institucionales, más cualificados para ello que los propios afectados en las específicas materias para las que la establece”. Aunque el Tribunal Supremo también niega que se “dé carta de naturaleza a la voluntad de las partes para libremente sustituir la legal comisión *ad hoc* por la negociación directa de los trabajadores”, ya que el Tribunal niega la nulidad de las actuaciones a la vista de las circunstancias del caso (“no excesivo número de trabajadores afectados; voluntad unánime de los mismos para negociar personalmente los despidos; allanamiento de casi la mitad de los trabajadores...”) ¹⁰⁶⁸.

- El procedimiento de despido colectivo afecte a más de un centro de trabajo

En el caso de que el procedimiento de despido colectivo afecte a más de un centro de trabajo, el artículo 41.4.b) ET recoge una serie de reglas específicas.

En un primer lugar, si existe comité intercentros y tiene esta función atribuida en el convenio colectivo que lo haya creado ¹⁰⁶⁹, la interlocución social corresponderá a tal comité (a salvo de que intervengan las secciones sindicales en los términos anteriormente establecidos). Ello es coherente con el art. 63.3 ET que establece que “solo por convenio colectivo podrá pactarse la constitución y funcionamiento de un comité intercentros con un máximo de trece miembros ¹⁰⁷⁰, que serán designados de entre los componentes de los distintos comités de centro” ¹⁰⁷¹, añadiendo, a su vez, que “tales comités intercentros no podrán arrogarse otras funciones que las que expresamente se les conceda en el convenio colectivo en que se acuerde su creación”.

¹⁰⁶⁸ ORTEGA LOZANO, P.G.: *Medidas de flexibilidad externa colectiva en la reestructuración de empresas consecuencia del covid-19. Cuestiones prácticas a propósito del despido colectivo*, op. cit., pp. 48 y 49.

¹⁰⁶⁹ El Tribunal Supremo ha admitido implícitamente fórmulas amplias para otorgar la función de negociación en el procedimiento de despido colectivo al comité intercentros. V.gr.: “El comité Intercentros, tendrá, en el ámbito de la Comunidad de Castilla y León, y en lo que afecte a los intereses globales de los trabajadores, las competencias y facultades que el Estatuto de los Trabajadores atribuye a los Comités de empresa”, art. 109.4 del Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Junta de Castilla y León (STS de 15 de abril de 2014, rec. 188/2013); o bien III Convenio Colectivo para el personal de empresas adjudicatarias de los servicios contra incendios, en cuyo artículo 56.3 se atribuye a dicho comité “cuantas facultades de información, consulta, ... se reconocen legalmente a los comités de empresa respecto de todas aquellas materias cuyo ámbito competencial afecte a la empresa en su conjunto” (STS de 25 de noviembre de 2013, rec. 87/2013).

¹⁰⁷⁰ Lo cual coincide con el tamaño de cada una de las partes de la comisión negociadora del procedimiento de consulta-negociación.

¹⁰⁷¹ “En la constitución del comité intercentros se guardará la proporcionalidad de los sindicatos según los resultados electorales considerados globalmente” (art. 63.3 ET).

No obstante, será necesario atender a los límites del comité intercentros, por lo que para autorizada doctrina¹⁰⁷², en general, dicho comité no tiene posibilidad de abarcar a los centros de trabajo sin representación o a los que no les sea de aplicación el convenio¹⁰⁷³, o en general no hayan contribuido a su composición. Por ello, el comité intercentros solo tendrá preferencia si todos los centros de trabajo afectados cuentan con representación legal, a menos que los que no cuenten con representación opten por no constituir comisión *ad hoc* y deleguen en el comité intercentros, aunque sea de forma tácita¹⁰⁷⁴. La correcta atribución al comité intercentros para la negociación del despido colectivo, por tanto, lleva aparejada, en principio, que tal competencia la pierdan los órganos de representación unitaria de primer grado y directa (delegados de personal y comités de empresa), a salvo de que se establezca en el convenio colectivo una competencia compartida o, lo que es más factible, que los representantes unitarios de centro se reserven el derecho a ser consultados por el comité intercentros antes de la firma del acuerdo de empresa o bien que tengan derecho de veto¹⁰⁷⁵.

En segundo lugar, si no estuviera legitimado para intervenir en la comisión negociadora el comité intercentros, se abren dos posibilidades:

Por un lado, si todos los centros de trabajo afectados por el procedimiento de despido colectivo cuentan con representantes legales-unitarios de los trabajadores,

¹⁰⁷² BENAVENTE TORRES, M.I.: “Las comisiones *ad hoc* en los períodos de consulta/negociación”, *op. cit.*, pp. 133 y 134. En cambio, para SOLANS LATRE, M.: *El ejercicio de la legitimación para negociar convenios colectivos*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2004, p. 66 la facultad negociadora de los comités intercentros se extiende a todos los centros de la empresa, aunque carezcan de representación unitaria.

¹⁰⁷³ En este sentido, la STS de 25 de noviembre de 2013, rec. 87/2013 declara nulo el despido colectivo, habida cuenta de que debe existir correspondencia entre el órgano de representación de los trabajadores que ha intervenido y negociado en el período de consultas (el comité intercentros) y el ámbito del personal afectado por el procedimiento, con la finalidad de que, en caso de alcanzarse acuerdo, los representantes que lo suscriban tengan la representatividad suficiente para vincular a los trabajadores del ámbito afectado por el expediente de despido colectivo. En concreto, el convenio colectivo que regulaba el comité intercentros y sus funciones en el despido colectivo no es aplicable a los trabajadores afectados por el procedimiento (trabajadores de estructura), cuyo colectivo no preveía tal intervención del comité intercentros, por lo que el despido colectivo fue negociado por órganos que no representaban a estos trabajadores (solo 2 de los 13 miembros representaban al sector de trabajadores afectados en la comisión que, además, fueron introducidos de forma informal). “En definitiva y como acertadamente se dice en la sentencia recurrida, el destino de los trabajadores de estructura no fue decidido por sus órganos naturales de representación legal sino por otro ajeno a tal representación en el que únicamente se habían integrado dos de sus representantes con sus capacidades condicionadas cuando no anuladas”.

¹⁰⁷⁴ STS de 15 de abril de 2014, rec. 188/2013, además de reconocer la negociación por la comisión permanente del comité intercentros, previa delegación por acuerdo unánime del propio comité, posibilita que se pueda representar a los centros sin representación, sobre la base de que ni las secciones sindicales han ejercitado sus prerrogativas conforme al art. 51.2 ET, ni los centros sin representación legal han designado comisión *ad hoc* al efecto. “En el presente caso, no consta la solicitud de intervención por parte de las secciones sindicales ni tampoco la actividad de los afectados dirigida a la designación de una de las dos modalidades de comisión previstas en el artículo 41.4 del Estatuto”.

¹⁰⁷⁵ MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada*, *op. cit.*, p. 130.

la comisión representativa estará integrada por estos, con el límite de 13 miembros, elegidos por y entre ellos mismos en función del número de trabajadores que representen.

Por otro lado, si alguno de los centros de trabajo afectados cuenta con representación legal y otros no, “la comisión estará integrada únicamente por representantes legales de los trabajadores de los centros que cuenten con dichos representantes”. Añadiendo: “y ello salvo que los trabajadores de los centros que no cuenten con representantes legales opten por designar la comisión a que se refiere la letra a), en cuyo caso la comisión representativa estará integrada conjuntamente por representantes legales de los trabajadores y por miembros de las comisiones previstas en dicho párrafo, en proporción al número de trabajadores que representen”.

De este modo, si los centros de trabajo que no tienen representación legal optan por designar comisión *ad hoc* conforme a lo ya expuesto en cada uno de ellos, se formará una comisión mixta o híbrida que represente a todos los centros de trabajo afectados, compuesta por la representación legal de los centros que cuenten con ella y la comisión o comisiones formadas expreso¹⁰⁷⁶. Sin embargo, de la regulación legal recogida no se puede colegir que el procedimiento consulta-negociación se podrá realizar siempre con los representantes legales de los trabajadores, salvo que los centros de trabajo sin representación designen comisiones *ad hoc*. Ello no es del todo exacto pues se necesita de un acto expreso o tácito que denote que los centros sin representación atribuyen su representación colectiva al resto de centros con representación (“opten por no designar la comisión de la letra a)”) ¹⁰⁷⁷. Se trata de una cuestión importante pues, de lo contrario, podría dar lugar a la nulidad del procedimiento, sobre todo si resulta lesionada la libertad sindical de la comisión sindical ¹⁰⁷⁸.

En último lugar, el ET precisa que “si ninguno de los centros de trabajo afectados por el procedimiento cuenta con representantes legales de los trabajadores, la comisión representativa estará integrada por quienes sean elegidos por y entre los miembros de las comisiones designadas en los centros de trabajo afectados conforme a lo dispuesto en la letra a), en proporción al número de trabajadores que representen”. En el caso de que algún centro de trabajo no designe comisión *ad hoc*, se entiende que se delega su representación a favor de las comisiones de los centros que sí han optado por constituir

¹⁰⁷⁶ ZUMALACÁRREGUI PITA, L.: “El periodo de consultas: la constitución de la comisión negociadora”, *op. cit.*, pp. 220 y 221. Además, en el caso de que algún centro de trabajo no designe comisión *ad hoc*, se entiende que *ex lege* atribuye su representación a la representación legal de trabajadores de los centros que cuenten con ella en proporción al número de trabajadores que representen cada uno de ellos.

¹⁰⁷⁷ Ello explica que se introduzca otro párrafo en el art. 41.4.b) en el que se indica que: “En el supuesto de que uno o varios centros de trabajo afectados por el procedimiento que no cuenten con representantes legales de los trabajadores opten por no designar la comisión de la letra a), se asignará su representación a los representantes legales de los trabajadores de los centros de trabajo afectados que cuenten con ellos, en proporción al número de trabajadores que representen”.

¹⁰⁷⁸ BENAVENTE TORRES, M.I.: “Las comisiones *ad hoc* en los periodos de consulta/negociación”, *op. cit.*, pp. 133 y 134.

comisiones sindicales o laborales¹⁰⁷⁹. En definitiva, el legislador parece que opta por penalizar en materia de representatividad a los centros absentistas y favorecer a los participativos¹⁰⁸⁰.

B.2. Representación del empresario en el procedimiento de consulta-negociación

La representación de la parte empresarial durante el período de consultas-negociación plantea, en principio, pocos problemas. La composición del banco empresarial corresponde a la libre decisión del empresario, siempre que se respete, igualmente, el límite de 13 miembros por parte de la representación empresarial en la comisión negociadora. Además, es necesario que los representantes del empresario ostenten poderes suficientes en la empresa para poder alcanzar acuerdos válidos en las materias objeto de negociación¹⁰⁸¹.

Por otro lado, el art. 41.4 ET reconoce que en el supuesto de que los centros de trabajo no tengan representación legal de los trabajadores y se opte por designar una comisión sindical, “el empresario podrá atribuir su representación a las organizaciones empresariales en las que estuviera integrado, pudiendo ser las mismas más representativas a nivel autonómico, y con independencia de que la organización en la que esté integrado tenga carácter intersectorial o sectorial”. De este modo, si el empresario opta por otorgar su representación a la patronal es necesario que este elabore un mandato con carácter específico, no siendo suficiente la simple afiliación a la asociación empresarial para actuar como representante del empresario¹⁰⁸². Digamos que aquí se puede observar de qué modo las asociaciones empresariales no tienen el mismo poder de ostentar la legitimación negocial durante el procedimiento de despido colectivo, a diferencia de las secciones sindicales, ya que dependen de que la comisión representativa de los trabajadores se atribuya a una comisión sindical.

B.3. Implicaciones de la falta de constitución o la errónea conformación de la comisión representativa de los trabajadores

La comisión representativa de los trabajadores, según las reglas anteriormente descritas, debe de quedar correctamente constituida en el plazo que el art. 51.2 ET recoge, 7 o 15 días en función de que alguno de los centros de trabajo no ostente representación legal unitaria desde la citada comunicación de intención de iniciar un procedimiento de despido colectivo¹⁰⁸³. Se trata, en fin, de un plazo máximo (pero que puede ser ampliable por acuerdo de las partes) que, una vez haya transcurrido, facultará

¹⁰⁷⁹ ZUMALACÁRREGUI PITA, L.: “El periodo de consultas: la constitución de la comisión negociadora”, *op. cit.*, p. 221.

¹⁰⁸⁰ *Ibidem*, p. 223.

¹⁰⁸¹ *Ibidem*, p. 230.

¹⁰⁸² ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, *op. cit.*

¹⁰⁸³ Con anterior a la modificación introducida por RD-ley 11/2013, de 2 de agosto, existía un plazo de 5 días para la constitución de la comisión representativa que se situaba dentro del período de consulta-negociación, lo cual reducía sustancialmente el período efectivo de consultas.

al empresario para que dé comienzo al período de consulta-negociación. Como se analizará con posterioridad, la falta de constitución de la comisión representativa en dicho plazo, o su constitución posterior, ni impedirá el comienzo de las consultas ni impedirá el consumo del período de 15 o 30 días destinado a la negociación (y, por tanto, tampoco se ampliará su plazo, salvo acuerdo entre las partes). Con esta exigencia legal¹⁰⁸⁴ se limitan no solo los efectos de una hipotética tentación táctica de rechazo a la constitución de la comisión representativa por la parte de los trabajadores, para retrasar todo lo posible la adopción de las medidas de despido colectivo, sino que también se busca generar un estímulo para superar las dificultades en la conformación de la comisión. De igual modo, también se posibilita que se consuma el período destinado a la consulta-negociación sin que se haya constituido la comisión representativa¹⁰⁸⁵.

En definitiva, el Estatuto de los trabajadores precisa que “la falta de constitución de la comisión representativa no impedirá el inicio y transcurso del periodo de consultas” (párrafo cuarto del art. 51.2 ET), por lo que si no se ha constituido la comisión representativa, ya sea porque no exista representación sindical o unitaria, o no se ha constituido comisión *ad hoc* al efecto, el empresario no tendrá que desarrollar procedimiento de consulta-negociación, al no existir interlocutor social válido (supuesto distinto es que acepte negociar directamente con todos los trabajadores). Así lo reconoce implícitamente el Tribunal Supremo cuando indica que “... la empresa acepta negociar con la totalidad de los trabajadores, pese a que la ley le facultaba para exigir una comisión limitada a tres miembros y le autorizaba para continuar el procedimiento sin interlocutores para el caso de aquella comisión no fuese elegida...” [STS de 23 de marzo de 2015 (RJ 2015, 1821)]. De una forma más directa el Tribunal Supremo, en su sentencia de 20 de octubre de 2015 (rec. 172/2014), precisa que: “son los representantes de los trabajadores los que deben constituir su representación para la negociación del periodo de consultas, de forma que si no lo hacen o lo hacen de manera defectuosa, el periodo de consultas puede transcurrir sin reunión alguna y el mismo se tendrá por celebrado, sin afectar a la validez del despido colectivo”.

Así, para autorizada doctrina la respuesta debe ser que, ante la imposibilidad de concluir un acuerdo con unos representantes inexistentes, debe obviarse el trámite de consultas y continuar con el procedimiento de despido colectivo, ya que el empresario no es el responsable de esta situación, sobre todo habida cuenta de los mecanismos ahora presentes en el art. 41.4 ET¹⁰⁸⁶. En cambio, si los trabajadores designan su

¹⁰⁸⁴ Véase, art. 51.2 ET, párrafo cuarto: “Transcurrido el plazo máximo para la constitución de la comisión representativa, la dirección de la empresa podrá comunicar formalmente a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral el inicio del periodo de consultas. La falta de constitución de la comisión representativa no impedirá el inicio y transcurso del periodo de consultas, y su constitución con posterioridad al inicio del mismo no comportará, en ningún caso, la ampliación de su duración”.

¹⁰⁸⁵ GIL ALBURQUERQUE, R.: “La fase previa al periodo de consultas: la comunicación de inicio del periodo de consultas a la representación de los trabajadores y a la autoridad laboral”, en VV.AA.: *Tratado de despido colectivo*, GODINO REYES, M. (Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 184.

¹⁰⁸⁶ MONEREO PÉREZ, J.L.: *El despido colectivo y sus elementos configuradores tras las recientes reformas*, op. cit., p. 64.

comisión representativa una vez ya iniciado el trámite de consultas-negociación (“su constitución con posterioridad al inicio del mismo no comportará, en ningún caso, la ampliación de su duración”, párrafo 4^a del 51.2 ET), el empresario deberá de negociar de buena fe, eso sí, dentro del plazo que reste para su finalización, sin que este se encuentre obligado a ampliar el período previsto.

Otra cuestión es cómo afecta la errónea conformación de la comisión representativa de los trabajadores al procedimiento de despido colectivo. Una cuestión que no es para nada desdeñable ya que puede tener importantes efectos en la calificación judicial del despido colectivo, así como en la validación del acuerdo alcanzado en consultas¹⁰⁸⁷. No obstante, por regla general, la configuración de la comisión representativa corresponde a los trabajadores, sin que se puedan producir inferencias empresariales¹⁰⁸⁸, por lo que si se observa alguna irregularidad en su conformación o composición sería imputable a quienes la eligieron y, por ello, no puede ser declarado nulo el despido por inexistencia del período de consultas, salvo supuestos muy evidentes de los que pudiera aprovecharse la contraparte (STS de 20 de julio de 2016, EDJ 110881).

En este sentido, cierta doctrina científica entiende que si el empresario es consciente de que la comisión representativa está configurada manifiestamente de forma irregular y accede a negociar con ella, el empresario podría incurrir en mala fe negocial e incluso podría lesionarse el derecho fundamental a la libertad sindical en el caso de perjuicio a otros sindicatos¹⁰⁸⁹, conllevando la correspondiente sanción de nulidad del despido colectivo. En concreto, la Audiencia Nacional ha determinado que no hay mala fe por parte de la empresa si se niega a negociar con una comisión negociadora defectuosamente constituida (SAN de 3 de febrero de 2017, rec. 331/16). Cuestión distinta es que la irregularidad en la conformación de la comisión no sea tan manifiesta, sino que dependa, por ejemplo, del reparto de las décimas en la división de los porcentajes o que no determine una falta de participación de quien está legitimado para ello, debiendo en este caso el empresario manifestar en el acta de constitución de

¹⁰⁸⁷ Véase, SAN de 28 de marzo de 2014, rec. 499/13 por la que al acuerdo es alcanzado con una comisión representativa de los trabajadores incorrectamente conformada, indicado oportunamente por la parte empresarial, prestando caso omiso el banco social. Dicha sentencia dictamina la nulidad e invalidez del acuerdo por vulnerar normas de Derecho necesario aunque no invalida el propio despido colectivo.

¹⁰⁸⁸ Para ZUMALACÁRREGUI PITA, L.: “El periodo de consultas: la constitución de la comisión negociadora”, *op. cit.*, pp. 225 y 226 resulta claro que el empresario no debe de participar de ninguna manera en la formación de la voluntad de los trabajadores para no incurrir en vulneración de la libertad sindical ni arrastrar consecuencias por dicha intromisión. No obstante, muchas veces ante la debilidad sindical de trabajadores sin representación legal o ante la falta de formación jurídica o formal de los mismos, resulta conveniente que la empresa pueda facilitar información técnica o incluso logística para facilitar que la elección de los representantes se realice con respeto de las garantías formales de un acto tan solemne como es la elección de los representantes.

¹⁰⁸⁹ DEL REY GUANTER, S.: “La fase previa al periodo de consultas: La comunicación de la intención de iniciar un proceso de despido colectivo y la solicitud de designación de la comisión representativa de los trabajadores”, *op. cit.*, p. 157.

la comisión negociadora la posible irregularidad menor¹⁰⁹⁰, ya que ello puede permitir que tiempo después no se pueda impugnar el despido o bien el acuerdo sobre la base de la teoría de los propios actos y el principio de buena fe en la negociación¹⁰⁹¹.

En efecto, la constitución de la comisión representativa de los trabajadores debe de realizarse mediante “acta de constitución”, en la que se deberá de indicar que la misma se constituye como órgano colegiado en cuanto a la formación de su voluntad y el carácter vinculante de sus decisiones (art. 27.2 RPDC). A pesar de que el reglamento confunde la comisión negociadora con la comisión representativa de los trabajadores (formando esta última parte de la primera), se deberá de levantar acta en primer lugar de la constitución de la comisión representativa para, a continuación, tras su correspondiente comunicación¹⁰⁹², proceder a levantar acta para constituir la comisión negociadora junto con la representación de la parte empresarial, sin que nada impida que en una misma acta se pueda hacer constar la constitución de ambas comisiones.

Y es en la correspondiente acta donde deberá de recogerse: una alusión a la comunicación de “intenciones” del empresario y a las distintas comunicaciones para facilitar la conformación de la comisión, otorgando transparencia al procedimiento; la identificación de los miembros de cada parte, indicando sus datos personales y la determinación de la representación que ostentan; así como debe de recogerse de igual modo las reglas para la designación de los miembros y la representatividad que a cada uno les corresponda¹⁰⁹³.

Con base en lo anterior, resulta fundamental entender cómo se reparten los representantes en la comisión representativa y los votos, teniendo en cuenta el límite de trece miembros por cada parte, empresarial o social, sobre todo en los supuestos en los que el número de representantes de los trabajadores sea superior a dicho número o sean varios los centros de trabajo afectados. En concreto, el art. 41.4 ET especifica que: “en todos los supuestos contemplados en este apartado, si como resultado de la aplicación de las reglas indicadas anteriormente el número inicial de representantes fuese superior a trece, estos elegirán por y entre ellos a un máximo de trece, en proporción al número de trabajadores que representen”. De este modo, la regla para repartir los miembros de la comisión reside en la proporcionalidad. Una proporcionalidad que, por un lado, para las secciones sindicales tiene que ver con la proporcionalidad sindical (en función de la representación que ostenten en los delegados de personal o el comité de empresa) y, por otro lado, para la representación legal-unitaria, las comisiones mixtas o híbridas o para

¹⁰⁹⁰ *Idem*.

¹⁰⁹¹ GARCÍA RODRÍGUEZ, B.: “La fase previa al periodo de consultas. La designación de la comisión representativa de los trabajadores”, *op. cit.*, pp. 165 y 166 con cita en SSTS 30-9-2013, rco 97/2012; 25/7/2013, rco 100/2012; 26-12-2013, rco 291/2011; y 16-7/2015, rco 180/2014; SAN 18-1-2016, proc 311 y 312/2015.

¹⁰⁹² En el formulario número 4 de CERVERA SOTO, T. y CID BABARRO, C.: *El despido colectivo. Claves prácticas y análisis jurisprudencial*, *op. cit.*, versión electrónica, se recoge un ejemplo de comunicación de los trabajadores al empresario de la opción ejercitada sobre designación de la comisión *ad hoc* cuando no se cuenta con representación legal.

¹⁰⁹³ GARCÍA RODRÍGUEZ, B.: “La fase previa al periodo de consultas. La designación de la comisión representativa de los trabajadores”, *op. cit.*, p. 164.

las comisiones *ad hoc* se repartirá según el número de trabajadores que representen de cada centro de trabajo afectado (en porcentaje respecto al total) ¹⁰⁹⁴. Dicho porcentaje determinará el número de miembros que corresponda a cada centro en la comisión ¹⁰⁹⁵.

En tal sentido, la comisión representativa que quede integrada por las secciones sindicales debe de conformarse de forma proporcional respecto a la representatividad o “audiencia electoral” en el ámbito correspondiente de cada sindicato. Un reparto proporcional que corresponde, por tanto, no solo al número de puestos existentes en la comisión, sino también al porcentaje de voto en función de los representantes unitarios acreditados, habiendo precisado el Tribunal Supremo que no se puede trocear el voto que corresponde a cada sindicato, esto es, que no cabe que los delegados designados por la sección sindical voten de modo diferenciado en la comisión, porque no se les adjudica una parte de la representatividad de la sección de la que puedan disponer unilateralmente [STS de 14 de mayo de 2014 (RJ 2014, 3863)] ¹⁰⁹⁶. En todo caso el número de miembros de la comisión representativa integrada por las secciones sindicales no podrá superar los 13 integrantes. Nada obsta a que el número de miembros sea inferior a trece, siempre que no suponga una vía de exclusión o alteración de la representatividad de algunas representaciones sindicales ¹⁰⁹⁷.

Si la comisión representativa queda integrada por la representación unitaria, por las comisiones *ad hoc* o de forma mixta, como se indicaba, la distribución de puestos se hará de forma proporcional a la plantilla de los centros que cada una represente respecto al total de la plantilla de los centros afectados. De este modo, puedan quedar al margen de la comisión representativa algunos centros de trabajo afectados que por su tamaño dispar y menor no alcancen el mínimo necesario para ostentar un puesto en la comisión, para lo cual la norma no plantea ninguna solución ¹⁰⁹⁸. No obstante, esta posibilidad, que puede darse en ciertos supuestos, puede generar problemas si se atiende al método de votación para alcanzar acuerdos, por el que se requiere que se cuente con la mayoría de los miembros de la comisión y, a su vez, estos miembros representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados

¹⁰⁹⁴ No se olvide que también es posible que los centros sin representación opten por no constituir comisión *ad hoc* y deleguen su representación en la representación unitaria o comisiones *ad hoc* de otros centros de trabajo. En tal caso, se asignará su representación a los representantes legales de los trabajadores o comisiones *ad hoc* de los centros de trabajo afectados que cuenten con ellos, en proporción al número de trabajadores que representen.

¹⁰⁹⁵ ZUMALACÁRREGUI PITA, L.: “El periodo de consultas: la constitución de la comisión negociadora”, *op. cit.*, p. 224.

¹⁰⁹⁶ ORTEGA LOZANO, P.G.: *Medidas de flexibilidad externa colectiva en la reestructuración de empresas consecuencia del covid-19. Cuestiones prácticas a propósito del despido colectivo*, Granada, Comares, 2021, pp. 45-47.

¹⁰⁹⁷ GARCÍA RODRÍGUEZ, B.: “La fase previa al periodo de consultas. La designación de la comisión representativa de los trabajadores”, *op. cit.*, p. 163 con cita en STS de 8 de octubre de 2009, rec. 161/2007.

¹⁰⁹⁸ SOLÀ I MONELLS, X., “La conformación de la comisión representativa del periodo de consultas. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2015 (Recurso 139/2014)”, *op. cit.*, pp. 6 y 7.

(arts. 51.2 ET y 28 RPDC) ¹⁰⁹⁹. Por ello autorizada doctrina propone que la reducción proporcional tenga como límite la garantía de una mínima representación de todos los centros de trabajo afectados (siempre que ello sea materialmente posible, por ejemplo, imagínese que son más de 13 los centros de trabajo que no alcanzan el mínimo de representación) ¹¹⁰⁰.

Por último, si bien ya se ha aclarado cómo deben de repartirse los puestos en el seno de la comisión, es necesario indicar que la norma no indica cómo debe de procederse para elegir quiénes serán los representantes elegidos de cada centro, ya sea de la propia representación unitaria o de la comisión *ad hoc*, que formarán parte de la comisión representativa. El Estatuto de los trabajadores se limita a indicar que serán elegidos “por y entre ellos”, pero cabe preguntarse a través de qué método. Para el caso de elección de representantes unitarios, la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2015 (rec. 139/2014) avala como “criterio complementario subsidiario” repartir los puestos en la misma proporción que en la negociación del convenio colectivo desarrollada dos años antes por el mismo comité de empresa, en analogía a lo dispuesto en el art. 88.1 ET para la regla de reparto proporcional en base a la representatividad para la comisión negociadora del convenio colectivo. Para el caso de comisiones *ad hoc*, la proporcionalidad representativa para la elección de los miembros de la comisión entre ellas no tiene sentido. En este sentido, la doctrina entiende que lo más razonable es que estos miembros de la comisión representativa sean elegidos por los propios sujetos que han elegido los integrantes de las comisiones específicas (los trabajadores en caso de comisión laboral y los sindicatos más y suficientemente representativos en caso de comisión sindical), aunque también resulta oportuno que sean elegidos por los propios integrantes de las citadas comisiones ¹¹⁰¹.

C) Comunicación inicial de apertura del período de consultas y deberes informativos: la documentación del despido colectivo

C.1. Configuración general

Formalmente el inicio del procedimiento de consulta-negociación se inicia con la denominada “comunicación inicial” tanto a los representantes de los trabajadores como a la autoridad laboral. Se trata de una comunicación, cuyos extremos se especifican en el art. 51.2 ET, y que debe de venir acompañada de la correspondiente documentación, la cual se detalla en el desarrollo reglamentario (arts. 2-5 RPDC). Cabe ya resaltar su papel como determinante en el procedimiento de despido colectivo, ya que es un escrito que por la información que proporciona y su contenido va a condicionar no

¹⁰⁹⁹ Sobre el doble *quorum* que se requiere para la validez del acuerdo ZUMALACÁRREGUI PITA, L.: “El periodo de consultas: la constitución de la comisión negociadora”, *op. cit.*, p. 224.

¹¹⁰⁰ SOLÀ I MONELLS, X., “La conformación de la comisión representativa del periodo de consultas. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2015 (Recurso 139/2014)”, *op. cit.*, p. 7.

¹¹⁰¹ *Ibidem*, pp. 8 y 9.

solo la consulta-negociación en sí misma o su resultado, sino la calificación judicial del despido colectivo ¹¹⁰².

En definitiva, la comunicación inicial a los representantes, con la correspondiente documentación, lo que busca es que el banco social conozca con suficiente detalle los aspectos del procedimiento de despido colectivo que quiere llevar a cabo el empresario y, por ello, que se conozcan aquellos aspectos que van a ser discutidos durante el procedimiento de consulta-negociación, y así garantizar que las negociaciones se desarrollen con la máxima información posible (entre otras, STS de 20 de marzo de 2013, rec. 82/2012) ¹¹⁰³. Recuérdese que el mismo art. 2.3 de la Directiva 98/59 indica que “a fin de permitir que los representantes de los trabajadores puedan formular propuestas constructivas” el empresario deberá de proporcionar “toda la información pertinente”.

En este sentido, el art. 51.2 párrafo cuarto del ET indica que “transcurrido el plazo máximo para la constitución de la comisión representativa, la dirección de la empresa podrá comunicar formalmente a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral el inicio del periodo de consultas”. En concreto, en el siguiente párrafo añade que: “la comunicación de la apertura del periodo de consultas se realizará mediante escrito dirigido por el empresario a los representantes legales de los trabajadores, una copia del cual se hará llegar a la autoridad laboral”. Por su parte, el reglamento indica que “el procedimiento de despido colectivo se iniciará por escrito, mediante la comunicación de la apertura del periodo de consultas dirigida por el empresario a los representantes legales de los trabajadores con el contenido especificado en el artículo 3, a la que deberá acompañarse, según la causa alegada, la documentación establecida en los artículos 4 y 5” (art. 2 RPDC).

De este modo, queda claro que la facultad de iniciar el despido colectivo corresponde al empresario (ya se comentó con anterioridad que la facultad de solicitar tal medida por parte de los trabajadores ha quedado relegada al despido en el concurso). En concreto, el ET se refiere en una ocasión a la “dirección de la empresa” y en otra al “empresario”, entendiendo por empresario un representante de la empresa que ostente poder suficiente para ello, esto es, que realice la comunicación inicial del despido colectivo una persona con poderes directivos suficientes para firmarla ¹¹⁰⁴.

Una comunicación de apertura del procedimiento de consultas que, igualmente, debe de efectuarse una vez que haya transcurrido el plazo para la constitución de la comisión representativa de las personas trabajadores: 7 o 15 días desde la comunicación de intenciones, en función de que se cuente o no con representantes legales de los

¹¹⁰² CERVERA SOTO, T. y CID BABARRO, C.: *El despido colectivo. Claves prácticas y análisis jurisprudencial*, op. cit., versión electrónica, indican que es importante prestar atención a su elaboración porque difícilmente va a poder ser cambiado o modificado su contenido de forma sustancial, a menos que se produzca acuerdo durante las consultas.

¹¹⁰³ POQUET CATALÁ, R.: *Análisis de la actual configuración del despido colectivo*, op. cit., versión electrónica.

¹¹⁰⁴ CERVERA SOTO, T. y CID BABARRO, C.: *El despido colectivo. Claves prácticas y análisis jurisprudencial*, op. cit., versión electrónica.

trabajadores en todos los centros de trabajo afectados, teniendo en cuenta que dicho plazo se podrá alargar o acortar, en este último caso previa constitución de la correspondiente comisión y anticipando la comunicación inicial, por acuerdo de las dos partes. De igual modo, tampoco existe la obligación de que el empresario comunique de forma inmediata el inicio del procedimiento de despido colectivo tras el transcurso del período temporal para la conformación de la comisión representativa, a salvo de que la causa o la finalidad del retraso se traduzca en una mala fe negocial o bien tenga repercusión en la propia composición de la comisión representativa ese período de dilación a causa de una alteración en la representación de los trabajadores¹¹⁰⁵.

En cuanto a los destinatarios de la comunicación inicial y su documentación aparejada, que el Estatuto de los trabajadores se refiera a “los representantes de los trabajadores” y en otras ocasiones a “los representantes legales de los trabajadores” (así también se refiere el RPDC) ha suscitado un debate en torno a si dicha comunicación solo debe de remitirse a la representación legal o bien a la comisión representativa que, recuérdese, debe de quedar constituida con anterioridad a la apertura del período de consulta-negociación. En efecto, la doctrina científica ha optado por defender que la comunicación inicial se entregue a la comisión representativa¹¹⁰⁶, aunque exista representación legal en todos o en alguno de los centros de trabajo, ya que va a ser precisamente esta comisión la que va a intervenir en la comisión negociadora del despido colectivo. En su defecto, tal comunicación inicial y su documentación deberá de entregarse a la representación legal de los trabajadores preexistente y, de forma subsidiaria, a todos los trabajadores para el caso de que no se haya conformado la comisión representativa del banco social ni exista representación legal¹¹⁰⁷.

Respecto a la forma de esta comunicación inicial y de su correspondiente comunicación el Estatuto de los trabajadores es muy preciso cuando indica que debe de realizarse por escrito (recuérdese, que debe de remitirse una copia a la autoridad laboral). Por ello, no será posible iniciar el procedimiento de despido colectivo a través de una comunicación verbal. Además, resulta indispensable que la comunicación escrita se entregue por un medio que pueda acreditar tanto que se ha producido la entrega como la fecha en cuestión¹¹⁰⁸. Respecto a si se puede notificar por correo electrónico, algunas sentencias han analizado en casos análogos este modo de entrega,

¹¹⁰⁵ DEL REY GUANTER, S.: “La fase previa al periodo de consultas: La comunicación de la intención de iniciar un proceso de despido colectivo y la solicitud de designación de la comisión representativa de los trabajadores”, *op. cit.*, p. 156.

¹¹⁰⁶ Para DEL REY GUANTER la comunicación formal del inicio del período de consultas debe de dirigirse a la comisión representativa. Además, critica que el Estatuto de los trabajadores y su desarrollo reglamentario se refieran a la representación legal, pues es necesario tener en cuenta que esta comisión puede estar compuesta tanto por representantes legales como por “representantes *ad hoc*”, que no se pueden incluir en la categoría de los primeros. *Ibidem*, p. 153.

¹¹⁰⁷ POQUET CATALÁ, R.: *Análisis de la actual configuración del despido colectivo*, *op. cit.*

¹¹⁰⁸ Para CERVERA SOTO, T. y CID BABARRO, C.: *El despido colectivo. Claves prácticas y análisis jurisprudencial*, *op. cit.*, versión electrónica, si los representantes de los trabajadores se niegan a recibir el escrito puede ser necesario acudir a un notario para proceder a notificar la comunicación inicial.

dándolo por válido siempre que se pueda acreditar que la comunicación fue recibida por los destinatarios¹¹⁰⁹.

El contenido de la comunicación inicial es precisado en el art. 51.2 ET cuando indica que en tal comunicación se consignarán los siguientes extremos:

“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.

f) Copia de la comunicación dirigida a los trabajadores o a sus representantes por la dirección de la empresa de su intención de iniciar el procedimiento de despido colectivo.

g) Representantes de los trabajadores que integrarán la comisión negociadora o, en su caso, indicación de la falta de constitución de esta en los plazos legales”.

Es más, a pesar de que el ET no alude a “toda la documentación pertinente”, a diferencia de lo que se estipula en la Directiva comunitaria, el legislador indica que esta comunicación inicial “deberá de ir acompañada de una memoria explicativa de las causas del despido colectivo y de los restantes aspectos señalados en el párrafo anterior, así como de la documentación contable y fiscal y los informes técnicos, todo ello en los términos que reglamentariamente se establezcan”. Efectivamente, el RPDC detalla el contenido de la comunicación inicial, subdividiéndola, a su vez, en una documentación común y en una documentación específica (bien para las causas económicas o bien para las causas técnicas, organizativas o productivas). Además, el art. 3.2 RPDC incluye dentro de la documentación común que acompaña a la comunicación inicial el plan de recolocación externa obligatorio, siempre que se cumplan los requisitos legalmente establecidos.

C.2. Documentación común a todos los procedimientos de despido colectivo

Se entenderá por documentación común aquellos “extremos” que debe de contener toda comunicación del inicio del período de consultas y, por tanto, común a

¹¹⁰⁹ Así, por ejemplo, se pronuncia la Audiencia Nacional en su sentencia de 13 de noviembre de 2015 (JUR 2015, 297703), entendiendo que se ha realizado debidamente la notificación (en este caso se refería a la finalización del expediente, pero el criterio es aplicable al inicio del mismo) a los representantes de los trabajadores cuando la comunicación se ha realizado por correo electrónico y se ha acreditado que fue recibido por sus destinatarios.

todos los procedimientos de despido colectivo con independencia de la causa. Se trata, en concreto, de los extremos a los que ya alude el art. 51.2 ET, los cuales son precisados por el art. 3 RPDC. Este contenido común está compuesto por:

- La especificación de las causas del despido colectivo

Tal y como ya se ha comentado, la eliminación del elemento teleológico en la conformación de las causas para despedir con la Reforma de 2012 ha supuesto una “objetivación” de las mismas. No obstante, el empresario debe de especificar las causas y sobre todo justificarlas, atendiendo a la proporcionalidad de la medida (esto es, justificar el número propuesto de despidos en su relación con los concretos hechos que precisamente conforman tales causas económicas, técnicas, organizativas o productivas). Por ello, la objetivación de las causas ha provocado que más bien se trate de una justificación atendiendo a la proporcionalidad de la medida en relación con unos determinados hechos, que a una justificación de razonabilidad en la consecución de una finalidad. Y para que el empresario pueda demostrar que efectivamente existe una adecuación entre el número de despidos y las causas alegadas se deberá de prestar especial atención a la presentación de la memoria, que posteriormente se detalla.

- Número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por el despido

El art. 3.1.b) precisa que “cuando el procedimiento de despido colectivo afecte a más de un centro de trabajo, esta información deberá estar desglosada por centro de trabajo y, en su caso, provincia y comunidad autónoma”. Con este listado se pretende informar a los representantes de los trabajadores acerca del número de trabajadores afectados (cuántos contratos de trabajo se van a extinguir)¹¹¹⁰ y acerca de los grupos profesionales a los que va a afectar el despido (esto es, qué tipos de puestos de trabajo van a quedar afectados por las extinciones). Así, esta información parece servir a la negociación durante las consultas para proponer y negociar medidas alternativas según el tipo de puesto de trabajo afectado, así como también sirve para que los trabajadores puedan valorar, en una especie de control de razonabilidad o de funcionalidad, si la medida extintiva propuesta por la empresa es adecuada y tiene relación con la causa alegada, conociendo el número de extinciones propuesto y la entidad global de la empresa a través del listado de la plantilla habitualmente empleada que, asimismo, se deberá de adjuntar¹¹¹¹.

En este contenido de la comunicación inicial la problemática reside en la dificultad de precisar el número de trabajadores afectados en el momento del inicio del procedimiento de despido colectivo ya que posteriormente, tras el período de

¹¹¹⁰ La superación de los umbrales del despido colectivo debe darse en el momento de la comunicación inicial, con independencia de que tras la consulta-negociación el número de despidos se reduzca o incluso quede por debajo de los límites del art. 51.1 ET. Véase POQUET CATALÁ, R.: *Análisis de la actual configuración del despido colectivo*, op. cit., pp. 36 y 37 con cita en STS de 29 de enero de 2019 (rec. 168/2018).

¹¹¹¹ CERVERA SOTO, T. y CID BABARRO, C.: *El despido colectivo. Claves prácticas y análisis jurisprudencial*, op. cit., versión electrónica.

consultas, este número deberá de ser concretado e incluso puede que sea inferior¹¹¹². Sin embargo, esta imprecisión no puede ser de carácter excesivamente general, ya que podría determinar la nulidad de la medida extintiva por vulnerar el deber de información¹¹¹³, aunque el propio Tribunal Supremo ha reconocido la licitud de designar a toda la plantilla como “potencialmente” afectada cuando se trata de un proceso de adscripción voluntaria al despido colectivo [STS de 18 de julio de 2014 (RJ 2014/5202)]¹¹¹⁴.

Por otro lado, la Audiencia Nacional¹¹¹⁵ se ha encargado de precisar que no existe obligación, ni en la Directiva 98/59/CE ni en el ET, de identificar concretamente a los trabajadores afectados en el momento del inicio del período de consultas y que, además, ello no es un mecanismo habitual en los despidos colectivos, porque polariza más intensamente la negociación en el período de consultas, en tanto que los representantes de los trabajadores recibirán normalmente más presiones que si se desconocen los afectados, por lo que tal omisión no constituye un obstáculo para la negociación durante el período de consultas. Sin embargo, tal y como se comentará, aunque esta designación nominativa no sea obligatoria, sí que hay que indicar los criterios tenidos en cuenta para determinar a los trabajadores afectados (o más bien una propuesta)¹¹¹⁶, ya que resulta ser una “información capital” en la apreciación y justificación de los despidos¹¹¹⁷. De igual modo, aunque se incluya en la comunicación inicial la relación nominativa de los trabajadores afectados es necesario que también se incluyan los criterios de selección [SSTS de 20 de mayo de 2014 (RJ 2014, 4356) y de 17 de julio de 2014 (RJ 2014, 5743)]¹¹¹⁸.

Mayor exigencia respecto a la designación de la clasificación profesional de los trabajadores potencialmente afectados en la documentación común de la comunicación inicial parece colegirse de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 23 de mayo de 2012 (rec. 10/2012)¹¹¹⁹. No obstante, como tuvo ocasión de resolver el

¹¹¹² En cambio, el número inicial propuesto de afectados no puede ser aumentado tras la realización de la consulta-negociación (STS 5414/2013 de 20 de septiembre).

¹¹¹³ No puede designarse genéricamente a toda la plantilla como potencialmente afectada, ya que con ello no se estarían cumpliendo los exigencias legales y reglamentarias del requisito informativo [SAN de 10 de junio de 2013 (AS 2013, 2536), confirmada por la STS de 25 de junio de 2014 (RJ 2014, 3982)]. No obstante, dicho despido colectivo fue declarado finalmente ajustado a derecho en sendas sentencias ya que la información aportada finalmente sí permitió que se alcanzara acuerdo.

¹¹¹⁴ ABRIL LARRÁINZAR, M.P.: *Información, consulta y negociación en el despido colectivo*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2016, pp. 195-197.

¹¹¹⁵ SSAN de 21 de noviembre de 2012 (EDJ 250031) y 64/2015, de 2 de enero.

¹¹¹⁶ Precisamente uno de los aspectos a negociar durante las consultas son los criterios de selección de los trabajadores y, por ello, no es necesario recoger individualmente los nombres de los trabajadores afectados por el despido colectivo en esta primera lista. POQUET CATALÁ, R.: *Análisis de la actual configuración del despido colectivo*, op. cit., p. 213.

¹¹¹⁷ SAN 4133/2012, de 15 de octubre.

¹¹¹⁸ ABRIL LARRÁINZAR, M.P.: *Información, consulta y negociación en el despido colectivo*, op. cit., pp. 201 y 202.

¹¹¹⁹ “En efecto, ha quedado acreditado -por resultar de la documentación aportada- que en la comunicación y documentación facilitada a los representantes al Inicio del período de consultas

Tribunal Supremo en casación (sentencia de 18 de marzo de 2014, rec. 114/2013), la falta de especificación de la clasificación profesional de los trabajadores afectados no fue la única causa de nulidad del despido colectivo. “La lectura atenta de la sentencia revela que esa argumentación se hace a mayor abundamiento. No es ésta la principal *ratio decidendi*. La Sala de instancia alcanza la conclusión de que el despido debe ser calificado como nulo por razón de la defectuosa información ofrecida por la empresa a la parte social en relación con el ámbito en que debía de haberse efectuado la negociación” y, en concreto, alude a una ausencia de especificación en los criterios de selección de los trabajadores afectados.

Por lo general, la omisión en la concreción de los trabajadores afectados a través de la comunicación inicial no conlleva la nulidad si la representación de los trabajadores tiene conocimiento de las personas trabajadoras afectadas durante el proceso de consulta-negociación, ya que así se estaría cumpliendo la finalidad pretendida por la norma. De igual modo, si no se aporta la clasificación profesional de las personas trabajadoras no habrá calificación de nulidad si se constata con posterioridad la aportación del número de personas trabajadoras afectadas, un resumen de su distribución por centros y funciones, así como los criterios para su designación, permitiendo una precisa determinación de las personas trabajadoras afectadas¹¹²⁰.

- Número y clasificación profesional de los trabajadores empleados habitualmente en el último año

De igual modo, el art. 3.1.c) RPDC precisa que “cuando el procedimiento de despido colectivo afecte a más de un centro de trabajo, esta información deberá estar desglosada por centro de trabajo y, en su caso, provincia y comunidad autónoma”. Por el término “trabajadores” hay que atender lo dispuesto por el artículo 1.1 ET cuando expone que “esta ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten

no se especificó la clasificación profesional de los trabajadores afectados por el despido, sino que se alude a que puede ser cualquiera del total de 41 afectados, dando además unos criterios genéricos de afectación.

Esta no comunicación de la clasificación profesional de los trabajadores y la falta de la necesaria concreción en los criterios de designación de los trabajadores afectados, impide objetivos básicos del período de consultas al que se ha aludido (artículo 2.2 de la Directiva 98/59 CE), como es alcanzar un acuerdo, pero también el objetivo mínimo del período de consultas, que es, según el propio artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores , el de buscar y encontrar las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y la de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento, bien sean recolocación, formación o reciclaje profesional. Resulta imposible negociar y avanzar en las medidas sociales si los representantes desconocen la clasificación profesional de aquellos trabajadores que pueden ser afectados y los criterios de su afectación, imposibilitando con ello proponer medidas que eviten o atenúen las consecuencias del despido colectivo. Lo que lleva también a una declaración de nulidad por incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores , en relación con el artículo 124 de la Ley de Jurisdicción Social”.

¹¹²⁰ POQUET CATALÁ, R.: *Análisis de la actual configuración del despido colectivo*, op. cit., p. 124, con cita en STS de 25 de junio de 2014, rec. 273/2013; SAN de 8 de julio de 2013, proc. núm. 180/2013 y SAN de 15 de abril de 2015, proc. núm. 180/2013.

sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario”¹¹²¹.

No obstante, si atendemos a la doctrina del TJUE, especialmente asunto *Balkaya*, habrá que introducir a otras personas dentro de la plantilla habitualmente empleada que no encajan bien en el art. 1.1 ET, como aquellas personas que realicen actividades prácticas en la empresa o sean consejeros o administradores sociales si cumplen con los requisitos del “trabajador comunitario”. Además, es necesario incluir a la “totalidad de trabajadores vinculados a la empresa durante el último año con independencia de la vinculación indefinida o temporal que haya enmarcado su prestación de servicios o, la situación en que se encuentre dicho vínculo en el momento de presentar la comunicación ante la autoridad laboral”¹¹²², por lo que habrá que tener en cuenta también a aquellos trabajadores que se encuentren en suspensión del contrato de trabajo.

En cambio, la sentencia de la Audiencia Nacional 4133/2012 de 15 de octubre de 2012 reconoce un supuesto en el que no se acredita esta exigencia informativa (que, recuérdese aparece en la Directiva comunitaria) pero que, sin embargo, no repercute negativamente en el período de consultas.

- Período previsto para la realización de los despidos

En cuanto a la precisión de esta exigencia informativa, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 25 de junio de 2012 (EDJ 152884) ha indicado que la única fijación del día de comienzo del período (*dies a quo*) no supone un cumplimiento del contenido de la comunicación inicial y, asimismo, se produce una vulneración del principio de seguridad jurídica. “Lo anterior sólo significa fijar el *dies a quo*, mas no el término final del espacio de tiempo en que la empresa materializará las medidas extintivas de carácter individual que son consecuencia obligada de su decisión de despido colectivo, lo que, bien mirado, conlleva una incertidumbre para el personal afectado que es totalmente contraria al principio de seguridad jurídica”. Por ello, en la comunicación inicial debe de preverse tanto la fecha de inicio como la fecha de fin prevista para la realización de los despidos colectivos.

No obstante, la Audiencia Nacional¹¹²³ ha interpretado que la no indicación del período previsto para las extinciones en la comunicación inicial no supone la nulidad del período de consultas, siempre que del análisis de las actas de reuniones se entienda que se fijó una fecha específica para ello. De este modo, se admite el valor probatorio de las actas de las reuniones.

- Criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos

¹¹²¹ ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, op. cit.

¹¹²² ROMERO SÁNCHEZ, I.: *El despido colectivo. Evolución normativa y régimen jurídico*, op. cit., p. 90.

¹¹²³ SAN 4133/2012, de 15 de octubre de 2012.

Este extremo que debe de contener la comunicación empresarial de inicio del procedimiento de despido colectivo es de vital importancia, como ya se ha señalado ¹¹²⁴. Ello se recoge de nuevo en la SAN 4133/2012, de 15 de octubre, de manera literal, como un “presupuesto imprescindible para apreciar la adecuada justificación de los despidos, puesto que está directamente relacionado con el fondo de la decisión extintiva”. En otras palabras, hay una vinculación entre los criterios para la designación de los trabajadores afectados y la causa, ya que esta vinculación determinará en última instancia la proporcionalidad de la medida extintiva ¹¹²⁵. Es decir, estos criterios tienen que estar relacionados con los efectos que la causa tiene sobre los contratos de trabajo, “en función de que sus tareas ya no resulten necesarias” ¹¹²⁶.

No obstante, ni el ET (arts. 51.2 y 5.5) ni el RPDC indican nada acerca de las materias sobre las que deben de versar dichos criterios de selección o el modo de determinarlos (al margen de considerar a colectivos con prioridad de permanencia en la empresa). Sin embargo, si bien el hecho de que los criterios no estén delimitados legalmente podría entenderse como un favor hacia la flexibilidad empresarial y el poder de dirección del empresario, ello no debe suponer una libertad absoluta de determinación, ya que no se deben transgredir los parámetros de igualdad y defensa de los derechos fundamentales, así como se debe de respetar lo pactado y la prioridad de permanencia ¹¹²⁷.

Mientras que la indicación del número y clasificación profesional de los trabajadores inicialmente afectados en la documentación común se corresponde con el marco general o perímetro de afectación del despido, este requisito informativo exige la acreditación de los criterios que permitirán posteriormente la concreta designación de los trabajadores afectados en particular, es decir, los criterios por los que finalmente se seleccionarán a los trabajadores efectivamente afectados y, por tanto, despedidos ¹¹²⁸.

En este estadio inicial del procedimiento de despido colectivo, la norma se refiere a una propuesta empresarial de los criterios de selección de los trabajadores afectados, y no a una versión definitiva, ya que dichos criterios conforman el mismo contenido de las consultas. Esto es, la configuración de los criterios de selección inicialmente propuestos puede ir sufriendo modificaciones a lo largo del proceso de “consulta-

¹¹²⁴ Es con el Real Decreto 43/1996, de 19 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos, cuando se introduce en el ordenamiento jurídico español la obligación de informar sobre los criterios de selección por parte del empresario, a causa de la transposición de la Directiva 75/129/CEE. ABRIL LARRÁINZAR, M.P.: *Información, consulta y negociación en el despido colectivo*, op. cit., pp. 200 y 201.

¹¹²⁵ ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, op. cit., p. 154.

¹¹²⁶ DESDENTADO BONETE, A: “Los despidos económicos tras la reforma de la Ley 3/2012. Reflexiones sobre algunos problemas sustantivos y procesales”, *Actualidad Laboral*, 2012, N.º 17, *passim*.

¹¹²⁷ ROMERO SÁNCHEZ, I.: *El despido colectivo. Evolución normativa y régimen jurídico*, op. cit., p. 92.

¹¹²⁸ TORMOS PÉREZ, J.A.: *Los criterios de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo*, op. cit., p. 195.

negociación” y, por ende, dichos criterios pueden ser objeto de mejora, acuerdo o transacción con los representantes de los trabajadores ¹¹²⁹.

La falta absoluta de aportación de criterios de selección durante el procedimiento de despido colectivo conlleva la nulidad del mismo ¹¹³⁰, ya que según el Tribunal Supremo en su sentencia de 18 de julio de 2014 (rec. 303/2013): “una real ausencia de criterios de selección, devaluará la negociación en el período de consultas, en cuanto los representantes de los trabajadores no podrán ofertar o contraofertar a las medidas empresariales, haciendo inútil el objetivo finalístico de período de consultas y el posterior y oportuno control judicial” ¹¹³¹. Por ello, para cumplir con el requisito de información el empresario deberá de incluir en la comunicación inicial los criterios de selección, así como explicar cómo se aplicarán tales criterios en relación con las causas alegadas, para lo cual se estima oportuno que se incluya este contenido en la memoria explicativa ¹¹³².

No obstante, la determinación de los criterios de selección y el nivel de detalle exigido en la comunicación inicial es una cuestión que ha venido siendo fuente habitual de litigiosidad. Partiendo de la regla general de que los criterios de designación deben de ser “lo suficientemente claros y precisos como para poder vislumbrar las pautas que la empresa pretende seguir a la hora de elegir a los trabajadores afectados”; no obstante, dicha valoración del cumplimiento de especificación de tales criterios supone una empresa complicada, sin que puedan establecerse estándares generales de “precisión y claridad” ¹¹³³.

De hecho, el Tribunal Supremo ha determinado que el cumplimiento del requisito informativo del art. 51.2.e) ET debe de valorarse en función “de las circunstancias concretas en las que se proyecta” el despido colectivo y, a su vez, en función del conjunto de la información proporcionada [STS 18 de febrero 2014 (rec.

¹¹²⁹ ROQUETA BUÍ, R.: *La selección de los trabajadores afectados por los despidos colectivos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 40.

¹¹³⁰ En supuestos de cierre de empresa se ha considerado irrelevante la omisión de los criterios de selección de los trabajadores [SAN de 13 de enero de 2014 (proc. 154/2013)]. MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo en el Derecho español. Estudio de su régimen jurídico*, op. cit., p. 234.

¹¹³¹ En una sentencia posterior el Tribunal Supremo en su pronunciamiento de 21 de octubre de 2020 (rec. 38/2020) reconoce que “la Sala se ha ocupado en múltiples ocasiones de los criterios de selección, su suficiencia y sobre los efectos, que pudiera tener su inconcreción sobre el despido colectivo, entre otras STS 19-04-2017, rec. 214/2016, donde mantuvimos que la generalidad de los criterios de selección, no constituye causa de nulidad, pues lo que exige la norma es la aportación de los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados, y sólo la ausencia de tal aportación de criterios daría lugar a la nulidad del despido, lo cual no concurre en el caso en que constan los criterios con independencia de la valoración que pueda hacerse de los mismos” (STS SG 24/03/15 -rco 217/14, asunto “Vinnell-Brown and Root LLC”).

¹¹³² TORMOS PÉREZ, J.A.: *Los criterios de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo*, op. cit., p. 198.

¹¹³³ ABRIL LARRÁINZAR, M.P.: *Información, consulta y negociación en el despido colectivo*, op. cit., pp. 204-208.

74/2013))¹¹³⁴. Así, teniendo en cuenta estos elementos y el juicio de suficiencia de la información proporcionada respecto a la finalidad general del período de consultas¹¹³⁵, que más adelante se comentará, el Tribunal Supremo ha admitido la inicial afectación de toda la plantilla [STS 25 de junio 2014 (rec. 273/2013)]; la determinación genérica de los criterios sin mayor concreción ni proyección objetiva sobre cada trabajador [STS 17 de julio 2014 (rec. 32/2014)]; o bien la naturaleza abstracta predicable de los criterios de selección [STS 26 de octubre 2015 (rec. 172/2014)].

- Copia de la comunicación dirigida a los trabajadores o a sus representantes por la dirección de la empresa de su intención de iniciar el procedimiento de despido colectivo

Aquí se alude a la obligación, ya tratada, de comunicar previamente a los trabajadores o a sus representantes la “intención de iniciar el procedimiento de despido colectivo”, con el objetivo de que se pueda constituir la comisión negociadora (o más bien la comisión representativa de las personas trabajadoras) antes del inicio del período de consultas (artículo 51.2 párrafo 3 y 4 ET). La inclusión de la “comunicación de intenciones” en la documentación común supone un mayor control de los trámites del despido colectivo por parte de la representación legal, la autoridad laboral y la ITSS¹¹³⁶.

- Representantes de los trabajadores que integrarán la comisión negociadora o, en su caso, indicación de la falta de constitución de ésta en los plazos legales

En la documentación común también debe de integrarse la composición de la comisión negociadora que, recordemos, debe de ser única y estar compuesta por trece miembros como máximo, en representación de cada una de las partes (arts.

¹¹³⁴ “La norma exige que se proporcionen “los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados”, y en este caso para decidirlo ha de analizarse en su conjunto la información proporcionada (...) Ciertamente que el artículo 51.2 e) ET, en la redacción aplicable al caso contenida en el RDL 3/2012 y también en la posterior Ley 3/2012, exige en todo caso la expresión de los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados. Pero esa exigencia se ha de valorar en relación con las circunstancias concretas en las que se proyecta, pues, obvio, no es lo mismo su análisis en una empresa que cuente con un gran número de trabajadores que otra, como la demandada, que solo tenía 58 empleados, y los despidos afectarían en principio a 24 de ellos -finalmente a 17-. Además en ella la prestación de servicios por los afectados se regía por aquellas particularidades tan específicas que señala la sentencia recurrida y que antes hemos transcrito, que indudablemente hacían mucho más complicada la exacta precisión de esos criterios, razón por la que en la forma expresada se han de considerar suficientes, teniendo en cuenta también que en el acta de la reunión del día 4 de julio -páginas 2 a 5- la empresa entregó mayores concreciones sobre los discutidos criterios de afectación, lo que, de hecho, fue uno de los factores que determinó la realización de una última reunión en el día siguiente 5 de junio, sin que en ninguna de las dos actas aparezca manifestación alguna por parte de los trabajadores sobre insuficiencia o extemporaneidad de esos criterios complementarios”.

¹¹³⁵ TORMOS PÉREZ, J.A.: *Los criterios de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo*, op. cit., pp. 201 y ss.

¹¹³⁶ ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, op. cit., p. 159.

51.2 ET y 27.1 RPDC). Una comisión única, circunscrita a los centros de trabajo afectados¹¹³⁷, pues, como se abordó con anterioridad, ya no se permite la fragmentación de negociaciones en cada uno de los centros de trabajo afectados.

De este modo, en la documentación común debe de explicitarse cómo se ha conformado la comisión negociadora y, en concreto, a través de qué mecanismos de los que permite el art. 41.4 ET (según su orden de prioridad) se ha constituido tal comisión, en función de que resulten uno o varios los centros de trabajo afectados. Deberá de especificarse la identificación de cada uno de los representantes y, a su vez, su condición de representante unitario de los trabajadores, representante sindical o bien de trabajador de un determinado centro de trabajo, elegido a través de una comisión laboral. En definitiva, lo que ocurre en la práctica es que antes de la comunicación inicial se levanta acta de constitución de la comisión negociadora, en la que se contienen todos estos aspectos, y es esta misma acta la que se adjunta en la comunicación inicial¹¹³⁸.

Recuérdese que el legislador concede un plazo de 7 o 15 días, en función de que exista o no representación legal en todos los centros de trabajos afectados, para la conformación de la comisión representativa, la cual “deberá quedar constituida con carácter previo a la comunicación empresarial de apertura”. Sin duda ello es positivo ya que se garantizará que los plazos de desarrollo de las consultas (15 o 30 días, dependiendo de la dimensión de la empresa) sean reales¹¹³⁹, ya que no pueden ser acortados por la conformación de la comisión negociadora (dentro de plazo). No obstante, el art. 51.2 ET sí que precisa que “la falta de constitución de la comisión representativa no impedirá el inicio y transcurso del periodo de consultas, y su constitución con posterioridad al inicio del mismo no comportará, en ningún caso, la ampliación de su duración”. Y esto es lo que precisamente se ha indicar en la comunicación inicial si el banco social ha transgredido el plazo de 7 o 15 días para la conformación de su comisión representativa, pues ello no impedirá que se dé comienzo o que transcurra el tiempo destinado al procedimiento de consulta-negociación.

- Memoria explicativa en función de la causa del despido colectivo

En cuanto a la memoria explicativa, el artículo 3 RPDC establece que la comunicación empresarial de inicio deberá de ir acompañada de una memoria explicativa de las causas, conforme a los artículos 4 y 5 del Reglamento, dependiendo de si la causa alegada es económica o bien técnica, organizativa o productiva. Es

¹¹³⁷ Para ROMERO SÁNCHEZ, I.: *El despido colectivo. Evolución normativa y régimen jurídico*, p.101, que la comisión quede circunscrita a todos los centros de trabajo afectados es una pretensión de dudosa realidad, pues se presupone que desde el comienzo del periodo de consultas se sabe cuáles van a ser los centros afectados.

¹¹³⁸ Véase el formulario número 5 de CERVERA SOTO, T. y CID BABARRO, C.: *El despido colectivo. Claves prácticas y análisis jurisprudencial*, op. cit., versión electrónica, donde se recoge un ejemplo de acta de constitución de la comisión negociadora, en la que se contemplan todos estos aspectos. En el mismo sentido, el formulario número 7, que representa la comunicación inicial a los representantes de los trabajadores, adjunta el acta de constitución de la comisión negociadora para acreditar este “extremo” de la comunicación inicial.

¹¹³⁹ ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, op. cit., p. 218.

necesario reiterar que esta memoria se configura como esencial e imprescindible para el procedimiento de consultas¹¹⁴⁰, ya que en ella se justifica la causa para despedir (y el número de despidos) atendiendo a la situación de la empresa.

- Plan de recolocación externa obligatorio

Según el art. 3.2 RPDC deberá de adjuntarse junto con la documentación común el plan de recolocación externa, siempre que exista obligación para ello al cumplirse los requisitos legalmente establecidos (art. 51.10 ET), que principalmente consisten en un despido colectivo que afecte a más de 50 personas trabajadoras. Aunque también el empresario que realiza el despido colectivo puede tener la voluntad de negociar un plan de recolocación externa como una medida social de acompañamiento más durante el procedimiento de consulta-negociación y, por ello, puede incluir este contenido dentro de la documentación común. Obsérvese, algo sobre lo que se incidirá con posterioridad, que la regulación actual no prevé la obligación de aportar propuestas de medidas sociales de acompañamiento dentro de la documentación común, como sí que ocurría con anterioridad con el plan de acompañamiento social para empresas de 50 o más trabajadores.

Al margen de lo anterior, para cumplir con la obligación legal del art. 51.10 ET, precisada por el artículo 9 del RPDC, el empresario deberá de adjuntar junto con la documentación inicial un plan de recolocación externa “inicial” o “provisional”. Así lo determina el art. 9.1 RPDC, por el cual: “de acuerdo con lo establecido en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, las empresas que lleven a cabo un despido colectivo de más de cincuenta trabajadores deberán incluir en todo caso en la documentación que acompaña la comunicación al inicio del procedimiento, un plan de recolocación externa para los trabajadores afectados por el despido colectivo, a través de empresas de recolocación autorizadas”. De este modo, las empresas que prevean la realización de un despido colectivo de más de 50 trabajadores deberán de ponerse en contacto con carácter previo al inicio del procedimiento de consulta-negociación con una empresa de recolocación autorizada para presentar un plan inicial de recolocación en la comunicación inicial.

Se trata, en efecto, de un plan “inicial” o “provisional” ya que este plan se adjunta en la fase inicial del procedimiento de despido colectivo y podrá sufrir variaciones a lo largo del período de consultas, fruto de su negociación, concreción o ampliación. Es por ello que se denomina al plan de recolocación externa como un “plan dinámico”¹¹⁴¹, sin perjuicio de que tenga que entregarse su versión definitiva con la finalización del procedimiento de despido colectivo, ya sea en el acuerdo o en la correspondiente comunicación final de la decisión empresarial¹¹⁴². Es más, la autoridad laboral, en sus

¹¹⁴⁰ ROMERO SÁNCHEZ, I.: *El despido colectivo. Evolución normativa y régimen jurídico*, op. cit., p. 89.

¹¹⁴¹ ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, op. cit., p. 166.

¹¹⁴² “El contenido del plan de recolocación podrá ser concretado o ampliado a lo largo del periodo de consultas, si bien al finalizar el mismo deberá ser presentada su redacción definitiva” (art. 9.4 RPDC).

funciones de asistencia a petición de cualquiera de las partes o por propia iniciativa, “podrá dirigir a las partes propuestas y recomendaciones sobre las medidas sociales de acompañamiento y, en su caso, sobre el contenido e implantación del plan de recolocación externa, teniendo en cuenta la situación económica de la empresa” (art. 10.2 RPDC).

En síntesis, el plan de recolocación externa se incluirá en todos aquellos procedimientos de despidos colectivos que afecten a más de 50 trabajadores, siempre por medio de empresas autorizadas (agencias de recolocación). El contenido del plan, que tendrá una duración mínima de 6 meses, consistirá en medidas de intermediación laboral entre la demanda y oferta de empleo, orientación profesional, de formación profesional y de atención personalizada respecto a los aspectos relacionados con su recolocación, con especial atención a los trabajadores de mayor edad, por ser aquellas personas las que más problemas tienen en la reinserción laboral (art. 9 RPDC)¹¹⁴³. Este fenómeno conocido como *outplacement* solo se podrá llevar a cabo en empresas no concursadas en procedimiento concursal, así como el coste no recaerá en ningún caso sobre los trabajadores.

C.3. Documentación en los despidos colectivos por causas económicas

Si la causa alegada es una causa económica, el artículo 4 RPDC establece que el empresario deberá de entregar, junto con la comunicación inicial, una memoria explicativa que acredite, en los términos que a continuación se señalan, los resultados de la empresa de los que se desprenda una situación económica negativa.

El art. 4.2 RPDC precisa que para la acreditación de estos resultados se aportará “toda la documentación que a su derecho convenga”, así como las cuentas anuales de las dos últimos ejercicios económicos (balance de situación, cuenta de pérdidas y ganancias, estado de cambios en el patrimonio neto, estado de flujos de efectivos, memoria del ejercicio e informe de gestión), sin perjuicio de quien las pueda presentar de forma abreviada, y de aquellas empresas que estén obligadas a auditar las cuentas, debiendo aportar, en su caso, declaración sobre la exención de auditoría. Asimismo, la empresa promotora del despido colectivo deberá de entregar las cuentas provisionales al inicio del procedimiento, debidamente firmadas por sus administradores o representantes. La finalidad de la provisión de esta documentación será la de aportar una idea (o imagen fiel) al banco social acerca de la relevancia y composición del patrimonio empresarial¹¹⁴⁴.

El apartado tercero del mismo artículo estipula que cuando la causa alegada consista en una previsión de pérdidas, además de la documentación ya indicada, se deberá de informar de los criterios utilizados para su estimación, así como se deberá de aportar un “informe técnico sobre el volumen y el carácter permanente o transitorio de esa previsión de pérdidas basado en datos obtenidos a través de las cuentas anuales,

¹¹⁴³ ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, op. cit., p. 164.

¹¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 174.

de los datos del sector al que pertenece la empresa, de la evolución del mercado y de la posición de la empresa en el mismo o de cualesquiera otros que puedan acreditar esta previsión”. A través del art. 4.3 RPDC lo que se pretende es evitar los denominados “despidos preventivos puros”¹¹⁴⁵, es decir, aquellos que se basan en previsiones de hechos futuros atendiendo a simples “pronósticos” o indicios débiles de lo que podría pasar en el futuro, desligados enteramente de una causalidad actual determinante. Se trata de que las pérdidas previstas se razonen a raíz de análisis económicos que reflejen la proyección económica y financiera de la empresa, con el debido apoyo pericial. No obstante, se trata de un término difícil de valorar que, tras la eliminación del elemento teleológico, puede dar cabida en algunas situaciones a despidos preventivos desvinculados de un soporte actual o presente, si bien es cierto que la doctrina judicial viene manteniendo una prueba exigente de las pérdidas previstas en su acreditación, incluso vinculándolas a pérdidas ya actualizadas o con reducciones persistentes de ingresos y ventas¹¹⁴⁶.

En cuanto a la “disminución persistente del nivel de ingresos o ventas”, el empresario, además de los documentos acreditativos de resultados, deberá aportar “la documentación fiscal o contable acreditativa de la disminución persistente del nivel de ingresos ordinarios o ventas durante, al menos, los tres trimestres consecutivos inmediatamente anteriores a la fecha de la comunicación de inicio del procedimiento de despido colectivo, así como la documentación fiscal o contable acreditativa de los ingresos ordinarios o ventas registrados en los mismos trimestres del año inmediatamente anterior” (4.4 RPDC)¹¹⁴⁷.

El último apartado del artículo 4 RPDC reconoce que se pueden dar dos situaciones cuando el empresario que inicie el período de consultas forme parte de un grupo empresarial:

Por un lado, si existe la obligación de formular las cuentas consolidadas y la sociedad dominante tiene su domicilio en España, además de la documentación recogida con anterioridad, habrá que adjuntar las cuentas anuales e informe de gestión consolidados de la sociedad dominante del grupo debidamente auditadas, en el caso de que esté obligada a ello, de los dos últimos ejercicios económicos completos, “siempre que existan saldos deudores o acreedores con la empresa que inicia el procedimiento”,

¹¹⁴⁵ MONEREO PÉREZ, J.L.: “El régimen jurídico de los despidos colectivos después de la reforma de 2012”, *op. cit.*, pp. 326 y 327.

¹¹⁴⁶ BODAS MARTÍN, R.: “La documentación pertinente en los despidos colectivos por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción”, en *Lan Harremanak*, N.º 35, 2017, pp. 125 y 126.

¹¹⁴⁷ La norma no precisa a qué tipo de documentación fiscal o contable se refiere para acreditar la disminución persistente de ingresos o ventas. Por ello, autorizada doctrina entiende que podría encajar bien la utilización de las declaraciones trimestrales del IVA, MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada*, *op. cit.*, pp. 90 y 91.

siendo este último requisito el verdadero determinante a la hora de aportar la documentación consolidada¹¹⁴⁸.

Por otro lado, si no existe obligación de consolidar las cuentas, se adjuntarán las cuentas de las demás empresas que conforman el grupo debidamente auditadas, si están obligadas a realizar auditorías, siempre que dichas empresas tengan su domicilio social en España, “tengan la misma actividad o pertenezcan al mismo sector de actividad y tengan saldos deudores o acreedores con la empresa que inicia el procedimiento”.

La finalidad de esta aportación documental en los grupos de empresas es la de asegurar que el período de consultas se lleva a cabo teniendo en cuenta la realidad de la empresa en su entorno empresarial ya que, de otro modo, si no se contara con tal información su situación patrimonial podría ser distorsionada¹¹⁴⁹. En efecto, la ausencia de esta información puede dar lugar a la nulidad del despido colectivo, sobre todo si se trata de despido por causas económicas, ya que esta información se utiliza para conocer la verdadera situación de la empresa que adopta la decisión de despido colectivo, ante la posible existencia de saldos deudores o acreedores o de relaciones económicas diversas entre las empresas del grupo que tengan reflejo en las cuentas que han de aportarse y que podrían ser relevantes a tales efectos¹¹⁵⁰. En cualquier caso, esta obligación documental es relevante desde la perspectiva de que se ofrecen a los representantes de los trabajadores mayores herramientas para apuntalar, en su caso, una posible pretensión de condena contra el resto de empresas que conforman el grupo si se estima que se está ante un grupo empresarial a efectos laborales¹¹⁵¹.

La STS 656/2018, de 20 de junio de 2018 ha precisado que la documentación referida en el citado apartado del art. 4 RPDC se refiere a los grupos empresariales constituidos en forma vertical, al utilizar el término “sociedad dominante” y, por tanto, si se trata de un grupo horizontal o de coordinación¹¹⁵² no sería necesario cumplimentar esta exigencia, siempre que no se trate de un grupo empresarial a efectos laborales o de una empresa de grupo.

C.4. Documentación en los despidos colectivos por causas técnicas, organizativas o de producción

En cuanto a la memoria explicativa de las causas técnicas, organizativas o producción (art. 5 RPDC), esta deberá de acreditar la concurrencia de las causas citadas a través de los informes técnicos correspondientes a cada causa, por lo que si se trata de causas técnicas se acreditarán “los cambios, entre otros, en los medios e instrumentos de producción”; si se trata de causas organizativas, “los cambios, entre otros, en el

¹¹⁴⁸ ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, op. cit., p. 181.

¹¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 182.

¹¹⁵⁰ En cuanto a la aportación en la comunicación inicial de las cuentas del grupo empresarial, véase, SSTs de 25 de septiembre de 2018 (rec. 43/2018) y de 19 de julio de 2017 (rec. 14/2017).

¹¹⁵¹ BLASCO JOVER, C.: “La inexcusable reforma del despido colectivo para integrar al grupo de empresas como ámbito de referencia”, op. cit., p. 583.

¹¹⁵² MONEREO PÉREZ, J.L.: *Empresa en reestructuración y ordenamiento laboral*, op. cit., *passim*.

ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal, o en el modo de organizar la producción”; o si se trata de una causa productiva la memoria explicativa acreditará “los cambios, entre otros, en la demanda de los productos y servicios que la empresa pretende colocar en el mercado”.

De este modo, a través de la memoria explicativa se tratará de acreditar la concurrencia de unos hechos (los cambios) y, además, se deberá de especificar de qué modo tales cambios afectan a los contratos de trabajo en el sentido de justificar su extinción por el vaciamiento de sus funciones (o lo que es lo mismo, probar el excedente de personal). Esta explicación debe de basarse, por ende, en elementos objetivos. Motivo por el cual muchas empresas deciden acudir a expertos ajenos a la empresa para que elaboren esta memoria explicativa. No obstante, tal y como ha determinado la doctrina judicial [STSJ Madrid de 11 de julio de 2012 (AS 2012, 1775)] es importante que junto con el informe técnico, explicativo de la causa, se aporten los documentos de prueba (o datos contrastables, verificables y objetivos) en los que se basa dicho informe¹¹⁵³.

C.5. El estándar de cumplimiento de la obligación informativa

Tal y como se ha venido precisando, la comunicación inicial debe de contener una serie de contenidos con el fin de cumplir con el deber de información que ordena tanto el art. 51.2 ET, como la diversa normativa internacional aplicable (art. 13 del Convenio N.º 158 de la OIT, art. 29 de la Carta Social Europea revisada o bien el art. 2.3 de la Directiva 98/59). En efecto, el deber de información se constituye como elemento central en la regulación del despido colectivo, pues va a condicionar el éxito o fracaso de la consulta-negociación. Y buena prueba de ello es que el art. 124.11 LRJS recoge como un supuesto de nulidad del despido colectivo el no haber entregado “la documentación prevista en el artículo 51.2 ET”. Es lo que se conoce como “juicio de formalidad” en el control judicial del despido colectivo, el cual no se circunscribe a la documentación del art. 51.2 ET, sino también (por remisión del citado artículo) a la “documentación contable y fiscal y los informes técnicos” desarrollados reglamentariamente (arts. 2-5 RPDC)¹¹⁵⁴.

Una obligación de información que ha sido progresivamente delimitada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo [destacan las SSTs de 15 de diciembre de 2021 (rec. 195/2021); de 25 de abril de 2019 (rec. 204/2018); de 31 de octubre de 2017 (rec. 115/2017); 688/2016 de 20 julio (caso Panrico) y 1090/2016 de 21 diciembre (caso Seguridad Integral Canaria)].

En efecto, para el Tribunal Supremo el deber de información se configura como un presupuesto ineludible de las consultas. En sintonía con la Directiva 98/59, el Alto Tribunal también recuerda que “con el fin de permitir que los representantes de los trabajadores puedan formular propuestas constructivas al empresario, éste deberá

¹¹⁵³ ABRIL LARRÁINZAR, M.P.: *Información, consulta y negociación en el despido colectivo*, op. cit., pp. 228 y 229.

¹¹⁵⁴ FALGUERA BARÓ, M.À.: *El procedimiento del despido colectivo y el desarrollo del período de consultas: criterios judiciales*, op. cit., p. 41.

proporcionarles toda la información pertinente”. En palabras del Tribunal Supremo: “se trata, obvio es, de una expresión jurídicamente indeterminada que deja en el aire no sólo el entendimiento de qué es lo pertinente, sino, también, la cuestión de quién debe decidir si la información es o no pertinente. En estos casos se impone la lógica jurídica. Así, el empresario cumple, en principio, con entregar a los representantes toda la información exigida por la indicada norma reglamentaria. Nada se opone, más bien al contrario, que voluntariamente acompañe cualquier otra, no exigida normativamente, pero que pueda contribuir al desarrollo de las consultas”.

No obstante, “no todo incumplimiento de obligación documental conlleva la nulidad de la decisión extintiva sino tan sólo aquella que sea trascendente a los efectos de una negociación adecuadamente informada”. En otras palabras, el cumplimiento o incumplimiento del deber de información debe de valorarse desde una perspectiva finalista, en el sentido de que sea útil o “trascendente” para la consulta-negociación, pues el deber de información debe de estar al servicio del derecho a la negociación colectiva en el período de consultas.

De este modo, a pesar de que tanto la regulación legal (“en dicho escrito se consignarán los siguientes extremos”) como la reglamentaria (“la comunicación de inicio del periodo de consultas contendrá los siguientes extremos”) se expresan en cuanto al contenido de la comunicación inicial en sentido categórico, y el art. 124.11 LRJS califica de nulo el despido colectivo cuando “el empresario no haya (...) entregado la documentación prevista en el artículo 51.2” ET, para el Tribunal Supremo “la enumeración de documentos que hace la norma reglamentaria no tiene valor “*ad solemnitatem*”, y no toda ausencia documental por fuerza ha de llevar a la referida declaración de nulidad, sino que de tan drástica consecuencia han de excluirse -razonablemente- aquellos documentos que se revelen “intrascendentes” a los efectos que la norma persigue [proporcionar información que consienta una adecuada negociación en orden a la consecución de un posible acuerdo sobre los despidos y/o medidas paliativas: art. 51.2 ET]”¹¹⁵⁵.

El Tribunal Supremo reitera que “tanto la Directiva 98/59 como el artículo 51.2 ET obligan al empresario a proporcionar a los representantes de los trabajadores toda la información pertinente en relación a las medidas extintivas que pretenden adoptar; información que se refiere no sólo a las causas justificativas, sino que alcanza a todos los aspectos del proyecto de despido que se propone llevar a cabo, de suerte que existe un principio de plenitud informativa al que debe atenerse el empresario para facilitar un correcto desarrollo del período de consultas”.

Como se indicaba, el RPDC obliga a que se entregue a los representantes de los trabajadores la documentación contenida en su artículos 3, 4 y 5, “ahora bien, ni toda omisión del contenido de la información contenida en los indicados preceptos reglamentarios implica un incumplimiento de la obligación de información que

¹¹⁵⁵ El Tribunal Supremo argumenta que así sigue el criterio que el legislador expresamente adopta en materia de procedimiento administrativo (con cita en art. 63.2 LRJ y PAC) e incluso en la normativa procesal (art. 207.c) LRJS).

nos ocupa, ni ésta queda siempre y en todo caso cumplida cuando los documentos allí expresados se entregan pero se omiten otros que han sido solicitados por los representantes y que se revelan útiles y pertinentes a efectos de poder desarrollar en plenitud las negociaciones inherentes a todo período de consultas”.

Por ello, el Tribunal Supremo examina el cumplimiento del estándar de información sobre la base de un criterio finalista. “Es decir el problema de la necesidad de aportación o no de una determinada documentación -no prevista normativamente- vendrá determinada por la solicitud de los representantes de los trabajadores y por la utilidad de la documentación pedida a los fines examinados. La incorrección del despido colectivo por infracción de la obligación informativa vendrá determinada, en consecuencia, por la negativa de la empresa a la aportación de la información solicitada o por su defectuosa aportación, siempre que la solicitud esté justificada puesto que no se puede imponer al empresario la aportación de cualquier documentación no prevista legalmente salvo que quede acreditada su relevancia para la negociación durante las consultas” (en este sentido, véase, SSTs de 18 de julio de 2014, rec. 288/2013; de 23 de septiembre de 2020, rec. 36/2020; y de 20 de octubre de 2021, rec. 87/2021).

De este modo, si la representación de los trabajadores no reclama durante las consultas esta otra documentación (documentación *ad hoc*) e incluso dan por buena la existente, de forma expresa o tácita, no pueden con posterioridad requerir en sede judicial la nulidad del despido colectivo por causa de insuficiencia documental¹¹⁵⁶. En igual sentido, no es posible que la representación demande a la empresa incontable información adicional, sin acreditar su trascendencia, con el único fin de alargar maliciosamente el procedimiento de despido colectivo.

Por último, en cuanto a los efectos de la entrega extemporánea de la información y documentación que debería de haberse recogido en la comunicación inicial, la jurisprudencia también acoge un criterio hermenéutico finalista para valorar el cumplimiento del deber de información. En esta interpretación flexible habrá que valorar si los representantes de los trabajadores han tenido o no información suficiente en tiempo eficaz con el fin de que la negociación durante el período de consultas haya sido real y efectiva (STS de 18 de julio de 2014, rec. 303/2013). alguna doctrina judicial también ha determinado que la entrega de la información extemporánea carece de relevancia si dicha información se aportó en la primera reunión de forma inmediata tras la reclamación por parte del banco social (SAN de 24 de julio de 2013, núm. actuaciones 144/2012)¹¹⁵⁷.

D) La solicitud del informe a los representantes legales de los trabajadores

Según indica el art. 3.3 RPDC, simultáneamente a la entrega de la comunicación a los representantes de los trabajadores, el empresario solicitará por escrito de estos la

¹¹⁵⁶ SAN de 13 de mayo de 2013 (núm. actuaciones 89/2013) y STSJ de Madrid de 11 de junio de 2012 (núm. actuaciones 22/2012).

¹¹⁵⁷ Sobre la entrega extemporánea de la documentación, véase, FALGUERA BARÓ, M.À.: *El procedimiento del despido colectivo y el desarrollo del período de consultas: criterios judiciales*, op. cit., p. 44.

emisión del informe a que se refiere el art. 64.5.a) y b) ET. Se trata de un informe previo en materia de reestructuraciones de plantilla y ceses totales o parciales, definitivos o temporales de aquella, así como para los supuestos en los que se prevea la reducción de jornada. Sin embargo, es un requisito procedimental que necesita de mayor precisión, ya que no se entiende cuál es su funcionalidad, ni su relación con aquellos supuestos en los que no exista representación legal¹¹⁵⁸.

El informe del art. 64 ET ha estado presente tradicionalmente en la regulación del despido colectivo. Para entender su papel es necesario remontarse al Estatuto de los Trabajadores de 1980 en su versión originaria, donde la solicitud de tal informe solo se exigía en los casos en los que el período de consultas previo a la extinción de contratos por causas económicas o tecnológicas finalizaba sin acuerdo. De este modo, el informe pasaba a formar parte de la documentación que la empresa debía de remitir a la autoridad laboral para obtener la autorización de despido. Además, el ET de 1980 no exigía levantar actas de las reuniones, por lo que en este contexto el informe cobraba especial importancia para que la autoridad laboral pudiera conocer la opinión de los representantes de los trabajadores y los motivos de rechazo de la propuesta empresarial¹¹⁵⁹.

Sin embargo, es con la reforma introducida en 1994 cuando el informe empieza a generar dudas sobre su virtualidad práctica. En efecto, es con la Ley 11/1994 cuando se hace simultánea la fase de consultas con el expediente administrativo, se solicita el informe al inicio de las consultas y el empresario debe de aportar en todo caso el acta final “comprensiva del contenido de las negociaciones mantenidas”¹¹⁶⁰. Por ello, la utilidad que tenía este informe para la autoridad laboral en la anterior regulación ahora se difumina.

Para algunos autores el derecho de emisión de informe se integra dentro del período de consultas-negociación, pues sería redundante que el empresario debiera de guardar un doble trámite de iguales características. No obstante, el informe sigue teniendo su importancia práctica, sobre todo en el caso de que el período de consultas finalice sin acuerdo, puesto que la norma solo obliga a levantar acta de las reuniones, sin que exista un documento del banco social que refleje con claridad su posición frente a la decisión empresarial de despido¹¹⁶¹. Por otro lado, este informe también podría servir para concretar la postura de la representación de los trabajadores respecto al despido colectivo y las medidas sociales de acompañamiento, para emplearse, a su vez, como base o punto de partida sobre el que cimentar las negociaciones en el período

¹¹⁵⁸ SAN MARTÍN MAZZUCONI, C.: *El nuevo reglamento de los despidos colectivos*, Cizur Menor (Navarra), Civitas, 2012, p. 17.

¹¹⁵⁹ ABRIL LARRÁINZAR, M.P.: *Información, consulta y negociación en el despido colectivo*, op. cit., p. 189.

¹¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 190.

¹¹⁶¹ MOLERO MARAÑÓN, M.L. y VALDÉS DAL-RÉ, F.: *Derechos de información y consulta y reestructuración de empresas*, Granada, Comares, 2014, pp. 108 y 109.

de consultas (pudiendo anticiparse su finalización por acuerdo si en el momento de emisión del informe estas propuestas son aceptadas por el empresario)¹¹⁶².

Más allá de lo anterior, la eficacia del informe puede desplegar mayores efectos si existe doble canal de representación en la empresa, puesto que alguna de ellas no estará presente en la comisión representativa de los trabajadores. En efecto, el art. 3.3 RPDC se refiere como destinatarios de la solicitud de emisión de informe a los “representantes legales de los trabajadores” (igual que erróneamente hace con los destinatarios de la comunicación inicial), por ello cabe preguntarse a qué concretos representantes se refiere. Si se interpreta tal concepto en su sentido tradicional, los destinatarios de la solicitud no solo serán los interlocutores que formen parte de la comisión representativa, sino también otros representantes unitarios o sindicales implantados en la empresa o centros de trabajo afectados. En este sentido, para que la solicitud de informe tenga verdadera virtualidad práctica esta se deberá de dirigir a la representación unitaria cuando quienes negocien sean las secciones sindicales o viceversa¹¹⁶³.

En cualquier caso, la doctrina judicial ha interpretado que basta con que tal informe previo se solicite en la comunicación de inicio para que se cumpla con el requisito, sin que se exija otra solicitud expresa, distinta e independiente (STSJ Valladolid 20 de diciembre de 2013, rec. 1660/13). Además, en caso de que no se proceda a la solicitud de informe previo, al margen de la infracción administrativa grave del art. 7.7 TRLISOS, no se trata de un requisito imprescindible para la validez del proceso negociador, puesto que la exigencia del informe ni deriva del art. 51.2 ET ni este precepto menciona las consecuencias de su falta de petición (STSJ Sevilla 21 de marzo de 2013, EDJ 82433). Es más, para la Audiencia Nacional (SAN de 12 de junio de 2014, núm. actuaciones 79/2014) esta petición de informe se ha convertido en un trámite meramente formal, que en modo alguno reúne los requisitos para ser considerado como un procedimiento de información y consulta negociador, al estilo de lo que dispone la Directiva 2002/14/CE, sin que ello afecte a la legalidad del periodo de consultas¹¹⁶⁴.

4.2.2. La fase central del procedimiento: el desarrollo del período de consultas-negociación

A) El contenido de las consultas y el deber de buena fe negocial

El período de consultas se ha convertido en el elemento esencial o la piedra angular del procedimiento de despido colectivo, sobre todo tras la Reforma laboral de

¹¹⁶² ARIAS DOMÍNGUEZ, Á.: *Tres años de reforma del despido colectivo, ¿ha conseguido su propósito el legislador?*, op. cit., pp. 129 y 130.

¹¹⁶³ ABRIL LARRÁINZAR, M.P.: *Información, consulta y negociación en el despido colectivo*, op. cit., pp. 190-192.

¹¹⁶⁴ FALGUERA BARÓ, M.À.: *El procedimiento del despido colectivo y el desarrollo del período de consultas: criterios judiciales*, op. cit., p. 35.

2012 y la eliminación de la autorización administrativa¹¹⁶⁵. Buena prueba de ello es que el art. 124.11 LRJS sitúa como una de las causas tasadas de nulidad del despido colectivo la inobservancia del período de consultas. Pero no se trata de una simple consulta, sino de un procedimiento de diálogo social comunicativo que abre un verdadero proceso de negociación colectiva gestional o participativa¹¹⁶⁶ entre la dirección de la empresa y la representación de los trabajadores afectados¹¹⁶⁷. Recuérdese que, a raíz del art. 2.1 de la Directiva 98/59, la “consulta-negociación” es propiamente una negociación colectiva cualificada por su carácter gestional en los procesos de reestructuración de las empresas¹¹⁶⁸.

De este modo, el art. 51.2 ET identifica como contenido mínimo de las consultas “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” (contenido que se reitera en el art. 7.1 RPDC, donde se resalta, a su vez, que los representantes de los trabajadores deberán de disponer desde el inicio de las consultas de la documentación preceptiva para que puedan efectivamente negociar).

Así, en un sentido casi idéntico a lo que define la Directiva 98/59 como contenido mínimo de las consultas en su art. 2.2, la negociación de medidas sociales de acompañamiento ocupa un lugar central en la regulación del procedimiento de despido colectivo (y así también lo identifican otras normativas internacionales como el Convenio 158 de la OIT o la Carta Social Europea Revisada). No obstante, como se tendrá ocasión de analizar, a pesar de la centralidad de las medidas alternativas o complementarias al despido como contenido de las consultas, la normativa española adolece de una serie de deficiencias que dificultan el cumplimiento del objetivo último del procedimiento de despido colectivo: evitar, reducir o paliar sus efectos.

Tras las pasadas modificaciones del Estatuto de los Trabajadores, también se ha trastocado el contenido mínimo de las consultas. En efecto, el contenido de la consulta-negociación es más limitado que en la formulación anterior, donde se contenía una referencia en el art. 51.4 ET a las causas motivadoras del expediente como contenido de las consultas. Con esta modificación (y eliminación de la mejora que supone respecto al tenor de la Directiva comunitaria) lo que aparentemente pretende el legislador es que las negociaciones se ciñan al tratamiento de los “efectos o consecuencias”, sin que se garantice legalmente que los representantes de los trabajadores puedan incidir sobre las causas o los factores determinantes de la situación de crisis o de

¹¹⁶⁵ ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, op. cit., p. 205.

¹¹⁶⁶ Una propuesta elaborada originalmente por MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, op. cit., p. 101 ss. y explícitamente pp. 106-114.

¹¹⁶⁷ La SAN 3077/2013, de 4 de julio entiende a estas consultas como una manifestación del principio de negociación colectiva.

¹¹⁶⁸ MONEREO PÉREZ, J.L.: “El despido colectivo tras las sucesivas reformas laborales”, en MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.), *Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, Granada, Comares, 2014, p. 174.

reorganización empresarial. Ello se inserta en la concepción *iusliberal* individualista por la que principalmente se percibe a la empresa como una esfera patrimonial restringida del empleador más que como una organización productiva pluralista, integrada por elementos patrimoniales y personas¹¹⁶⁹. Esta modificación de la Reforma laboral de 2012 es coherente con la ausencia de cualquier referencia a la negociación de cláusulas adicionales en el procedimiento de despido colectivo para “posibilitar la continuidad y la viabilidad del proyecto empresarial”, tales como inversiones futuras, reestructuraciones internas, etc., pues son decisiones que competen en exclusiva al empresario, alejándose de la participación fuerte en la empresa al estilo alemán¹¹⁷⁰.

No obstante, al tratarse este contenido mínimo del art. 51.2 como una norma de Derecho necesario relativo, nada obsta a que el empresario y los representantes de los trabajadores puedan optar por controlar o entrar a valorar las causas alegadas, mejorando el estándar legal vigente. Aunque más bien el factor causal acabará filtrándose en la negociación de las medidas sociales de acompañamiento si se quiere negociar de buena fe, sobre todo en los despidos por causas económicas, pues las causas y los efectos/consecuencias están funcionalmente encadenados¹¹⁷¹. Además, para otro sector doctrinal el control causal del despido por los representantes de los trabajadores en la fase de consultas queda asegurado en virtud de la documentación que debe de ser aportada en el procedimiento de despido colectivo¹¹⁷².

Otra de las cuestiones que debe de negociarse durante la consulta-negociación son los criterios de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo¹¹⁷³. De hecho, el Tribunal Supremo admite la propuesta de unos criterios genéricos y abstractos en la comunicación inicial, con el fin de que estos sean concretados o fijados posteriormente por parte de la negociación [STS de 20 de octubre de 2015 (rec. 181/2014)]. Del mismo modo, la actuación de los sujetos negociadores durante el período de consultas determinará o no la validez en sede judicial de unos criterios de selección genéricos con base en el principio de buena fe, si nada se alegó en su momento [STS 17 de julio 2014 (rec. 32/2014)]. En efecto, en el período de consultas se podrá negociar el alcance numérico, funcional y territorial de las medidas extintivas (número, clasificación profesional y distribución territorial de los trabajadores afectados), así como los criterios de selección para designar a los trabajadores finalmente afectados. En cambio, la concreta individualización de los trabajadores finalmente afectados y

¹¹⁶⁹ MONEREO PÉREZ, J.L.: “El despido colectivo tras las sucesivas reformas laborales”, *op. cit.*, pp. 174 y 175.

¹¹⁷⁰ FALGUERA BARÓ, M.À.: *El procedimiento del despido colectivo y el desarrollo del periodo de consultas: criterios judiciales*, *op. cit.*, pp. 117 y 118.

¹¹⁷¹ Sobre esta cuestión ya indicaban MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo en el Derecho español. Estudio de su régimen jurídico*, *op. cit.*, p. 156, que el plan social queda limitado por las propias posibilidades económicas de la empresa.

¹¹⁷² SÁEZ LARA, C.: *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, *op. cit.*, pp. 136 y 137.

¹¹⁷³ ROQUETA BUJ, R.: *La selección de los trabajadores afectados por los despidos colectivos*, *op. cit.*, pp. 46 y 47.

que serán despedidos es una facultad que compete a la empresa en el ejercicio de su libre facultad de selección¹¹⁷⁴.

Asimismo, en virtud del art. 51.5 ET y 13 RPDC también puede negociarse durante las consultas que la prioridad de permanencia en la empresa se extienda a otros colectivos, tales como “trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad”, para que dicha prioridad se recoja en el acuerdo alcanzado en consulta-negociación.

Cabe resaltar de qué modo el contenido mínimo de las consultas del art. 51.2 y art. 7 RPDC no cita a la indemnización en un afán de desvincular de una vez por todas que la única vía de salida al despido colectivo sea la negociación de indemnizaciones superiores a la legal. El objetivo que se persigue, ya veremos que incumplido, consiste en que las negociaciones se centren en negociar medidas sociales de acompañamiento, que eviten, reduzcan o palien los efectos del despido colectivo¹¹⁷⁵.

En definitiva, las partes deberán de mantener una serie de reuniones con el objetivo de negociar los aspectos ya anteriormente comentados (principalmente las medidas alternativas o complementarias al despido) y alcanzar un acuerdo, para lo cual las partes deberán de negociar de buena fe (art. 51.2 ET) y contar con la debida documentación desde el inicio de las consultas (art. 7.1 RPDC). De este modo, la negociación de buena fe supone un elemento crucial en el correcto cumplimiento del procedimiento de despido colectivo, ya que de apreciarse lo contrario nos encontraríamos ante una falta de realización del período de consultas que será causa de nulidad del despido colectivo (art. 124.11 LRJS). La buena fe en la negociación, no obstante, se trata de un concepto jurídico indeterminado que ha tenido que ser interpretado de forma casuística por la jurisprudencia.

Así lo indica el Tribunal Supremo cuando expone que “la expresión legal (buena fe) ofrece innegable generalidad, al no hacerse referencia alguna a las obligaciones que el deber comporta y -menos aún- a las conductas que pudieran vulnerarlo”. Asimismo, en un intento de acotar el término explicita que “en la configuración del mismo no cabe olvidar: a) que la previsión legal no parece sino una mera especificación del deber general de buena fe que corresponde al contrato de trabajo (como a todo contrato: art. 1258 CC) y que en el campo de la negociación colectiva especifica el art. 89.1 ET (“ambas partes estarán obligadas a negociar bajo el principio de la buena fe”); b) desde el momento en que el art. 51 ET instrumenta la buena fe al objetivo de “la consecución de un acuerdo” y que el periodo de consultas “deberá versar, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento”, está claro que la buena fe que el precepto exige es una buena fe negocial”. Y añade que: “configurado de esta

¹¹⁷⁴ TORMOS PÉREZ, J.A.: *Los criterios de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo*, op. cit., p. 215.

¹¹⁷⁵ SÁEZ LARA, C.: *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, op. cit., p. 137.

manera ese deber, habrá de analizarse en cada caso el alcance de la posición empresarial y la manera en la que han discurrido esas negociaciones”¹¹⁷⁶.

Con la negociación de buena fe lo que se pretende evitar es que el período de consultas se convierta en una simple formalidad y quede vacío de contenido al constituirse como un mero requisito previo para realizar un despido colectivo por parte de un empresario sin voluntad real de negociar. Todo lo contrario, el período de consultas supone un verdadero proceso de negociación, guiado por la búsqueda de un acuerdo, con un contenido mínimo obligatorio, en el que ambas partes están obligadas a negociar de buena fe. El procedimiento de despido colectivo no es un mero requisito de forma para proceder al despido colectivo y, por ello, no basta con una actuación de cumplimiento aparente de los requisitos de información y negociación para la observancia formal del trámite¹¹⁷⁷. Lo que se requiere es una “conducta activa y positiva en aras a procurar su cumplimiento real y efectivo, orientada por los valores de probidad, lealtad, honradez, rectitud, corrección, respeto, coherencia, y fidelidad a la palabra dada y al comportamiento seguido” [STS de 21 de mayo de 2014 (R) 2014, 4357)].

En un intento, nada sencillo, de configurar de forma general el deber de buena fe en la negociación del despido colectivo, es necesario partir de la idea de que el ordenamiento jurídico español no obliga a que se alcance un acuerdo (“obligación de resultado”), sino que solo exige a las partes intervinientes que realicen una serie de obligaciones con la finalidad de asegurar la efectividad del período de consultas¹¹⁷⁸. El principio de buena fe en la “negociación colectiva gestional o participativa”¹¹⁷⁹ comporta una actitud colaboradora, informativa y de búsqueda sincera (objetivable en los hechos) de alcanzar un acuerdo utilizando todos los medios razonables para conseguirlo. Se trata, en fin, de una “obligación de medios” que se impone a la comisión negociadora en el proceso de consulta-negociación.

En esta idea de abstracción de lo que debe de significar el principio de buena fe negocial, ciertos autores identifican que el cumplimiento de este requisito debe de valorarse en función, a su vez, de dos principios básicos. Por un lado, por el principio de transparencia, en el sentido de que no se puede ocultar a la representación de las personas trabajadoras ni datos ni informes que sean relevantes, así como se les debe de proporcionar toda la información necesaria y que sea reclamada adecuadamente. Por otro lado, debe de valorarse en función del principio de razonabilidad que exige, como demostración de la voluntad de llegar a un acuerdo, que se tomen en cuenta las propuestas realizadas por la representación de las personas trabajadoras para su análisis y que, además, se le dé contestación a las mismas de manera razonada. Es en el razonamiento de las contestaciones donde se podrá apreciar si la empresa ha fijado

¹¹⁷⁶ SSTs de 16 de febrero de 2022 (rec. 267/2021) y de 20 de octubre de 2021 (rec. 88/2021).

¹¹⁷⁷ ORTEGA LOZANO, P.G.: *Medidas de flexibilidad externa colectiva en la reestructuración de empresas consecuencia del covid-19. Cuestiones prácticas a propósito del despido colectivo*, op. cit., p. 115.

¹¹⁷⁸ SÁEZ LARA, C.: *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, op. cit., p. 149.

¹¹⁷⁹ Una propuesta elaborada originalmente por MONERO PÉREZ, J.L.: *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, op. cit., p. 101 ss. y explícitamente pp. 106-114.

una posición previa y tramita la negociación como mera formalidad o, por el contrario, si la falta de negociación es consecuencia de la inexistencia de soluciones alternativas mejores¹¹⁸⁰.

Para otro sector doctrinal, el contenido esencial de la buena fe negocial se compone de tres elementos configuradores: la existencia de voluntad negociadora; los valores éticos de conducta; y la reciprocidad¹¹⁸¹.

En cuanto al primero de los elementos, la buena fe exige afrontar el proceso negociador con la intención de acercar posiciones o llegar a un entendimiento (lo que se conoce como *animus negociandi*). En este sentido, la flexibilidad o no rigidez negocial emerge como un indicio adecuado para valorar el cumplimiento del deber de buena fe, ya sea formulando propuestas y contrapropuestas¹¹⁸² que pongan de manifiesto un esfuerzo real y sincero para intentar acercar posiciones, ya sea cediendo en los planteamientos iniciales a través de la reducción del número de afectados inicialmente previsto. No obstante, todo ello habrá que valorarlo en función de las circunstancias del caso, por lo que en aquellos supuestos en los que la empresa esté obligada a cerrar por crisis económica o la situación económica sea tan grave que no se puedan ofrecer alternativas a los trabajadores no se vulnera la buena fe negocial con base en la posición inamovible empresarial durante la consulta-negociación¹¹⁸³.

Sin embargo, la inamovilidad en la posición empresarial por sí sola no implicará mala fe en la negociación, ya que tal inamovilidad debe de ser cualificada por la concurrencia de un mayor número de indicios¹¹⁸⁴. De este modo, para que se pueda apreciar mala fe es necesario que la falta de flexibilidad venga acompañada de una conducta vulneradora de los valores éticos que el propio concepto de buena fe conlleva. Es necesario que se aprecie conjuntamente una vulneración de la confianza, alterando u ocultando datos, así como proponiendo medidas sociales de acompañamiento cuyo incumplimiento se procurará *a posteriori*¹¹⁸⁵. En este sentido, la falta de buena fe suele apreciarse cuando el mantenimiento a ultranza de la posición empresarial desde el inicio de las consultas viene acompañado de la ausencia de información a los representantes de los trabajadores¹¹⁸⁶. Lo mismo ocurre cuando el empresario, con intención de vaciar el periodo de consultas, decide negociar otras medidas de reestructuración de forma directa e individual con los trabajadores afectados, que

¹¹⁸⁰ POQUET CATALÁ, R.: *Análisis de la actual configuración del despido colectivo*, op. cit., p. 139.

¹¹⁸¹ Un análisis exhaustivo en ABRIL LARRÁINZAR, M.P.: *Información, consulta y negociación en el despido colectivo*, op. cit., pp. 365-381.

¹¹⁸² SSTs de 23 de septiembre de 2014 [RJ 2014, 6123]; de 27 de mayo de 2013 [RJ 2013, 7656]; 30 de junio de 2011 [RJ 2011, 6097] y SAN de 21 de noviembre de 2012 [AS 2012, 2409].

¹¹⁸³ SSTs de 16 de junio de 2015 (RJ 2015, 4690) y de 28 de enero de 2014 (RJ 2014, 1286).

¹¹⁸⁴ ORTEGA LOZANO, P.G.: *Medidas de flexibilidad externa colectiva en la reestructuración de empresas consecuencia del COVID-19. Cuestiones prácticas a propósito del despido colectivo*, op. cit., pp. 116 y 117.

¹¹⁸⁵ ABRIL LARRÁINZAR, M.P.: *Información, consulta y negociación en el despido colectivo*, op. cit. p. 373 con cita en sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2014 (RJ 2014, 4356).

¹¹⁸⁶ STS 20 de marzo de 13, EDJ 41764.

eran las que realmente se pretendía conseguir¹¹⁸⁷. Del mismo modo, si el empresario descapitaliza la empresa antes de iniciar el despido colectivo con el fin de no poder negociar o aceptar ninguna medida alternativa o complementaria al despido, ello supone una vulneración de la buena fe negocial¹¹⁸⁸.

El último de los elementos configuradores de la buena fe en la consulta-negociación es la reciprocidad. Y ello porque la voluntad de negociar conforme a valores éticos debe de ser atribuible a las dos partes de la negociación: al banco social y empresarial. Según el Tribunal Supremo, “no cabe que invoque la buena fe quién adopta esa posición extrema y maximalista, negándose incluso a participar en el resto de las reuniones programadas e impidiendo con ello de manera prácticamente absoluta un hipotético acercamiento de posturas que, como prevé el ET art.51.2, permitiera siquiera evaluar la posibilidad de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento, tales como recolocaciones o acciones de formación profesional para la mejora de la empleabilidad” (STS 22 de diciembre de 14, EDJ 253948). Además, si los trabajadores alegan falta de buena fe en la negociación a causa de la escasez de propuestas alternativas o complementarias al despido, para que la demanda tenga éxito los mismos trabajadores deberán de haber propuesto medidas sociales de acompañamiento durante las consultas, ya que la formulación de propuestas y contrapropuestas no es exclusiva del empleador [STS 20 de mayo de 2014 (RJ 2014, 4356)]¹¹⁸⁹.

Otra de las cuestiones que debe de valorarse para analizar la buena fe negocial, ahora desde la perspectiva del empresario, es lo dispuesto en el art. 51.3 ET. En este artículo se establece que “cuando la extinción afectase a más del cincuenta por ciento de los trabajadores, se dará cuenta por el empresario de la venta de los bienes de la empresa, excepto de aquellos que constituyen el tráfico normal de la misma, a los representantes legales de los trabajadores y, asimismo, a la autoridad competente”. En efecto, cuando se den estos supuestos, el empresario deberá de informar a los representantes legales de los trabajadores (se entiende que a los sujetos negociadores del despido colectivo también cuando no exista representación legal) y a la autoridad competente. Esta previsión normativa lo que persigue es evitar que se utilice el procedimiento de despido colectivo como cobertura para evitar la aplicación del bloque normativo de la sucesión de empresa y sus consecuencias¹¹⁹⁰.

En relación con el deber de buena fe negocial, las actas cumplen una función primordial. El art. 7.7 RPDC ordena que de todas las reuniones celebradas en el periodo de consultas se levante acta, la cuales deberán de firmar todos los asistentes. Estas actas son un documento esencial no solo para comprobar el cumplimiento por parte de las partes negociadoras del calendario y de las consultas, sino más bien para

¹¹⁸⁷ SSTs de 11 de octubre de 2016, rec. 68/2016 y de 29 de enero de 2019, rec. 168/2018).

¹¹⁸⁸ STS 11 de abril de 2014, EDJ 147567.

¹¹⁸⁹ ABRIL LARRÁINZAR, M.P.: *Información, consulta y negociación en el despido colectivo*, op. cit., p. 379.

¹¹⁹⁰ Véase, SAN de 17 de noviembre de 2015 (rec. 153/2015) donde se declara nulo un despido colectivo que se ha utilizado para evitar las consecuencias laborales de una transmisión de empresas (y de la obligación de subrogación de los trabajadores).

valorar el cumplimiento del deber de negociar de buena fe, en el sentido de que es a través de estos documentos por los que se comprueba si han existido propuestas, contrapropuestas o motivación de las diferentes medidas presentadas o rechazadas en el procedimiento de consulta-negociación¹¹⁹¹.

Así lo determina la jurisprudencia del Tribunal Supremo cuando reconoce el protagonismo de las actas de las reuniones en cuanto al valor probatorio que tienen respecto al deber de buena fe negocial: “en el presente caso, bastaría con analizar el contenido de las actas de las seis reuniones habidas para concluir, junto con el examen del contenido de la documentación remitida para la apertura del periodo de consultas para concluir que de todo ello en absoluto cabe desprender que ese proceso se haya llevado a cabo por la empresa con mala fe, con ocultación de datos relevantes o de información alguna” (STS de 29 de septiembre de 2020, rec. 36/2020)¹¹⁹². De este modo, los jueces suelen acudir a las actas para verificar cómo ha evolucionado la negociación, cuáles han sido las posiciones de las partes en cada momento, qué respuesta se ha dado a cada propuesta y qué documentos se han solicitado y se han facilitado¹¹⁹³.

No obstante, a pesar del importante efecto probatorio que tienen las actas en el control judicial posterior, ni la ley ni el reglamento establecen cuál debe de ser el contenido o la forma del documento en cuestión. Se han identificado por la doctrina científica algunos elementos a tener en cuenta: la obligación de levantar acta de todas las reuniones, incluida la del inicio del periodo de consultas, que puede ser de las más importantes; que todas las actas reflejen la hora, fecha y lugar de las reuniones, así como que se indiquen los asistentes, el contenido de las reuniones con un resumen claro de las cuestiones que se hayan tratado y de las posiciones o propuestas de las partes; que el acta final de acuerdo o desacuerdo refleje las posiciones de las partes y las diferentes propuestas de cada una de las partes, “siendo este extremo completamente necesario si el acuerdo no se alcanza o cuando no se alcanza por unanimidad y hay algún componente del banco social que no lo suscribe”¹¹⁹⁴. Para autorizada doctrina la elaboración de estas actas debe de tomarse muy en serio en cuanto a su contenido, pues se estima que los defectos en su formalización y redacción podrían incluso ser causa de nulidad del procedimiento de despido colectivo¹¹⁹⁵.

¹¹⁹¹ SÁEZ LARA, C.: *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, op. cit., p. 136.

¹¹⁹² Entre otras, SSTs 8 de noviembre 2017, EDJ 272989; 11 de julio de 2018, EDJ 572014; 12 de diciembre de 2018, EDJ 688196.

¹¹⁹³ ABRIL LARRÁINZAR, M.P.: *Información, consulta y negociación en el despido colectivo*, op. cit., pp. 382 y 383.

¹¹⁹⁴ HERRERA DUQUE, M.J.: “El periodo de consultas: el contenido y valor de las actas elaboradas durante el periodo de consultas”, en GODINO REYES, M. (Dir.), *Tratado de despido colectivo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 355 y 356.

¹¹⁹⁵ MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornadas*, op. cit., p. 141.

En cuanto a la forma, el art. 7.7 RPDC solo se limita a indicar que las actas deben de estar firmadas por todos los asistentes¹¹⁹⁶. Para evitar problemas interpretativos posteriores, es recomendable que en la primera reunión se fije la manera de redactar las actas y que cada acta se redacte en el mismo día de la reunión. Es más, aunque la normativa no indica quién es el responsable de la custodia de las actas o bien de la remisión de las actas por parte del empresario a la autoridad laboral (art. 12.3 RPDC) o al letrado de la Administración de Justicia en caso de impugnación judicial (art. 124.9 LRJS), parece colegirse que será el empresario el encargado. Por último, de la obligación de negociación de buena fe también parece deducirse que el empresario deberá de entregar copia de cada una de las actas a los representantes de los trabajadores¹¹⁹⁷.

B) La duración de las consultas

El Estatuto de los trabajadores establece en el art. 51.2 ET la duración de las consultas en función del tamaño de la empresa: esto es, una duración no superior a treinta días naturales en caso de empresas de 50 o más trabajadores o bien no superior a quince días naturales para las empresas de menos de 50 trabajadores (ello se reitera en los arts. 7.5 y 7.4 RPDC). De este modo, el ordenamiento jurídico español establece un plazo máximo para la duración de las consultas, a diferencia de lo que establece la Directiva comunitaria en su art. 4.1, que solo regula un plazo general de como mínimo 30 días desde la notificación del proyecto de despido colectivo o de la comunicación final a la autoridad pública para que surtan efectos los despidos¹¹⁹⁸. En concreto, este último plazo genérico ha sido trasladado de forma incorrecta al art. 51.4 ET para la notificación individual de los despidos: “en todo caso, deberán haber transcurrido como mínimo treinta días entre la fecha de la comunicación de la apertura del periodo de consultas a la autoridad laboral y la fecha de efectos del despido”.

La Ley 35/2010 ha modificado la duración de las consultas, en el sentido de que ha transformado el carácter “mínimo” del plazo, en un plazo de carácter “máximo”. En este sentido, la conversión del plazo de 30 o 15 días naturales en un plazo máximo obedece a la finalidad de dotar de agilidad al procedimiento de despido colectivo y con ello evitar dilaciones indebidas que presionen o perjudiquen la toma de decisiones¹¹⁹⁹. De este modo, una vez que se haya agotado la duración del procedimiento de despido colectivo, la parte social no puede imponer la extensión del procedimiento más allá de los límites legales, aunque entienda que es necesario más tiempo para alcanzar un

¹¹⁹⁶ La firma de todos los asistentes de las actas no ha estado exenta de controversia BLASCO PELLICER, A.: *La extinción del contrato de trabajo en la reforma laboral de 2012*, Valencia, Tirant lo Blanch. 2013, p. 60.

¹¹⁹⁷ POQUET CATALÁ, R.: *Análisis de la actual configuración del despido colectivo*, op. cit., pp. 164 y 165.

¹¹⁹⁸ Para ABRIL LARRÁINZAR, M.P.: *Información, consulta y negociación en el despido colectivo*, op. cit., p. 352, la Directiva comunitaria no estipula en sí un límite temporal para las negociaciones, sino solo un plazo general de como mínimo 30 días para el procedimiento de despido colectivo en su conjunto.

¹¹⁹⁹ ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, op. cit., p. 228.

acuerdo sobre medidas alternativas o complementarias al despido (todo ello siempre bajo la “lupa” de la buena fe negocial)¹²⁰⁰.

No obstante, la fijación de un plazo máximo puede plantear ciertas disfuncionalidades a la hora de cumplir con el objetivo de las consultas (alcanzar un acuerdo sobre medidas sociales de acompañamiento), ya que ello puede suponer una mayor dificultad en regulaciones de empleo complejas, así como una cierta presión añadida para tomar decisiones y alcanzar acuerdos dentro del plazo máximo en aquellas situaciones de mayor complejidad¹²⁰¹. Además, si comparamos esta duración de las consultas con la regulación de otros países, como puede ser la italiana, se puede apreciar lo reducido de los plazos españoles para la consulta-negociación.

El ET y el RPDC establecen un plazo máximo que se diferencia exclusivamente en función del tamaño de plantilla de la empresa (lo cual puede generar fricciones con la doctrina *Rabal Cañas*), sin que se prevean otros criterios como el número de trabajadores afectados. Es cierto que la ampliación del plazo máximo para las empresas de 50 o más trabajadores puede tener sentido ya que a mayor plantilla mayor volumen de documentación a analizar o mayor número de representantes de los trabajadores con los que negociar, lo cual hace necesario que se amplíe el tiempo de la consulta-negociación. Sin embargo, al margen de que ya de por sí un plazo de 30 o 15 días naturales puede resultar reducido, si no se tiene en cuenta el número de trabajadores afectados ello puede suponer añadir una dificultad más para negociar despidos colectivos de entidad (por ejemplo, véase la diferencia existente entre un despido colectivo en una empresa con un único centro de trabajo de 99 trabajadores donde se despide a 11 empleados, con un plazo máximo de 30 días de consultas, y el despido colectivo en una empresa de 45 trabajadores que despida a 30, con un plazo de negociación de 15 días, donde el esfuerzo de negociación por el número de trabajadores afectados puede ser incluso mayor que en el primer supuesto)¹²⁰².

Al margen de las críticas a este sistema de duración de las consultas, la mejor doctrina ha venido defendiendo a raíz de una interpretación sistemática del ET que el plazo de consulta-negociación puede ser ampliado por mutuo acuerdo de las partes, si así lo deciden con vistas a la consecución del acuerdo¹²⁰³. La prolongación del período de consultas también ha sido admitida por el Alto Tribunal español si ambas partes están de acuerdo¹²⁰⁴. Además, el Tribunal Supremo ha interpretado que, si bien el plazo

¹²⁰⁰ SÁEZ LARA, C.: *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, op. cit., pp. 90 y 91 expone que: “se imprime celeridad al procedimiento en aras de la tutela del interés empresarial, es decir para dar satisfacción a las expresadas necesidades empresariales de flexibilidad, a las que responde este artículo 51 del Estatuto de los trabajadores”. Además, la autora entiende que este plazo máximo delimita la duración temporal de la obligación de ambas partes de negociar de buena fe.

¹²⁰¹ MONEREO PÉREZ, J.L.: “El régimen jurídico de los despidos colectivos...”, op. cit., p. 335.

¹²⁰² ABRIL LARRÁINZAR, M.P.: *Información, consulta y negociación en el despido colectivo*, op. cit., pp. 355 y 356. Este criterio de la afectación de trabajadores para determinar la aplicación o no del plazo reducido de 15 días se preveía en el Estatuto de los Trabajadores de 1980.

¹²⁰³ MONEREO PÉREZ, J.L.: “El despido colectivo tras las sucesivas reformas laborales”, op. cit., p. 178.

¹²⁰⁴ SSTs 18 de marzo de 2014, EDJ 80849; 28 de abril de 2017, EDJ 89017.

máximo es de obligado cumplimiento, la mera superación de tal plazo sin acuerdo expreso solo es causa de nulidad en supuestos de fraude, dolo, coacción, abuso de derecho o mala fe¹²⁰⁵.

En cuanto al inicio del cómputo de la duración de las consultas, en la jurisprudencia no existe una respuesta unívoca. Si bien el Tribunal Supremo no se pronunciado expresamente sobre esta cuestión, *obiter dicta* ha establecido en algunas ocasiones el *dies a quo* desde la primera reunión celebrada [STS de 15 de abril de 2014 (RJ 2014, 3276)] o bien desde la comunicación inicial de apertura de las consultas [STS de 18 de marzo de 2014 (RJ 2014, 2953)]¹²⁰⁶. Sin embargo, la doctrina científica identifica que de un análisis detenido del art. 7 RPDC puede deducirse que el periodo de consultas se inicia con la comunicación de apertura del procedimiento de despido colectivo¹²⁰⁷.

A diferencia de la regulación anterior de despido colectivo que solo preveía la duración “mínima” de las consultas y nada indicaba sobre el modo y número de reuniones¹²⁰⁸, el actual desarrollo reglamentario establece en el artículo 7.2 RPDC que deberá de fijarse un calendario de reuniones en la comunicación inicial conforme a periodificación que regula el mencionado precepto. Aunque también se permite que las partes acuerden de otra forma “el número de reuniones e intervalos entre las mismas”.

De este modo, en defecto de pacto en cuanto al calendario de las reuniones, se establecen las siguientes reglas: en primer lugar, que la primera reunión de las consultas debe de celebrarse en un plazo no inferior a los tres días desde la entrega de la comunicación inicial a la comisión representativa de los trabajadores (art. 7.3 RPDC) para que, así, estos sujetos tengan tiempo suficiente para poder analizar la documentación inicial facilitada por la empresa y poder acudir a la primera reunión conociendo los extremos del despido colectivo¹²⁰⁹; en segundo lugar, si la empresa cuenta con menos de cincuenta trabajadores, “se deberán celebrar durante el mismo, al menos, dos reuniones, separadas por un intervalo no superior a seis días naturales, ni inferior a tres días naturales” (art. 7.4 RPDC); y, por último, si la empresa tiene cincuenta o más trabajadores, “se deberán celebrar durante el mismo, al menos, tres reuniones, separadas por un intervalo no superior a nueve días naturales ni inferior a cuatro días naturales” (art. 7.5 RPDC).

¹²⁰⁵ “Sin duda el plazo tiene una finalidad garantista a fin de que su excesiva dilación no sea empleada como una coacción encubierta o encaminada a un propósito fraudulento dirigido a aprovechar un cambio legislativo u otra circunstancia. Ello hace preciso contemplar el número de reuniones celebradas, la separación temporal entre las mismas y la existencia de contenido real en las negociaciones”. [STS de 15 de abril de 2014 (RJ 2014, 3276)].

¹²⁰⁶ ORTEGA LOZANO, P.G.: *Medidas de flexibilidad externa colectiva en la reestructuración de empresas consecuencia del covid-19. Cuestiones prácticas a propósito del despido colectivo*, op. cit., p. 107. De este modo, no existe un criterio general sobre el inicio del plazo de las consultas.

¹²⁰⁷ ABRIL LARRÁINZAR, M.P.: *Información, consulta y negociación en el despido colectivo*, op. cit., p. 361.

¹²⁰⁸ Esto ya era criticado por MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo en el Derecho español. Estudio de su régimen jurídico*, op. cit., pp. 195 y 196.

¹²⁰⁹ POQUET CATALÁ, R.: *Análisis de la actual configuración del despido colectivo*, op. cit., p. 148.

Respecto al incumplimiento de las reuniones, la STS de 14 de enero de 2020 (rec. 126/2019), con cita de la sentencia de 18 de julio de 2014 (rec. 303/2013), ha interpretado que “en el precepto legal (art. 51.2 del ET) ni se impone un número mínimo de reuniones ni un contenido concreto de las mismas”. Y, por ello, para valorar el cumplimiento del procedimiento de despido colectivo y la negociación de buena fe “habrá de estarse a la efectiva posibilidad de que los representantes legales de los trabajadores sean convocados al efecto, conozcan la intención empresarial y sus razones, y puedan participar en la conformación de la misma, aportando sus propuestas o mostrando su rechazo”.

Por último, es necesario indicar que el art. 7.6 RPDC establece dos excepciones al cumplimiento del período de tiempo máximo de las consultas. Por un lado, si las partes alcanzan un acuerdo podrá darse por finalizado el procedimiento de despido colectivo de forma anticipada. En efecto, ello parece coherente con la teleología del procedimiento de consulta-negociación, en el sentido de que una vez logrado el acuerdo sobre el ajuste de plantilla el procedimiento carece de sentido. Por otro lado, mayores dudas suscita la otra posibilidad de finalización anticipada de las consultas: “igualmente, las partes, de común acuerdo, podrán en cualquier momento dar por finalizado el periodo de consultas, por entender que no resulta posible alcanzar acuerdo alguno, debiendo comunicarlo expresamente a la autoridad laboral”¹²¹⁰. Incluso alguna doctrina judicial ha determinado como válido el acuerdo tácito, en contra de lo que establece el art. 7.6 RPDC [STSJ Cataluña 26 de junio de 2012 (rec. 8/2012)], así como ha interpretado que esta finalización anticipada es independiente del respeto al plazo que establece el art. 51.4 ET [STSJ Murcia 9 de julio de 2012 (rec. 3/2012)]¹²¹¹.

C) La sustitución del período de consultas por mediación o arbitraje

Por vía de acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores se puede prever “en cualquier momento” la sustitución del 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 señalado para dicho periodo” (art. 51.2 ET). El RPDC precisa que tales procedimientos de mediación o arbitraje que sean de aplicación en el ámbito de la empresa serán en particular “los regulados en los acuerdos sobre solución extrajudicial de conflictos laborales de nivel estatal o de nivel autonómico”. Esto es, respectivamente, el VI Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales (VI ASAC)¹²¹² y los diversos acuerdos de solución extrajudicial de conflictos a nivel de Comunidad Autónoma, que, por ejemplo, en

¹²¹⁰ Para MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo en el Derecho español. Estudio de su régimen jurídico*, op. cit., p. 197, si bien la extinción anticipada por obtención de acuerdo parece adecuada, en el caso de que ambas partes constaten la imposibilidad de alcanzar acuerdo el período mínimo de consultas debería de agotarse hasta el final.

¹²¹¹ MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornadas*, op. cit., p. 139.

¹²¹² Resolución de 10 de diciembre de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el VI Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales (Sistema Extrajudicial). Publicado en: «BOE» núm. 334, de 23 de diciembre de 2020.

el caso de Andalucía se constituye por el Acuerdo Interprofesional sobre Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales de Andalucía (SERCLA)¹²¹³, aunque también pueden resultar de aplicación los procedimientos que se regulen en el propio convenio colectivo aplicable *ex art.* 85.1 ET¹²¹⁴.

En efecto, con la Reforma laboral de 2010 (RD-ley 10/2010, de 16 de junio y Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo) se introducen los procedimientos de solución autónoma en el Título I ET (“de la relación individual del trabajo”) al servicio de los mecanismos de flexibilidad laboral interna y externa¹²¹⁵. Así, se añade prácticamente una idéntica previsión en cada uno de los procedimientos colectivos de movilidad geográfica (traslado colectivo), modificación sustancial de las condiciones de trabajo, suspensión del contrato y reducción de jornada y despido colectivo (respectivamente, arts. 40.2, 41.4, 47.1 y 51.2 ET) para sustituir el período de consultas, previo acuerdo de las partes, “por la aplicación del procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberá de desarrollarse dentro del plazo máximo para dicho período”. En cambio, nada se dice en el art. 44.9 ET, relativo al período de consultas en caso de previsión de adopción de medidas laborales con motivo de la transmisión de empresa, aunque nada impide su sustitución por el procedimiento de mediación o arbitraje correspondiente¹²¹⁶.

El artículo 28.2 RPDC se ocupa de recordar que “en todo caso, el procedimiento de mediación o arbitraje deberá desarrollarse dentro del plazo máximo de duración establecido para la consulta con los representantes de los trabajadores”. Y aquí se sitúa el mayor escollo para la efectiva utilización de la mediación o el arbitraje durante las consultas: el plazo para llevar a cabo tales procedimientos, ya que deben de desarrollarse dentro del plazo máximo establecido para las consultas (30 o 15 días, en función del tamaño de la empresa). De hecho, esta excesiva rigidez temporal hace muy difícil que se puedan sustituir las consultas por procedimientos de mediación o arbitraje. Por ello, la doctrina científica ha planteado las siguientes alternativas. En primer lugar, que, como opción interpretativa, el *dies a quo* del plazo se fije en la fecha en que se haya acordado la sustitución¹²¹⁷. En segundo lugar, que se produzca la renuncia por parte

¹²¹³ Resolución de 30 de enero de 2015, de la Dirección General de Relaciones Laborales, por la que se ordena la inscripción, depósito y publicación del Acuerdo Interprofesional sobre Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales de Andalucía. Publicado en el BOJA de 9 de febrero de 2015.

¹²¹⁴ “Dentro del respeto a las leyes, los convenios colectivos podrán regular materias de índole económica, laboral, sindical y, en general, cuantas otras afecten a las condiciones de empleo y al ámbito de relaciones de los trabajadores y sus organizaciones representativas con el empresario y las asociaciones empresariales, incluidos procedimientos para resolver las discrepancias surgidas en los periodos de consulta previstos en los artículos 40, 41, 47 y 51 (...)”.

¹²¹⁵ DÍAZ AZNARTE, M.T.: “La mediación y el arbitraje como vías de gestión de la conflictividad laboral”, *Temas Laborales*, N.º 140, 2017, pp. 376 y ss.

¹²¹⁶ CASAS BAAMONDE, M.E., “Mediación, arbitraje y periodos de consultas”, *Relaciones Laborales*, N.º 4, 2013, p. 6 (versión electrónica).

¹²¹⁷ DE LA VILLA GIL, L.E.: “El acuerdo de finalización del período de consultas. Naturaleza y contenido posible”, *op. cit.*, pp. 431 y 432.

de la empresa al plazo legal máximo de duración de las consultas al amparo del art. 6.2º CC, ya que este plazo se ha determinado en su beneficio ¹²¹⁸. Por último, también se plantea como solución que se inicien las negociaciones con suficiente antelación a la comunicación formal de inicio de las consultas para que dentro ya de estas se desarrolle el procedimiento de mediación o arbitraje ¹²¹⁹.

Por otro lado, la regla general del acuerdo estatal de solución extrajudicial de conflictos, el VI Acuerdo de Solución Autónoma de Conflictos, en el que se fijan numerosos acuerdos autonómicos, es que la mediación sea obligatoria cuando una de las partes legitimadas la solicite, salvo en los casos que se exija el acuerdo de ambas partes. Así, existe la imposibilidad de sustituir el período de consultas por la mediación cuando solo una de las partes lo solicite en los supuestos de movilidad geográfica, modificación sustancial de las condiciones de trabajo, suspensión del contrato o reducción de jornada o despido colectivo, habida cuenta de que el ET y RPDC exigen el acuerdo entre ambas partes. En efecto, a pesar de las referencias dudosas del art. 14.2º.e) VI ASAC a la voluntad unilateral, el acuerdo de sustitución del período de consultas necesita de la misma mayoría por parte de los representantes para alcanzar acuerdos en consultas, sin perjuicio de que se pueda establecer su obligatoriedad en el convenio colectivo aplicable ¹²²⁰. En cambio, para los supuestos de desacuerdo en la inaplicación de condiciones colectivas estatutarias (art. 82.3 ET) sí que parece admitirse la mediación a solicitud de una de las partes.

En definitiva, si bien ha de celebrarse la posibilidad de participación de terceros imparciales en la búsqueda de soluciones en los conflictos colectivos en lugar de confiar únicamente la solución a una de las partes (el empresario), en tanto que ello refuerza la autonomía colectiva, no es menos cierto que esta posibilidad se ha convertido en una especie de “brindis al sol” si nos referimos a la exigencia de consenso para someter la cuestión al procedimiento de decisión extrajudicial, así como al carácter improrrogable del plazo ¹²²¹.

D) Adopción y naturaleza jurídica del acuerdo

El acuerdo alcanzado en consultas-negociación, a pesar de ser una figura de extrema importancia en el procedimiento de despido colectivo, no ha recibido la atención suficiente del legislador, y buena prueba de ello son los numerosos interrogantes interpretativos que se sitúan en torno a esta figura ¹²²².

¹²¹⁸ CASAS BAAMONDE, M.E., “Mediación, arbitraje y períodos de consultas”, *op. cit.*, *passim*.

¹²¹⁹ SÁEZ LARA, C.: *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, *op. cit.*, p. 151.

¹²²⁰ CASAS BAAMONDE, M.E., “Mediación, arbitraje y períodos de consultas”, *op. cit.*, pp. 7 y 8.

¹²²¹ GOÑI SEIN, J.L.: “El nuevo modelo normativo de despido colectivo implantado por la Ley de Reforma Laboral de 2012”, *op. cit.*, p. 46.

¹²²² Así lo expone gráficamente DE LA VILLA GIL, L.E.: “El acuerdo de finalización del periodo de consultas. Naturaleza y contenido posible”, en GODINO REYES, M. (Dir.), *Tratado de despido colectivo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 411, cuando indica que: “no deja de sorprender que la figura central de la regulación del despido colectivo, no otra que el acuerdo, en cuanto solución del conflicto, no haya sido en sí mismo apenas objeto de atención por el legislador, presumiendo quizá

El artículo 51.2 ET indica que el acuerdo adoptado en consultas “requerirá la conformidad de la mayoría de los representantes legales de los trabajadores o, en su caso, de la mayoría de los miembros de la comisión representativa de los trabajadores siempre que, en ambos casos, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados”. El art. 28 RPDC precisa más los requisitos exigidos para la adopción del acuerdo cuando indica que se requerirá “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, para lo cual, se considerará el porcentaje de representación que tenga, en cada caso, cada uno de sus integrantes”¹²²³.

De este modo, se exige un requisito de “doble mayoría”¹²²⁴, ya que se requiere tener la mayoría de la comisión representativa que, a su vez, represente a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados. La exigencia de un “voto ponderado”¹²²⁵ en función de la representatividad que se tenga del centro o centros de trabajo afectados frente al voto personal, se complica dependiendo de que la interlocución se atribuya a las secciones sindicales, a la representación legal de los trabajadores, a las comisiones *ad hoc* o al comité intercentros, pero sobre todo se complica la adopción del acuerdo en caso de crisis “plurilocativas” y de que el número de representantes sea superior a 13.

Los supuestos que menos dudas plantean son la adopción de acuerdos por medio de una única representación, ya sea cuando se trata de la afectación de un único centro de trabajo (con indiferencia de que se negocie por parte de la representación legal o por las comisiones *ad hoc* laborales o sindicales) o bien ya sea cuando son afectados varios centros de trabajo y se atribuya la representación al comité intercentros o a una única representación legal, a la que se le asigna la representatividad del resto de centros¹²²⁶. En este caso, el voto se resuelve por mayoría simple de los integrantes de las correspondientes representaciones, salvo que el reglamento de funcionamiento de la representación unitaria o el convenio colectivo que regula el comité intercentros establezca una mayoría cualificada¹²²⁷.

Mayores dudas suscita la representación atribuida a las secciones sindicales, cuando ostenten la mayoría de la representación unitaria de los centros de trabajo afectados. En tal sentido, la comisión representativa que quede integrada por las

que con esa taumatúrgica palabra —¡acuerdo!— se resolverían todos los problema de naturaleza y de interpretación jurídicas relativos al mismo”.

¹²²³ Este precepto añade que: “sólo se considerará acuerdo colectivo en el periodo de consultas aquel que haya sido adoptado por los sujetos a que se refiere el artículo 26”, el cual remite al art. 41.4 ET.

¹²²⁴ ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, op. cit., p. 256.

¹²²⁵ POQUET CATALÁ, R.: *Análisis de la actual configuración del despido colectivo*, op. cit., p. 166.

¹²²⁶ ANDIÓN JIMÉNEZ, C.: “Sindicatos, representantes y comisiones en la adopción de medidas laborales de flexibilidad externa”, en ORTEGA LOZANO, P.G. y GUINDO MORALES, S. (Dir. y Coords.), *Viabilidad de las empresas, mantenimiento del empleo y medidas de flexibilidad externa en la reestructuración empresarial*, Granada, Comares, 2022, p. 18.

¹²²⁷ MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornadas*, op. cit., p. 163.

secciones sindicales debe de conformarse de forma proporcional respecto a la representatividad o “audiencia electoral” obtenida por cada sindicato en cada uno de los centros de trabajo afectados. Un reparto proporcional que se corresponde, por tanto, no solo con el número de puestos existentes en la comisión, sino también con el porcentaje de voto en función de los representantes unitarios acreditados. Piénsese, por ejemplo, en un despido colectivo de una empresa monocéntrica con un comité de empresa de 13 miembros, divididos en 4 de CC.OO., 3 de UGT, 5 de CGT y 1 independiente, que podría conformar la comisión representativa en exclusiva con las secciones sindicales de CC.OO. y UGT, aunque para alcanzar acuerdo no valdría con el único voto de CC.OO., ya que la representación real de este sindicato es de apenas un 31%.¹²²⁸

Ya se planteó con anterioridad qué ocurre cuando son varios los centros de trabajo afectados, pero en unos sí existe representación legal y en otros no. ¿Es necesario que las secciones sindicales que formen parte de la comisión representativa tengan que reunir la representación mayoritaria en cada uno de los centros de trabajo afectados aunque no tengan representación para poder alcanzar acuerdos? Parte de la doctrina científica se ha situado en contra apoyándose, entre otros argumentos, en la modificación que el RD-ley 11/2013 introdujo en el art. 41.4 ET para especificar que las secciones sindicales que ostenten la mayoría de la representación legal “representarán a todos los trabajadores de los centros de trabajo afectados”¹²²⁹.

Otro sector doctrinal identifica, en cambio, que las secciones sindicales presentes en la comisión, más allá de tener la representación mayoritaria en el conjunto de la empresa, deben de tener la mayoría de la representación legal en el correspondiente centro de trabajo afectado (que sí debe de tener, por ende, representación unitaria), ya que, de lo contrario, se estaría dando la posibilidad de suscribir un acuerdo de despido colectivo a un sindicato que no ostenta la mayoría de la representación unitaria y ello podría dar lugar a incentivar prácticas antisindicales¹²³⁰. Para otros autores, la dicción del art. 41.4 ET a favor de la extensión de la representación de la sección sindical a todos los trabajadores de los centros de trabajo afectados en realidad se refiere a la legitimación a la hora de negociar y no de acordar, puesto que deberá de seguir rigiendo la doble mayoría ordinaria para estos supuestos.¹²³¹

En cuanto al ejercicio del derecho al voto por parte de las secciones sindicales, los miembros de una determinada sección sindical deberán de votar en bloque, habiendo precisado el Tribunal Supremo que no se puede trocear el voto que corresponde a cada

¹²²⁸ ABRIL LARRÁINZAR, M.P.: *Información, consulta y negociación en el despido colectivo*, op. cit., pp. 390 y 391.

¹²²⁹ BENAVENTE TORRES, M.I.: “Las comisiones *ad hoc* en los periodos de consulta/negociación”, op. cit., p. 131 y ALFONSO MELLADO, C.L. y FABREGAT MONFORT, G.: *Negociación en la empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 20.

¹²³⁰ FALGUERA BARÓ, M.A.: “El acuerdo en el periodo de consultas”, en VV.AA., *XXVI Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva organizadas por la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos*, Madrid, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2013, p. 171.

¹²³¹ ABRIL LARRÁINZAR, M.P.: *Información, consulta y negociación en el despido colectivo*, op. cit., p. 391.

sindicato, esto es, que no cabe que los delegados designados por la sección sindical voten de modo diferenciado en la comisión, porque no se les adjudica una parte de la representatividad de la sección de la que puedan disponer unilateralmente [STS de 14 de mayo de 2014 (RJ 2014, 3863)]¹²³².

Respecto a la composición de la comisión representativa en virtud de varias representaciones (por las diferentes representaciones unitarias o comisiones *ad hoc* de los centros de trabajo afectados o de forma mixta), la distribución de puestos en la comisión, que recuérdese que tiene un límite máximo de 13 miembros, se hará de forma proporcional a la plantilla de los centros que cada una represente respecto al total de la plantilla de los centros afectados. De este modo, puedan quedar al margen de la comisión representativa algunos centros de trabajo afectados que por su tamaño dispar y menor no alcancen el mínimo necesario para ostentar un puesto en la comisión, para lo cual la norma no plantea ninguna solución¹²³³. No obstante, esta posibilidad, que puede darse en ciertos supuestos, puede generar problemas si se atiende al método de votación para alcanzar acuerdos, por el que se requiere que se cuente con la mayoría de los miembros de la comisión y, a su vez, que estos miembros representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados (arts. 51.2 ET y 28 RPDC)¹²³⁴. Por ello autorizada doctrina propone que la reducción proporcional tenga como límite la garantía de una mínima representación de todos los centros de trabajo afectados (siempre que ello sea materialmente posible, por ejemplo, imagínese que son más de 13 los centros de trabajo que no alcanzan el mínimo de representación)¹²³⁵.

En este último supuesto, el ejercicio del voto deberá de ser individual y personal, lo cual puede dar lugar a problemas para superar la “doble mayoría” que establece la regulación del despido colectivo. Por ello, la doctrina ha recomendado que se pacte de antemano dentro de la comisión negociadora una ponderación entre los votos existentes y la representatividad de modo que ello permita sortear el estancamiento en la adopción de acuerdos¹²³⁶.

El artículo 28.2 RPDC indica que: “sólo se considerará acuerdo colectivo en el periodo de consultas aquel que haya sido adoptado por los sujetos a que se refiere el artículo 26”, el cual remite al art. 41.4 ET donde se establece la interlocución

¹²³² ORTEGA LOZANO, P.G.: *Medidas de flexibilidad externa colectiva en la reestructuración de empresas consecuencia del covid-19. Cuestiones prácticas a propósito del despido colectivo*, op. cit., pp. 45-47.

¹²³³ SOLÀ I MONELLS, X., “La conformación de la comisión representativa del periodo de consultas. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2015 (Recurso 139/2014)”, op. cit., pp. 6 y 7.

¹²³⁴ Sobre el doble *quorum* que se requiere para la validez del acuerdo ZUMALACÁRREGUI PITA, L.: “El periodo de consultas: la constitución de la comisión negociadora”, op. cit., p. 224.

¹²³⁵ SOLÀ I MONELLS, X., “La conformación de la comisión representativa del periodo de consultas. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2015 (Recurso 139/2014)”, op. cit., p. 7.

¹²³⁶ ANDIÓN JIMÉNEZ, C.: “Sindicatos, representantes y comisiones en la adopción de medidas laborales de flexibilidad externa”, op. cit., con cita en NIETO ROJAS, P.: “La adopción de acuerdos por la representación legal. Tensiones derivadas de la pluralidad de sujetos legitimados”, *Documentación Laboral*, N.º 109, 2017, pp. 197-211.

en el período de consultas. Por ende, si el acuerdo se negocia con una comisión representativa defectuosamente conformada, por no seguir las reglas del art. 41.4 ET, o bien no se respeta el juego de la “doble mayoría” el acuerdo no será válido. No obstante, la doctrina judicial entiende que la nulidad del acuerdo no equivale a la nulidad del despido colectivo, a menos que la inadecuada constitución de la comisión negociadora se deba al empresario¹²³⁷.

Por último, cabe indicar que nada impide que se pueda condicionar la adopción final del acuerdo a la validación del mismo por parte de los trabajadores reunidos en asamblea¹²³⁸. Es lo que se conoce como “acuerdos condicionados”, los cuales eran muy habituales en la práctica anterior a la Reforma laboral de 2012 y han sido avalados por la doctrina judicial, aunque asegurando unas mínimas garantías democráticas que no vulneren el derecho fundamental a la libertad sindical [SAN de 11 de noviembre de 2014 (AS 2014, 2992)¹²³⁹].

En cuanto al valor del acuerdo alcanzado en consultas-negociación, la jurisprudencia del Tribunal Supremo le ha atribuido el valor propio de los convenios colectivos¹²⁴⁰. De este modo, el Tribunal Supremo ha venido reconociendo valor reforzado a los acuerdos de despido colectivo, lo cual significa que cuando el procedimiento de despido colectivo finaliza con un acuerdo ampliamente aceptado de manera claramente mayoritaria por las representaciones de los trabajadores, debe de reconocerse a lo pactado un especial valor reforzado a la hora de resolver la impugnación que pudieran haber formulado la representación minoritaria que no suscribió el acuerdo. Lo cual es garantía y protección de la negociación colectiva en favor del reconocimiento de su eficacia vinculante¹²⁴¹.

En definitiva, se le ha reconocido una relevancia especial al acuerdo, aunque sin que se eleve a la categoría de presunción, que ha tenido consecuencias importantes en materia de valorar la concurrencia de la causa o el cumplimiento de la buena fe negocial por parte de los tribunales, inclinándose estos a favor de la legalidad del despido colectivo sobre la base del voto favorable mayoritario del acuerdo¹²⁴².

¹²³⁷ POQUET CATALÁ, R.: *Análisis de la actual configuración del despido colectivo*, op. cit., pp. 169 y 170 con cita en SAN de 16 de mayo de 2014, rec. 500/2013.

¹²³⁸ SÁEZ LARA, C.: *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, op. cit., p. 162.

¹²³⁹ En este supuesto el despido colectivo fue declarado nulo, habida cuenta de que el referéndum solo fue organizado por los sindicatos firmantes y no se dejó participar en el proceso a los no firmantes. ABRIL LARRÁINZAR, M.P.: *Información, consulta y negociación en el despido colectivo*, op. cit., p. 394.

¹²⁴⁰ SSTs de 28 de abril de 2017 [RJ 2017, 2495], de 4 de noviembre de 2010 [RJ 2010, 8478] y STC 11/1981, de 8 de abril.

¹²⁴¹ ORTEGA LOZANO, P.G.: *Medidas de flexibilidad externa colectiva en la reestructuración de empresas consecuencia del covid-19. Cuestiones prácticas a propósito del despido colectivo*, op. cit., p. 127 con cita en SSTs de 2 de julio de 2018 [RJ 2018, 3847], de 8 de noviembre de 2017 [RJ 2017, 5295]; de 25 de junio de 2014 [RJ 2014, 4385] y de 24 de febrero de 2015 [RJ 2015, 1010].

¹²⁴² ABRIL LARRÁINZAR, M.P.: *Información, consulta y negociación en el despido colectivo*, op. cit., p. 398 con cita en SSTs de 21 de junio de 2014 (RJ 2014, 4385) y de 20 de noviembre de 2014 (RJ 2014, 6836).

Como se indicaba, ello no supone una presunción de validez de lo contenido en el acuerdo ni supone una especie de “cosa juzgada” que afecte sobre impugnaciones judiciales posteriores. Así lo ha interpretado la STC 140/2021, de 12 de julio, cuando no impide que los trabajadores a nivel individual puedan impugnar las causas del despido colectivo cuando exista acuerdo, en contra de lo que venía aplicando el Tribunal Supremo (STS 699/2018, de 2 de julio). El Tribunal Constitucional argumenta que entender lo contrario vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva, habida cuenta de que ni la LRJS ni el ET excluyen la revisión de aspectos colectivos en el litigio individual. Es más, la regulación del acuerdo en el despido colectivo no prevé la presunción *iuris tantum* de la concurrencia de las causas ETOP que opera en la negociación con acuerdo de las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo (art. 41.4 ET); ERTE por causas empresariales (art. 47.3 ET); o descuelgue convencional (art. 82.3 ET). Unos acuerdos que solo pueden ser impugnados “por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión”.

De este modo, con la STC 140/2021 “no se trata de cuestionar la muy razonable construcción de nuestra jurisprudencia sobre el valor reforzado que pose(e) le acuerdo alcanzado en el procedimiento de negociación del despido colectivo, sino de cohonestarla con otros valores y derechos. Una cosa es la carga probatoria sobre vacuidad de la causa extintiva y otra la inadmisión de todo medio probatorio tendente a cuestionar el pacto sobre su robustez”¹²⁴³.

Con base en todo lo anterior, la mejor doctrina ha identificado una serie de incoherencias en la regulación del acuerdo en el despido colectivo¹²⁴⁴. Por un lado, por la escasa o nula promoción o estímulo que ofrece el legislador para finalizar el despido colectivo con acuerdo a pesar de su protagonismo en el procedimiento (y finalidad última *ex art.* 51.2 y Directiva 98/59), ya que las consecuencias legales serán las mismas con independencia de que se obtenga acuerdo o no, al margen del valor reforzado que la jurisprudencia atribuye al acuerdo. Por otro lado, la escasa incentivación del acuerdo también se asocia a la escasa regulación del mismo y a las lagunas que se plantean en su aplicación (en materia de contenido, efectos o vía procesal adecuada para su impugnación).

4.2.3. Los criterios de selección de los trabajadores afectados

A) Resumen de la principal doctrina jurisprudencial sobre los criterios de selección

Los criterios de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo es una de las cuestiones que más controversia y litigiosidad ha suscitado en los tribunales. Se trata de un aspecto clave en el procedimiento de despido colectivo que está presente en este durante el mismo inicio, durante la fase de consulta-negociación

¹²⁴³ SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Control individual de la causa del despido colectivo pactado (Caso Ayuntamiento de Ciempozuelos)”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, N.º 8, 2021, p. 8.

¹²⁴⁴ ABRIL LARRÁINZAR, M.P.: *Información, consulta y negociación en el despido colectivo*, *op. cit.*, pp. 385 y 386.

y en la decisión final y concreción de los trabajadores despedidos. En efecto, buena prueba de su litigiosidad es que la discusión en torno a los criterios de selección ha sido protagonista de numerosos despidos colectivos con gran trascendencia social y mediática como el caso Bankia, Telemadrid, Indra, Iberia, Tragsa, Coca-Cola, RTV Valenciana, Air Europa, Atento o Capgemini¹²⁴⁵.

A la vista de este abultado nivel de impugnación judicial, el Tribunal Supremo ha ido elaborando un cuerpo de jurisprudencia en cuanto a las principales cuestiones que rodean a los criterios de selección o de designación de los trabajadores afectados por el despido colectivo. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2022 (rec. 216/2021), con cita en la STS 793/2021 de 14 julio (rec. 68/2021; Wizink Bank), resume la doctrina de la Sala IV del Alto Tribunal en materia de criterios de selección del siguiente modo:

- Valoración finalista de las exigencias documentales. “En numerosas ocasiones hemos puesto de manifiesto que las exigencias de acreditación documental que contiene tanto la Ley cuanto su desarrollo reglamentario no puede entenderse de manera formal y mecánica: no todo incumplimiento genera una deficiencia tal que arrastre inevitablemente a la nulidad del despido colectivo. No todo incumplimiento de las obligaciones de carácter documental conlleva la nulidad de la decisión extintiva, sino tan sólo aquél que sea trascendente a los efectos de una negociación adecuadamente informada” (con cita en STS 27 mayo 2013, rec. 78/2012, Aserpal).
- Valoración conjunta de la información. “La STS 18 febrero 2014 (rec. 74/2013, Instituto Técnico Agronómico Provincial de Albacete) subraya que para valorar el cumplimiento de esa exigencia ha de analizarse en su conjunto la información proporcionada. La exigencia se ha de valorar en relación con las circunstancias concretas en las que se proyecta, pues, obvio, no es lo mismo su análisis en una empresa que cuente con un gran número de trabajadores que otra de menor dimensión. Además, hay que atender a la eventual existencia de circunstancias que hagan complicada la exacta precisión de esos criterios y también a la actitud de los trabajadores durante el periodo de consultas”.
- Insuficiencia del listado de trabajadores. “La STS 25 mayo 2014 (rec. 276/2013, El día de Córdoba) pone de relieve que la redacción del artículo 51.2 ET conduce a que no baste con aportar el listado de trabajadores afectados, sino que exige la indicación de los criterios de selección”.
- Inicial afectación de toda la plantilla. “La STS 25 junio 2014 (rec. 273/2013, Oesia Networks) recuerda que el carácter instrumental de los requisitos formales obliga a efectuar un análisis caso por caso y que la nulidad del despido por esta causa vendrá ligada a la carencia

¹²⁴⁵ CERVERA SOTO, T. y CID BABARRO, C.: *El despido colectivo. Claves prácticas y análisis jurisprudencial*, op. cit., versión electrónica.

de garantías del derecho a negociar. A partir de ahí descarta la nulidad del despido colectivo aunque la empresa inicialmente incluía a toda la plantilla, afectándola de modo genérico pues partía de una justificación -la incertidumbre sobre la continuidad de los trabajos- que fue asumida sin dificultad por el banco social, por cuanto, pese a la inicial imprecisión, permitió que se desarrollara el proceso negociador y se produjera la sucesiva concreción de los afectados”.

- Criterios genéricos. “La STS 17 julio 2014 (rec. 32/2014, Sic Lázaro) también descarta la nulidad del despido porque si bien los criterios de selección fueron expresados de una forma inadecuadamente genérica [“la adscripción a puesto de trabajo, la polivalencia y la productividad”, sin mayor concreción ni proyección objetiva sobre cada concreto trabajador], lo cierto y verdad es que la indicación fue acompañada de la relación nominal de afectados, y que en el curso de las reuniones hubo negociación sobre la elección de los afectados”.
- Criterios de naturaleza abstracta. “La STS 26 octubre 2015 (rec. 172/2014, Tragsa) concluye que “la naturaleza abstracta predicable de los criterios no ha de comportar su nulidad, si con los mismos se cumple la finalidad que les es legalmente atribuible [facilitar una adecuada negociación en el periodo de consultas] y a la par su redacción excluye -al menos en línea de principio- que en su aplicación pueda producirse arbitrariedad alguna. Y esto es lo que precisamente ocurre en autos, siendo así que aunque los debatidos criterios resulten innegablemente genéricos, también ha de admitirse que son igualmente prolijos en su enumeración y hacen expresa declaración de estricto respeto a los derechos fundamentales y ordinarios”.
- Negociación a partir de criterios genéricos. “La STS 20 octubre 2015 (rec. 181/2014, Grupo Gea 21) descarta nulidad en supuesto en que la empresa, al inicio del periodo de consultas, aporta los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados (consistentes en el perfil individual en relación con el tipo de obra y necesidades de categoría en relación con la carga de trabajo tras la evaluación del responsable del departamento) que “pueden aparecer como un tanto genéricos y abstractos, si bien resulta justificado en el hecho de que se trata de fijar unos criterios objetivos y generales que, posteriormente, se procede a concretar” a través de la negociación”.
- Examen de la posibilidad de negociar. “La STS 24 marzo 2015 (rec. 217/2014, Radiotelevisión de Murcia) explica que aún aceptando que la documentación referida no se hubiera aportado por la empresa en su integridad o con el detalle suficiente en el momento inicial del periodo de consultas, la mera circunstancia de que no se hubiera aportado de forma completa al inicio del periodo no vicia por sí solo el procedimiento de despido colectivo a no ser, como regla, que por la trascendencia de la

misma o por el momento de su aportación dificultara o impidiera una adecuada negociación de buena fe en aras a que el periodo de consultas cumpla con su finalidad, lo que no se ha acreditado en el presente caso al no alegarse ni justificarse siquiera indiciariamente por el sindicato recurrente los posibles perjuicios que en la negociación hubiere podido tener la conducta empresarial”.

- La genericidad de los criterios no equivale a su ausencia. “La STS 26 marzo 2014 (rec. 158/2013, Telemadrid) sostiene la inexistencia de la causa de nulidad con base a la irregularidad e insuficiencia de criterios en la designación de los trabajadores afectados (arts. 51.2 ET, 124.9 LRJS y 3.1.e del RD. 1483/12), “pues lo que exige la norma es la aportación de los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados, y solo la ausencia de tal aportación de criterios daría lugar a la nulidad del despido, lo cual no concurre en el caso en que constan los criterios con independencia de la valoración que pueda hacerse de los mismos”. Por eso se acepta como cumplimiento del requisito el que se haga mención a las categorías de puestos de trabajo cuya supresión se consideró necesaria que se han considerado “aspectos tales como la versatilidad, recursos disponibles en la sección-departamento, coste económico y coste indemnizatorios... lo que si bien muestra cierta parquedad en la determinación no permite tampoco negar el cumplimiento del requisito”. Sin que a ello obste el derecho del trabajador a la impugnación individual de considerarse afectado si no se hubieren respetado las prioridades de permanencia y demás derechos a que se refiere el art. 124 LRJS en sus apartados 12 y sgs.”.
- Actitud de los negociadores frente a los criterios proporcionados. “La STS 17 julio 2014 (rec. 32/2014, Sic Lázaro) concede especial trascendencia a la actitud de los representantes laborales que negocian el despido colectivo, en conexión con el principio de buena fe. Debe existir “una elemental coherencia entre los planteamientos del citado periodo deliberativo y la fase judicial, no resultando acorde al comportamiento por buena fe exigible que en el periodo de consultas ninguna objeción se hubiese efectuado a los genéricos criterios de selección que se habían proporcionado” y luego se reclame -siguiendo el posterior informe de la Inspección de Trabajo- que la empresa “no especificó cómo y de qué forma se habían valorado dichos criterios” y que “no se plasmaron por escrito, no se objetivaron trabajador por trabajador” y que ello “impide [alcanzar] los objetivos básicos del periodo de consultas”.
- Carácter restrictivo de la nulidad. “A la vista de la regulación existente, debe concluirse que lo que exige es la aportación de los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados, y solo la ausencia de tal aportación de criterios daría lugar a la nulidad del despido, lo cual no concurre en el caso en que constan los criterios con

independencia de la valoración que pueda hacerse de los mismos, sin que a ello obste el derecho del trabajador a la impugnación individual de considerarse afectado si no se hubieren respetado las prioridades de permanencia y demás derechos a que se refiere el art. 124 LRJS en sus apartados 13 y sigs.” (con cita en STS 933/2020 de 21 octubre, rec. 38/2020, Wizink Bank).

B) La conformación y aplicación de los criterios de selección

Ya se ha estudiado de qué modo tiene el empleador que adjuntar una propuesta de criterios de selección de los trabajadores en la comunicación inicial, así como la posibilidad que existe de negociar tales criterios durante la consulta-negociación sobre la base de la buena fe negocial. Ahora bien, la doctrina científica mantiene que la selección de los trabajadores afectados constituye una manifestación de las facultades organizativas del empresario en un doble sentido: en el de definir y negociar los criterios de selección, así como en el de ejecutar tales criterios a través de la individualización de los concretos trabajadores afectados. Todo ello siempre con respeto a las prioridades de permanencia legales o fruto de la autonomía colectiva; a los criterios de selección negociados en las consultas-negociación u ofrecidos unilateralmente por el empresario en su decisión final; a los criterios previstos en el convenio o pacto de empresa; a los derechos fundamentales y las libertades públicas de los trabajadores, etc.¹²⁴⁶

En concreto, a pesar de que la normativa española no ofrece ningún tipo de consideración acerca de los requisitos que deben reunir los criterios de designación de los trabajadores afectados por despido colectivo, la doctrina ha sistematizado sobre la base de la interpretación de los tribunales una serie de caracteres que deben cumplirse en cuanto a la fijación de estos criterios por parte del empresario. Estos son: la objetividad; la coherencia; la suficiencia o precisión (que ya ha sido analizada a raíz de la doctrina jurisprudencial, que es ciertamente poco exigente); la proporcionalidad o adecuación al fin perseguido; y el respeto a los derechos fundamentales y a los principios de no discriminación e igualdad¹²⁴⁷.

Grosso modo puede identificarse la objetividad de los criterios de selección con la fijación de unos parámetros homogéneos de afectación que no dependan de la persona concreta afectada o de sus características personales, aunque también deberá de tenerse en cuenta no solo el carácter objetivo en sí del criterio (o su formulación), sino también el modo de evaluar dicho criterio. En este sentido, se ha estimado judicialmente que la utilización de una herramienta informática para evaluar el desempeño como criterio de selección es una medida objetiva¹²⁴⁸. Por ello, se pueden utilizar criterios que podrían

¹²⁴⁶ ROQUETA BUJ, R.: *La selección de los trabajadores afectados por los despidos colectivos*, op. cit., pp. 60 y 61.

¹²⁴⁷ TORMOS PÉREZ, J.A.: *Los criterios de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo*, op. cit., pp. 252 y ss. y CERVERA SOTO, T. y CID BABARRO, C.: *El despido colectivo. Claves prácticas y análisis jurisprudencial*, op. cit., versión electrónica.

¹²⁴⁸ SAN de 28 de octubre de 2013 (proc. 284/2013), confirmada por la STS de 25 de febrero de 2015 (rec. 74/2014).

tender a la subjetividad, como la evaluación del desempeño, siempre que el sistema de evaluación responda a parámetros objetivos ¹²⁴⁹.

En cuanto al carácter de la coherencia del criterio de selección, esto significa que los criterios deben de guardar relación con la causa alegada y con la finalidad pretendida en el expediente, ya que los criterios de selección tienen que estar relacionados con la pérdida de utilidad de los contratos a raíz de la concurrencia de la causa alegada (SAN de 15 de octubre de 2012 (AS 2013, 2), habiéndose admitido por la doctrina judicial que los criterios de selección en los despidos por causas técnicas, organizativas o productivas deben de ser más exigentes ¹²⁵⁰.

La proporcionalidad o adecuación al fin perseguido está muy relacionada con la coherencia del criterio de selección de las personas trabajadoras afectadas, pues debe de buscar la superación de la situación económica negativa o de la situación justificativa de la causa técnica, organizativa o productiva ¹²⁵¹.

Con estos parámetros, la doctrina judicial ha venido verificando como criterios de selección adecuados: la adscripción de las personas trabajadoras a los puestos de trabajo que resulten excedentes; la adscripción de las personas trabajadoras al centro de trabajo afectado; la menor antigüedad en la empresa; el rendimiento o la productividad laboral; o el criterio de la voluntariedad o la adscripción voluntaria al despido colectivo ¹²⁵².

B.1. La selección discriminatoria de los trabajadores afectados. Especial referencia al despido colectivo de la trabajadora embarazada

El último de los parámetros que deben de reunir los criterios de selección de los trabajadores afectados por despido colectivo es el respeto a los derechos fundamentales y a las libertades públicas (arts. 14-29 CE) y, sobre todo, el respeto al principio de igualdad y a la prohibición de discriminación (art. 14 CE), el cual protege frente a cualquier discriminación “por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

Asimismo, el art. 4.2.c) ET reconoce el derecho a no ser discriminado directa o indirectamente ¹²⁵³ y, en consecuencia, el art. 17.1 ET establece que será nula cualquier

¹²⁴⁹ TORMOS PÉREZ, J.A.: *Los criterios de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo*, op. cit., p. 255.

¹²⁵⁰ CERVERA SOTO, T. y CID BABARRO, C.: *El despido colectivo. Claves prácticas y análisis jurisprudencial*, op. cit., versión electrónica.

¹²⁵¹ TORMOS PÉREZ, J.A.: *Los criterios de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo*, op. cit., p. 267.

¹²⁵² Un análisis, con cita de múltiples sentencias, en POQUET CATALÁ, R.: *Análisis de la actual configuración del despido colectivo*, op. cit., pp. 214-221.

¹²⁵³ El art. 4.2.c) ET reconoce el derecho “a no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación e identidad sexual, expresión de género, características sexuales, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español. Tampoco podrán ser discriminados por

decisión empresarial que dé lugar en el empleo “a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad o discapacidad o a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación e identidad sexual, expresión de género, características sexuales, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa y lengua dentro del Estado español”. El mismo precepto estatutario añade que “serán igualmente nulas las órdenes de discriminar y las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación”.

En este sentido, el despido colectivo no puede ser un instrumento para atentar contra los derechos fundamentales y el principio de igualdad¹²⁵⁴. Si así ocurre, la LRJS prevé la nulidad de la decisión empresarial de despedir (art. 124.11 LRJS), que es ejecutable directamente a nivel individual si la sentencia proviene de una impugnación colectiva (art. 247.2 LRJS, en la redacción dada por el RD-ley 11/2013, de 2 de agosto¹²⁵⁵), con los debidos efectos en materia de readmisión y abono de los salarios dejados de percibir.

Entre las muchas sentencias que se ocupan de diversas vulneraciones de derechos fundamentales destacan aquellos pronunciamientos que tutelan el derecho a la libertad sindical y, en concreto, la protección frente al despido colectivo por afiliación sindical. Por ejemplo, la STS de 19 de julio de 2013 (Sala III, rec. 2656/2012) recoge un supuesto de discriminación por afiliación al sindicato no firmante del acuerdo, ya que se incluyeron en el despido colectivo a estos trabajadores en un porcentaje muy superior respecto a los trabajadores afiliados a los sindicatos firmantes¹²⁵⁶. Otras sentencias también han determinado la vulneración del derecho fundamental a la libertad sindical, como la STS de 28 de enero de 2014 (rec. 16/2013), habida cuenta de la desproporcionada afectación de los trabajadores afiliados a un sindicato que no era mayoritario en la empresa y de la falta de explicación de los criterios de selección; o la STS de 18 de julio de 2014 (rec. 11/2013), en la que se incluyeron mayoritariamente en el despido colectivo a los trabajadores afiliados a un determinado sindicato que había

razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate”.

¹²⁵⁴ MONEREO PÉREZ, J.L.: “El despido colectivo tras las sucesivas reformas laborales”, *op. cit.*, pp. 167 y ss.

¹²⁵⁵ Convalidado por la Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social.

¹²⁵⁶ “En este sentido, sin excluir a los grupos de voluntarios o prejubilados, la incidencia dentro del sindicato ELA es de un 50% frente a los sindicatos CCOO y UGT cuya incidencia es del 4% y 5% respectivamente. De modo que hay un incremento significativo y relevante de los trabajadores que no suscribieron el acuerdo (ELA, ESK y LAB) respecto de los que sí lo hicieron (CCOO y UGT). Así lo hemos declarado, además, respecto del sindicato ESK, en Sentencia de 6 de marzo de 2012 (recurso de casación nº 3691/2010)”.

participado en la huelga. En cambio, otras sentencias han descartado la vulneración de la libertad sindical cuando la mayor afectación de los trabajadores afiliados a un sindicato se debe a que en el ámbito de afectación del despido colectivo es este el sindicato mayoritario (STS de 18 de febrero de 2014, rec. 96/2013). Por todo ello, el principal componente para valorar la vulneración del derecho fundamental a la libertad sindical es la desproporcionada afectación de los trabajadores afiliados a un sindicato respecto al resto de trabajadores no afiliados o afiliados a otro sindicato¹²⁵⁷.

También merece especial atención la tutela que ofrecen los tribunales del derecho de huelga frente al despido colectivo. En concreto, el despido colectivo no puede configurarse como una respuesta o represalia frente al ejercicio del derecho fundamental a la huelga (así lo han interpretado distintas sentencias del Alto Tribunal español¹²⁵⁸). Además, la importante STS de 20 de abril 2015 (rec. 354/2014, asunto Coca-Cola) interpreta que el despido colectivo no solo debe de ser declarado nulo cuando se interpone como represalia, sino que también será nulo en los casos en los que la empresa realice prácticas ilícitas de “esquirolaje impropio” con el objetivo de neutralizar los efectos que la huelga, convocada al efecto, pueda tener sobre la negociación del despido colectivo¹²⁵⁹.

Para terminar, otra de las cuestiones que más controversia ha suscitado en materia de selección de las personas trabajadoras afectadas ha sido la protección frente a la discriminación por razón de género¹²⁶⁰ o bien frente a la discriminación que supone el despido por encontrarse en alguna de las situaciones familiares que el art. 53.4 ET enumera como causas de nulidad objetiva, “salvo que, en esos casos, se declare la

¹²⁵⁷ TORMOS PÉREZ, J.A.: *Los criterios de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo*, op. cit., pp. 340-344.

¹²⁵⁸ SSTs de 20 de septiembre de 2013 (rec. 11/2103); de 18 de julio 2014 (rec. 11/2013, Celsa Atlantic); 23 de febrero 2015 (rec. 255/2013, Printerman); o 24 de febrero 2015 (rec. 124/2014, Printerman).

¹²⁵⁹ Un análisis en MOLINA NAVARRETE, C.: “Despido colectivo y derecho de huelga. La invención judicial del «esquirolaje interno indirecto» [Diálogo con la Sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de abril de 2015, rec. núm. 354/2014 (Grupo Coca-Cola)]”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, N.º 388, 2015, pp. 189-195.

¹²⁶⁰ Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres protege frente a la discriminación directa o indirecta por razón de género. Por ello, la selección de trabajadores afectados con base en el género femenino (discriminación directa) o con base en una serie de parámetros objetivos que tienen un mayor impacto sobre el colectivo femenino (discriminación indirecta) supone la nulidad del despido colectivo. Para valorar la discriminación indirecta deberán de aportarse pruebas estadísticas del impacto perjudicial, así como deberán de apreciarse tales datos de forma relativa y no absoluta. POQUET CATALÁ, R.: *Análisis de la actual configuración del despido colectivo*, op. cit., p. 234, con cita en la SAN de 15 de julio de 2013, proc. núm. 200/2013, en la que no se apreció discriminación ya que el colectivo potencialmente afectado era en su inmensa mayoría femenino. Por otro lado, la sentencia del Juzgado de lo Social N.º 8 de Barcelona de 19 de enero de 2023 (rec. 990/2021) ha declarado que existe discriminación indirecta ya que al utilizar el criterio de selección de la antigüedad inversa se extingue el 95% de los contratos de las mujeres piloto.

procedencia de la decisión extintiva por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados”¹²⁶¹.

En especial, la protección frente al despido colectivo de la trabajadora embarazada ocupa un lugar relevante en la discusión, tanto doctrinal como judicial, sobre todo tras la importante sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de febrero de 2018, C-103/2016, asunto *Porras Guisado*, que resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia catalán.

En este sentido, la sentencia parte de la idea de que las trabajadoras embarazadas están expuestas a riesgos especialmente sensibles y, por ello, deben de tomarse medidas relativas a su salud y seguridad, como prohibir el despido durante el periodo comprendido desde el comienzo del embarazo hasta el final del permiso de maternidad (art. 10.1 Directiva 92/85/CEE¹²⁶²), ya que el despido motivado por el estado de embarazo puede tener consecuencias perjudiciales sobre el estado de salud físico y psíquico de la mujer.

Sin embargo, este mismo precepto atribuye una limitación a la prohibición de despedir cuando se deba a “casos excepcionales no inherentes” a la situación de embarazo. Así, el Tribunal de Luxemburgo se vale de esta limitación para indicar que, si la selección de la trabajadora embarazada en el marco de un despido colectivo se toma por razones no relacionadas con el embarazo, esto es, por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas, no se producirá contradicción con el art. 10.1 Directiva 92/85/CEE, siempre que “el empresario comunique por escrito los motivos justificados de despido y de que el despido de la interesada esté admitido por la legislación o práctica nacional”¹²⁶³.

Ahora bien, la sentencia del Tribunal de Justicia reprocha al legislador español que, con base en la doble tutela preventiva y reparadora que concede la Directiva 92/85/CEE frente al despido, no se garantice la primera y no se cumpla adecuadamente la segunda. Por ello, el Tribunal de Justicia interpreta el art. 10.1 de la citada Directiva “en el sentido de que se opone a una normativa nacional que no prohíbe, en principio, con carácter preventivo el despido de una trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, y que establece únicamente, en concepto de reparación, la nulidad de ese despido cuando sea ilegal”.

En virtud de lo anterior, la mejor doctrina estima que si la normativa española incumple la Directiva 92/85 en cuanto a la tutela preventiva, debería de introducirse una prioridad de permanencia a favor de la trabajadora embarazada o bien una prioridad de recolocación para este colectivo de personas trabajadoras, si no se establecen

¹²⁶¹ TORMOS PÉREZ, J.A.: *Los criterios de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo*, op. cit., pp. 344-348.

¹²⁶² Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE).

¹²⁶³ POQUET CATALÁ, R.: *Análisis de la actual configuración del despido colectivo*, op. cit., p. 236.

previsiones convencionales en la materia¹²⁶⁴. No obstante, para otro sector doctrinal la protección dispensada por la norma española ya cumpliría con los mínimos exigibles de la Directiva comunitaria, ya que el Alto Tribunal comunitario no tuvo en cuenta en su argumentación la previsión de sanciones administrativas y la posibilidad de percibir una indemnización de daños y perjuicios, ambas presentes en el ordenamiento jurídico español, además de la readmisión y el abono de los salarios dejados de percibir en casos de despido nulo¹²⁶⁵.

B.2. Los colectivos con prioridad de permanencia

El artículo 51.5 ET expresa que “los representantes legales de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa” en supuestos de despido colectivo. En el mismo sentido, el art. 13.1 RPDC indica que “conforme a lo establecido en el artículo 51.5 y 68.b) del Estatuto de los Trabajadores y en el artículo 10.3 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, los representantes legales de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa respecto de los demás trabajadores afectados por el procedimiento de despido colectivo”.

En este sentido, serán titulares de la prioridad de permanencia en la empresa frente a otros trabajadores en el procedimiento de despido colectivo en virtud de mandato legal: los representantes legales-unitarios de los trabajadores (art. 68.b) ET)¹²⁶⁶; los delegados sindicales que no pertenezcan al comité de empresa (art. 10.3 LOLS)¹²⁶⁷; los delegados de prevención (art. 37.1 LPRL)¹²⁶⁸ y los trabajadores designados para desarrollar tareas de prevención o los trabajadores que integren el servicio de prevención (art. 30.4 LPRL)¹²⁶⁹. En cambio, habida cuenta del silencio normativo que existe en cuanto a la extensión de la garantía de prioridad de permanencia a los miembros de las comisiones *ad hoc*, la doctrina tiende a situarse en contra de esta

¹²⁶⁴ TORMOS PÉREZ, J.A.: *Los criterios de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo*, op. cit., p. 349.

¹²⁶⁵ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Despido colectivo y trabajadoras embarazadas (caso Porras Guisado)”, en Blog: *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, entrada de 24 de febrero de 2018, disponible en: <https://ignasibeltran.com/2018/02/24/despido-colectivo-y-trabajadoras-embarazadas/> (consultada el 15/12/2022).

¹²⁶⁶ Los representantes legales de los trabajadores tienen garantía de “prioridad de permanencia en la empresa o centro de trabajo respecto de los demás trabajadores, en los supuestos de suspensión o extinción por causas tecnológicas o económicas”. La STS de 16 de septiembre de 2013 (rec. 1636/2012) ha interpretado que la prioridad de permanencia en la empresa no puede reconocerse también durante el año siguiente al cese en el desempeño de las funciones representativas.

¹²⁶⁷ “Los delegados sindicales, en el supuesto de que no formen parte del comité de empresa, tendrán las mismas garantías que las establecidas legalmente para los miembros de los comités de empresa (...)”.

¹²⁶⁸ “Lo previsto en el artículo 68 del Estatuto de los Trabajadores en materia de garantías será de aplicación a los Delegados de Prevención en su condición de representantes de los trabajadores”.

¹²⁶⁹ “(...) En ejercicio de esta función, dichos trabajadores gozarán, en particular, de las garantías que para los representantes de los trabajadores establecen las letras a), b) y c) del artículo 68 (...)”.

posibilidad, puesto que una vez que termine el procedimiento estos trabajadores no desempeñarán ninguna función representativa¹²⁷⁰.

Con esta garantía de prioridad de permanencia en la empresa lo que se pretende es que los sujetos negociadores del despido colectivo puedan ejercer su labor sin la presión añadida de quedar afectados por el procedimiento de despido colectivo, además de que también se busca que los trabajadores que sigan en la empresa tras la regulación de empleo mantengan sus representantes, garantizando consecuentemente su protección¹²⁷¹. Se quiere evitar, asimismo, que el empresario aproveche la negociación del despido colectivo para incluir a determinados trabajadores “conflictivos” o “molestos” por su condición de representantes¹²⁷².

La prioridad de permanencia se configura de este modo como una preferencia de conservación del empleo frente al resto de trabajadores. Aunque hay que añadir que no se refiere a una prioridad de permanencia absoluta, sino relativa, ya que queda condicionada a una prioridad de permanencia frente a los trabajadores del mismo grupo profesional y siempre que sea posible, es decir, siempre que se continúe con la actividad de la empresa¹²⁷³. No obstante, la jurisprudencia ha interpretado que esta prioridad de permanencia en el empleo no solo se produce cuando concurren trabajadores de la misma categoría o grupo profesional, sino que también es aplicable cuando los puestos de trabajo que subsisten son equivalentes o entre personas trabajadoras que cumplan la misma función. En concreto, la empresa tiene la obligación de agotar todas las posibilidades de recolocación del representante de los trabajadores afectado en la empresa o, en su caso, en el centro de trabajo, debiendo de destinar a esta persona a otro puesto de trabajo funcionalmente equivalente siempre que posea las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación laboral a la que se refiere el art. 39.1 ET¹²⁷⁴.

En cuanto a si la garantía de prioridad de permanencia debe de quedar vinculada al ámbito de afectación de la causa (para causas económicas la empresa en su conjunto y para causas técnicas, organizativas o productiva el ámbito concreto), dicha cuestión ha sido resuelta por la STS de 30 de noviembre de 2005 (EDJ 2005/263582). El Alto Tribunal comienza por reseñar que no existe ninguna regla que establezca que la garantía de preferencia debe de quedar limitada al ámbito de afectación de la causa extintiva. Así, la prioridad de permanencia quedará vinculada al ámbito de la

¹²⁷⁰ TORMOS PÉREZ, J.A.: *Los criterios de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo*, op. cit., pp. 393 y 394.

¹²⁷¹ POQUET CATALÁ, R.: *Análisis de la actual configuración del despido colectivo*, op. cit., p. 222 con cita en SAN de 12 de junio de 2013, proc. num. 143/2013.

¹²⁷² MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornadas*, op. cit., p. 178.

¹²⁷³ ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, op. cit., pp. 259-262.

¹²⁷⁴ POQUET CATALÁ, R.: *Análisis de la actual configuración del despido colectivo*, op. cit., pp. 223 y 224, con cita en SSTs (sala III) de 6 de mayo de 2003 (rec. 7034); de 4 de mayo de 2004 (rec. 3687/2001); SAN de 12 de junio de 2013, proc. 143/2013.

representación del trabajador (ya sea el centro de trabajo, varios centros de trabajo si se trata de comité de empresa conjunto o la empresa si se trata de comité intercentros o de empresa monocéntrica). Y respecto a esta opción interpretativa el Tribunal Supremo añade que “es cierto que esto obliga a que, por la lógica de la sustitución, pueda resultar afectado por la causa extintiva quien objetivamente no lo estaría en principio, pues si la empresa, para respetar la garantía tiene que emplear al representante en otra unidad productiva (...), esto llevará normalmente consigo que un trabajador de esa unidad productiva pueda resultar excedente, si no hay vacante y su puesto de trabajo es asignado al representante. Pero ésta es un(a) consecuencia de la efectividad de la garantía, que, en cuanto preferencia, se traduce siempre en un sacrificio potencial para el resto de los trabajadores incluidos en el ámbito en que opera la garantía, con independencia de que éste pueda ser más o menos extenso”.

Por otro lado, tanto el art. 51.5 ET como el art. 13.2 RPDC permiten que mediante convenio colectivo o acuerdo alcanzado en consultas se pueda extender esta garantía de prioridad de permanencia en la empresa a favor de otros colectivos, tales como¹²⁷⁵ “trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad”. De este modo, lo más habitual es que los convenios colectivos recuerden la prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores y añadan otros colectivos sobre los que se quiere extender la especial protección: personas con discapacidad, mujeres en período de lactancia, miembros de una familia numerosa o personas de más edad. Se trata, en fin, de proteger a aquellos trabajadores más vulnerables en el supuesto de despido y con mayores dificultades para su reinserción en el mercado laboral¹²⁷⁶.

La inclusión de las personas con discapacidad como posibles destinatarios de las garantías de prioridad de permanencia previstas en acuerdos colectivos o convenios supone un argumento más para rechazar que los trabajadores con discapacidad tengan una prioridad de permanencia legal, similar a la de los representantes legales, por la vía del mantenimiento de la cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad (art. 42 RD legislativo 1/2013)¹²⁷⁷. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ya se pronunció en su sentencia de 11 junio 2001 (RJ 2001, 4399) en contra de conceder la prioridad de permanencia con base en la citada cuota de reserva ya que dicha previsión “sólo contempla medidas de reserva de puestos de trabajo en las empresas, prohibición de discriminación e igualdad de acceso a la función pública y fomento del empleo”. Una respuesta más matizada ofreció la misma Sala en la STS de 4 de febrero de 2002 (RJ 2002, 10168) cuando optó por una postura mixta. Por un lado, reconoce la inexistencia de un derecho de preferencia individual a favor de la persona con discapacidad, aunque por otro lado reconoce el

¹²⁷⁵ En efecto, esta enumeración que realiza el ET y el RPDC es a título ejemplificativo, por lo que pueden incluirse otros colectivos con prioridad de permanencia en los acuerdos o convenios colectivos.

¹²⁷⁶ CERVERA SOTO, T. y CID BABARRO, C.: *El despido colectivo. Claves prácticas y análisis jurisprudencial*, op. cit., versión electrónica.

¹²⁷⁷ Así lo interpreta CAPITÁN PÉREZ, L.: *El despido colectivo y las medidas de suspensión y reducción temporal de jornada*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2020, versión electrónica.

derecho a salvaguardar el porcentaje o la cuota de reserva, de lo cual se infiere que cuando la extinción del contrato de trabajo de la persona con discapacidad afecte al 2%, dicho trabajador gozará de un derecho de preferencia respecto a otros trabajadores¹²⁷⁸.

Por último, el art. 13.3 RPDC precisa que “la empresa deberá justificar en la decisión final de despido colectivo a que se refiere el artículo 12, la afectación de los trabajadores con prioridad de permanencia en la empresa”. De este modo, el empresario deberá de detallar y justificar en la comunicación de la decisión final de despido, que se entregue tanto a los representantes de los trabajadores como a la autoridad laboral, el motivo de la inclusión entre los trabajadores afectados a aquellas personas que tengan una prioridad de permanencia reconocida, ya sea por vía legal o convencional. Así, el empresario deberá de acreditar que concurren razones organizativas o productivas de entidad suficiente como para justificar la exclusión de la prioridad de permanencia en virtud de su no operatividad, por lo que la selección de trabajadores protegidos por esta garantía es necesaria¹²⁷⁹.

En efecto, la inaplicación de la prioridad de permanencia debe de estar suficientemente justificada, ya que ella está íntimamente relacionada con la protección del derecho fundamental a la libertad sindical o bien con la protección frente a la discriminación en caso de afectación a colectivos vulnerables previstos en el acuerdo o convenio colectivo. De lo contrario, el art. 124.13 LRJS declarará el despido como nulo por medio de la impugnación individual del despido colectivo¹²⁸⁰, practicándose la inversión de la carga de la prueba por la vía de los indicios de discriminación de la vulneración de derechos fundamentales¹²⁸¹.

B.3. La selección de trabajadores afectados por parte de un algoritmo

A nadie le sorprende ya que, a raíz de la intensa revolución digital que se está viviendo, cada vez más empresas introduzcan en sus procesos de decisión algoritmos¹²⁸². No obstante, estos procesos de decisión automatizada en la empresa entrañan una serie de riesgos que son necesarios de valorar, ya que pueden afectar a derechos fundamentales como el derecho a la privacidad (art. 18.1 CE), el derecho a la protección

¹²⁷⁸ POQUET CATALÁ, R.: *Análisis de la actual configuración del despido colectivo*, op. cit., p. 227 interpreta que con ello se deduce una limitación a la hora de seleccionar la empresa a la persona trabajadora despedida, pues debe entenderse que no podrá elegir a la persona con discapacidad si con ello trasgrede el porcentaje mínimo obligatorio de personas con discapacidad contratadas.

¹²⁷⁹ TORMOS PÉREZ, J.A.: *Los criterios de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo*, op. cit., pp. 385-388.

¹²⁸⁰ El art. 124.2 LRJS excluye de las causas de impugnación colectiva “las pretensiones relativas a la inaplicación de las reglas de prioridad de permanencia previstas legal o convencionalmente o establecidas en el acuerdo adoptado en el período de consultas. Tales pretensiones se plantearán a través del procedimiento individual al que se refiere el apartado 11 del presente artículo”.

¹²⁸¹ TORMOS PÉREZ, J.A.: “Impugnación jurisdiccional del despido colectivo: especial referencia a los criterios de selección”, *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, N.º 1, 2021, pp. 275-278.

¹²⁸² Sobre este proceso, véase, ARAGÜEZ VALENZUELA, L.: “El papel de los representantes de los trabajadores y la negociación colectiva ante la toma automatizada de decisiones empresariales mediante algoritmos digitales”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, N.º 1, 2023, pp. 129 y ss.

de datos personales (art. 18.4 CE), el derecho a la igualdad y no discriminación (art. 14) y el derecho a la seguridad y salud en el trabajo (art. 15 CE).

Fruto de esta preocupación se ha promulgado la Ley 12/2021, de 28 de septiembre¹²⁸³, más conocida como la *Ley Rider*, la cual introduce un nuevo derecho de información en el art. 64.4.d) ET a favor de los representantes de los trabajadores. En concreto, esta ley introduce un deber de transparencia algorítmica que consiste en “ser informado por la empresa de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles”¹²⁸⁴.

En el ámbito específico de la selección de los trabajadores afectados, el uso de herramientas algorítmicas también puede acarrear riesgos, sobre todo en materia de discriminación ya que los algoritmos no tienen por qué ser ajenos a los sesgos discriminatorios¹²⁸⁵. Así, el documento *Información algorítmica en el ámbito laboral. Guía práctica y herramienta sobre la obligación empresarial de información sobre el uso de algoritmos en el ámbito laboral* subraya que, además de existir el derecho de información individual sobre decisiones íntegramente automatizadas del art. 22 RGPD y el derecho colectivo del art. 64.4.d) ET, en el caso de utilización de algoritmo en despido colectivo también existe la obligación general de negociar el mismo. La Guía recuerda que el art. 51 ET exige la obligación de negociar de buena fe y, por ello, “la negociación del algoritmo utilizado para la determinación de las personas afectadas por el despido debería quedar comprendido en el marco de dichas negociaciones”¹²⁸⁶.

De este modo, el empresario (como también ocurre en otros supuestos de flexibilidad interna como modificaciones sustanciales, movilidad geográfica o ERTE) deberá de informar a los representantes de los trabajadores acerca de los parámetros que utiliza el algoritmo para seleccionar a los trabajadores afectados, ya sea en el ejercicio del art. 64.4.d) ET o bien con la documentación que se incluye en la comunicación inicial de despido colectivo. Pero, además, deberá de negociar los criterios de selección durante las consultas-negociación y, por ende, deberá de negociar cómo se conforma la herramienta algorítmica de designación o qué valores o parámetros objetivos deben de tomarse en cuenta para la selección de los trabajadores afectados por el despido.

Una cuestión especialmente relevante en este sentido son los despidos colectivos que se produzcan en el marco de plataformas digitales ya que, generalmente, la selección

¹²⁸³ Ley 12/2021, de 28 de septiembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales.

¹²⁸⁴ RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: “Gestión laboral algorítmica y poder de dirección: ¿hacia una participación de los trabajadores más intensa?”, *Revista Jurídica de Asturias*, N.º 45, 2022, pp. 157-172.

¹²⁸⁵ En sentido amplio, RIVAS VALLEJO, P. (Dir.): *Discriminación algorítmica en el ámbito laboral*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2022.

¹²⁸⁶ VV.AA.: *Información algorítmica en el ámbito laboral. Guía práctica y herramienta sobre la obligación empresarial de información sobre el uso de algoritmos en el ámbito laboral*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, mayo de 2022, p. 18.

de los trabajadores afectados se instrumentará a través del algoritmo de la plataforma o aplicación. Así, ya han llegado casos al Tribunal Supremo en los que se analiza el despido colectivo en plataformas de reparto (en las que se está empezando a reconocer la condición de trabajador asalariado *ex D.A. 23ª ET*¹²⁸⁷, frente a otras plataformas como las de *crowdsourcing*) y, en concreto, respecto a la legitimación activa que tienen los sindicatos con representación en el sector para impugnar un despido colectivo de hecho (STS 684/2022, de 20 de julio de 2022)¹²⁸⁸.

4.2.4. La fase final del procedimiento de despido colectivo

A) Finalización de las consultas y comunicación final

El procedimiento de despido colectivo puede finalizar con o sin acuerdo, puesto que, como ha venido interpretando la jurisprudencia, lo que exige la norma es la obligación de “negociar” y no de “acordar”. Una terminación, paccionada o por decisión del empresario, que tiene diferentes consecuencias, tanto en materia de contenido como de forma.

Respecto al contenido, en caso de que el procedimiento termine con acuerdo resulta claro que el empresario deberá de quedar vinculado al cumplimiento de este. En cambio, mayores dudas suscita el contenido de la decisión final de despido colectivo cuando no se ha llegado a acuerdo. En este último supuesto, a la pregunta de si el empresario queda condicionado por las propuestas realizadas durante la consulta-negociación, con vistas a negociar de buena fe y a alcanzar acuerdo, la doctrina científica ha respondido de forma negativa. Entender lo contrario conduciría a reducir gravemente la eficacia del periodo de consultas, al igual que dificultaría su finalidad de conseguir un acuerdo, puesto que el empresario se convertiría en un sujeto extremadamente cauteloso al objeto de evitar la realización de propuestas que, con independencia del resultado de las consultas, pasarían a ser una mejora otorgada al banco social¹²⁸⁹. De este modo, las propuestas y contrapropuestas realizadas durante el periodo negociador no vinculan en modo alguno a ninguna de las partes, ya que únicamente es el texto definitivo del acuerdo el que adquiere esa eficacia vinculante¹²⁹⁰.

¹²⁸⁷ “Por aplicación de lo establecido en el artículo 8.1, se presume incluida en el ámbito de esta ley la actividad de las personas que presten servicios retribuidos consistentes en el reparto o distribución de cualquier producto de consumo o mercancía, por parte de empleadoras que ejercen las facultades empresariales de organización, dirección y control de forma directa, indirecta o implícita, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital. Esta presunción no afecta a lo previsto en el artículo 1.3 de la presente norma”.

¹²⁸⁸ MARTÍNEZ MOYA, J.: “Legitimación activa de los sindicatos para impugnar un despido colectivo de hecho en empresa de reparto a través de plataformas digitales: interpretación de la legitimación procesal en clave constitucional y como presupuesto del proceso”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, N.º 8, 2022.

¹²⁸⁹ GODINO REYES, M.: “El periodo de consultas. El valor de las propuestas de las partes durante el periodo de consultas y la eventual vinculación a las mismas para la decisión final en caso de finalización sin acuerdo”, en GODINO REYES, M. (Dir.), *Tratado de despido colectivo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 332-342.

¹²⁹⁰ POQUET CATALÁ, R.: *Análisis de la actual configuración del despido colectivo*, op. cit., p. 193.

No obstante, a falta de acuerdo, lo que sí debe de respetar el empresario son los extremos que se aportaron en la comunicación inicial, actualizándolos en materia de número de despidos, criterios de selección de los trabajadores afectados y período de ejecución del despido colectivo en su conjunto. En este sentido, la empresa quedará vinculada por la propuesta inicial, sin que pueda, por ejemplo, incrementar los despidos en la decisión final, de igual modo que tampoco podrá, en principio, introducir mejoras o propuestas nuevas no planteadas durante las consultas pues ello podría ir en contra de la buena fe negocial¹²⁹¹.

En cuanto a la forma de la finalización del período de consultas con o sin acuerdo y su comunicación final existen dudas interpretativas. Por un lado, el art. 51.2 ET parece indicar que si el despido colectivo finaliza con acuerdo la comunicación final solo deberá de dirigirse a la autoridad laboral, trasladando copia del acuerdo¹²⁹², y, por otro lado, el art. 12.1 RPDC expresa que “en todo caso, comunicará a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral la decisión sobre el despido colectivo que realiza”, esto es, exista o no acuerdo.

Esta cuestión controvertida fue analizada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 19 de noviembre de 2014 (RJ 2015, 1765), donde se subrayó que el despido, en el ordenamiento jurídico-laboral español, ya sea individual o colectivo, es un acto formal que requiere comunicación escrita y es de carácter recepticio. En este sentido, el Tribunal Supremo declara que el despido colectivo, como un acto de voluntad del empresario que es, necesita que la decisión final sea comunicada o notificada a los representantes legales de los trabajadores, ya que esta comunicación es el presupuesto constitutivo de la extinción, en tanto que si no hay comunicación no hay despido. Por ende, la notificación del despido resulta ineludible tras la celebración del período de consultas, “con o sin acuerdo”. Además, la comunicación final del despido colectivo a los trabajadores es precisamente “la determinante del inicio de los plazos para ejercer las acciones expuestas”, y no puede sustituirse con la comunicación a la autoridad laboral. En este caso, el incumplimiento del deber de comunicar el despido colectivo conlleva la nulidad del despido¹²⁹³.

De este modo, el Tribunal Supremo había interpretado que se debía de comunicar la decisión final del despido “en todo caso” a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral, esto es, hubiera o no acuerdo. No obstante, tiempo después la STS de 13 de mayo de 2019 (rec. 246/2018) realiza un giro copernicano en

¹²⁹¹ GODINO REYES, M.: “El periodo de consultas. El valor de las propuestas de las partes durante el periodo de consultas y la eventual vinculación a las mismas para la decisión final en caso de finalización sin acuerdo”, *op. cit.*, pp. 332-342.

¹²⁹² “Transcurrido el periodo de consultas el empresario comunicará a la autoridad laboral el resultado del mismo. Si se hubiera alcanzado acuerdo, trasladará copia íntegra del mismo. En caso contrario, remitirá a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral la decisión final de despido colectivo que haya adoptado y las condiciones del mismo”.

¹²⁹³ ABRIL LARRÁINZAR, M.P.: *Información, consulta y negociación en el despido colectivo*, *op. cit.*, pp. 416-418 y ORTEGA LOZANO, P.G.: *Medidas de flexibilidad externa colectiva en la reestructuración de empresas consecuencia del covid-19. Cuestiones prácticas a propósito del despido colectivo*, *op. cit.*, pp. 128 y 129.

el sentido de que ahora interpreta que en el caso de despido colectivo finalizado con acuerdo ya no es necesario que la decisión final se traslade a la representación legal de trabajadores. Así lo argumenta cuando expone que: “lo único que impone el ET tras finalizar el periodo de consultas es que, en caso de concluir con acuerdo, el empresario traslade copia íntegra del mismo a la Autoridad Laboral (...). [N]o cabe duda de que solo se exige aquella notificación para el caso de que no exista acuerdo, que es cuando aquélla (la representación de los trabajadores) debe tener conocimiento del alcance de la medida extintiva que se va a adoptar, lo que no se presenta como necesario cuando dicho alcance ya se expresa en el acuerdo que aquella representación ha suscrito”. Esta interpretación parece sustentarse también en el tenor literal del art. 124.6 LRJS que inicia el plazo de caducidad para la acción de impugnación colectiva “desde la fecha del acuerdo alcanzado en el período de consultas o de la notificación a los representantes de los trabajadores de la decisión empresarial de despido colectivo”¹²⁹⁴.

En cualquier caso, si no se produce la comunicación final a los representantes de los trabajadores en caso de que no exista acuerdo en consultas, el despido colectivo seguirá siendo declarado nulo al estar ante un incumplimiento de un auténtico presupuesto para la validez del procedimiento y, en consecuencia, para la efectividad de los despidos individuales¹²⁹⁵.

Por otro lado, cabe preguntarse qué debe de entenderse por “representantes de los trabajadores” como destinatarios de la comunicación final en caso de que no exista acuerdo. Para resolver esta duda interpretativa, debe discernirse si la ley y el reglamento solo se refieren a los representantes que han participado en la consulta-negociación o, en cambio, si se refieren a cualquier representante legal o sindical, con independencia de que haya participado o no en el período de consultas. Y, con base en la legitimación que ostentan los representantes unitarios o sindicales para la impugnación colectiva del art. 124 LRJS, parte de la doctrina científica ha interpretado que deberá de trasladarse la comunicación a final a todos ellos, con independencia de que hayan formado o no parte del procedimiento de consultas¹²⁹⁶. Esto es, la comunicación deberá de remitirse a los representantes presentes en la comisión representativa (comisiones *ad hoc* si no existe representación legal)¹²⁹⁷ y a la representación legal-unitaria o sindical previamente constituida al despido colectivo.

¹²⁹⁴ En contra de esta interpretación, POQUET CATALÁ, R.: *Análisis de la actual configuración del despido colectivo*, op. cit., p. 204, donde expresa que: “tanto si ha habido acuerdo como si no, la empresa debe comunicar a la representación legal de las personas trabajadoras su decisión extintiva, pues en el caso de que se haya llegado a un acuerdo, aunque pueda parecer reiterativo, no lo es, pues con ello queda acreditada su buena fe en el proceso negociador y la transparencia que se exige en la relación empresa y personas trabajadoras”.

¹²⁹⁵ La STS de 7 de mayo de 2020 (rec. 296/2018) sigue interpretando, con base en sus anteriores sentencias (SSTS de 19 de noviembre de 2014, rec. 183/2014, y de 23 de septiembre de 2015, rec. 64/2015), que la falta de comunicación final de despido colectivo a la representación de los trabajadores en caso de finalización del procedimiento sin acuerdo es causa de nulidad.

¹²⁹⁶ ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, op. cit., p. 256.

¹²⁹⁷ Véase la STS de 15 de febrero de 2023 (rec. 224/2022) que declara la nulidad del despido colectivo por no comunicación de la decisión final a la comisión *ad hoc* en caso de despido finalizado sin acuerdo.

Dicho lo anterior, la empresa deberá de trasladar copia del acuerdo a la autoridad laboral y, en caso de finalización sin acuerdo, deberá de comunicar, tanto a la representación de los trabajadores como a la autoridad laboral, la decisión final de despido colectivo que haya adoptado, junto con las condiciones del mismo (art. 51.2 ET). Tal y como precisa el art. 12.1 RPDC, en esta comunicación final el empresario deberá de actualizar la información y documentación común contenida en la comunicación de inicio del período de consultas. Muy importante es que se incorporen los datos precisos para una posterior individualización de los trabajadores afectados (identificación, antigüedad, salarios y fecha de extinción del contrato) ya que, de otro modo, será muy difícil la ejecución de las sentencias que eventualmente declaren la nulidad del despido colectivo ¹²⁹⁸.

El art. 12.2 RPDC añade que deberá de incluirse dentro de la comunicación final la documentación correspondiente a las medidas sociales de acompañamiento que se hubieran acordado u ofrecido por la empresa, así como el plan de recolocación externa en los casos de empresas que estén obligadas a su realización, es decir, en despidos que afecten a más de 50 trabajadores. A su vez, el art. 12.3 RPDC identifica que el empresario deberá de remitir a la autoridad laboral las actas de las reuniones debidamente firmadas por todos los asistentes, presuponiendo el desarrollo reglamentario que los representantes de los trabajadores ya tendrán en su poder las correspondientes copias de las actas. El artículo 13.3 RPDC especifica, asimismo, que deberá de justificarse en la decisión final de despido colectivo la afectación de los trabajadores con prioridad de permanencia en la empresa.

Esta comunicación de la decisión final a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral deberá de remitirse en el plazo máximo de quince días desde la última reunión celebrada en el periodo de consultas (arts. 51.2 ET y 12.1 RPDC). Teniendo en cuenta que, si se sobrepasa el plazo mencionado de quince días, se producirá la caducidad del procedimiento y se impedirá que el empresario pueda notificar individualmente el despido a los trabajadores afectados, sin perjuicio, en su caso, de la posibilidad de iniciar un nuevo procedimiento de despido colectivo (art. 13.4 RPDC). Así, la doctrina habla de la existencia de un plazo “preclusivo” ya que, una vez transcurrido este plazo de 15 días, el procedimiento caduca, impidiendo notificar individualmente los despidos a los trabajadores afectados ¹²⁹⁹. En cambio, si la empresa prosiguiera con el procedimiento y realiza las extinciones, a pesar del transcurso del plazo para la comunicación final, la sanción correspondiente sería la de la ejecución de un “despido colectivo de hecho” ¹³⁰⁰. Estos plazos establecidos en

¹²⁹⁸ SÁEZ LARA, C.: *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, op. cit., p. 171, propone de *lege ferenda* modificar el artículo 124 LRJS en sintonía con el art. 157.1.a) LRJS, lo cual llevaría, a su vez, a modificar el art. 51 ET para que se obligara a contener en la decisión empresarial de despido colectivo dicha información para la identificación posterior de las personas trabajadoras afectadas.

¹²⁹⁹ *Ibidem*, pp. 91 y 92.

¹³⁰⁰ POQUET CATALÁ, R.: *Análisis de la actual configuración del despido colectivo*, op. cit., p. 210, con cita en SAN de 18 de julio de 2014, proc. núm. 136/2014.

interés de los trabajadores se fijan por normas de derecho necesario absoluto que son, por tanto, indisponibles para el empresario ¹³⁰¹.

Asimismo, es importante que el empresario comunique a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo las medidas de despido colectivo adoptadas “con carácter previo a su efectividad” (art. 22 Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo, y Orden ESS/982/2013, de 20 de mayo), sin perjuicio de las comunicaciones que la autoridad laboral ha de efectuar a dicha entidad conforme a lo dispuesto en los arts. 51.2 ET y 267.3 TRLGSS ¹³⁰². Se trata de una información mínima a suministrar por parte del empleador (ámbito territorial de los despidos colectivos, datos de la empresa o de los centros de trabajo afectados, relación nominal de personas trabajadoras afectadas, obligación de realizar aportación al Tesoro Público del art. 51.11 ET, acuerdo de finalización del despido colectivo...) que, en caso de incumplimiento, supone una infracción administrativa grave del art. 22.13 TRLISOS. La transmisión de los datos deberá de realizarse por vía telemática, a través de la aplicación Certific@2 del SEPE.

B) La notificación individual de despido a las personas trabajadoras afectadas

El artículo 51.4 ET, en la idea de la no obligatoriedad de realizar comunicación final en caso de acuerdo, indica que, “alcanzado el acuerdo o comunicada la decisión a los representantes de los trabajadores, el empresario podrá notificar los despidos individualmente a los trabajadores afectados” según el procedimiento que se prevé para los despidos individuales o plurales por causas objetivas (art. 53.1 ET). La utilización del término “podrá” no se refiere al carácter potestativo de la notificación escrita, que debe de producirse en todo caso, sino a su ámbito temporal, es decir, es a partir de la notificación a los representantes de los trabajadores o del acuerdo cuando el empleador “puede” comenzar a realizar las comunicaciones individuales de despido ¹³⁰³.

El Estatuto de los trabajadores también añade que, para el caso de la comunicación individual de despido, en cumplimiento aparente del plazo predispuesto por la Directiva 98/59, “en todo caso, deberán haber transcurrido como mínimo treinta días entre la fecha de la comunicación de la apertura del periodo de consultas a la autoridad laboral y la fecha de efectos del despido” (art. 51.4 ET). El artículo 14 RPDC también se pronuncia en el mismo sentido. No obstante, como se desprende de la STJUE de 13 de julio de 2023, C-134/22, el plazo de 30 días al que se refiere el art. 4.1 de la Directiva 98/59 debe de computarse desde la notificación de los despidos a la autoridad pública competente (art. 3.1.), esto es, desde la comunicación final, por lo que la transposición de la Directiva al ordenamiento jurídico interno no sería del todo

¹³⁰¹ SÁEZ LARA, C.: *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, op. cit., pp. 91 y 92.

¹³⁰² Este último matiz es introducido en el art. 22 RD 625/1985 por el RD 608/2023, de 11 de julio, previsiblemente para encajar mejor la regulación reglamentaria con la STS, Sala de lo Contencioso, de 19 de mayo de 2015, rec. 836/2012.

¹³⁰³ FALGUERA BARÓ, M.Á.: *El procedimiento del despido colectivo y el desarrollo del periodo de consultas: criterios judiciales*, op. cit., p. 150.

correcta, ya que la normativa comunitaria concede un plazo de tiempo mayor en el que los despidos no pueden surtir efectos. En cualquier caso, el legislador español recoge un período de tiempo en el que los despidos individuales no pueden ser efectuados que, de incumplirse, puede suponer, en determinadas circunstancias, una actuación fraudulenta del empleador (STS de 29 de diciembre de 2014, rec. 93/2012)¹³⁰⁴ o bien la improcedencia del despido¹³⁰⁵; sin que, a su vez, se haya establecido en la norma un plazo máximo para notificar individualmente los despidos¹³⁰⁶.

Dicho lo anterior, el artículo 53.1 ET identifica como requisitos procedimentales para proceder al despido: la comunicación escrita al trabajador expresando la causa; la puesta a disposición simultánea de la indemnización legal de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de 12 mensualidades; así como la concesión de un plazo de preaviso de quince días, computado desde la entrega de la comunicación individual hasta la fecha de efectos de la extinción del contrato de trabajo. Sin embargo, esta fase individual del despido colectivo ha venido generando distintas controversias interpretativas y divergencias aplicativas ya que ambos procedimientos de despido objetivo y colectivo no son totalmente equiparables.

En primer lugar, respecto a la carta de despido que se debe de entregar al trabajador afectado en un procedimiento de despido colectivo y su contenido, la jurisprudencia ha determinado¹³⁰⁷ que la notificación de los despidos de manera individual a los trabajadores afectados deberá de realizarse en los términos y condiciones expresados en el art. 53.1 ET, donde se exige la comunicación escrita al trabajador expresando la “causa”, equivalente a los “hechos” que motivan el despido disciplinario. Dicha causa debe consistir en los hechos de los que ordinariamente se desprenda el efecto jurídico correspondiente a la pretensión extintiva empresarial y, en el supuesto de despido objetivo, los datos fácticos suficientes que configuran el concepto de causas “económicas, técnicas, organizativas o de producción” establecido en el art. 51.1 ET, al que también remite el art. 52.c) ET. La comunicación escrita debe proporcionar al trabajador un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de las causas que se invocan como constitutivos del despido objetivo para que, comprendiendo sin dudas racionales el alcance de aquellos, pueda impugnar la decisión empresarial y preparar los medios de prueba que juzgue convenientes para su defensa. Así, la remisión del art. 51.4 ET al 53.1 ET implica la consecuencia de que, en principio, la carta de despido individual en procedimiento de despido colectivo debe de revestir, en general, las mismas formalidades que la comunicación de despido objetivo.

Ahora bien, la citada jurisprudencia se ocupa de establecer una diferenciación: la existencia de negociaciones previas, su preceptivo contenido y la calidad de los sujetos

¹³⁰⁴ *Ibidem*, pp. 148 y 149.

¹³⁰⁵ STSJ País Vasco de 27 de noviembre de 2012, rec. 2509/2012.

¹³⁰⁶ POQUET CATALÁ, R.: *Análisis de la actual configuración del despido colectivo*, op. cit., pp. 244 y 245.

¹³⁰⁷ SSTs 23 de septiembre de 2014 (rec. 231/2013); 15 de marzo de 2016 (rec. 2507/2014) y 12 de mayo de 2015 (rec. 1731/2014).

intervinientes en el procedimiento de despido colectivo (el proceso negociador), no concurre en el despido objetivo. Por ello, desde el momento en que el despido colectivo requiere una previa negociación con los representantes de los trabajadores, aquella necesidad de formal comunicación de la causa al trabajador afectado queda atemperada precisamente por la existencia de la propia negociación, hasta el punto de que se deba conectar lo acaecido en el periodo colectivo con la comunicación individualizada, rebajando las exigencias interpretativas que valen para los casos de extinciones objetivas individuales o plurales, de manera que el contenido de la carta de despido puede ser suficiente si se contextualiza.

De este modo, si se demuestra que las personas trabajadoras han tenido un conocimiento adecuado y suficiente de los hechos por la vía de la negociación del despido colectivo (asambleas, reuniones, acuerdo¹³⁰⁸...), podría ser suficiente una carta de despido mucho más sencilla, sin aplicársele los mismos requisitos que se aplican a los despidos por causas objetivas. Sin embargo, no todas las personas trabajadoras pueden tener acceso a toda la información y documentación presente en la negociación, por lo que debería de abogarse por exigir siempre que se cumpla con la suficiente información y detalle de la causa alegada en la comunicación individual, más aún tras la nueva doctrina emanada de la STC 140/2021, de 12 de julio, por la que se permite impugnar las causas a nivel individual aunque haya existido acuerdo en sede de consultas¹³⁰⁹. En este sentido, la carta de cese debe de incluir todos aquellos hechos que integren la correspondiente causa de despedir de un modo suficiente para que el trabajador pueda defenderse con un adecuado conocimiento de las circunstancias en las que se funda la decisión adoptada por la empresa y pueda, por ende, aportar en juicio la prueba necesaria en defensa de sus intereses, e incluso realizar una valoración previa de la utilidad de instar el control judicial¹³¹⁰.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo¹³¹¹ también ha venido interpretando que no es necesario que se incluya en la carta de despido tras procedimiento de despido

¹³⁰⁸ No es necesario que la carta de despido contenga la información de los datos económicos que ya han sido tenidos en cuenta en el seno del despido colectivo terminado con acuerdo, pues en este ya han sido conocidos tales extremos que son accesibles para los trabajadores afectados (SSTS de 15 de marzo de 2016, rec. 2507/2014; de 28 de noviembre de 2017, rec. 164/2016; y de 12 de julio de 2018, rec. 3611/2016).

¹³⁰⁹ POQUET CATALÁ, R.: *Análisis de la actual configuración del despido colectivo*, op. cit., pp. 251 y 252.

¹³¹⁰ AZAGRA SOLANO, M.: "La comunicación del despido individual vinculado al despido colectivo", en VV.AA., *Tratado de despido colectivo* (MARTÍN GODINO, R., Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 527.

¹³¹¹ SSTS 24 de febrero 2016 (rec. 2507/2014); 8 de marzo 2016 (rec. 3788/2014); 15 de marzo de 2016 (rec. 2507/2014); 15 de abril 2016 (rec. 3223/2014); 27 de abril 2016 (rec. 3410/2014); 20 de mayo 2016 (rec. 3221/2014); 21 de junio 2016 (rec. 138/2015); 5 de julio 2016 (rec. 603/2014); 14 de julio 2016 (rec. 374/2015); (3) 5 de octubre 2016 (rec. 3963/2014, rec. 1168/2015 y rec. 1951/2015); (2) 21 de diciembre 2016 (rec. 3508/2015 y rec. 3181/2015); 30 de enero 2017 (rec. 1878/2015); 21 de febrero 2017 (rec. 2859/2015); 1 de marzo 2017 (rec. 2860/2015); 8 de marzo 2017 (rec. 1523/2015); 9 de marzo 2017 (rec. 565/2015); (6) 21 de marzo 2017 (rec. 2862/2015, rec. 2863/2015, rec. 2865/2015, rec. 2869/2015, rec. 2877/2015 y rec. 2959/2015); 16 de mayo 2017 (rec. 2938/2015); 31 de mayo 2017 (rec. 1280/2015); 6 de junio 2017 (rec. 2858/2015); 15 de junio 2017 (rec. 3522/2015); 21 de junio 2017 (rec. 1559/2015); 11 de julio 2017 (rec. 3335/2015); 12 de

colectivo los criterios de selección aplicados ni los determinados razonamientos que se han utilizado para la elección del trabajador despedido, puesto que, entre otros motivos, la ley no lo exige, ello supone un formalismo innecesario y conllevaría una excesiva extensión de la comunicación individual¹³¹². No obstante, este criterio jurisprudencial ha sido criticado ya que si el despido puede ser impugnado por el trabajador sobre la base de una indebida selección, la privación de la información necesaria para comprobar esta circunstancia puede limitar de manera sustancial su derecho a la defensa¹³¹³.

Además, esta interpretación del Tribunal Supremo genera fricciones con lo dispuesto en la sentencia del TJUE en el asunto *Porras Guisado*, ya que en esta sentencia se exige que se comuniquen los criterios de selección en la carta individual de despido de la trabajadora embarazada. A la vista de esta jurisprudencia comunitaria, el Tribunal Supremo ha tenido que matizar su doctrina anteriormente expuesta para exigir que en la carta de despido se tenga que explicar el criterio seguido para la afectación de la persona trabajadora embarazada (STS de 20 de julio de 2018, rec. 2708/2016)¹³¹⁴. Además, la reforma del art. 53.4 ET emprendida por el RD-ley 6/2019 parece ir en esta línea cuando indica que, para que un despido protegido por los supuestos de nulidad objetiva sea declarado procedente, “deberá acreditarse suficientemente que la causa objetiva que sustenta el despido requiere concretamente la extinción del contrato de la persona referida”¹³¹⁵.

En segundo lugar, respecto a la puesta a disposición inmediata de la indemnización de 20 días por año trabajado junto con la carta de despido, además de las

septiembre 2017 (rec. 3683/2015); 28 de noviembre 2017 (rec. 164/2016); 29 de noviembre 2017 (rec. 20/2016); 24 de enero 2018 (rec. 413/2016); 7, (2) 8 y 27 de febrero 2018 (rec. 1899/2016, rec. 760/2016, rec. 3220/2015 y rec. 3936/2015); 8 de marzo 2018 (rec. 360/2016); 15 de marzo 2016 (rec. 2507/2014); 4 de abril 2018 (rec. 1354/2016); 18 de mayo 2018 (rec. 2843/2016); y 13 de junio 2018 (rec. 2200/2016).

¹³¹² Además, para el TS “el derecho de defensa que corresponde al hipotético trabajador demandante, queda en todo caso garantizado con la posibilidad que el mismo tiene de reclamar a la empresa los datos que considere necesarios para presentar la correspondiente demanda [si duda de la legalidad de los criterios y/o de su correcta aplicación], acudiendo -a tales efectos- a los actos preparatorios y diligencias preliminares que regula la normativa procesal (arts. 76 y 77 LRJS ; y art. 256 LEC), así como a la solicitud de oportuna aportación documental por parte de la empresa, para de esta forma acceder a todos los datos que le permitan comparar su concreta situación con la de sus compañeros no despedidos y -en su caso- poder combatir la concreta aplicación de los criterios de selección llevado a cabo por la demandada”.

¹³¹³ AZAGRA SOLANO, M.: “La comunicación del despido individual vinculado al despido colectivo”, *op. cit.*, p. 528.

¹³¹⁴ TORMOS PÉREZ, J.A.: *Los criterios de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo*, *op. cit.*, pp. 430-433.

¹³¹⁵ Así lo identifica AGUSTÍ MARAGALL, J.: “La mayor exigencia informativa en la comunicación de despido por causas objetivas y en la justificación de la concreta afectación individual (ex art. 53.4 et)”, *Jurisdicción social: Revista de la Comisión de lo Social de Jueces y Jueces para la Democracia*, N°. 207, 2020, pp. 26-35.

excepciones previstas en el art. 53.1.b) ET¹³¹⁶, la jurisprudencia ha venido admitiendo en el despido colectivo la posibilidad de que por acuerdo alcanzado en consultas con los representantes de los trabajadores se aplase el pago de la indemnización¹³¹⁷, que se establezcan diferentes importes indemnizatorios en función de la edad de los trabajadores afectados¹³¹⁸ e, incluso, que se pueda devolver la indemnización en caso de readmisión del trabajador despedido por vacantes en la empresa¹³¹⁹.

Por último, el Tribunal Supremo también ha estimado que no es necesario que se aporte copia de la comunicación individual a la representación legal de los trabajadores en casos de despidos colectivos, como sí ocurre en el despido objetivo, por lo que su inobservancia no será causa de improcedencia¹³²⁰. Todo ello no impide que la representación unitaria y sindical pueda exigir el conocimiento de tales cartas de despido en virtud del ejercicio de sus derechos de información *ex arts. 64 ET y 10.3 LOLS*¹³²¹.

4.3. La intervención de la Administración laboral en el procedimiento de despido colectivo

4.3.1. El papel de la autoridad laboral en el despido colectivo

A) La autoridad laboral competente

Una de las primeras cuestiones a tener en cuenta para el correcto desarrollo del procedimiento de despido colectivo es determinar quién será la autoridad laboral competente ya que la parte empresarial debe de remitirle a esta una copia de la comunicación inicial recibida por los representantes de los trabajadores, con el fin de que dicha autoridad laboral pueda desempeñar su papel de “guardián de la fase de consultas”¹³²² que, recuerdese, carece ya de carácter autorizante.

No obstante, el error en la apreciación de la competencia de la autoridad laboral no supone un vicio del procedimiento para el empresario¹³²³, pues “si la

¹³¹⁶ “Cuando la decisión extintiva se fundase en el artículo 52.c), con alegación de causa económica, y como consecuencia de tal situación económica no se pudiera poner a disposición del trabajador la indemnización a que se refiere el párrafo anterior, el empresario, haciéndolo constar en la comunicación escrita, podrá dejar de hacerlo, sin perjuicio del derecho del trabajador de exigir de aquel su abono cuando tenga efectividad la decisión extintiva”.

¹³¹⁷ SSTs 22 de julio 2015 (rec. 2127/2014 y rec. 2161/2014); 13 de junio 2018 (rec. 2200/2016) y 12 de noviembre 2019 (rec. 1453/2017).

¹³¹⁸ SSTs 12 de septiembre 1989 (rec. 3033/1987) y 24 de enero de 2023 (rec. 2785/2021).

¹³¹⁹ STS 11 de octubre 2021 (rec. 4460/2018).

¹³²⁰ SSTs de 7 de julio de 2016, rec. 246/2015; de 23 de noviembre de 2016, rec. 250/2015; y de 27 de febrero de 2018, rec. 2108/2015.

¹³²¹ SSTs 16 y 30 de marzo 2016 (rec. 832/2015 y rec. 2797/2014) y 7 de abril 2016 (rec. 426/2015).

¹³²² CABEZA PEREIRO, J.: “La supresión de la autorización administrativa en los despidos colectivos”, *Revista de Derecho Social*, N.º 57, 2012, p. 189.

¹³²³ La comunicación a la autoridad laboral no competente no determina la nulidad del procedimiento de despido colectivo ya que se trata de una mera irregularidad administrativa que se debe subsanar de oficio por la propia autoridad laboral (STS de 16 de junio de 2015 [ECLI: ES:TS:2015:3677]).

autoridad laboral que recibe la comunicación a que se refiere el apartado 1 careciera de competencia según lo dispuesto en el artículo 25, deberá dar traslado de la misma a la autoridad laboral que resultara competente, dando conocimiento de ello simultáneamente al empresario y a los representantes de los trabajadores” (art. 6.5 RPDC). Con ello se reconoce un deber de abstención por parte de la autoridad laboral incompetente, así como un deber de remisión a favor de la que resulte competente¹³²⁴.

En efecto, el artículo 25 del Capítulo III, rubricado “disposiciones comunes a los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada”, del Título I del RPDC, recoge una serie de reglas para determinar cuál es la autoridad laboral competente en materia de procedimientos de regulación de empleo.

En primer lugar, el art. 25.1 RPDC indica que en el ámbito de las Comunidades Autónomas (donde con mayor frecuencia se realizan estos procedimientos¹³²⁵), “cuando el procedimiento afecte a trabajadores que desarrollen su actividad o que se encuentren adscritos a centros de trabajo ubicados en su totalidad dentro del territorio de una Comunidad Autónoma, tendrá la consideración de autoridad laboral competente, el órgano que determine la Comunidad Autónoma respectiva”, siendo ello exponente de la facultad de autoorganización de las diferentes Comunidades Autónomas que designarán a sus propias autoridades laborales autonómicas¹³²⁶.

En segundo lugar, la atribución de competencias a órganos estatales viene determinada por la necesidad de reservar al Estado la competencia para la intervención en aquellos procedimientos que exceden de las competencias naturales de las Comunidades Autónomas en materia de legislación laboral, ya sea por la implantación nacional de la empresa, con centros de trabajo radicados en el territorio de distintas Comunidades Autónomas, ya sea por la vinculación de la empresa con el patrimonio del Estado u otras circunstancias que justifican dicha reserva¹³²⁷.

De este modo, el art. 25.2 RPDC indica que en el ámbito de la Administración General del Estado tendrá la competencia la Dirección General de Empleo del

¹³²⁴ El artículo 14.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP) dispone en sentido análogo cuando indica que: “El órgano administrativo que se estime incompetente para la resolución de un asunto remitirá directamente las actuaciones al órgano que considere competente, debiendo notificar esta circunstancia a los interesados”.

¹³²⁵ Por ejemplo, la Estadística de regulación de empleo del año 2019 recoge que la mayoría de las empresas (2.077 frente a 98) y de los trabajadores afectados (73.306 frente a 15.621) tramitaron sus expedientes (aquí se incluyen despidos colectivos y ERTE) ante autoridades laborales autonómicas y el resto ante la Dirección General de Trabajo. Esta proporción se da también en los datos de 2022 (5.980 frente a 212 empresas y 244.592 frente a 50.110 trabajadores afectados).

¹³²⁶ ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, op. cit., p. 195. Por ejemplo, en el ámbito de Andalucía, la autoridad laboral competente es la Dirección General de Trabajo, Seguridad y Salud Laboral cuando la empresa tenga centros de trabajo afectados en más de una provincia. En cambio, si los centros de trabajo afectados solo radican en una provincia andaluza, la autoridad laboral será la correspondiente Delegación Territorial de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo, en función de la provincia.

¹³²⁷ MERCADER UGUINA, J.R.: “El periodo de consultas: la intervención de la autoridad laboral durante el periodo de consultas”, op. cit., p. 387.

Ministerio de Empleo y Seguridad Social (actual Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Economía Social) en dos supuestos: 1) “cuando los trabajadores afectados desarrollen su actividad o se encuentren adscritos a centros de trabajo ubicados en el territorio de dos o más Comunidades Autónomas, así como cuando presten servicios en Departamentos, entes, organismos o entidades encuadrados en la Administración General del Estado”; y 2) “cuando el procedimiento afecte a empresas o centros de trabajo relacionados con créditos extraordinarios o avales acordados por el Gobierno de la Nación; con empresas pertenecientes al Patrimonio del Estado y, en general, aquellas que tengan la condición de sociedades mercantiles estatales de acuerdo con la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o con la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, así como con empresas relacionadas directamente con la Defensa Nacional u otras cuya producción sea declarada de importancia estratégica nacional mediante norma con rango de ley”.

No obstante, en este segundo supuesto recientemente referido la autoridad laboral competente será la Delegación del Gobierno si la Comunidad Autónoma es uniprovincial o a la Subdelegación del Gobierno en la provincia, siempre que el procedimiento afecte a centros de trabajo en el ámbito de una única provincia. Del mismo modo, también corresponderá la competencia a la Delegación del Gobierno en las ciudades de Ceuta y Melilla cuando los trabajadores afectados desarrollen su actividad o se encuentren adscritos a centros de trabajo ubicados en sendas ciudades. Aunque la competencia residirá en la Dirección General de Trabajo cuando los procedimientos afecten a más de doscientos trabajadores o la medida tenga especial trascendencia social en virtud de avocación según artículo 14 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (actual art. 10 LRJSP)¹³²⁸.

Por otro lado, en el supuesto de competencia compartida si los centros de trabajo afectados están ubicados en el territorio de dos o más Comunidades Autónomas, pero el 85%, como mínimo, de la plantilla de la empresa radica en el ámbito territorial de una Comunidad Autónoma y existen trabajadores afectados en la misma¹³²⁹, “corresponderá a la autoridad laboral competente de esa Comunidad Autónoma realizar la totalidad de las actuaciones de intervención en el procedimiento. En todo caso, deberá notificar a la Dirección General de Empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social la finalización del periodo de consultas, trasladándole la copia del acuerdo alcanzado en el mismo, o en caso de concluir éste sin acuerdo, la decisión empresarial de despido colectivo” (art. 25.3 RPDC). En este sentido, se produce una modificación respecto al

¹³²⁸ “Los órganos superiores podrán avocar para sí el conocimiento de uno o varios asuntos cuya resolución corresponda ordinariamente o por delegación a sus órganos administrativos dependientes, cuando circunstancias de índole técnica, económica, social, jurídica o territorial lo hagan conveniente” (art. 10.1 LRJSP).

¹³²⁹ Obsérvese que para delimitar la competencia entre las dos Comunidades Autónomas se recurre a la plantilla y no al número de trabajadores afectados, con lo cual puede ocurrir que la inmensa mayoría de los trabajadores afectados se sitúen en un territorio autonómico pero la otra Comunidad Autónoma sea la competente por tener el 85% de la plantilla.

anterior reglamento, el Real Decreto 801/2011, pues si bien este atribuía la competencia para ordenar e instruir el procedimiento a la autoridad autonómica y al Estado la competencia para resolver, en la actualidad, en coherencia con el nuevo modelo de intervención administrativa, es la autoridad laboral autonómica la competente para realizar todas las actuaciones de procedimiento, sin perjuicio del deber de información del acuerdo o la decisión final a la autoridad estatal.

A su vez, el RPDC incorpora dos nuevos apartados que se refieren a supuestos en los que concurren intereses de varias autoridades laborales, pese a que la competencia formal corresponde a una de ellas¹³³⁰. Por una parte, el art. 25.4 RPDC indica que “en los casos de procedimientos con centros afectados en dos o más Comunidades Autónomas, la autoridad laboral competente para intervenir en el procedimiento según lo dispuesto en este artículo comunicará dicha intervención a las autoridades laborales de los territorios donde radican dichos centros de trabajo”. En este sentido, si la competencia reside en la autoridad laboral estatal (o en la autoridad laboral autonómica que tenga el 85% de la plantilla), esta deberá de informar acerca del procedimiento de despido colectivo a las autoridades laborales autonómicas donde se sitúen los centros de trabajo afectados. Por otra parte, el art. 25.5 RPDC recoge que si se trata de procedimientos en empresas cuya plantilla exceda de 500 trabajadores, la autoridad laboral de la Comunidad Autónoma competente deberá de informar del procedimiento a la Dirección General de Trabajo en todo caso.

Finalmente, el art. 25.6 RPDC recuerda que “lo dispuesto en este artículo se aplicará sin perjuicio de lo dispuesto en los correspondientes reales decretos sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a las Comunidades Autónomas en materia laboral”. Aunque, en general, las reglas de atribución de competencia previstas en el art. 25 RPDC son traslación de los reales decretos de traspasos que se han ido produciendo a lo largo del proceso de desarrollo autonómico¹³³¹.

B) La autoridad laboral en el inicio del procedimiento de despido colectivo

Tal y como ya se ha comentado, la desaparición de la autorización administrativa para proceder a la realización del despido colectivo ha provocado que, en la actualidad, la actuación de la Administración laboral se oriente en el sentido de garantizar la plena efectividad del período de consultas, el cual cobra una importancia de primer nivel en la regulación posterior a la Reforma laboral de 2012¹³³².

En este sentido, la autoridad laboral interviene ya desde el mismo inicio del período de consulta-negociación con la recepción de la copia de la comunicación inicial del procedimiento de despido colectivo. Se trata, en efecto, de un deber empresarial

¹³³⁰ MERCADER UGUINA, J.R.: “El periodo de consultas: la intervención de la autoridad laboral durante el periodo de consultas”, *op. cit.*, p. 388.

¹³³¹ *Ibidem*, p. 389.

¹³³² PONS CARMENA, M.: *Derecho administrativo laboral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, p. 74.

de comunicar a la autoridad laboral una copia de la documentación entregada a los representantes de los trabajadores, preferiblemente en soporte informático y de forma simultánea a la comunicación remitida a dichos representantes (art. 6.1 RPDC)¹³³³.

Comunicación inicial que se configura por los siguientes extremos: “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; f) copia de la comunicación dirigida a los trabajadores o a sus representantes por la dirección de la empresa de su intención de iniciar el procedimiento de despido colectivo; g) representantes de los trabajadores que integrarán la comisión negociadora o, en su caso, indicación de la falta de constitución de esta en los plazos legales” (art. 51.2 ET).

Además, esta documentación deberá de venir acompañada de una memoria explicativa de las causas para despedir, en función de si la causa es económica (art. 4 RPDC) o si son técnicas, organizativas o de producción (art. 5 RPDC), así como de un plan de recolocación externa si los trabajadores afectados superan el umbral de cincuenta (arts. 51.10 ET¹³³⁴ y 9 RPDC).

Por último, también deberá de acompañarse a la documentación la copia del escrito de solicitud de informe a los representantes legales de los trabajadores en caso de reestructuraciones de plantilla y ceses totales o parciales *ex* art. 64.5 ET, así como la información sobre la composición de las diferentes representaciones de los trabajadores, sobre los centros de trabajo sin representación unitaria y, en su caso, las actas relativas a la atribución de la representación a la comisión mencionada en el artículo 27¹³³⁵ (art. 6.2 RPDC).

La intervención de la autoridad laboral en el inicio del procedimiento colectivo se erige, en línea con lo dispuesto en la Directiva 98/59, como la intervención de un agente externo que verifica que la comunicación empresarial se ajusta a lo establecido en el ordenamiento jurídico para así garantizar la viabilidad del periodo de consulta-negociación (ya no se trata de una función de autorización sino de comprobación o

¹³³³ Sobre las consecuencias del incumplimiento de este deber empresarial véase la STJUE de 13 de julio de 2023, C-134/22.

¹³³⁴ “La empresa que lleve a cabo un despido colectivo que afecte a más de cincuenta trabajadores deberá ofrecer a los trabajadores afectados un plan de recolocación externa a través de empresas de recolocación autorizadas. Dicho plan, diseñado para un periodo mínimo de seis meses, deberá incluir medidas de formación y orientación profesional, atención personalizada al trabajador afectado y búsqueda activa de empleo. En todo caso, lo anterior no será de aplicación en las empresas que se hubieran sometido a un procedimiento concursal. El coste de la elaboración e implantación de dicho plan no recaerá en ningún caso sobre los trabajadores”.

¹³³⁵ Art. 27.2 RPDC: “La comisión negociadora de los procedimientos en representación de los trabajadores deberán establecer en su acta de constitución que se constituyen como órgano colegiado en cuanto a la formación de su voluntad y el carácter vinculante de sus decisiones”.

supervisión)¹³³⁶. No se olvide que la finalidad de la aportación documental se muestra como un elemento de extraordinaria importancia ya que condiciona enormemente la sucesiva actividad de los interlocutores en la negociación y puede impedir una valoración realista de las circunstancias objetivas que pueden originar las reducciones de personal. Por ello, la eficacia de la consulta se encuentra claramente condicionada por el elemento informativo (al igual que la eventual impugnación judicial ulterior de los trabajadores). En otras palabras, esta carga informativa es un presupuesto instrumental funcionalizado al desarrollo de la consulta, sin la cual esta quedaría desvalorizada (consulta aparente o desnaturalizada que desprovee de legitimidad la decisión empresarial), pues la contraparte o representación de los trabajadores no obtendría los elementos necesarios de juicio para aportar las correspondientes propuestas u objeciones al proyecto empresarial de despido colectivo de manera fundada¹³³⁷.

Sin la adecuada información documental, peligra el fin último de la consulta-negociación, que “deberá versar, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento, tales como medidas de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad” (art. 51.2 ET y art. 2.2 Directiva 98/59). De hecho, la considerable falta de documentación de tal magnitud que impida una adecuada negociación en orden a la consecución de un posible acuerdo sobre los despidos y/o sus medidas paliativas provoca la nulidad del procedimiento de despido colectivo¹³³⁸.

En este sentido, si la autoridad laboral aprecia que la comunicación de inicio del procedimiento de despido colectivo no cumple con los requisitos de información exigidos, esta lo advertirá así al empresario, especificando qué extremos se han incumplido, y remitirá copia del escrito a los representantes de los trabajadores y a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (art. 6.4 primer párrafo RPDC). Del mismo modo, cuando la Inspección de Trabajo y Seguridad Social observe durante el período de consultas que la comunicación empresarial no reúne los requisitos exigidos, lo pondrá en conocimiento de la autoridad laboral antes de la finalización del citado período para que actúe conforme a lo establecido anteriormente (art. 6.4 segundo párrafo RPDC).

¹³³⁶ MERCADER UGUINA, J.R.: “El periodo de consultas: la intervención de la autoridad laboral durante el período de consultas”, *op. cit.*, p. 390.

¹³³⁷ MONERO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo en el Derecho español. Estudio de su régimen jurídico*, *op. cit.*, pp. 188 y ss.

¹³³⁸ ROMERO SÁNCHEZ, I.: *El despido colectivo. Evolución normativa y régimen jurídico*, *op. cit.*, p. 88 y sentencias allí citadas del Tribunal Supremo [STS de 20 de marzo de 2013 (RJ 2013/2883)]. No obstante, la aportación documental no tiene un valor *ad solemnitatem*, habida cuenta de que no toda ausencia documental provoca necesariamente la declaración de nulidad, debiendo de excluirse aquellos documentos que se revelen intrascendentes en virtud de los efectos que la norma persigue [STS de 27 de mayo de 2013 (JUR 2013/259800)]. De hecho, la parte social no podrá solicitar más documentación que la legalmente exigida sin demostrar su relevancia [STS de 20 de abril de 2015 (Rec. 354/2014)] ni puede exigir al empresario la presentación de documentos que no existen [STS de 20 de julio de 2016 (Rec. 323/2014)].

Así, la autoridad laboral, a raíz del estudio de la copia de la comunicación inicial y del resto de documentación, dirigirá una serie de advertencias al empresario para indicarle que o bien la comunicación empresarial está incompleta, por faltar documentación común o específica; que falta el plan de recolocación externa cuando este fuera obligatorio; que no se ha solicitado el informe del art. 64.5 ET a los representantes de los trabajadores; o bien que no se ha constituido adecuadamente la comisión negociadora por faltar el acta de constitución del art. 27 RPDC. Se trata, en fin, de un requerimiento de subsanación de la propuesta de despido colectivo que es de carácter obligatorio para la autoridad laboral¹³³⁹.

Advertencias, que se constituyen como el acto típico de comunicación de la autoridad laboral al empresario a lo largo del procedimiento de despido colectivo, y que deberán de estar en todo caso razonadas o motivadas, indicando expresamente las posibles omisiones detectadas en la comunicación de inicio, pero que no constituyen verdaderos y propios actos administrativos, por lo que no pueden ser revisables. Se trata, en fin, de un actuar administrativo de auxilio al que le falta uno de los elementos esenciales del acto administrativo en sentido estricto: su idoneidad para crear, modificar, extinguir o tutelar una situación jurídica individualizada. De este modo, las advertencias no son recurribles ni originan responsabilidad administrativa con base en su mero incumplimiento, sin perjuicio de que la eventual insuficiencia de la documentación inicial y su relevancia sobre la decisión empresarial de despedir conlleven la correspondiente calificación de nulidad del despido colectivo en sede judicial¹³⁴⁰.

Además, el artículo 6.4 RPDC precisa que “la advertencia de la autoridad laboral a que se refiere este apartado no supondrá la paralización ni la suspensión del procedimiento”. Una precisión que se sitúa en la línea de abandonar el plazo de subsanación de 10 días que reconocía el anterior art. 51.3 ET antes de la Reforma laboral de 2012. La intervención de la autoridad laboral no se configura, por ende, como una verdadera y propia subsanación, ya que la eventual corrección por parte del empresario en función de las advertencias puede no tener efecto alguno en la calificación judicial, puesto que el procedimiento de despido colectivo sigue su curso [v.gr.: SAN de 26 de julio de 2021 (proc. 124/2012) que declaró como nulo un procedimiento de despido colectivo que no especificó los criterios de selección de trabajadores hasta la advertencia por parte de la autoridad laboral y que se entiende como una subsanación extemporánea, puesto que los representantes de los trabajadores no conocieron dichos criterios durante la totalidad del período de consultas]¹³⁴¹.

Por otro lado, según el art. 6.3 RPDC, una vez recibida la comunicación inicial y la diversa documentación referida, la autoridad laboral competente dará traslado de la misma a la Entidad gestora de las prestaciones por desempleo, así como a la Inspección

¹³³⁹ SÁEZ LARA, C.: *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, op. cit., p. 86.

¹³⁴⁰ MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada*, op. cit., p. 107.

¹³⁴¹ MERCADER UGUINA, J.R.: “El periodo de consultas: la intervención de la autoridad laboral durante el período de consultas”, op. cit., p. 395.

de Trabajo y Seguridad Social a efectos de la emisión del correspondiente informe, que posteriormente se detallará. Asimismo, cuando el procedimiento de despido colectivo incluya a trabajadores respecto de lo que deba aplicarse lo dispuesto en el art. 51.9 ET (trabajadores con cincuenta y cinco o más años de edad que no tuvieran la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967 con los que habrá que celebrar un convenio especial con la Seguridad Social), la autoridad laboral remitirá a la Administración de la Seguridad Social copia de la comunicación inicial, aunque solo respecto a la documentación común del art. 3 RPDC.

C) La actuación de la autoridad laboral durante la fase de consulta-negociación

La fase de consulta-negociación se constituye como una forma de legitimar el procedimiento de despido colectivo, pues una vez agotado dicho período de consulta-negociación, basado en una negociación de buena fe con vistas a la consecución del acuerdo, el empresario podrá tomar por propia iniciativa la decisión de despedir de forma colectiva, aunque no se haya alcanzado finalmente el acuerdo. Se trata, por ende, de una obligación jurídica que es configurada como “obligación de medios” y no como una “obligación de resultado”¹³⁴². Y tal obligación de medios, de negociar con buena fe para obtener un acuerdo dirigido a evitar o reducir los despidos, así como a atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento, es objeto de control por parte de la Administración laboral a través de las siguientes actuaciones (mencionadas en el art. 51.2 ET y desarrolladas por el art. 10 RPDC).

En primer lugar, “la autoridad laboral velará por la efectividad del período de consultas pudiendo remitir, en su caso, advertencias y recomendaciones a las partes, que no supondrán en ningún caso, la paralización ni la suspensión del procedimiento”. En este supuesto, la autoridad laboral dará traslado de dichos escritos a ambas partes, aun cuando se dirijan a una de ellas en particular (art. 10.1 RPDC). Se trata de advertencias o recomendaciones¹³⁴³ que ponen de relieve el papel activo de la autoridad laboral y su función de velar en esta fase inicial por las formalidades del procedimiento y la efectividad del período de consulta-negociación. Las advertencias irán más encaminadas a funciones de vigilancia cuando se aprecien actuaciones o hechos de las partes que puedan poner en peligro la efectividad de las negociaciones o que apunten a incumplimientos de las respectivas obligaciones (sobre todo por la parte empresarial); al igual que las recomendaciones estarán más vinculadas a funciones de asistencia, cuando se estime que las partes muestran la voluntad de cumplir sus

¹³⁴² MONEREO PÉREZ, J.L.: *El despido colectivo y sus elementos configuradores tras las recientes reformas*, op. cit., p. 61.

¹³⁴³ Para MERCADER UGUINA, J.R.: “El periodo de consultas: la intervención de la autoridad laboral durante el periodo de consultas”, op. cit., pp. 391 y 392 el término advertencia, según la RAE entendido como “llamar la atención de alguien sobre algo, hacer notar u observar”; “avisar con amenazas” o “aconsejar, amonestar, enseñar, prevenir”, está más relacionado con la comunicación razonada que se le dirige al empresario sobre la falta de elementos en la comunicación inicial (art. 6.4 RPDC), así como el término recomendación está más dirigido a una función de orientación de la actuación de los particulares.

obligaciones o cuando requieran por parte de la Administración alguna sugerencia o propuesta que contribuya a un mejor resultado¹³⁴⁴. En efecto, se asiste a un “control administrativo instrumental enteramente al servicio de la autenticidad funcional del período consultivo”¹³⁴⁵.

Los representantes de los trabajadores también podrán dirigir en cualquier fase del procedimiento observaciones a la autoridad laboral sobre las cuestiones que estimen oportunas (en la línea de lo dispuesto por el art. 3.2 de la Directiva 98/59/CE), reconociéndose una suerte de principio de contradicción en el art. 10.1 RPDC¹³⁴⁶. A raíz de estas observaciones, la autoridad laboral podrá elaborar las correspondientes advertencias o recomendaciones.

Por otro lado, el empresario “deberá de responder”¹³⁴⁷ por escrito a la autoridad laboral sobre dichas recomendaciones o advertencias formuladas a su persona, antes de la finalización del período de consultas, trasladando copia del escrito a los representantes legales de los trabajadores (art. 10.1 RPDC). La normativa española formula de este modo una especie de incidente en el seno del procedimiento de despido colectivo en el que se trata de favorecer un acercamiento de las partes a través de la oposición dialéctica entre las diferentes posiciones. Una contradicción que es de carácter voluntario por parte de los trabajadores pues “podrán” formular las observaciones oportunas y, a su vez, no tendrán por qué responder a las recomendaciones o advertencias de la autoridad laboral, mientras que, iniciado este trámite, el empresario sí que tendrá la obligación de responder por escrito antes de la conclusión del período de consultas, dándose traslado de ello a los representantes de los trabajadores. Este sistema busca favorecer el diálogo y ayudar a las partes a restablecer un clima de confianza que permita plantear los problemas, analizarlos y buscar soluciones, siendo tales partes los protagonistas¹³⁴⁸.

No obstante, dichas advertencias o recomendaciones suponen un denominado “control blando” sobre la regularidad de un procedimiento entre privados, ya que, si bien operan en el plano de la aproximación de posiciones, tales advertencias o recomendaciones no obligan a las partes, ni siquiera a su consideración formal¹³⁴⁹. Es más, tampoco supondrán una paralización del procedimiento, lo cual ha generado

¹³⁴⁴ GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.: “La intervención de la Inspección de Trabajo en los despidos colectivos”, en VV.AA.: *Tratado de despido colectivo*, MARTÍN GODINO, R. (Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 462.

¹³⁴⁵ MONEREO PÉREZ, J.L.: “La intervención administrativa en los despidos colectivos”, *op. cit.*, p. 276.

¹³⁴⁶ MERCADER UGUINA, J.R.: “El periodo de consultas: la intervención de la autoridad laboral durante el período de consultas”, *op. cit.*, p. 400.

¹³⁴⁷ MONEREO PÉREZ, J.L.: “La intervención administrativa en los despidos colectivos”, *op. cit.*, p. 277 indica que el uso del término “deberá” se constituye como un imperativo categórico que refuerza la dimensión jurídico-obligacional del empresario en la respuesta a las advertencias o recomendaciones de la autoridad laboral.

¹³⁴⁸ MERCADER UGUINA, J.R.: “El periodo de consultas: la intervención de la autoridad laboral durante el período de consultas”, *op. cit.*, p. 400.

¹³⁴⁹ ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A.: “Informe sobre la regulación del despido colectivo en Europa”, *Temas Laborales*, N.º 99, 2009, p. 272.

críticas en la doctrina científica, sobre todo cuando se trata de pequeñas empresas en las que no existe representación legal y se opta por una comisión *ad hoc* laboral como interlocutor, ya que en estos casos las personas trabajadoras no tendrán ni los medios, ni los conocimientos ni el respaldo suficiente para realizar una adecuada negociación¹³⁵⁰.

Eso sí, es necesario indicar que la falta de “respeto” a las propuestas de la autoridad laboral puede ser valorada por el órgano judicial competente en orden a la calificación judicial del despido¹³⁵¹. Todo ello dependerá de la entidad de la advertencia o recomendación, ya que si dichas comunicaciones se refieren al incumplimiento de exigencias fundamentales del procedimiento de despido colectivo (que no se haya realizado el período de consultas o entregado la documentación prevista en el art. 51.2 ET) y estas no se han observado, en estos casos dichas actuaciones empresariales contrastadas por la Administración laboral conllevarán la calificación de nulidad del despido colectivo (y no tanto por la desobediencia en sí a las actuaciones de la autoridad laboral)¹³⁵².

El Criterio Operativo 92/2012, de 28 de noviembre, sobre actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos de reducción de jornada¹³⁵³, se sitúa en el mismo sentido apuntado por la norma cuando indica que las advertencias, observaciones o recomendaciones que efectúa la autoridad laboral “no tendrán carácter compulsivo ni obligatorio, y su aceptación o no por las empresas se enmarca en el ejercicio de su propia responsabilidad”, pues la función de la autoridad laboral y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social “se circunscribe a servir como fórmula para interpelar a la empresa en el correcto ejercicio de esta responsabilidad”¹³⁵⁴.

La autoridad laboral también “podrá realizar durante el periodo de consultas, a petición de cualquiera de las partes, o por propia iniciativa, actuaciones de asistencia. En especial, podrá dirigir a las partes propuestas y recomendaciones sobre las medidas sociales de acompañamiento y, en su caso, sobre el contenido e implantación del plan de recolocación externa, teniendo en cuenta la situación económica de la empresa” (art. 10.2 RPDC). En cambio, aunque aparentemente se atribuye una típica función

¹³⁵⁰ En este sentido, BOHIGUES ESPARZA, M.D.: “La institución jurídico laboral del despido colectivo”, *op. cit.*, pp. 8 y 27 propone otorgar a la autoridad laboral la facultad de paralizar el procedimiento hasta que se cumplan con las recomendaciones o advertencias, sobre todo hasta que se entregue la documentación completa a los representantes de los trabajadores, en la idea de dotar al periodo de consultas y al control judicial posterior de una mayor seguridad jurídica.

¹³⁵¹ El artículo 124.9 LRJS precisa que: “Al admitirse la demanda, el secretario judicial acordará recabar de la Autoridad Laboral copia del expediente administrativo relativo al despido colectivo”.

¹³⁵² MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada*, *op. cit.*, p. 148.

¹³⁵³ Es necesario indicar que el Criterio Operativo 92/2012 no ha sido desplazado por completo por el actual Criterio Operativo N.º 105/2023 sobre actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada.

¹³⁵⁴ MERCADER UGUINA, J.R.: “El periodo de consultas: la intervención de la autoridad laboral durante el período de consultas”, *op. cit.*, pp. 392 y 393.

“proactiva” a la Administración laboral (junto con la labor de mediación)¹³⁵⁵ en el proceso de consulta-negociación, el modo y la efectividad de tales facultades de asistencia no son claros, en el sentido de que la norma utiliza verbos como “podrá”, de los que se deduce que la intervención administrativa no es preceptiva y, a su vez, tampoco es vinculante (como ya se ha comentado).

Ciertamente la autoridad laboral puede intervenir en los procedimientos de consulta en marcha ya sea por iniciativa propia o a petición de las partes, pero podría tramitarse el procedimiento sin su intervención directa en la fase de consulta-negociación¹³⁵⁶. En cualquier caso, lo común es que la autoridad laboral conozca la existencia del procedimiento de despido colectivo tras la remisión de la comunicación inicial y que no tenga más información hasta que reciba la comunicación de conclusión del periodo de consultas, sobre todo si se trata de despidos en pequeñas y medianas empresas. Con ello, la posibilidad de que la autoridad administrativa intervenga en la negociación es relativamente escasa, a salvo de que las personas trabajadoras presenten alguna observación en tal sentido¹³⁵⁷. En efecto, la intervención de la autoridad laboral durante las consultas no es obligatoria, a diferencia de lo que ocurre en otros países como Portugal, donde la Administración forma parte incluso de la propia negociación en el periodo de consultas y su ausencia se califica como una infracción¹³⁵⁸.

Dichas actuaciones de asistencia consisten en una serie de funciones de apoyo a las partes sociales durante el período de consultas, o de asistencia técnica, pudiendo dirigir a las partes propuestas y recomendaciones sobre las medidas sociales de acompañamiento, o de búsqueda de soluciones a los problemas planteados por el despido colectivo en la línea con la función atribuida a la Administración por parte de la Directiva comunitaria¹³⁵⁹. Dicho deber de asistencia exige, si es que se produce, la colaboración de la Administración en el ejercicio de derechos o cumplimiento de deberes, yendo mucho más allá de la simple transmisión de conocimientos y comportando, por tanto, un mayor grado de implicación administrativa. No obstante, tal implicación nunca conllevará la adopción de una decisión por parte de la Administración, dado que se compone simplemente de un conjunto de recursos, servicios y actuaciones de carácter puramente instrumental¹³⁶⁰.

Otra de las funciones que se le atribuyen a la Administración en su intervención durante la fase de consulta-negociación es la relacionada con la mediación (“la autoridad laboral podrá igualmente, con el fin de buscar soluciones a los problemas planteados por el despido colectivo, realizar actuaciones de mediación a petición conjunta de las partes”, según arts. 51.2 ET y 10.3 RPDC), aspecto introducido, al

¹³⁵⁵ MONEREO PÉREZ, J.L.: “La intervención administrativa en los despidos colectivos”, *op. cit.*, p. 278.

¹³⁵⁶ SÁEZ LARA, C.: *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, *op. cit.*, pp. 85 y 86.

¹³⁵⁷ GOÑI SEIN, J.L.: “El nuevo modelo normativo de despido colectivo implantado por la Ley de Reforma Laboral de 2012”, *op. cit.*, p. 41.

¹³⁵⁸ BOHIGUES ESPARZA, M.D.: “La institución jurídico laboral del despido colectivo”, *op. cit.*, p. 27.

¹³⁵⁹ MONEREO PÉREZ, J.L.: “La intervención administrativa en los despidos colectivos”, *op. cit.*, p. 278.

¹³⁶⁰ MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada*, *op. cit.*, p. 149.

igual que las labores de asistencia, por parte de la convalidación del RD-ley 3/2012 en la Ley 3/2012¹³⁶¹.

Recuérdese que la mediación constituye un procedimiento para contribuir a resolver conflictos, en el que las partes involucradas buscan generar soluciones auxiliares por un tercero imparcial, quien actúa como moderador para facilitar la comunicación con la posibilidad de proponer directamente soluciones a las partes en situación de conflicto. El mediador desarrolla, así, una función que supera la simple puesta en contacto de posiciones divergentes (que sería más bien conciliación), ya que, tras estudiar y analizar las bases del conflicto, propone una o varias soluciones al mismo, susceptibles de ser aceptadas por las partes. El tercero no solo intenta aproximar los puntos de vista enfrentados, sino que pretende también influir, a través de sus propuestas, en los términos del acuerdo¹³⁶².

Esta mediación que puede desarrollar la autoridad laboral durante el período de consulta-negociación no puede ser iniciada de oficio (a diferencia de las actuaciones de asistencia), ya que la intervención siempre será a instancia de parte y, en concreto, “a petición conjunta de las partes”. Se trata de una mediación administrativa que está dirigida a resolver las discrepancias que hayan podido surgir durante las consultas, ya sea por la existencia de las causas alegadas para el despido o bien por la adopción de medidas para reducir el número de trabajadores afectados o para atenuar las consecuencias sobre los trabajadores finalmente despedidos.

Una mediación que toma como base la regulación en la Directiva comunitaria a través de la fórmula “con el fin de buscar soluciones a los problemas planteados por el despido colectivo” (art. 4.2 Directiva 98/59), y que se refiere a la búsqueda de soluciones a los problemas económicos y sociales que determina tal despido y se dirige a minimizar su impacto social y económico sobre los territorios afectados. No obstante, la Directiva 98/59/CE fija un plazo de treinta días (ampliable) hasta que surtan efectos los despidos, el cual se computa desde la comunicación empresarial a la autoridad pública del proyecto de despido (la comunicación final tras las consultas); plazo que la autoridad pública competente aprovechará para buscar soluciones a los problemas planteados por los despidos colectivos considerados (el Preámbulo del RPDC se pronuncia en el mismo sentido a la hora de buscar soluciones a los problemas derivados de las medidas laborales a adoptar). Como se puede observar, el momento de la intervención “estelar” de la Administración laboral difiere en el supuesto de la regulación comunitaria y

¹³⁶¹ SERRANO GARCÍA, J.M.: “El plan social obligatorio para las reestructuraciones empresariales socialmente responsables”, *Temas laborales*, N.º 99, 2009, pp. 205-236, ya reclamaba para el antiguo plan social, y su escaso poder de control por parte de la autoridad laboral, que se modificara la regulación del despido colectivo en la idea de introducir el papel mediador administrativo entre las partes durante el procedimiento de consulta-negociación.

¹³⁶² MERCADER UGUINA, J.R.: “El periodo de consultas: la intervención de la autoridad laboral durante el período de consultas”, *op. cit.*, p. 401.

la española, ya que la primera se produce tras las consultas y la segunda se produce durante la negociación con los representantes de los trabajadores¹³⁶³.

Al margen de estas divergencias, y a pesar de que la función mediadora atribuida a la autoridad pública puede interpretarse en un sentido amplio¹³⁶⁴, también es cierto que la Directiva otorga a la autoridad pública una intervención por iniciativa propia y el ordenamiento jurídico español la reserva al acuerdo de las partes, al igual que no posibilita la ampliación del plazo de 30 días. En efecto, la norma española, si bien reconoce la función mediadora de la Administración laboral, limita tal actuación administrativa al acuerdo de las partes e incluso no prevé que la autoridad pública pueda ampliar el plazo de 30 días hasta los 60 días o más¹³⁶⁵ “cuando los problemas planteados por los despidos colectivos considerados corran el riesgo de no encontrar solución en el plazo inicial” (art. 4.3 Directiva 98/59). Y ello, redundando, en definitiva, en la escasa posibilidad de la autoridad laboral española para encontrar soluciones alternativas o complementarias a los despidos colectivos, dificultándose que la Administración laboral cumpla una función proactiva tendente a la solución del conflicto, lo cual provoca que acabe por centrarse más en una función de vigilancia del procedimiento¹³⁶⁶.

No se olvide que, al margen de esta mediación administrativa, es posible acudir a procedimientos autónomos de solución de conflictos laborales (véase el art. 51.2 ET: “el empresario y la representación de los trabajadores podrán acordar en cualquier momento la sustitución del 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 señalado para dicho periodo”). En concreto, el art. 28.2 RPDC precisa que tales procedimientos serán, en particular, los regulados en los acuerdos sobre solución extrajudicial de conflictos laborales de nivel estatal (c.fr.:VI Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales) o de nivel autonómico¹³⁶⁷.

Más allá de lo anterior, la autoridad laboral también puede realizar otra serie de actuaciones. Por un lado, el art. 51.3 ET establece que “cuando la extinción afectase a más del cincuenta por ciento de los trabajadores, se dará cuenta por el empresario de la venta de los bienes de la empresa, excepto de aquellos que constituyen el tráfico

¹³⁶³ C.fr., STJUE de 13 de julio de 2023, C-134/22, donde se recoge que: “durante el procedimiento de consulta a los representantes de los trabajadores, no se confiere ningún papel activo a la autoridad pública competente (...), mientras que los artículos 3 y 4 de dicha Directiva, que figuran en la sección III de esta, titulada “Procedimiento de despido colectivo”, le atribuyen ese papel activo” (apartado 34).

¹³⁶⁴ SÁEZ LARA, C.: *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, op. cit., pp. 87 y 88.

¹³⁶⁵ El propio art. 4.3 Directiva 98/59 prevé la posibilidad de que los Estados miembros puedan conceder a la autoridad pública competente facultades de prórroga más amplias.

¹³⁶⁶ GOÑI SEIN, J.L.: “El nuevo modelo normativo de despido colectivo implantado por la Ley de Reforma Laboral de 2012”, op. cit., pp. 41 y 42.

¹³⁶⁷ Un estudio completo de estos procedimientos, sobre todo de la mediación en el VI ASAC, en MONEREO PÉREZ, J.L. y MUROS POLO, A.: “La función jurídica e institucional de los procedimientos autónomos de solución de conflictos colectivos laborales: especial referencia a la mediación en el VI ASAC”, en *La Ley. Mediación y arbitraje*, N.º 9, 2021, versión digital.

normal de la misma, a los representantes legales de los trabajadores y, asimismo, a la autoridad competente”. En otras palabras, se le debe avisar a la autoridad laboral en caso de venta de los bienes de la empresa si el despido colectivo afecta a más del 50% de los trabajadores para que esta pueda ejercer una función de control o vigilancia sobre las garantías de la transmisión o sucesión de empresa, contenidas en el art. 44 ET, las cuales llegado el caso deberán de ser plenamente aplicables¹³⁶⁸.

Además, la autoridad laboral, en este caso a través del servicio público de empleo competente, como se analizará con posterioridad, verificará la acreditación del cumplimiento de la obligación del plan de recolocación externa y, en su caso, requerirá a la empresa para que proceda a su cumplimiento (art. 51.10 ET)¹³⁶⁹.

D) La actuación de la autoridad laboral tras la finalización del período de consultas

Una vez que finalice el período de consulta-negociación, el empresario deberá de comunicar a la autoridad laboral el resultado del mismo: tanto si se ha alcanzado acuerdo (remitiendo copia), como la decisión empresarial de despedir y sus condiciones (art. 51.2 ET) si no se ha llegado a acuerdo. El art. 12.1 RPDC precisa que se deberá de comunicar a la autoridad laboral la decisión sobre el despido colectivo, “actualizando, en su caso, los extremos de la comunicación” inicial a los que se refiere el art. 3.1 RPDC, en un plazo de quince días desde la fecha de la última reunión celebrada en el periodo de consultas.

Dicha exigencia de actualización requiere, entre otras cuestiones, que se identifiquen con exactitud los trabajadores afectados (con los correspondientes criterios utilizados para la selección de estos) y se señale la fecha prevista para la efectividad de las medidas o el período de tiempo en el que se harán efectivos los despidos, además de que “se incluyan todos los datos que permitan concretar el alcance subjetivo y objetivo del despido colectivo, incluidos los necesarios para determinar la edad de los trabajadores a efectos de comprobar la exigibilidad de las condiciones previstas en el art. 51.9 y 51.11 ET”¹³⁷⁰.

Entre esta comunicación de decisión final de despido colectivo deberá de incluirse, a su vez, la documentación correspondiente a las medidas sociales de acompañamiento que se hubieran acordado u ofrecido por la empresa, así como el plan de recolocación externa si la empresa estuviera obligada (art. 12.2 RPDC). Asimismo, la

¹³⁶⁸ MONEREO PÉREZ, J.L.: “Tratamiento jurídico-laboral de la transmisión de empresa: funciones y disfunciones ante los «casos difíciles» en la jurisprudencia reciente”, *Trabajo y Derecho*, N.º extra 5, 2017, versión digital.

¹³⁶⁹ Sin embargo, para SÁEZ LARA, C.: *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, op. cit., p. 86 es más lógico que la autoridad competente hubiera sido la Inspección de Trabajo y Seguridad Social ya que esta facultad de comprobación está muy vinculada con el procedimiento administrativo sancionador.

¹³⁷⁰ MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada*, op. cit., pp. 169 y 170.

empresa deberá de remitir a la autoridad laboral las actas de las reuniones del período de consultas debidamente firmadas por todos los asistentes (art. 12.3 RPDC).

La comunicación de la decisión final de despido deberá de remitirse por parte de la autoridad laboral, una vez recibida esta, a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para que elabore su preceptivo informe (art. 11.1 RPDC). Asimismo, también deberá de enviar tal comunicación final a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo y, a su vez, a la Administración de la Seguridad Social cuando el procedimiento de despido colectivo incluya a trabajadores con los que haya de suscribirse convenio especial con la Seguridad Social *ex* art. 51.9 ET, “haciendo constar en todo caso la fecha en la que el empresario le ha remitido dicha comunicación” (art. 12.5 RPDC).

En la remisión de la decisión final de despido colectivo al SEPE (futura Agencia Española de Empleo por mor de la Ley 3/2023 de Empleo), entidad gestora de las prestaciones por desempleo, deberá de constar la fecha en la que el empresario ha comunicado su decisión a la autoridad laboral, la causa de la situación legal de desempleo, los trabajadores afectados, si el desempleo es total o parcial, y en el primer caso si es temporal o definitivo, a efectos de completar la acreditación de la situación legal de desempleo. A esta información deberá de incluirse el informe evacuado por la ITSS del art. 11 RPDC, para que dicha entidad gestora pueda valorar si la decisión extintiva empresarial obedece a una obtención indebida de prestaciones por desempleo por inexistencia de causa de situación legal de desempleo (disposición adicional segunda RPDC).

En el caso de que exista la obligación de realizar aportaciones económicas al Tesoro Público, la empresa deberá de remitir a la autoridad laboral un certificado con la siguiente información en un plazo posterior a la finalización del procedimiento de despido colectivo (apartado 7 de la D.A. 17ª Ley 27/2011)¹³⁷¹. La información que se debe suministrar, al margen de la dispuesta en la D.A. 1ª RPDC¹³⁷², viene precisada en el art. 5.2 RD 1484/2012:

“a) Datos de identificación de la empresa responsable: razón o denominación social, número de identificación fiscal, código o códigos de cuenta de cotización a la Seguridad Social, domicilio y actividad.

b) Resultado del ejercicio e ingresos obtenidos por la empresa o el grupo de empresas del que forme parte, en los dos ejercicios consecutivos mencionados en el artículo 2.1.c), así como el porcentaje medio de los beneficios sobre los ingresos.

¹³⁷¹ En un plazo de 3 meses desde que finalice el año siguiente al inicio del procedimiento de despido colectivo si el presupuesto habilitante consiste en la obtención de beneficios en los dos ejercicios económicos anteriores al inicio del procedimiento; o bien antes de que finalice el ejercicio inmediatamente posterior a aquel en que se hubiera cumplido la obtención de beneficios en al menos dos ejercicios económicos consecutivos dentro del periodo comprendido entre el ejercicio económico anterior a la fecha de inicio del procedimiento de despido colectivo y los cuatro ejercicios económicos posteriores a dicha fecha.

¹³⁷² Esta disposición, si bien fue derogada por la disposición final 8 del RD-ley 5/2013, sigue vigente ya que la mencionada disposición final ha sido declarada inconstitucional por la STC 61/2018, de 7 de junio (así lo recoge también el Criterio Operativo 105/2023, p. 57).

c) Fecha de inicio del procedimiento de despido colectivo.

d) Número de trabajadores de la empresa en la fecha de inicio del procedimiento de despido colectivo.

e) Número de trabajadores de la empresa que tuvieran cincuenta o más años en la fecha de inicio del procedimiento de despido colectivo.

f) Número de trabajadores afectados por el despido colectivo.

g) Número e identificación de los trabajadores de cincuenta o más años afectados por el despido colectivo.

h) Relación de los contratos de trabajo extinguidos por iniciativa de la empresa en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el artículo 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, con indicación de la edad de dichos trabajadores, que se hubieran extinguido en el plazo de tres años anteriores o en el año posterior al inicio del procedimiento de despido colectivo”.

Se trata de una información contenida en un certificado firmado por la persona con poder suficiente en la empresa que se pone a disposición de la autoridad laboral con el fin de que se remita al Servicio Público de Empleo Estatal (o Agencia Española de Empleo) a los efectos de que este órgano realice la propuesta de liquidación de la aportación al Tesoro¹³⁷³.

Además, una vez que se reciba la comunicación final, con el fin de elaborar las correspondientes estadísticas, “las autoridades laborales con competencia en materia de procedimientos de regulación de empleo remitirán en soporte informático a la Subdirección General de Estadística del Ministerio de Empleo y Seguridad Social [actual Ministerio de Trabajo y Economía Social] los datos estadísticos individualizados de cada uno de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada tramitados ante las mismas, con el contenido que se establezca en las disposiciones de aplicación y desarrollo de este real decreto” (disposición adicional primera RPDC, desarrollada por la Orden ESS/2541/2012, de 27 de noviembre).

Por último, el RD 608/2023, de 11 de julio, ha añadido un apartado cuarto al art. 10 RPDC para garantizar a las partes interesadas (especialmente, al banco social y empresarial) el acceso al expediente administrativo, donde se contendrá toda la información pertinente del correspondiente procedimiento (documentación aportada en la comunicación inicial y final; advertencias, recomendaciones, propuestas o mediaciones realizadas por la autoridad laboral; informe de la ITSS...). En particular, el art. 10.4 RPDC añade que la autoridad laboral remitirá el informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a las partes en el momento de su recepción. Esto último, una cuestión que ya venía demandándose por parte de la doctrina científica¹³⁷⁴, resulta

¹³⁷³ CEGARRA CERVANTES, F.: *La protección jurídica de las personas maduras en los despidos colectivos. Especial referencia a la aportación al Tesoro Público*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2022, p. 132.

¹³⁷⁴ GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.: “La intervención de la Inspección de Trabajo en los despidos colectivos”, *op. cit.*, p. 485 y MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada*, *op. cit.*, pp. 153 y 154.

coherente con la línea de revalorización que ha emprendido la Ley 3/2023 de Empleo respecto al papel que debe de cumplir el informe de la ITSS en el despido colectivo. Así, los representantes de los trabajadores podrán tener acceso al informe para preparar, en su caso y sin olvidar la premura de los plazos¹³⁷⁵, una eventual impugnación judicial sobre la base de lo apreciado, desde una perspectiva técnico-jurídica, por parte del inspector/a actuante.

En efecto, el anterior Criterio Operativo 92/2012 de la ITSS en materia de despido colectivo se pronunciaba en el sentido de prohibir la remisión del informe a las partes, ya que este solo quedaba incorporado al expediente formulado por la autoridad laboral como consecuencia del procedimiento de despido colectivo y solo podía ser reclamado por el órgano judicial en el trámite procesal correspondiente (art. 124.9 LRJS), momento a partir del cual las partes podían tener acceso al expediente y al informe¹³⁷⁶. En cualquier caso, al margen de la expresa remisión que recoge ahora el art. 10.4 RPDC, el Criterio Operativo 105/2023 (que es anterior a la modificación introducida por el RD 608/2023), ya se pronunció en un sentido más amplio al reconocer la posibilidad de los interesados de solicitar a la autoridad laboral competente (o al órgano judicial que lo haya recabado) el acceso al informe de la ITSS.

4.3.2. Las facultades de intervención de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social

A) Asistencia y apoyo a la autoridad laboral por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social durante el procedimiento de consulta-negociación

A pesar de que el art. 51 ET solo se refiere a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social respecto a su labor de elaborar el informe, señalando someramente su contenido y plazo para evacuar, el RPDC sí que le confiere a la Inspección un mayor protagonismo en diversos artículos durante el procedimiento de consulta-negociación (arts. 6, 10 y 11 RPDC). De este modo, en el procedimiento ordinario de despido colectivo la actuación de la ITSS se despliega desde el inicio y a lo largo de todo el procedimiento, y en teoría más amplia e incisivamente durante el período de consulta-negociación. No se olvide que la Inspección está llamada a desarrollar sus funciones instrumentales de vigilancia y control del cumplimiento de la legalidad vigente, así como de información y asistencia técnica o apoyo durante el período de consulta-negociación (véase, arts.

¹³⁷⁵ Mientras la ITSS tiene un plazo de 15 días desde la finalización del periodo de consultas para elaborar su informe (art. 51.2 ET), la representación de los trabajadores deberá de presentar su demanda en un plazo de 20 días desde la fecha del acuerdo o de la decisión final de despido colectivo (art. 124.6 LRJS).

¹³⁷⁶ ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, op. cit., p. 241. En contra de esta interpretación ya recogieron argumentos MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada*, op. cit., pp. 153 y 154.

1.2 y 12 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social)¹³⁷⁷.

En efecto, una vez que la Inspección competente según el art. 33.3.bis) Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social¹³⁷⁸, recibe por parte de la autoridad laboral la comunicación de apertura del procedimiento de despido colectivo con su debido contenido, tal y como manda el art. 6.3 RPDC, el o la inspectora actuante podrá comenzar a desplegar sus actuaciones.

En este momento inicial, el RPDC no solo reconoce a la ITSS una función pasiva o de mera recepción de la comunicación de inicio e incluso de las advertencias realizadas por la autoridad laboral en caso de documentación incompleta o errónea, sino que también le atribuye una función activa¹³⁷⁹. El art. 6.4 RPDC reconoce, así, que “si durante el periodo de consultas la Inspección de Trabajo y Seguridad Social observase que la comunicación empresarial no reúne los requisitos exigidos, lo comunicará, antes de la finalización de aquel, a la autoridad laboral para que proceda” a advertir al empresario, especificando los requisitos informativos que faltan, y remitiendo copia a los representantes de los trabajadores.

Además de comprobar que la documentación inicial está completa y que cumple los requisitos exigidos en la ley y su desarrollo reglamentario (arts. 3 a 5 RPDC), la ITSS según su Criterio Operativo 105/2023 deberá de verificar la propia competencia de la autoridad laboral de quien ha recibido la comunicación, así como la competencia del órgano inspector que ha sido requerido para elaborar el informe. Asimismo, deberá de comprobar que la comunicación empresarial se ha efectuado correctamente a las personas legitimadas para negociar el despido colectivo según art. 51.2 y 41.4 ET. La ITSS, a su vez, si tuviera indicios de que la empresa forma parte de un grupo de empresas a efectos laborales, además de informar a la autoridad laboral, revisará la situación de cotización de todas las empresas que pudiesen conformar el grupo e informará, de existir deudas por impago de cuotas, a la Jefatura de Inspección, que valorará la necesidad de realizar nuevas actuaciones de comprobación sobre la totalidad de las empresas¹³⁸⁰.

Por otro lado, a pesar de que el art. 6.4 RPDC parece situar a la ITSS en una posición secundaria respecto a la autoridad laboral en la labor de control de la comunicación inicial, el Criterio Operativo 105/2023, como ya lo hacía el 92/2012, otorga un mayor protagonismo a la Inspección sobre la base de la función de asistencia técnica que tiene atribuida por mor del art. 12.2 Ley 23/2015. En concreto, el Criterio

¹³⁷⁷ MONEREO PÉREZ, J.L.: “La intervención administrativa en los despidos colectivos”, *op. cit.*, pp. 279 y 280.

¹³⁷⁸ Para la determinación de la Inspección competente, véase, MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada*, *op. cit.*, pp. 150-152.

¹³⁷⁹ ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, *op. cit.*, p. 237.

¹³⁸⁰ Criterio Operativo 105/2023, p. 22.

faculta a la ITSS para que informe directamente a la empresa de las deficiencias formales existentes y de las consecuencias jurídicas que pueden tener tales deficiencias en vía judicial en caso de eventual impugnación de la decisión extintiva. Estas circunstancias deberán de comunicarse, a su vez, a la autoridad laboral, a la representación de los trabajadores y, además, deberán de constar en el informe que elabore la propia ITSS.

El art. 10.3 RPDC también posibilita que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social pueda asistir y apoyar a la autoridad laboral en sus labores de mediación y asistencia según lo indicado en el mismo art. 10.3 y 10.2 RPDC. De este modo, la ITSS no tiene asignada una función de tutela de oficio del desarrollo del período de consulta-negociación del procedimiento de despido colectivo, ya que vigilará dicho desarrollo, en su caso, en coordinación y colaboración con la autoridad laboral, de la cual tiene dependencia funcional¹³⁸¹. En este sentido, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social podrá asistir y apoyar a la autoridad laboral en sus actuaciones de asistencia y, “en especial, podrá dirigir a las partes propuestas y recomendaciones sobre las medidas sociales de acompañamiento y, en su caso, sobre el contenido e implantación del plan de recolocación externa, teniendo en cuenta la situación económica de la empresa” (art. 10.2 RPDC); así como también podrá colaborar con la mediación por parte de la autoridad laboral del art. 10.3 RPDC.

Sin embargo, ante la omisión presente en el precepto 10.3 RPDC en cuanto a las facultades de apoyo y asistencia de la ITSS relacionadas con la posibilidad de velar por la efectividad del período de consultas recogidas en el art. 10.1, cabe preguntarse si a la Inspección le queda vedado tal campo de actuación. Respuesta que debe ser negativa, en el sentido de que la Inspección no puede quedar apartada de ninguna de las advertencias o recomendaciones del art. 10.1 RPDC, sobre todo si tenemos en cuenta que la diferenciación entre las funciones del apartado primero y segundo resulta artificiosa, pues la referencia expresa del art. 10.2 RPDC a las medidas sociales de acompañamiento o al plan de recolocación externa se hace en sentido ejemplificativo¹³⁸². Solo a través de esta conclusión se podrá garantizar el deber de colaboración de la ITSS con la autoridad laboral (art. 17.1 de la Ley 23/2015, de 21 de julio) y se podrá evacuar de forma correcta el informe según lo indicado en el art. 11.6 RPDC (en el mismo sentido se pronuncia el Criterio Operativo 105/2023).

Así, la intervención de la ITSS a lo largo del procedimiento de despido colectivo, correspondiendo el papel rector a la autoridad laboral, es algo que resulta adecuado puesto que es dicha Inspección quien realmente conoce la situación real de la empresa, al ser la encargada de realizar el informe del art. 11 RPDC¹³⁸³. No obstante, es necesario indicar que no se han cumplido las expectativas de que las funciones de apoyo y asistencia a la autoridad laboral por parte de la ITSS sean las

¹³⁸¹ ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, op. cit., p. 237.

¹³⁸² GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.: “La intervención de la Inspección de Trabajo en los despidos colectivos”, op. cit., pp. 461 y 462.

¹³⁸³ MONEREO PÉREZ, J.L.: “La intervención administrativa en los despidos colectivos”, op. cit., pp. 273 y 274.

que más relevancia y alcance tengan en el procedimiento de despido colectivo frente a la emisión del informe tras el cambio del modelo de intervención administrativa ¹³⁸⁴, que traslada la importancia del procedimiento desde la autorización administrativa al efectivo desarrollo del período de consulta-negociación. Si se hace un repaso por las estadísticas de las actuaciones de la ITSS puede observarse el escaso número de mediaciones y consultas realizadas (o al menos registradas) ¹³⁸⁵.

Como ya se ha indicado, el art. 10.3 RPDC también reconoce la posibilidad de asistir y apoyar a la autoridad laboral en su labor de mediación a petición conjunta de las partes, con el fin de buscar soluciones a los problemas planteados por el despido colectivo. Se trata de una función de apoyo, de carácter subsidiario, ya que “la participación de la ITSS en este tipo de actuaciones queda inicialmente sujeta a la petición expresa de la autoridad laboral y se debería realizar en los términos indicados por esta”, según explicita el Criterio Operativo 92/2012. No obstante, resulta relevante indicar que el nuevo Criterio 105/2023 omite lo anterior e indica que “durante el período de consultas la ITSS puede desempeñar un papel de mediación cuando las partes se lo soliciten directamente”, dejando a un lado esta labor de asistencia y apoyo a la función mediadora de la autoridad laboral. Es más, el Criterio Operativo 105/2023 añade que “con la finalidad de potenciar la labor de mediación que legalmente se encomienda a la ITSS, el/la directora/a Territorial o el/la Jefe/a de Inspección Provincial podrán ofrecer a las partes la mediación de un inspector/a de trabajo y seguridad social cuando del contenido de la comunicación y en atención al conocimiento previo que existiera de la empresa, resulte previsible que la intervención inspectora pudiera facilitar la consecución de un acuerdo”. Dicho ofrecimiento de mediación deberá de comunicarse, con carácter previo, a la autoridad laboral, pudiendo esta adoptar cualquier decisión al respecto ¹³⁸⁶.

De hecho, la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social recoge la posibilidad de conciliación, mediación y arbitraje en su artículo 1.2, dedicado a la definición y objeto del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social. En concreto, el artículo 12.3 de la Ley 23/2015 reconoce la facultad de la ITSS para la conciliación y mediación en huelgas y otros conflictos cuando la misma sea aceptada por las partes, así como también reconoce el arbitraje en huelgas y otros conflictos laborales cuando las partes expresamente lo soliciten, así como en supuestos legalmente establecidos.

¹³⁸⁴ NAVARRO NIETO, F.: “Los despidos colectivos: novedades normativas y balance jurisprudencial”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, N.º 7, 2013.

¹³⁸⁵ El Informe anual de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de 2021 recoge que, de 1078 actuaciones en materia de despido colectivo, tan solo se han realizado 5 mediaciones y consultas. Para 2020, de 1027 actuaciones solo se realizaron 4 mediaciones y consultas.

¹³⁸⁶ GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.: “La intervención de la Inspección de Trabajo en los despidos colectivos”, *op. cit.*, pp. 463 y 464.

En cambio, la Ley 23/2015 también establece una incompatibilidad para la simultaneidad de funciones inspectoras y arbitrales¹³⁸⁷, que es reflejo de la exclusión que hace la Recomendación n.º 81 de la OIT respecto a “la función de conciliadores o árbitros en los conflictos de trabajo” por parte de los inspectores de trabajo. Esta incompatibilidad está llamada a suscitar ciertos problemas de orden práctico, sobre todo si se tiene en cuenta que la confianza y seguridad en la imparcialidad del árbitro es lo que precisamente determina que las partes recurran al Inspector de Trabajo, con el que mantienen una relación directa. La norma procede, así, a efectuar una clara disociación entre realidad y Derecho¹³⁸⁸.

Ahora bien, es cierto que el RPDC solo se refiere a la labor mediadora de la ITSS en el proceso de consultas, lo cual no ha de generar problemas de compatibilidad con el ejercicio del resto de la función inspectora (así lo refiere el propio Criterio Operativo 105/2023). En cualquier caso, es necesario tener en cuenta la “desactivación”¹³⁸⁹ de las funciones inspectoras que realiza el art. 12.3 Ley 23/2015 en casos de mediación y arbitraje por parte de la misma persona, ya que los inspectores/as “guardarán la debida reserva sobre la información obtenida en el ejercicio directo de las funciones de arbitraje o mediación y no la comunicarán a los servicios de inspección para el ejercicio de las funciones de vigilancia y control a que se refiere el apartado 1”.

B) El informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social tras la finalización de las consultas. Especial referencia al control de la causa

La supresión en el año 2012 de la autorización administrativa en el procedimiento de despido colectivo modificó la lógica del informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, tal y como se comentará a continuación.

Por un lado, con anterioridad a la Reforma laboral de 2012 este informe debía de ser evacuado de forma previa a la finalización del período de consultas, al contrario de lo que ocurre en la actualidad, pues formaba parte de la fase procedimental de instrucción del antiguo expediente de regulación de empleo¹³⁹⁰ y, por tanto, influía directamente en la resolución administrativa autorizadora en caso de desacuerdo en período de consultas.

Por otro lado, antes de la modificación introducida en el año 2012, la Inspección debía de pronunciarse en su informe sobre las causas motivadoras del expediente (art. 51.3 ET/1995 previo al RD-ley 3/2012), lo cual exigía un análisis sobre el concurso de

¹³⁸⁷ “La función de arbitraje por parte de la Inspección, sin perjuicio de las funciones técnicas de información y asesoramiento, si lo solicita cualquiera de las partes, será incompatible con el ejercicio simultáneo de la función inspectora por la misma persona que tenga atribuida dicha función sobre las empresas sometidas a su control y vigilancia” (art. 12.3 Ley 23/2015).

¹³⁸⁸ MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada*, op. cit., pp. 140 y 141.

¹³⁸⁹ Expresión utilizada por MERCADER UGUINA, J.R.: “El periodo de consultas: la intervención de la autoridad laboral durante el período de consultas”, op. cit., p. 403.

¹³⁹⁰ MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo en el Derecho español. Estudio de su régimen jurídico*, op. cit., pp. 249 y ss.

la causa empresarial aducida, su engarce funcional (superar una situación negativa de la empresa o garantizar su viabilidad) y el estudio de la razonabilidad de la medida por si era desproporcionada en relación con el número de extinciones solicitadas¹³⁹¹. No obstante, ello cambia cuando el RD-ley 3/2012 (posterior Ley 3/2012) suprime esta referencia del art. 51 ET¹³⁹² y la Dirección General de Inspección de Trabajo y Seguridad Social elabora el Criterio Operativo 92/2012 en el que se dejaba claro que la Inspección no debía “entrar en analizar la existencia o suficiencia de las causas alegadas por la empresa para despedir”, ya que el cambio de la reforma laboral había buscado “trasladar la determinación de la causa al empresario, en la medida en que se trata de cuestiones de gestión empresarial, correspondiendo en todo caso a la jurisdicción social la revisión de dicha decisión empresarial, sin que resulte por tanto oportuna la predeterminación del juicio por parte de la Administración”¹³⁹³.

Ante este panorama se abrió un debate, donde algunos se posicionaron en contra de la modificación y de la nueva interpretación¹³⁹⁴, habida cuenta de que se estaba buscando reducir al mínimo la labor de control de legalidad que debe de desempeñar la ITSS, tratándose, además, de un informe que desempeña un papel clave en el posterior control judicial del despido colectivo¹³⁹⁵. En este sentido, la Inspección de Trabajo del País Vasco, que tiene las competencias transferidas, elaboró un criterio propio en el que se dictaminaba que los funcionarios debían de comprobar si las causas eran reales y si la documentación entregada había sido la correcta y, además, debían de comprobar la existencia de verdadera negociación en el procedimiento de consulta-negociación del despido colectivo.

¹³⁹¹ MARTÍNEZ ASO, M. y PARRA NÚÑEZ, S.: “El control del despido colectivo y la ineludible función social de la ITSS. Hablan las Inspectoras Mercedes Martínez Aso y Silvia Parra Núñez”, en Blog: *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, entrada de 13 de marzo de 2023, disponible en <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2023/03/el-control-del-despido-colectivo-y-la.html> (visitada el 30 de marzo de 2023).

¹³⁹² Según se recogía en el art. 51.2 ET, el informe de la ITSS debía de pronunciarse tan solo “sobre los extremos de la comunicación a que se refiere los párrafos anteriores y sobre el desarrollo del período de consultas”.

¹³⁹³ Así lo recoge ROJO TORRECILLA, E.: “Sobre el informe de la Inspección de Trabajo en los expedientes de regulación de empleo en Cataluña y el Criterio técnico 1/2013. Las diferencias con el Criterio operativo estatal 92/2012”, en Blog: *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, entrada de 13 de marzo de 2023, disponible en: <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2013/02/sobre-el-informe-de-la-inspeccion-de.html> (visitado el 3 de enero de 2022).

¹³⁹⁴ Entre otros autores CABEZA PEREIRO, J.: “La supresión de la autorización administrativa en los despidos colectivos”, *Revista de Derecho Social*, N.º 57, 2012, p. 190 y MONEREO PÉREZ, J.L.: “La intervención administrativa en los despidos colectivos”, *op. cit.*, p. 281, defienden la necesidad de que el informe de la ITSS se pronuncie sobre cuestiones de fondo y, en concreto, sobre la acreditación de las causas para despedir. En contra del Criterio operativo destaca MARTÍNEZ ASO, M. y PARRA NÚÑEZ, S.: “El control del despido colectivo y la ineludible función social de la ITSS. Hablan las Inspectoras Mercedes Martínez Aso y Silvia Parra Núñez”, *op. cit.*

¹³⁹⁵ Sobre este papel clave SÁEZ LARA, C.: *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, *op. cit.*, p. 158.

Dicho criterio fue impugnado por el Gobierno, resolviendo el Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, en su sentencia de 2 noviembre 2016 (rec. 2587/2015) a favor de la ITSS vasca. El Tribunal Supremo es muy expresivo cuando indica que: “la reforma laboral no ha desapoderado a la Inspección de Trabajo de las funciones que tiene legalmente encomendadas al punto de convertirla, como se dijo, en un simple servicio encargado de la mera constatación formal y externa de los procesos de despidos colectivos. No olvidemos que la función inspectora -a tenor de los artículos 1 y 12 de la Ley 23/2015, de 21 de julio- tiene cometidos tan relevantes como la vigilancia del cumplimiento de las normas del orden social y exigir las responsabilidades pertinentes, función que difícilmente puede realizarse con una actuación tan superficial y meramente formal como la que defiende, en relación con los despidos colectivos, el representante de la Administración del Estado”. Añadiendo el Tribunal Supremo que la Inspección de Trabajo “no solo debe dar fe de que el empresario ha incorporado los documentos preceptivos y de que se ha realizado el período de consultas, sino que debe emitir un informe que constate que aquella documentación es la exigida en relación con las causas del despido y a tenor de la concreta causa para despedir”. Y es que como recuerda el propio Tribunal, si la ITSS debe de pronunciarse sobre el fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo, parece difícil que ello lo pueda hacer “sin efectuar un análisis pormenorizado de las causas alegadas y de la concurrencia de las circunstancias aducidas por el empresario”.

En esta línea, en un intento de reforzar y atribuir el protagonismo que necesita la Inspección en el procedimiento de despido colectivo, la Ley 3/2023 de Empleo ha modificado el tenor literal del art. 51.2 ET, algo que ya preveía el Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para 2021-2023¹³⁹⁶, para especificar que: “el informe de la inspección, además de comprobar los extremos de la comunicación y el desarrollo del periodo de consultas, se pronunciará sobre la concurrencia de las causas especificadas por la empresa en la comunicación inicial, y constatará que la documentación presentada por esta se ajusta a la exigida en función de la causa concreta alegada para despedir”.

En cualquier caso, cabe decir que esta modificación del art. 51.2 ET no supone la recuperación de la anterior autorización administrativa, aunque sí conlleva la simbólica recuperación para el control de la Administración laboral de un espacio (el control de

¹³⁹⁶ Resolución de 29 de noviembre de 2021, de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros de 16 de noviembre de 2021, por el que se aprueba el Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2021-2023, en el BOE de 3 de diciembre de 2021, que incluye como actuación del objetivo 14 que: “Se propondrá la correspondiente modificación normativa con objeto de ampliar el contenido del informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a las causas motivadoras de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión y reducción de la jornada de trabajo”. Y añade: “es preciso volver a dotar a las personas trabajadoras de un sistema de protección frente a las medidas que implican la extinción, la suspensión del contrato de trabajo o la reducción de la jornada por causas económicas, técnicas organizativas o de producción que, en ausencia del mecanismo de autorización administrativa previa, solo puede realizar la Inspección de Trabajo y Seguridad Social mediante informe a la autoridad laboral y, en su caso, la jurisdicción social en los supuestos de impugnación”.

las causas) que le había sido retirado¹³⁹⁷. Como indica el Criterio Operativo 105/2023, elaborado tras la reforma del contenido del informe, con esta nueva redacción del art. 51.2 ET no solo se faculta a la ITSS para que “valore la realidad de la causa alegada en el procedimiento de despido colectivo, sino que establece la obligatoriedad de dicha valoración, que formará parte indefectiblemente, del contenido mínimo del informe de la ITSS en estos casos”.

Entre la doctrina científica es posible encontrar posiciones a favor y en contra (o escépticas) del cambio legal:

Por una parte, la introducción de esta medida, que no ha contado con el consenso de la patronal¹³⁹⁸ y que se articula a través de una disposición final octava de una Ley de Empleo que nada dice sobre ello en su exposición de motivos¹³⁹⁹, puede conllevar “una mayor complejidad procesal en una tramitación por el momento tutelada, bien por el acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, bien por la intervención judicial”¹⁴⁰⁰. Además, habida cuenta de que no se ha previsto una modificación de la actuación administrativa durante las consultas ni de la impugnación de oficio del despido colectivo, un informe negativo de la ITSS desde la perspectiva causal no puede sustentar una posible actuación de la autoridad laboral, ni siquiera procesal¹⁴⁰¹.

Por otra parte, la recuperación de la evaluación y verificación de la realidad de la causa alegada por parte de la ITSS en su informe puede caminar en la línea de revalorizar el rol de la causa en el procedimiento de despido colectivo, lo cual puede aumentar la seguridad jurídica y tener efectos positivos en el eventual control judicial posterior¹⁴⁰². Asimismo, este cambio normativo puede suponer que se eviten acuerdos

¹³⁹⁷ MERCADER UGUINA, J.R.: “Sobre la indiscutible expansión de la intervención administrativa en las relaciones laborales”, *op. cit.*, p. 21.

¹³⁹⁸ Véase “Comunicado de CEOE y CEPYME tras la aprobación de la enmienda que repone el control de las causas en los despidos colectivos”, disponible en: <https://www.ceoe.es/es/ceoe-news/laboral/comunicado-de-ceoe-y-cepyme-tras-la-aprobacion-de-la-enmienda-que-repone-el> (visitada 5/12/2023).

¹³⁹⁹ Esta es otra de las críticas a las que suele enfrentarse la modificación del informe de la ITSS en los despidos colectivos.

¹⁴⁰⁰ LÓPEZ CUMBRE, L.: “El «control» de los despidos colectivos por la inspección de trabajo y seguridad social”, *Publicaciones Gómez-Acebo & Pombo*, entrada de 10 de marzo de 2023, disponible en: <https://www.ga-p.com/publicaciones/el-control-de-los-despidos-colectivos-por-la-inspeccion-de-trabajo-y-seguridad-social/> (visitada el 1/12/2023). En este sentido también parece situarse GOERLICH PESET, J.M.: “La nueva regulación del informe de la Inspección de Trabajo en los despidos colectivos: apuntes críticos”, Blog: *El Foro de Labos*, entrada de 13 de julio de 2023, disponible en: <https://www.elforodelabos.es/2023/07/la-nueva-regulacion-del-informe-de-la-inspeccion-de-trabajo-en-los-despidos-colectivos-apuntes-criticos/> (visitada el 11/12/2023), que indica que este cambio legal “introduce importantes dosis de confusión en el modelo, sin aportar gran cosa”.

¹⁴⁰¹ GOERLICH PESET, J.M.: “La nueva regulación del informe de la Inspección de Trabajo en los despidos colectivos: apuntes críticos”, *op. cit.*

¹⁴⁰² Para BOHIGUES ESPARZA, M.D.: “La institución jurídico laboral del despido colectivo”, *op. cit.*, p. 27, ello puede redundar en reducir la litigiosidad, aumentar la seguridad jurídica y garantizar una mayor celeridad en el posterior control judicial a la hora de ofrecer una respuesta rápida y eficaz.

precipitados que soslayan la realidad de la causa empresarial; puede posibilitar que los trabajadores “descontentos” con el acuerdo impugnen individualmente su despido basándose en lo que indique el Inspector en su informe (STC 140/2021); y, en última instancia, puede contribuir a situar al despido colectivo como medida de *ultima ratio*¹⁴⁰³.

En cualquier caso, aunque no se trate de una medida perfecta, la reintroducción del estudio de las causas en el informe de la ITSS supone un reconocimiento expreso de una de las funciones principales que tiene atribuida la Inspección: velar por el cumplimiento de la normativa laboral (art. 12 Ley 23/2015), ya que no se olvide que, al menos en el plano sustantivo, el despido que se reconoce tanto en la normativa internacional como nacional es de origen causal¹⁴⁰⁴. Por ello, una comprobación de la realidad de las causas por la Inspección resulta coherente con una defensa del marco normativo del despido causal, que incluso puede conllevar efectos colaterales de signo positivo sobre la reducción de la utilización indebida del despido colectivo por el empresario o sobre las posiciones negociadoras de los interlocutores en periodo de consultas y que, a su vez, puede facilitar, con sus límites, el control judicial de las causas para despedir¹⁴⁰⁵.

El art. 51.2 ET indica que, desde la recepción de la comunicación inicial del despido colectivo, la autoridad laboral recabará, con carácter preceptivo, informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, el cual se evacuará posteriormente al despido colectivo en el improrrogable plazo de quince días desde la notificación a la autoridad laboral de la finalización del período de consultas. Un plazo de emisión que será de días hábiles (art. 30.2 LPAC) y que puede incluso ser menor, si la autoridad laboral tarda en remitir la comunicación final a la Inspección actuante. De este modo, resulta necesario que la persona titular de la Dirección Territorial o Jefatura de la Inspección Provincial solicite a la autoridad laboral la remisión urgente de la comunicación final

¹⁴⁰³ TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: “El alcance del análisis por parte de la Inspección de Trabajo de la concurrencia de las causas empresariales en los despidos colectivos tras la Ley 3/2023, de Empleo”, *Briefs AEDTSS*, 21, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2023. Disponible en: <https://www.aedtss.com/el-alcance-del-analisis-por-parte-de-la-inspeccion-de-trabajo-de-la-concurrencia-de-las-causas-empresariales-en-los-despidos-colectivos-tras-la-ley-3-2023-de-empleo/> (visitada el 15 de marzo de 2023).

¹⁴⁰⁴ Véase MARTÍNEZ ASO, M. y PARRA NÚÑEZ, S.: “El control del despido colectivo y la ineludible función social de la ITSS. Hablan las Inspectoras Mercedes Martínez Aso y Silvia Parra Núñez”, *op. cit.*, donde se recoge que: “ni la normativa internacional (el ya citado Convenio 158 OIT, sobre la terminación de la relación de trabajo, de 1982) ni el ordenamiento interno español (artículo 49 ET) admiten la resolución del contrato de trabajo por decisión unilateral de la empresa sin concurrencia de causa alguna”.

¹⁴⁰⁵ GOERLICH PESET, J.M.: “La nueva regulación del informe de la Inspección de Trabajo en los despidos colectivos: apuntes críticos”, *op. cit.* también defiende que “probablemente los efectos de la nueva norma se desplieguen de forma subterránea durante la sustanciación de las consultas, e incentivando la discusión judicial a su vencimiento”.

y su documentación, con la finalidad de que el inspector/a pueda disponer de un plazo adecuado para la elaboración del informe (Criterio operativo 105/2023)¹⁴⁰⁶.

El informe se elaborará sobre la base de los documentos de la comunicación inicial que ya estén en poder de la ITSS, pues la autoridad laboral se los ha remitido “a efectos de la emisión del informe” (art. 6.3 RPDC), así como en función de la documentación de la decisión empresarial de despido prevista en el art. 12 RPDC (el texto del acuerdo alcanzado en consultas o, en su defecto, la decisión unilateral de despedir; los extremos de la comunicación inicial que hayan sido actualizados; las medidas sociales de acompañamiento que se hubieran acordado u ofrecido por la empresa; el plan de recolocación externa en el caso de que la empresa estuviera obligada a su realización; las actas de las reuniones del período de consulta-negociación; o bien las recomendaciones y advertencias que la autoridad laboral hubiera dirigido a las partes¹⁴⁰⁷), la cual debe de ser remitida por parte de la autoridad laboral a la ITSS igualmente “a efectos de la emisión del preceptivo informe” (art. 11.1 RPDC).

Además de dicha documentación, la Inspección podrá recabar información realizando todo tipo de diligencias y actuaciones, tanto antes como después de finalizado el período de consultas. El Criterio Operativo 105/2023 indica que, “con vistas a obtener la adecuada información para la elaboración del informe, resulta imprescindible que el inspector/a actuante se reúna con ambas partes, mediante visita o comparecencia y de manera conjunta o separada”. El anterior Criterio Operativo 92/2012 iba más allá al recomendar, en función del caso, “la comparecencia conjunta, pues de esta forma no solo se puede obtener una mayor exactitud e información sino que, además, se puede contrastar la trascendencia de la misma, a fin de oír a las partes y recabar los datos precisos para elaborar el informe”¹⁴⁰⁸, sin perjuicio de que se pueda solicitar información adicional en el marco de una actuación inspectora ordinaria (recibos de pago de salarios, documentos de cotización...) ¹⁴⁰⁹.

En cuanto al contenido del informe, como ya se ha mencionado, el art. 51.2 ET recoge que deberá de versar sobre: 1) los extremos de la comunicación; 2) el desarrollo del periodo de consultas; 3) la concurrencia de las causas especificadas por la empresa en la comunicación inicial; y 4) el ajuste de la documentación presentada a la exigida en función de la causa concretada alegada para despedir¹⁴¹⁰. El desarrollo reglamentario precisa otros contenidos del informe a elaborar por la ITSS, los cuales consisten en:

¹⁴⁰⁶ Y añade: “La no remisión en su totalidad de la referida documentación no prorrogará el plazo de emisión del informe, haciéndose constar esta circunstancia en el mismo”.

¹⁴⁰⁷ La remisión de advertencias y recomendaciones no se especifica en el art. 12 RPDC, puesto que solo se refiere el art. 6.4 RPDC al envío de copias a la ITSS de las advertencias realizadas por la autoridad laboral a causa de comunicación inicial defectuosa. No obstante, el Criterio Operativo 105/2023 en su página 14 reconoce su remisión con carácter amplio.

¹⁴⁰⁸ MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada*, op. cit., p. 154.

¹⁴⁰⁹ GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.: “La intervención de la Inspección de Trabajo en los despidos colectivos”, op. cit., pp. 468 y 469.

¹⁴¹⁰ A esto ya se refería con anterioridad a la modificación de la Ley de Empleo el art. 11.3 RPDC.

5) informar si concurre fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo adoptado en el periodo de consultas (art. 11.4 RPDC); 6) comprobar si la decisión empresarial tiene por objeto la obtención indebida de prestaciones por desempleo por parte de los trabajadores, para su valoración por la entidad gestora de las prestaciones por desempleo (art. 11.4 RPDC); 7) verificar si los criterios de selección de las personas trabajadoras afectadas resultan discriminatorios o si se han cumplido las prioridades de permanencia en la empresa (art. 11.5 RPDC); 8) así como informar sobre el contenido de las medidas sociales de acompañamiento previstas y comprobar que las empresas obligadas a ello han presentado el plan de recolocación externa, con los debidos requisitos (art. 11.7 RPDC).

Así, en primer lugar, el informe debe de pronunciarse sobre los extremos de la comunicación inicial, recogidos en el art. 51.2 ET y detallados en el art. 3 RPDC. Lógicamente el inspector debe de cerciorarse de que la documentación aportada por el banco empresarial se corresponde con la legal y reglamentariamente establecida y, concretamente, que se ha aportado la documentación exigida por la norma en función de la causa alegada: memoria explicativa, documentación contable y fiscal, informes técnicos o cuentas consolidadas en casos de grupos de empresas¹⁴¹¹ (arts. 4 y 5 RPDC). Una facultad de comprobación que ha sido ejercida durante el período de consulta-negociación tanto por parte de la autoridad laboral como por parte de la ITSS. De este modo, si se ha realizado advertencia acerca de la falta de documentación, la Inspección deberá de hacer constar tal hecho en el informe, indicando si la empresa ha cumplido o no, o si ha respondido por escrito. También podrá reflejar en el informe si el cumplimiento ha sido real y efectivo, con objeto de responder a su finalidad, o si, por el contrario, el cumplimiento ha sido de carácter meramente formal¹⁴¹².

Nótese que el art. 11.3 RPDC (“[e]l informe constatará que la documentación presentada por el empresario en relación con las causas del despido se ajusta a la exigida en los artículos 4 y 5 en función de la concreta causa alegada para despedir”) no ha sido introducido por la Ley 3/2023 de Empleo, a pesar de que esta referencia se haya incluido expresamente ahora en el art. 51.2 ET por dicha ley. Por ende, la redacción del art. 11.3 RPDC ya le había valido antes de la reforma del art. 51.2 ET a la doctrina científica para argumentar que el inspector no debe de limitarse a la comprobación formal de documentos, sino que debe de encargarse de constatar que de dicha memoria se desprende una situación económica negativa (en el caso de que se trate de causa económica)¹⁴¹³.

En cualquier caso, la verdadera novedad de la modificación introducida por la Ley 3/2023 de Empleo reside en la obligación de la ITSS de pronunciarse sobre la

¹⁴¹¹ El inspector/a actuante señalará en el informe aquellos indicios que puedan acreditar la posible vinculación o existencia de grupos de empresas a efectos laborales (Criterio Operativo 105/2023, p. 22).

¹⁴¹² ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, op. cit., p. 242.

¹⁴¹³ GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.: “La intervención de la Inspección de Trabajo en los despidos colectivos”, op. cit., pp. 468 y 469.

conurrencia de las causas en su informe. La identidad de esta expresión respecto a la utilizada en el art. 124 LRJS, apartados 2.a) y 11, parece implicar que la evaluación realizada por la ITSS no se debe de limitar a la mera constatación de los hechos, sino que debe de extenderse al conjunto de operaciones de valoración de la legitimidad de la conducta empresarial, en el modo que ha venido determinando la jurisprudencia en cuanto a la labor de los tribunales. Así, “el control judicial del despido colectivo va más allá de constatar acreditada la concurrencia de la causa esgrimida, toda vez que necesariamente ha de extenderse a enjuiciar la razonabilidad, adecuación y proporcionalidad de la medida, teniendo que existir una conexión funcional entre la causa alegada y los despidos efectuados” (STS 699/2022, 27 julio)¹⁴¹⁴. En efecto, la justificación del despido económico tiene que realizarse a través de tres pasos: 1) acreditar la existencia de una situación económica negativa (o del cambio técnico, organizativo o productivo); 2) establecer el efecto de esa situación sobre los contratos de trabajo, en la medida en que aquella provoca la necesidad de amortización total o parcial de los puestos de trabajo; y 3) demostrar la adecuada proporcionalidad de las medidas extintivas adoptadas para responder a tal necesidad (STS de 30 de noviembre de 2022, rec. 156/2022).

En definitiva, la ITSS debe de plasmar en su informe si, a la vista de la documentación aportada y la información recogida, las causas para despedir concurren de manera efectiva en el procedimiento de despido colectivo. Se trata de una labor de evaluación y verificación de la realidad de la causa alegada por la empresa para justificar los despidos colectivos, por la que “en todo caso la causa invocada debe ser real, susceptible de ser acreditada e incidir de manera específica en la empresa”¹⁴¹⁵.

Por otro lado, el informe debe de versar sobre el desarrollo del período de consultas y, en concreto, deberá de verificar que se ha cumplido lo establecido en el art. 7 RPDC (por remisión del art. 11.6 RPDC). De este modo, la ITSS debe de verificar que la consulta-negociación ha versado 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; que los representantes de los trabajadores han tenido acceso a la información desde el inicio del período de consultas; que se ha negociado de buena fe; que se ha fijado un calendario de reuniones mediante acuerdo; que la duración de las consultas ha sido correcta y, en defecto de pacto, se han celebrado las reuniones mínimas, sin perjuicio de la finalización anticipada por acuerdo o por imposibilidad del mismo; que se han atendido o no a las advertencias o recomendaciones vertidas por la autoridad laboral; o que los sujetos negociadores están legitimados, así como que se han cumplido las reglas para alcanzar acuerdos.

Este informe en materia de desarrollo del período de consultas se basará sobre todo en las actas que le hayan sido remitidas a la Inspección por parte de la autoridad

¹⁴¹⁴ GOERLICH PESET, J.M.: “La nueva regulación del informe de la Inspección de Trabajo en los despidos colectivos: apuntes críticos”, *op. cit.*

¹⁴¹⁵ Criterio Operativo 105/2023, pp. 3 y 20.

laboral, así como en función de las informaciones comunicadas por las partes oralmente o por escrito al inspector actuante, y sin perjuicio de las facultadas ordinarias de la Inspección (art. 13 Ley 23/2015, de 21 de julio) en supuestos en los que existan indicios de defectos o incidencias graves en las reuniones, como puede ser la inasistencia de una de las partes o la existencia de engaños, coacciones o fraudes¹⁴¹⁶. Si alguna de las partes indica que ha habido negativa de la otra parte a la firma de las actas a pesar de haberse realizado las reuniones o que las reuniones no se han realizado pese a estar debidamente convocadas por inasistencia de los representantes de los trabajadores, el inspector/a actuante deberá de desplegar la actividad probatoria oportuna a efectos de aclarar lo sucedido y así indicarlo en el informe¹⁴¹⁷.

El informe especificará también si concurre fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo, o si la decisión extintiva empresarial tiene por objeto la obtención indebida de prestaciones por desempleo por parte de los trabajadores afectados ante la inexistencia de causa motivadora de situación legal de desempleo; esto último “para su valoración por la entidad gestora de las prestaciones por desempleo” (art. 11.4 RPDC), ya que dicho informe se remitirá al Servicio Público de Empleo (futura Agencia Española de Empleo) para que lo tenga en cuenta¹⁴¹⁸ y, en su caso, pueda comunicar a la autoridad laboral la necesidad de impugnación de oficio del despido colectivo. A pesar de lo que indica el art. 11.4 RPDC, la ITSS deberá de pronunciarse sobre la intención de obtener prestaciones indebidas por desempleo tanto se alcance acuerdo o no en sede consultas (lo cual resulta coherente con el propio art. 51.6 ET que se refiere a la “decisión extintiva empresarial” y con el Criterio Operativo 105/2023, que se manifiesta en el mismo sentido).

Para apreciar estas situaciones es evidente que la ITSS deberá de efectuar una actividad suficiente que acredite mediante pruebas directas o indirectas los hechos en cuestión, sobre todo tras la finalización del procedimiento de despido colectivo¹⁴¹⁹. Es evidente que la labor de la ITSS con la finalidad de encontrar vicios anudados al acuerdo alcanzado en consultas o decisión extintiva empresarial excede del mero control formal¹⁴²⁰, por lo que es necesario que el inspector/a entre a valorar la concurrencia de la causa, como ya permite expresamente la Ley 3/2023 de Empleo. No obstante, es

¹⁴¹⁶ GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.: “La intervención de la Inspección de Trabajo en los despidos colectivos”, *op. cit.*, pp. 477 y 478.

¹⁴¹⁷ Criterio Operativo 105/2023, pp. 28 y 29.

¹⁴¹⁸ En estos supuestos resulta obligado indicar que la ITSS no puede denegar directamente en estos supuestos el acceso a la prestación por desempleo. CEGARRA CERVANTES, F.: *La protección jurídica de las personas maduras en los despidos colectivos. Especial referencia a la aportación al Tesoro Público*, *op. cit.*, p. 133.

¹⁴¹⁹ El Criterio Operativo 105/2023 expone que “los/as Directores/as Territoriales y Jefes/as de Inspección incluirán en la planificación ordinaria de control a las empresas en las que hayan podido detectarse indicios (por leves que fueran) de conducta fraudulenta (puesta en marcha, mediando sucesión no transparente, de nuevas empresas -buscando para ello el pago capitalizado de prestaciones-, desacuerdos pactados que puedan permitir el pago de las vacaciones con cargo a prestaciones...)”.

¹⁴²⁰ MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada*, *op. cit.*, p. 158.

necesario tener en cuenta que, tal y como indica el Criterio Operativo 105/2023 y su predecesor 92/2012, la inexistencia de causa empresarial para despedir no se presenta como un requisito previo y, ni mucho menos, único para constatar estas situaciones fraudulentas¹⁴²¹, aunque sí que puede suponer un indicio más.

El artículo 11.5 RPDC indica que “el informe constatará la inclusión del resto de los extremos contemplados en el artículo 3 y, en especial, verificará que los criterios utilizados para la designación de los trabajadores afectados por el despido no resultan discriminatorios por los motivos contemplados en el artículo 17.1 del Estatuto de los Trabajadores, sin perjuicio del cumplimiento de las prioridades de permanencia en la empresa a que se refiere el artículo 13 del Reglamento” (esto es, criterios de permanencia legales, convencionales o aquellos previstos en el acuerdo alcanzado durante el período de consultas). En este sentido, el precepto reglamentario no otorga a la ITSS una mera función de verificación sobre si se han comunicado a los representantes de los trabajadores los criterios utilizados para la designación de los trabajadores afectados, ya que, por el contrario, se habilita a este cuerpo inspector especializado para que valore efectivamente si tales criterios son discriminatorios, sin perjuicio del cumplimiento de las reglas de permanencia¹⁴²². Un pronunciamiento sobre la validez de los criterios expresados por el empresario que puede tener cierta relevancia a efectos de un eventual control judicial posterior¹⁴²³.

La ITSS, en un extremo que se detallará con posterioridad en el presente trabajo, también deberá de informar sobre las medidas sociales de acompañamiento que se hayan podido prever y, en especial, se comprobará que hayan presentado plan de recolocación externa las empresas obligadas a ello y que, además, dicho plan cumple con los requisitos del art. 9 RPDC (art. 11.7 RPDC). La Inspección, asimismo, deberá de comprobar que se haya suscrito convenio especial con la Seguridad Social para las personas trabajadoras afectadas de 55 años o más, según lo dispuesto en el art. 51.9 ET. En el caso de que en el momento de emitir el informe se desconozca si van a ser afectadas personas trabajadoras de dicha edad o bien no se haya suscrito convenio especial puesto que este puede celebrarse hasta la notificación del despido a la persona trabajadora afectada, el Criterio Operativo 105/2023 señala que el inspector/a actuante podrá advertir o requerir a la empresa para que cumpla con su eventual obligación, dejando constancia de ello en el informe. Ahora bien, la Inspección Provincial planificará actuaciones destinadas a la posterior comprobación del cumplimiento de este requisito. De igual modo, la ITSS deberá de comprobar en su informe que la empresa afectada ha aportado junto con la comunicación inicial o final del despido colectivo, cuando proceda, la documentación correspondiente a la aportación

¹⁴²¹ ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, op. cit., p. 248.

¹⁴²² El Criterio Operativo 105/2023 indica que: “el inspector actuante debe efectuar aquí no solo una comprobación de hecho, esto es, que existen los criterios, sino también una apreciación, en su caso, sobre si esos criterios resultan discriminatorios en función de los motivos establecidos en el artículo 17.1 ET”.

¹⁴²³ TORMOS PÉREZ, J.A.: *Los criterios de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 248.

económica al Tesoro Público del art. 51.11 ET (apartado 7^a de la disposición adicional decimosexta de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, y art. 5 del RD 1484/2012)¹⁴²⁴.

En conclusión, el informe de la ITSS no solo se circunscribe a verificar aspectos formales o procedimentales de la documentación presentada, sino que también valorará aspectos relacionados con el fondo o contenido: cuestiones vinculadas a la acreditación de las causas, situación económica de la empresa y su posición en el mercado, la posible existencia de grupos de empresas, la concurrencia de procesos de externalización y descentralización productiva, etc. Al igual que también incide en valorar si se han cumplido o no con las obligaciones de información, la buena fe en el período de consulta-negociación, la designación no discriminatoria de los trabajadores afectados, la posible adopción de medidas sociales de acompañamiento y el plan de recolocación externa, o bien si se han atendido o no las advertencias o recomendaciones formuladas... Además de valorar la posible concurrencia de vicios en el acuerdo o la obtención indebida de prestaciones por desempleo¹⁴²⁵.

No obstante, se sede judicial se trata de un informe que tiene, por un lado, un carácter informativo que “conduce a la ulterior valoración por parte de quien juzga en instancia, como un medio probatorio más sin que quepa atribuirle efecto vinculante alguno y sin que pueda excluirse el análisis de los demás medios de prueba y, en suma, la necesaria convicción de quien juzga tras la valoración de todos ellos” (STS de 18 de marzo de 2014, rec. 114/2013). Ahora bien, se trata de un informe que sí goza de presunción de certeza respecto a los hechos o las declaraciones de conocimiento plasmados en dicho informe y que resulten de las comprobaciones realizadas por el inspector actuante (art. 23 Ley 23/2015, de 21 de julio).

Presunción que es susceptible de ser rebatida por los interesados, quienes podrán aportar los medios de prueba oportunos, y que no se extenderá, a su vez, a las valoraciones o conclusiones jurídicas que deriven de ciertos hechos probados¹⁴²⁶. Y esto le ha valido a parte de la doctrina científica para argumentar que, a pesar de la reforma introducida por la Ley 3/2023 de Empleo, la valoración de la concurrencia de la causa por parte de la ITSS carece de eficacia vinculante para el juez, en el sentido de que esta apreciación jurídica no puede ser impuesta ante el tribunal ya que va más allá de la “presunción de certeza de las comprobaciones inspectoras”, al margen de su libre apreciación, ni puede prevalecer en modo alguno sobre lo acordado¹⁴²⁷. Todo ello está por ver, aunque sí que puede ser previsible que este informe tenga importantes

¹⁴²⁴ Como indica CEGARRA CERVANTES, F.: *La protección jurídica de las personas maduras en los despidos colectivos. Especial referencia a la aportación al Tesoro Público*, op. cit., p. 134, “no es en absoluto infrecuente que el propio Inspector profundice en este punto e incluya menciones sobre las personas mayores incluidas como afectadas y la posibilidad de que proceda el abono de la prestación si así es confirmado a posteriori por el SEPE”.

¹⁴²⁵ MONEREO PÉREZ, J.L.: “La intervención administrativa en los despidos colectivos”, op. cit., p. 281.

¹⁴²⁶ GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.: “La intervención de la Inspección de Trabajo en los despidos colectivos”, op. cit., pp. 466-468.

¹⁴²⁷ GOERLICH PESET, J.M.: “La nueva regulación del informe de la Inspección de Trabajo en los despidos colectivos: apuntes críticos”, op. cit.

consecuencias sobre los procesos judiciales de despido colectivo, ya que, aunque no se le presume certeza, puede desempeñar “una pieza de alto significado a la hora de que los jueces y Tribunales valoren la concurrencia de causas para justificar” dicho despido¹⁴²⁸.

Se trata, en fin, de un informe que tendrá carácter preceptivo (aunque la no emisión o no solicitud por parte de la autoridad laboral no tendrá ningún efecto de nulidad o contaminación de la decisión empresarial de despedir)¹⁴²⁹ y que, una vez evacuado, “quedará incorporado al procedimiento” (art. 51.2 ET y 11.2 RPDC). Recuerdese que el art. 10.4 RPDC habilita a la autoridad laboral para que remita tal informe a las partes en el momento de su recepción, con el fin de que tengan acceso a su contenido y pueden preparar, en su caso, la eventual impugnación judicial.

Para terminar este apartado, es necesario indicar que la ITSS puede iniciar procesos de sanción administrativa por los incumplimientos que el mismo inspector/a actuante haya apreciado durante su intervención en el procedimiento de consulta-negociación o como consecuencia de los que haya avistado con la realización del informe preceptivo (y haya dado cuenta de ellos en el mismo informe). En este sentido, las facultades de recomendación y advertencia de la autoridad laboral pueden venir acompañadas de las correspondientes sanciones administrativas, si se han transgredido los derechos de información y de consulta de los representantes de los trabajadores (*vid.*, infracción grave del art. 7.7 TRLISOS) o directamente no ha existido procedimiento de despido colectivo, aun cuando concurrían los requisitos legales (*vid.*, infracción administrativa muy grave del art. 8.3 TRLISOS). Por otro lado, el art. 8.14 TRLISOS sanciona como infracción muy grave el incumplimiento del plan obligatorio de recolocación externa según art. 51.10 ET, así como el incumplimiento de las medidas sociales de acompañamiento asumidas por el empresario en el marco de los procedimientos de despido colectivo. Obsérvese que no se sanciona la falta de negociación de las medidas sociales de acompañamiento durante la fase de consulta-negociación, más allá de que la Inspección pueda informar de este suceso en el correspondiente informe¹⁴³⁰. Por último, se recoge como infracción muy grave en el art. 8.18 TRLISOS no presentar en tiempo y forma el certificado correspondiente a la aportación económica al Tesoro Público o su aportación de manera falsa o inexacta, así como el art. 23.1.i) TRLISOS establece como infracción muy grave incumplir la obligación de suscribir el convenio especial en los supuestos establecidos en el art. 51.9 ET (véase en este último supuesto el Criterio Técnico 91/2012 de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social).

¹⁴²⁸ MERCADER UGUINA, J.R.: “Sobre la indiscutible expansión de la intervención administrativa en las relaciones laborales”, *op. cit.*, p. 21.

¹⁴²⁹ GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.: “La intervención de la Inspección de Trabajo en los despidos colectivos”, *op. cit.*, p. 481.

¹⁴³⁰ TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: “Las medidas de acompañamiento social en los procesos de reestructuraciones de empresas”, en VV.AA.: *Reestructuraciones empresariales. XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2021, p. 317.

4.3.3. La vía electrónica para relacionarse con la Administración laboral

La disposición adicional segunda del RPDC, en su modificación adoptada por el RD 608/2023, recuerda que la empresa que inicie el despido colectivo está obligada a relacionarse con la autoridad laboral a través de medios electrónicos conforme a lo dispuesto en el art. 14 de la Ley 39/2015. Asimismo, dicha D.A. establece que todas las comunicaciones que deban de realizarse por cualesquiera de los órganos de las administraciones con competencias para la tramitación de los procedimientos de despido colectivo (autoridades laborales estatales, autonómicas o Inspección de Trabajo y Seguridad Social) se ejercerán por medios electrónicos.

Con ello, se establece una obligación recíproca, tanto del administrado hacia la Administración como de esta hacia los sujetos que intervienen en la consulta-negociación, de relacionarse y comunicarse vía electrónica, ya sea para remitir advertencias o recomendaciones, incluso a la representación legal de las personas trabajadores, u observaciones hacia la autoridad laboral. Además, a través de estos medios electrónicos se puede poner a disposición de las partes interesadas el informe evacuado por la ITSS.

En este sentido, la D.A. 2ª RPDC indica que, para cumplir con esta finalidad de tramitación electrónica de los procedimientos de despido colectivo, el Ministerio de Trabajo y Economía Social “desarrollará y mantendrá una aplicación informática que permita la tramitación y gestión administrativa de los procedimientos regulados en este reglamento”. En efecto, a partir del 7 de noviembre de 2023 las comunicaciones de inicio o expedientes de regulación de empleo (despidos colectivos, ERTE o Mecanismo RED) deberán de presentarse a través del sistema electrónico denominado SERENA ¹⁴³¹.

Este nuevo sistema SERENA solo será obligatorio para los procedimientos de despido colectivo en los que sea competente la autoridad laboral estatal (en especial, cuando se trate de un despido colectivo de ámbito supraautonómico). Ahora bien, las Comunidades Autónomas podrán seguir utilizando sus propias aplicaciones informáticas o adherirse a la aplicación creada por el Ministerio de Trabajo y Economía Social mediante la suscripción del correspondiente convenio entre ambas Administraciones. Queda por ver si SERENA acabará implantándose en el resto de las Comunidades Autónomas y si se constituirá como una especie de “ventanilla única” nacional del despido colectivo en su relación con la Administración laboral.

¹⁴³¹ Accesible a través de: <https://expinterweb.mites.gob.es/serena/login.htm>

CAPÍTULO 5. ESPECIAL REFERENCIA A LAS MEDIDAS SOCIALES DE ACOMPAÑAMIENTO Y AL PLAN DE RECOLOCACIÓN EXTERNA

5.1. El antiguo plan social o plan de acompañamiento social y su reformulación por la Reforma Laboral de 2012

Con carácter previo a la modificación introducida en el régimen del despido por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, dicho régimen había venido siendo criticado por su parcialidad, en el sentido de que solo se ocupaba del control causal y de la financiación de las extinciones a través de la indemnización, relegando a un segundo plano las medidas alternativas o complementarias al despido ante la ausencia de referencia al plan social.

El legislador venía considerando al despido colectivo como un mecanismo para la adaptación cuantitativa de la plantilla, aceptando el despido de aquellos trabajadores cuya aportación se hacía innecesaria tras la introducción de nuevos procesos productivos. Con la introducción del plan social se pretende que el empresario se haga responsable de los efectos negativos que su decisión empresarial pueda tener sobre el empleo, así como se le reconoce a los trabajadores afectados no solo una indemnización económica, sino también otra serie de derechos frente al despido¹⁴³².

En efecto, en la versión original del Estatuto de los trabajadores de 1995, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, el artículo 51 introduce formalmente la figura del despido colectivo y el plan social, a consecuencia de la transposición de la Directiva comunitaria sobre despidos colectivos por la Ley 11/1994, de 19 de mayo. Y, en consonancia con la norma comunitaria, el apartado cuarto del art. 51 reconoce que el procedimiento de consulta-negociación “deberá versar sobre las causas motivadoras del expediente y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados y para posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto

¹⁴³² SERRANO GARCÍA, J.M.: *El plan social en los despidos colectivos*, op. cit., pp. 65 y 66. Para las críticas sobre la “parcialidad” del régimen legal de despido colectivo se remite a RIVERO LAMAS, J.: “La crisis económica y los despidos colectivos por causas de funcionamiento de la empresa”, en VV.AA.: *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la década de los 80*, Zaragoza, Universidad de Zaragoza, 1983, p. 341.

empresarial”. En lo que aquí interesa, este mismo apartado indica que “en todo caso, en las empresas de cincuenta o más trabajadores, se deberá acompañar a la documentación iniciadora del expediente un plan que contemple las medidas anteriormente señaladas”.

De hecho, el Real Decreto 43/1996, de 19 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos, en su artículo 6.1.c) reconoce como contenido mínimo de la solicitud de inicio ante la autoridad laboral en empresas de cincuenta o más trabajadores un “plan de acompañamiento social que contemple las medidas adoptadas o previstas por la empresa en orden a evitar o reducir los efectos del despido colectivo, así como atenuar sus consecuencias para los trabajadores que finalmente resulten afectados, tales como, entre otras, aquellas dirigidas especialmente a la readaptación o a la reconversión de los trabajadores y su posible integración en otros puestos de trabajo en el seno de la empresa o grupo de empresas, así como aquellas que favorezcan el mantenimiento de puestos de trabajo de carácter indefinido o la redistribución de la jornada de trabajo entre los trabajadores empleados y otras de análoga naturaleza”.

En este sentido, la regulación española optó por introducir como requisito administrativo obligatorio del despido colectivo el plan social¹⁴³³. Más allá de la negociación de “medidas sociales de acompañamiento” durante el período de consultas (que se mantiene para todas las empresas, con independencia de su tamaño, en sintonía con lo que establece la Directiva 98/59), el legislador español previó la presentación de un “plan social” para las medianas y grandes empresas (50 o más trabajadores). En síntesis, este plan debía de incluir una pluralidad de medidas que, por lo general, debían de estar planificadas con anterioridad al inicio del procedimiento de despido colectivo y ser coherentes con el colectivo o grupo de personas al que iban dirigidas. En cambio, las medidas sociales de acompañamiento para el resto de pequeñas empresas podían adoptarse en favor de los trabajadores una vez que ya se hubiera elaborado el proyecto empresarial de despedir, sin haber pensado con anterioridad en dichas medidas¹⁴³⁴.

Tras la modificación introducida por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre¹⁴³⁵, en el Estatuto de los trabajadores de 1995, a la anterior redacción del art. 51.4 ET se le añade, en lo que respecta a las medidas necesarias para atenuar las consecuencias del despido, a título ejemplificativo, las “medidas de recolocación que podrán ser realizadas a través de empresas de recolocación autorizadas o acciones de formación

¹⁴³³ Recuérdese el procedimiento administrativo de autorización del despido colectivo anterior a la Reforma laboral de 2012.

¹⁴³⁴ Sobre esta diferenciación SERRANO GARCÍA, J.M.: *El plan social en los despidos colectivos*, op. cit., p. 77.

¹⁴³⁵ Esta ley precisamente intentaba solucionar las dos principales omisiones de la anterior legislación: el contenido mínimo del plan social (“que venía conduciendo a un cumplimiento más formalista o cosmético en la tramitación de las regulaciones de empleo”) y las consecuencias jurídicas de la ausencia del plan social, de su inconsistencia o de su carácter notoriamente incompleto. Vid., DE LA TORRE GARCÍA, C.; MARTÍN JIMÉNEZ, R.; SAN MARTÍN MAZZUCONI, C. y MARURI PALACÍN, I.: *Reestructuraciones de empresas y responsabilidad social. Planes sociales, medidas alternativas y políticas de acompañamiento*, Madrid, Cinca, 2010, p. 173.

o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad”¹⁴³⁶. Además, el nuevo art. 51.4 ET incluye una expresa referencia al plan de acompañamiento social como tal: “en todo caso, en las empresas de cincuenta o más trabajadores, se deberá acompañar a la documentación iniciadora del expediente un plan de acompañamiento social que contemple las medidas anteriormente señaladas”. Ahora bien, el artículo 51.4 ET también introduce que el empresario deberá comunicar a la autoridad laboral “el contenido definitivo de las medidas adoptadas o, en su caso, del contenido definitivo del plan de acompañamiento social”, en un intento de integrar la exigencia de facilitar dicho plan tanto al inicio como en la finalización del expediente administrativo de autorización¹⁴³⁷.

El reglamento de despido colectivo del momento, el Real Decreto 801/2011, de 10 de junio, introduce una referencia al plan de acompañamiento social entre la documentación común a todos los procedimientos de regulación de empleo (art. 8.f). Esta exigencia viene desarrollada por el art. 9 Real Decreto 801/2011, de 10 de junio, el cual indica que “en las empresas de cincuenta o más trabajadores, el empresario deberá acompañar en todo caso a la documentación iniciadora del procedimiento de regulación de empleo un plan de acompañamiento social que contemple, con concreción y detalle, las medidas adoptadas o previstas por la empresa en orden a evitar o reducir sus efectos, las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados, así como las medidas para posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial”.

A la vista de lo anterior, el precepto detalla, a modo ejemplificativo, qué medidas pueden adoptarse en función de que se busque evitar o reducir los efectos del despido; atenuar las consecuencias del despido en los trabajadores afectados; o bien garantizar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial.

Entre las primeras, las medidas destinadas a evitar o reducir los efectos del expediente, el empresario podrá considerar: “a) La recolocación interna de los trabajadores dentro de la misma empresa o, en su caso, en otra del grupo de empresas del que forme parte; b) Movilidad funcional de los trabajadores, que se aplicarán conforme a lo establecido en el artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores; c) Movilidad geográfica de los trabajadores, que se aplicarán conforme a lo dispuesto en el artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores; d) Modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo de los trabajadores, que se aplicarán conforme a lo dispuesto en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores; e) Acciones de formación o reciclaje profesional de los trabajadores que puedan contribuir a la continuidad del proyecto

¹⁴³⁶ El tenor literal del art. 51.4 del ET de 1995 queda tal que: “la consulta con los representantes legales de los trabajadores (...) deberá versar sobre las causas motivadoras del expediente y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados, tales como medidas de recolocación que podrán ser realizadas a través de empresas de recolocación autorizadas o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad, y para posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial”.

¹⁴³⁷ ABRIL LARRÁINZAR, M.P.: *Información, consulta y negociación en el despido colectivo*, op. cit., p. 233

empresarial; f) Cualquier otra medida organizativa, técnica o de producción dirigida a reducir el número de trabajadores afectados”.

Entre las medidas destinadas a atenuar las consecuencias en los trabajadores afectados, el art. 9.3 Real Decreto 801/2011, de 10 de junio, indica que podrán considerarse: “a) Recolocación externa de los mismos, que podrá ser realizada a través de empresas de recolocación autorizadas. En el caso de que se consideren estas medidas, deberá incluirse en la documentación del procedimiento, además de la concreción y detalle de las mismas, la identificación de la empresa de recolocación autorizada para llevarlas a cabo; b) Acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad de los trabajadores; c) Promoción del empleo por cuenta propia como autónomos o en empresas de economía social; d) Medidas compensatorias de los gastos derivados de la movilidad geográfica; e) Medidas compensatorias de las diferencias salariales con un nuevo empleo”.

Por último, el art. 9.4 Real Decreto 801/2011, de 10 de junio, precisa qué medidas pueden considerarse con el fin de hacer posible la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial: “a) Medidas económicas, financieras, industriales o de otra índole para preservar o favorecer la posición competitiva de la empresa en el mercado; b) Medidas técnicas, organizativas o de producción para contribuir a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar su situación a través de una más adecuada organización de los recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda”.

Con la Reforma laboral de 2012¹⁴³⁸ se produce el cambio más importante en cuanto a la regulación del plan social o plan de acompañamiento social, habida cuenta de que este viene sustituido por el plan de recolocación externa. En efecto, tras la reformulación del art. 51 ET, el apartado segundo que se ocupa ahora del procedimiento de consulta-negociación suprime cualquier referencia al plan de acompañamiento social. En concreto, el artículo 51.2 solo se refiere a las medidas sociales de acompañamiento, “herederas” del antiguo plan social, como contenido mínimo de las consultas, aunque sin que exista la obligación de presentar un plan junto con la documentación inicial si la empresa tiene 50 o más trabajadores.

La actual redacción prevista en el Estatuto de los trabajadores indica que “la consulta con los representantes legales 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”. No obstante, como ya se ha indicado y como se tendrá la oportunidad de analizar con mayor profundidad, el art. 51.2 ET no recoge entre los extremos de la documentación inicial una propuesta de las medidas sociales de

¹⁴³⁸ Recuérdese, Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, convalidado por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

acompañamiento como contenido necesario, lo cual supone un hito fundamental en comparación con las regulaciones precedentes¹⁴³⁹.

Por otro lado, si antes de 2012 la regulación del despido colectivo recogía una referencia expresa al plan social o plan de acompañamiento social en el art. 51.4 ET, tras la correspondiente modificación es ahora el art. 51.10 ET el que recoge un nuevo plan de recolocación externa. Un nuevo plan que es distinto de los anteriores: ya sea porque no contempla el conjunto de medidas sociales de acompañamiento (movilidad geográfica, ERTE, recolocación interna, etc.), sino solo la recolocación externa de los trabajadores afectados; porque se dirige a la contratación de tales servicios con una empresa externa autorizada (al margen de las modificaciones introducidas en la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo); o bien porque incrementa significativamente el umbral mínimo para que el plan sea necesario, que aumenta desde los 50 trabajadores en plantilla hasta los 50 (en concreto, 51) trabajadores afectados por el despido colectivo, lo cual apunta a que realmente este plan solo será obligatorio para los casos de despidos colectivos en grandes empresas o en empresas con estructura de grupo¹⁴⁴⁰, dejando para el resto de empresas la negociación de medidas sociales de acompañamiento durante el período de consultas, aunque sin una propuesta inicial.

Ante tales cambios, la doctrina se ha preguntado acerca de si estas modificaciones legislativas son compatibles con la Directiva 98/59/CE. En concreto, se ha determinado que la Directiva comunitaria no obliga ni a informar sobre las medidas sociales de acompañamiento ni a incluirlas en un plan social, habida cuenta de que solo obliga a consultar sobre ellas. La opción del legislador comunitario no es fruto de la casualidad, ya que durante la elaboración de la Directiva 92/56/CEE se discutieron varias posibilidades de elaboración del plan o de información y al final de optó por solo exigir la consulta. En definitiva, la Reforma laboral de 2012 es compatible con los mínimos que exige la Directiva, aunque ello no quiere decir que dicha modificación no suponga un retroceso respecto a la regulación anterior en materia de efectiva negociación de medidas alternativas o complementarias al despido colectivo¹⁴⁴¹.

5.2. El plan de recolocación externa obligatorio

Tal y como indica el art. 51.10 ET y el art. 9 RPDC, la empresa que lleve a cabo un despido colectivo que afecte a más de cincuenta trabajadores deberá ofrecer a los trabajadores afectados un plan de recolocación externa a través de empresas de recolocación autorizadas.

¹⁴³⁹ TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: “Las medidas de acompañamiento social y los planes de recolocación externa en los despidos colectivos tras la reforma de 2012”, *Revista de Derecho Social*, N.º 64, 2013, pp. 63 y ss.

¹⁴⁴⁰ TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: “Las medidas de acompañamiento social en los procesos de reestructuraciones de empresas”, *op. cit.*, p. 313.

¹⁴⁴¹ ABRIL LARRÁINZAR, M.P.: *Información, consulta y negociación en el despido colectivo*, *op. cit.*, pp. 235 y 236. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E.: “La eficacia de las medidas de acompañamiento en la gestión del cambio: el ejemplo «Coca Cola España»”, *Documentación Laboral*, N.º 109, 2017, pp. 174 y 175, aunque sí que le provoca más dudas la diferencia que existe entre las empresas obligadas a elaborar un plan de recolocación externa y las que no.

En este sentido, el art. 3.2 RPDC exige que se adjunte con la comunicación de inicio del procedimiento de consulta-negociación de despido colectivo el plan de recolocación externa¹⁴⁴². Por ello, se trata de un plan de recolocación que se aporta en el inicio del procedimiento en una versión “provisional” o “inicial”, ya que este puede sufrir variaciones a lo largo del período de consultas, fruto de su concreción o ampliación. Así, se denomina al plan de recolocación externa como un “plan dinámico”¹⁴⁴³, sin perjuicio de que tenga que entregarse su versión definitiva con la finalización del procedimiento de despido colectivo, ya sea en el acuerdo o en la correspondiente comunicación final de la decisión empresarial¹⁴⁴⁴. No obstante, desde este momento se puede adelantar la escasa negociación en la práctica del contenido del plan en sede de consultas¹⁴⁴⁵.

La autoridad laboral también puede intervenir en la delimitación del plan de recolocación externa, como se tendrá ocasión de analizar, aunque a través de las limitaciones que conlleva una técnica de intervención administrativa basada en el *soft law*. En concreto, podrá desempeñar funciones de asistencia durante el procedimiento de consulta-negociación, a petición de cualquiera de las partes o por propia iniciativa, y, en concreto, “podrá dirigir a las partes propuestas y recomendaciones sobre las medidas sociales de acompañamiento y, en su caso, sobre el contenido e implantación del plan de recolocación externa, teniendo en cuenta la situación económica de la empresa” (art. 10.2 RPDC). En cualquier caso, tanto la autoridad laboral como la Inspección de Trabajo y Seguridad Social controlarán que se ha presentado plan de recolocación externa cuando este es obligatorio.

Así, las empresas que prevean la realización de un despido colectivo de más de 50 trabajadores deberán de ponerse en contacto con anterioridad al inicio del procedimiento con una agencia de recolocación autorizada para presentar un plan inicial de recolocación externa en la comunicación inicial¹⁴⁴⁶. Se trata de una

¹⁴⁴² El art. 9.1 RPDC también precisa que: “de acuerdo con lo establecido en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, las empresas que lleven a cabo un despido colectivo de más de cincuenta trabajadores deberán incluir en todo caso en la documentación que acompaña la comunicación al inicio del procedimiento, un plan de recolocación externa para los trabajadores afectados por el despido colectivo, a través de empresas de recolocación autorizadas”.

¹⁴⁴³ ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, op. cit., p. 166.

¹⁴⁴⁴ “El contenido del plan de recolocación podrá ser concretado o ampliado a lo largo del periodo de consultas, si bien al finalizar el mismo deberá ser presentada su redacción definitiva” (art. 9.4 RPDC).

¹⁴⁴⁵ Del estudio de SÁNCHEZ TORRES, E.; BEL ANTAKI, J.; GINÈS I FABRELLAS, A. y ZELICH, M.: *Informe sobre planes de recolocación. Los servicios de recolocación en la práctica: ¿cómo mejorar su efectividad?*, ESADE (IEL) – LHH, 2015, p. 4, únicamente el 10% de los planes analizados han sido acordados con los representantes de los trabajadores, “aunque no se especifica el contenido del acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores”.

¹⁴⁴⁶ Para NAVARRO NIETO, F.: “Medidas sociales de acompañamiento y mantenimiento del empleo”, op. cit., p. 285, este plan inicial, al ser redactado por una agencia de recolocación externa, deberá de tener una concreción técnica en sus contenidos desde el principio.

empresa que desempeñará, por tanto, servicios de recolocación o de *outplacement*¹⁴⁴⁷ identificando diversas acciones de información, asesoramiento, formación y apoyo en la búsqueda de un nuevo trabajo en favor de los trabajadores despedidos. Se trata de un “conjunto de servicios proporcionados por una empresa consultora especializada a aquellos profesionales que deben buscar un nuevo empleo, para que lo encuentren, de forma que satisfaga sus expectativas, en el menor plazo posible”¹⁴⁴⁸.

El plan de recolocación externa supone, por tanto, un adecuado mecanismo de reestructuración socialmente responsable, acorde con los planteamientos de la gestión preventiva y proactiva de la reestructuración empresarial. En concreto, el plan de recolocación externa pone de relieve la necesidad de residenciar las tutelas no solo respecto a la dimensión indemnizatoria, como ha venido ocurriendo tradicionalmente, sino sobre todo en la dimensión “empleativa” o de empleabilidad de los trabajadores excedentes, precisamente con la finalidad de instrumentar unas garantías más efectivas del derecho social al trabajo *ex art. 35 CE*¹⁴⁴⁹.

En efecto, el tratamiento que reciben los servicios de recolocación reside en la consideración de que el trabajador no es el único responsable de su proceso de transición laboral, sino que también se entiende que la empresa a la que ha pertenecido el trabajador debe de desempeñar un papel decisivo en su recolocación, favoreciendo la empleabilidad de las personas trabajadoras afectadas por el despido colectivo¹⁴⁵⁰. Como precisa la Exposición de motivos del RPDC, apartado cuarto, uno de los principales objetivos del citado reglamento es “regular el plan de recolocación externa de los procedimientos de despido colectivo como obligación legal e indeclinable del empresario, dotando al mismo de efectividad y asegurando su cumplimiento como medida indispensable para permitir transiciones rápidas y adecuadas entre empleos y para mantener a los trabajadores en el mercado de trabajo el mayor tiempo posible, evitando su indebida expulsión del mismo”.

Los beneficios de acudir a esta medida para amortiguar los efectos del despido colectivo son diversos: la empresa, de un lado, mejora “su imagen externa, en la medida

¹⁴⁴⁷ Para SÁEZ LARA, C.: “Espacios y funciones de las empresas de recolocación”, *Temas laborales*, N.º 107, 2010, p. 338, este término procede de Estados Unidos. Es a partir de los años cuarenta cuando los psicólogos industriales estadounidenses comenzaron a intervenir con estrategias de apoyo, ayuda y orientación para facilitar la búsqueda de un nuevo empleo para las personas despedidas, con el fin de que el desempleo fuese el menor tiempo posible. El progreso de estas estrategias ha llevado a considerar actualmente, la desvinculación o despido como parte de un proceso más que un acto aislado. Inicialmente, este proceso de ayuda, apoyo u orientación, recibió el nombre de *decrutment* o *dehired* pero estas expresiones no tuvieron éxito. En concreto, se atribuye en los años sesenta a North la expresión *Outplacement*, sin que esta haya tenido una traducción al castellano. Un término equivalente podría ser el concepto de “desvinculación” o cuando se trata de un programa el de “desvinculación programada” o “desvinculación asistida”.

¹⁴⁴⁸ SÁEZ LARA, C.: *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, *op. cit.*, p. 129.

¹⁴⁴⁹ MONEREO PÉREZ, J.L.: “El régimen jurídico de los despidos colectivos después de la reforma de 2012”, *op. cit.*, p. 340.

¹⁴⁵⁰ MOLINA HERMOSILLA, O.: *La conformación del nuevo sector para la prestación de servicios de recolocación. Balance y análisis de experiencias surgidas en el ámbito de los planes de recolocación externa*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2014, pp. 17 y 18.

en que humaniza la circunstancia vital del despido y potencia ante sus rivales las capacitaciones de sus *ex* trabajadores, recolocados, al fin, en otras compañías, y, de otro, reduce los niveles de ansiedad de los trabajadores no despedidos manteniendo su alta productividad y moral personal, pues se patrocina una sensación de singularidad en la atención de sus problemas individuales, socializando, en fin, dentro de la empresa el fenómeno del desempleo, que ya no puede configurarse como una situación anormal de la vida laboral del trabajador, sino como un estadio por el que, más que probablemente, todos los trabajadores han de transitar alguna vez en su vida laboral”¹⁴⁵¹.

Es necesario indicar que estos beneficios no solo se proyectan sobre las empresas y las personas trabajadoras afectadas, sino también sobre la sociedad en general. Especialmente tras los últimos cambios que están sufriendo los mercados de trabajo a causa de la digitalización de la economía y el proceso de descarbonización, la actividad de recolocación externa puede desempeñar una función esencial a la hora de coadyuvar a la necesaria recualificación y transición digital y verde que evite el incremento del desempleo y posibilite la cobertura de nuevos empleos o capacidades. A nivel local también pueden cumplir un importante papel los planes de recolocación externa, evitando la destrucción de tejido empresarial y de empleo local que redunde y agrave el problema la despoblación rural.

No obstante, a pesar de los anteriores beneficios, el modelo actual de los planes de recolocación externa adolece de ineficacia. Ciertos autores defienden la escasa efectividad que tienen tales planes, en contra de los esfuerzos de marketing de las empresas privadas que prestan estos servicios de recolocación para mostrar el éxito. Y ello se debe a que el empresario y la agencia de recolocación suelen limitarse a un mero cumplimiento formal o documental del plan (“recolocación de papel”); a la “guerra de precios” existente en el saturado mercado de los servicios de recolocación; al escaso interés de los interlocutores sociales y de las autoridades públicas en el plan; y, por último, a la falta de un control judicial fuerte sobre estas medidas de recolocación¹⁴⁵². Algunos autores incluso califican al plan de recolocación externa como uno de los fracasos más importantes de la Reforma laboral de 2012, pues ha derivado en una mera carga formal, más o menos onerosa para las empresas, dotada de una escasa efectividad¹⁴⁵³.

5.2.1. Empresas obligadas a ofrecer un plan de recolocación externa

Dos son los requisitos que se exigen en un despido colectivo para que sea obligatorio el plan de recolocación externa: por un lado, que se alcance el umbral de

¹⁴⁵¹ DE LA CASA QUESADA, S.: “Las empresas de recolocación («outplacement») y nuevos derechos del trabajador a la prevención del desempleo”, *op. cit.*, p. 141.

¹⁴⁵² MOLINA NAVARRETE, C.: “La gestión pública de los «erte» (regulación temporal de empleo) y de los «ere» (regulación extintiva) en el autogobierno andaluz: balance y perspectivas pospandemia”, *Temas laborales*, N.º 160, 2021, pp. 178 y 181. A la misma conclusión llega MOLINA HERMOSILLA, O.: *La conformación del nuevo sector para la prestación de servicios de recolocación. Balance y análisis de experiencias surgidas en el ámbito de los planes de recolocación externa*, *op. cit.*, *passim*.

¹⁴⁵³ PÉREZ CAPITÁN, L.: *El despido colectivo y las medidas de suspensión y reducción temporal de jornada*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2020, pp. 216 y 219.

más de 50 despidos y, por otro lado, que la empresa no se encuentre en situación de concurso.

Tal y como también se ha comentado, no todas las empresas que lleven a cabo despidos colectivos deben de suscribir este plan de recolocación externa. El art. 51.10 ET y su desarrollo reglamentario solo se refiere a “la empresa que lleve a cabo un despido colectivo que afecte a más de cincuenta trabajadores”. Por ello, aquellas empresas que despidan colectivamente a 50 trabajadores o menos no tendrán la obligación de negociar un plan de recolocación externa (STS de 25 de septiembre de 2013, rec. 3/2013), a salvo de que por propia voluntad del empresario se decida contratar tales servicios con una agencia de colocación especializada en virtud de acuerdo o decisión final empresarial. Aunque también puede darse el supuesto de que la empresa despidiera a menos de 50 personas, pero por el cómputo que el RPDC permite de las “extinciones asimiladas”, que posteriormente se analizará, ello dé lugar al plan de recolocación externa obligatorio¹⁴⁵⁴.

Sí que cabe preguntarse qué ocurre si disminuyen finalmente los despidos inicialmente proyectados fruto del procedimiento de consulta-negociación y, por tanto, no se alcanza el umbral de más de 50 despidos en el acuerdo o decisión final. Para un sector doctrinal, la valoración de este requisito debe de situarse en el momento en el que se plantea el proyecto de despido colectivo, por lo que si finalmente disminuye el número de extinciones y no se supera el umbral de 50 la empresa deberá de seguir ofreciendo obligatoriamente un plan de recolocación externa a sus trabajadores afectados. Esta interpretación se sustenta para parte de la doctrina científica¹⁴⁵⁵ en la anterior doctrina jurisprudencial del cómputo temporal “hacia atrás” de los despidos en el período de 90 días, en la regla de cómputo prevista en el art. 9.5 RPDC, así como en la aplicación analógica del criterio legal para determinar el número de plantilla en la empresa en normas conexas (véase, la disposición adicional 16ª de la Ley 27/2011) o en el propio RPDC¹⁴⁵⁶, que toman como referencia la fecha de inicio del procedimiento de despido colectivo. Esta tesis también se sustenta en la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2014 (RJ 2014/4358) que ha determinado que los umbrales para acudir al despido colectivo deben de tenerse en cuenta al inicio del procedimiento, por lo que es indiferente que tras la consulta-negociación y la negociación de medidas alternativas se reduzca finalmente el número de despidos.

Sin embargo, si se atiende al tenor literal de la norma “la empresa que lleve a cabo”, también se podría entender que si la empresa finalmente por acuerdo o por decisión despidiera a menos de 50 trabajadores no sería exigible que la empresa presente el plan de recolocación externa y, en última instancia, lo financie, siempre que, nuevamente, la empresa no acceda de forma voluntaria a diseñar el plan como

¹⁴⁵⁴ NAVARRO NIETO, F.: “Medidas sociales de acompañamiento y mantenimiento del empleo”, *op. cit.*, p. 282.

¹⁴⁵⁵ *Idem.*

¹⁴⁵⁶ “A efectos del cómputo de la plantilla de la empresa, se incluirá la totalidad de los trabajadores que presten servicios en la misma en el día en que se inicie el procedimiento, cualquiera que sea la modalidad contractual utilizada” (art. 1.1 RPDC).

una medida social de acompañamiento más. En concreto, lo expuesto puede suponer un aliciente para que el empresario finalmente reduzca los despidos presupuestados y así no tenga que financiar el plan de recolocación externa, con el consiguiente ahorro de costes.

En cualquier caso, se trata de una cuestión compleja que debería de ser precisada por el legislador, ya que es la puerta de entrada a la obligación de recolocación externa y, por ello, es absolutamente esencial que se precise si el umbral de más 50 despidos debe de valorarse en el inicio del procedimiento o con la decisión final.

Al margen de lo anterior, dentro del límite de más de 50 despidos deberán de incluirse otras extinciones de contratos de trabajo que “se hayan extinguido por iniciativa de la empresa o empresas del mismo grupo, en virtud de motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el artículo 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, siempre que dichas extinciones de contratos se hayan producido dentro de los noventa días inmediatamente anteriores al inicio del despido colectivo” (art. 9.5 RPDC). Teniendo en cuenta la disposición transitoria única del RPDC¹⁴⁵⁷, el art. 9.5, que parece estar inspirado en el art. 1.1.b) de la Directiva 98/59, incluiría dentro del cómputo de los más de 50 despidos todas aquellas otras extinciones realizadas a iniciativa del empresario por motivos no inherentes a la persona del trabajador y con su consentimiento (las denominadas “extinciones asimiladas”), salvo las extinciones “regulares” de contratos temporales. En todo caso, aquí no se aplicaría el límite de 5 despidos previsto en el art. 51.1 penúltimo párrafo ET.

Ahora bien, si el plan de recolocación externa, tal y como reconoce la doctrina¹⁴⁵⁸, queda fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 98/59, no sería necesario aplicar la confusa interpretación del Tribunal de Luxemburgo (doctrina contenida en las sentencias del TJUE *Pujante Rivera*¹⁴⁵⁹, *Ciupa*¹⁴⁶⁰ y *Socha*¹⁴⁶¹) y, con ello, el art. 9.5 RPDC podría quedar referido en general a los despidos individuales o plurales por causas materialmente empresariales (y materialmente colectivos) que se produzcan con anterioridad al procedimiento de despido colectivo (así lo entiende también el Criterio Operativo 105/2023 de la ITSS) e incluso a las bajas voluntarias incentivadas anteriores originadas con motivo del proyecto de reestructuración empresarial (*vid.*, SSTs de 22 de junio de 2023, rec. 223/2022, y de 19 de septiembre de 2023, rec. 61/2023).

¹⁴⁵⁷ “Lo previsto en el artículo 9.5 respecto al cómputo de trabajadores cuyos contratos de trabajo se hayan extinguido por iniciativa de la empresa o empresas del mismo grupo por motivos no inherentes a la persona del trabajador a los efectos de la obligatoriedad de acompañar un plan de recolocación externa a la documentación de iniciación del procedimiento se aplicará exclusivamente respecto de aquellos cuyos contratos de trabajo que se hayan extinguido a partir de la entrada en vigor del Real Decreto que aprueba el presente Reglamento” que, recuérdese, es de fecha 31 de octubre de 2012.

¹⁴⁵⁸ La Directiva comunitaria no obliga ni a informar sobre las medidas sociales de acompañamiento ni a incluirlas en un plan social, habida cuenta de que solo obliga a consultar sobre ellas. ABRIL LARRÁINZAR, M.P., *Información, consulta y negociación en el despido colectivo*, op. cit., pp. 235 y 236.

¹⁴⁵⁹ STJUE de 11 de noviembre de 2015, *Pujante Rivera*, C-422/14.

¹⁴⁶⁰ STJUE de 21 de septiembre de 2017, *Ciupa*, C-429/16.

¹⁴⁶¹ STJUE de 21 de septiembre de 2017, *Socha*, C-149/16.

Salvadas estas dificultades interpretativas, el RPDC se refiere a los contratos extinguidos por iniciativa de la “empresa o empresas del mismo grupo”, lo cual puede dar cabida a que las extinciones asimiladas que se produzcan en otras empresas del grupo empresarial se incluyan dentro del cómputo del plan de recolocación externa. En este caso, a diferencia del régimen general del art. 51.1 ET (sin que se trate, por tanto, de grupo de empresas a efectos laborales) adquiere relevancia para el cómputo del número de extinciones no solo la empresa, sino el grupo empresarial “mercantil” en su conjunto¹⁴⁶².

Por último, estas otras extinciones deberán de haberse producido con 90 días de anterioridad “inmediatos” al inicio del procedimiento de despido colectivo y, por tanto, inmediatamente anteriores a la comunicación inicial, sin que, a su vez, se beneficien (por regla general) de los servicios del plan de recolocación externa, ya que la dicción de la norma especifica claramente que son tenidas en cuenta dichas extinciones asimiladas solo “a efectos del cómputo del número de trabajadores”. En cuanto al sentido del cómputo temporal, mientras que la doctrina *Marclean* implantada por el TJUE recoge un cómputo bidireccional para determinar la superación de los umbrales del despido colectivo, el art. 9.5 RPDC establece un cómputo retrospectivo de 90 días desde la fecha de la comunicación empresarial de inicio para el caso del plan de recolocación externa y el cómputo de las “extinciones asimiladas”. Por tanto, dos métodos de cómputo, pero que son plenamente compatibles ya que, según autorizada doctrina, el plan de recolocación externa no es una cuestión regulada por la Directiva comunitaria y, por ello, no confronta con la doctrina del Tribunal de Justicia¹⁴⁶³.

No obstante, aunque se supere el umbral de más de 50 despidos, a las empresas que “se hubieran sometido a un procedimiento concursal” no les será de aplicación la obligación del plan de recolocación externa¹⁴⁶⁴. Con base en lo ya expuesto para la suscripción de convenio especial con la Seguridad Social en caso de despido colectivo de trabajadores de 55 años o más, esta excepción para las empresas sometidas a procedimiento concursal solo se aplica a partir de la declaración judicial de concurso de la empresa en cuestión. Siguiendo la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo, de fecha de 15 de febrero de 2018 (rec. 3548/2015) para el supuesto del convenio especial, el elemento clave para que se aplique el art. 51.9 ET (y por analogía el art. 51.10 ET) es que el procedimiento de despido colectivo finalice antes de la declaración de concurso, sin que la “fase preconcursal” despliegue los efectos jurídicos necesarios para que no sea exigible tal obligación, sobre la base de la excepción recogida en el Estatuto de los trabajadores (“en todo caso, lo anterior no será de aplicación en las empresas que se hubieran sometido a un procedimiento concursal”).

¹⁴⁶² NAVARRO NIETO, F.: “Medidas sociales de acompañamiento y mantenimiento del empleo”, *op. cit.*, p. 285.

¹⁴⁶³ *Ibidem*, p. 284.

¹⁴⁶⁴ En concreto, el art. 51.10 ET indica que: “En todo caso, lo anterior no será de aplicación en las empresas que se hubieran sometido a un procedimiento concursal”.

En definitiva, como se ha comentado las empresas obligadas al plan de recolocación externa del art. 51.10 ET son aquellas que despiden colectivamente a más de 50 trabajadores (o alcanzan este umbral junto con las extinciones asimiladas)¹⁴⁶⁵. Por ello, los despidos colectivos que no superen tal umbral, no se verán amortiguados, sin perjuicio de otras medidas sociales de acompañamiento, por los planes de recolocación. Ahora bien, sí que sería recomendable que las empresas que tuvieran solvencia económica por llevar a cabo despidos colectivos por causas técnicas, organizativas o productivas a pesar de contar con beneficios o bien en aquellos supuestos en los que la empresa incluyera a trabajadores maduros¹⁴⁶⁶ se tuviera que contratar necesariamente los servicios de recolocación externa, a pesar de que no se alcance el número de despidos previstos en la legislación, como expresión de una operación de reestructuración socialmente responsable¹⁴⁶⁷.

5.2.2. *Agencias de recolocación*

A pesar de que no fue hasta la Reforma de 2010 cuando se introdujo la recolocación de trabajadores como actividad específica de la intermediación laboral, las empresas de recolocación, si bien tímidamente en comparación con otros países avanzados, ya venían operando de forma “informal” en el Estado español¹⁴⁶⁸, especialmente para el caso de los directivos y el personal altamente cualificado¹⁴⁶⁹.

En efecto, fue con Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, con la que se modificó el art. 16 del Estatuto de los Trabajadores de 1995¹⁴⁷⁰ y los artículos 20 a 23 de la Ley de Empleo de 2003¹⁴⁷¹ para incorporar, por un lado, a las agencias de colocación con ánimo de lucro como agentes de la intermediación laboral¹⁴⁷², en sintonía con el ratificado Convenio 181 de

¹⁴⁶⁵ NAVARRO NIETO, F.: “Medidas sociales de acompañamiento y mantenimiento del empleo”, *op. cit.*, p. 285 critica el margen que tienen los empresarios para esquivar la aplicación del plan de recolocación externa a través de la modulación del número de extinciones en los 90 días anteriores, pudiendo acudir incluso a extinciones de común acuerdo para graduar la cuantificación de despidos y extinciones “acumulables”.

¹⁴⁶⁶ Esto último ya se demandaba en MUROS POLO, A.: “Medidas sociales de acompañamiento alternativas o complementarias al despido colectivo: sus deficiencias y potencialidades en el ordenamiento jurídico español”, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 11, N.º 1, 2023, p. 261.

¹⁴⁶⁷ El informe SÁNCHEZ TORRES, E.; BEL ANTAKI, J.; GINÈS I FABRELLAS, A. y ZELICH, M.: *Informe sobre planes de recolocación. Los servicios de recolocación en la práctica: ¿cómo mejorar su efectividad?*, ESADE (IEL) – LHH, 2015, propone que se universalicen los planes de recolocación y se extiendan a todo tipo de despido colectivo, con independencia del número de trabajadores afectados.

¹⁴⁶⁸ Sobre esta cuestión, véase, DE LA CASA QUESADA, S.: “Las empresas de recolocación («outplacement») y nuevos derechos del trabajador a la prevención del desempleo”, *op. cit.*, pp. 138-140.

¹⁴⁶⁹ DE VICENTE PACHÉS, F. y MATEU CARRUANA, M. J.: *Las agencias de colocación mediante la forma jurídica de empresa de economía social*, Granada, Comares, 2012, p. 89.

¹⁴⁷⁰ Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

¹⁴⁷¹ Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo.

¹⁴⁷² Hasta 2010 solo se admitían en el mercado de la intermediación laboral a las agencias de colocación, públicas o privadas, estas últimas sin fines lucrativos, y, con anterioridad a la Ley 10/1994, de 19 de

la OIT¹⁴⁷³, y, por otro lado, a las empresas de recolocación como agencias de colocación especializadas, ampliando el concepto mismo de intermediación, que ya no se limitaba a la mera puesta en contacto de ofertas de trabajo con los demandantes de empleo¹⁴⁷⁴. Este proceso de liberalización del mercado de intermediación laboral prosigue con la posibilidad de que las empresas de trabajo temporal actúen como agencias de colocación (y, por tanto, de recolocación) por mor de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

La citada intervención normativa y el reconocimiento de las empresas de recolocación en la legislación para alguna autora se justifica desde dos perspectivas distintas: una garantista, que persigue la protección de los trabajadores afectados por los procesos de recolocación (como motivo habitual de la regulación de la intermediación en el mercado de trabajo); y otra promocional, con el fin de promover el uso de los servicios de recolocación¹⁴⁷⁵.

El proceso de revalorización del papel de la actividad de recolocación externa culminaría, como ya se ha comentado, con la Reforma laboral del año 2012 y la actual redacción del art. 51.10 ET, que sustituye al antiguo plan de acompañamiento social por el plan de recolocación externa para despidos colectivos de más de 50 personas trabajadoras¹⁴⁷⁶. Del mismo modo, la actual Ley de Empleo (Ley 3/2023, de 28 de febrero)¹⁴⁷⁷ apuesta, en principio, por una mayor regulación de la actividad de recolocación externa frente a sus normas predecesoras.

mayo, sobre medidas urgentes de fomento de la ocupación, en exclusiva a los servicios públicos de empleo. Sobre la evolución histórico-normativa de las agencias de colocación SOBRINO GONZÁLEZ, G.M.: “Régimen jurídico de las agencias de colocación”, en *Temas Laborales*, N.º 110, 2011, pp. 44 y ss.

¹⁴⁷³ Convenio de la OIT número 181 sobre las agencias de empleo privadas de 1997, ratificado por España el 15 junio 1999.

¹⁴⁷⁴ LÓPEZ BALAGUER, M.: “La intermediación laboral en la nueva Ley de Empleo”, en AA.VV., *Empleo y protección social, XXXIII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ponencias, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2023, p. 82.

¹⁴⁷⁵ SÁEZ LARA, C.: “Espacios y funciones de las empresas de recolocación”, *op. cit.*, p. 349.

¹⁴⁷⁶ La Ley 35/2010, de 17 de septiembre, también introdujo una referencia de las empresas de recolocación en el art. 51.4 del Estatuto de los trabajadores de 1995. En concreto: “la consulta con los representantes legales de los trabajadores, quienes ostentarán la condición de parte interesada en la tramitación del expediente de regulación de empleo, tendrá una duración no superior a treinta días naturales, o de quince en el caso de empresas de menos de cincuenta trabajadores, y deberá versar sobre las causas motivadoras del expediente y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados, tales como medidas de recolocación que podrán ser realizadas a través de empresas de recolocación autorizadas o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad, y para posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial”.

¹⁴⁷⁷ Para una valoración de conjunto, véase ALFONSO MELLADO, C.L.: “La nueva Ley de Empleo: una ley necesaria y ¿eficaz?”, *Briefs AEDTSS*, 21, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2023 y ROJO TORRECILLA, E.: “La nueva Ley de Empleo. Una apuesta por la empleabilidad y la atención a la persona”, *Briefs AEDTSS*, 11, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2023.

En lo que aquí respecta, la Ley de Empleo (en adelante, LE) incluye dentro del concepto de la intermediación laboral —entendida como “el conjunto de acciones destinadas a proporcionar a las personas trabajadoras un empleo adecuado a sus características y facilitar a las entidades empleadoras las personas trabajadoras más apropiadas a sus requerimientos y necesidades” (art. 3.c) LE)— a la actividad de recolocación (art. 40.2.b) LE). En concreto, el art. 40.3 LE expone que “se considerará colocación especializada la actividad destinada a la recolocación de las personas trabajadoras o desempleadas que resultaran afectadas en procesos de reestructuración empresarial, cuando aquella hubiera sido establecida o acordada con las personas trabajadoras o sus representantes en los correspondientes planes sociales o programas de recolocación, o decidida por los servicios públicos de empleo, de oficio o a instancia de las personas afectadas por transiciones industriales o por transformaciones en los sectores productivos”.

Se trata de una definición que sitúa a la recolocación como una actividad propia de la intermediación laboral, que se puede desarrollar tanto por los servicios públicos de empleo como por agencias de colocación especializadas (o de recolocación)¹⁴⁷⁸. Esta previsión del art. 40.3 LE, que es “desarrollada” en cierto modo por el art. 44 LE, si bien sigue el esquema de la predecesora Ley de Empleo de 2003, sí que introduce algunas novedades, sobre todo en materia de que el *outplacement* pueda ser decidido por los servicios públicos de empleo por transiciones industriales o por transformaciones en los sectores productivos y, por otro lado, por la particular mención al colectivo de trabajadores mayores de 52 años para que sean recolocados. Como se puede observar, la LE muestra aparentemente una sensibilidad especial con las personas trabajadoras afectadas por procesos de reestructuración empresarial; de hecho, el art. 50 define como colectivo de atención prioritaria para la política de empleo a las “personas trabajadoras provenientes de sectores en reestructuración”¹⁴⁷⁹.

El actual art. 51.10 ET prevé que “la empresa que lleve a cabo un despido colectivo que afecte a más de cincuenta trabajadores deberá ofrecer a los trabajadores afectados un plan de recolocación externa a través de empresas de recolocación autorizadas”. De este modo, frente a la regulación del art. 44 LE que establece que la actividad de recolocación puede ser desarrollada directamente por el personal de los servicios públicos de empleo o por agencias de colocación especializadas, la norma estatutaria es más estricta y parece exigir la contratación con una agencia privada

¹⁴⁷⁸ La especialización de las agencias de recolocación frente a las agencias de colocación “genéricas” no obedece al desarrollo de actividad distinta, sino al tipo de colectivo tratado como sujeto pasivo: las personas trabajadoras afectadas por procesos de reestructuración. DE VICENTE PACHÉS, F. y MATEU CARRUANA, M. J.: *Las agencias de colocación mediante la forma jurídica de empresa de economía social*, op. cit., pp. 93 y 102.

¹⁴⁷⁹ Como crítica puede decirse que los colectivos de atención prioritaria con la nueva Ley de Empleo se han ampliado considerablemente, y ello puede tener consecuencias desde el plano de la efectividad de las medidas a implementar. Cfr.: PÉREZ DEL PRADO, D.: “¿Cómo de prioritarios son los colectivos de la nueva Ley de Empleo?”, en el Blog: *El foro de Labos*, entrada de 14 de marzo de 2023, disponible en: <https://www.elforodelabos.es/2023/03/como-de-prioritarios-son-los-colectivos-de-la-nueva-ley-de-empleo/> (visitada el 20 de septiembre de 2023).

de colocación¹⁴⁸⁰. Algunos autores han planteado incluso que la restricción del art. 51.10 ET puede suponer una vulneración del derecho constitucional a la libertad de empresa, al privar al empresario de la posibilidad de asumir directamente la obligación de recolocación externa o de acudir a los servicios públicos de empleo, sobre todo si se trata de empresas que ya se encuentran dañadas económicamente de por sí¹⁴⁸¹. En este sentido, si desde la nueva Ley de Empleo se quiere fomentar la intervención directa de los servicios públicos de empleo debería de haberse modificado el art. 51.10 ET, especialmente si se tiene en cuenta la trayectoria del *outplacement* en nuestro país, que ha sido capitalizado por el sector privado¹⁴⁸².

La actual Ley de Empleo sigue vinculando la actividad de recolocación con la regulación del despido colectivo, aunque es cierto que introduce “un ligamen adicional con las instituciones” del art. 47 y, en particular, del art. 47 bis del ET¹⁴⁸³. En efecto, el art. 40.3 LE, además de reconocer la colocación especializada en supuestos de reestructuración empresarial cuando así se establezca o acuerde en los correspondientes planes sociales o programas de recolocación (de despido colectivo), también parece reconocer la actividad de recolocación fuera del art. 51 ET para “transiciones industriales o por transformaciones en los sectores productivos”, aunque por decisión de los servicios públicos de empleo, de oficio o a instancia de parte afectada¹⁴⁸⁴.

No obstante, el art. 44 LE, que se encarga de desarrollar la actividad de recolocación de las personas trabajadoras, nada más añade sobre esta cuestión, ya que se limita a una remisión a la regulación del art. 51.10 ET y art. 9 RPDC, circunscribiéndose a la recolocación en los despidos colectivos. Solo indica el art. 44.2 LE que “[a]simismo, la actividad de recolocación podrá desarrollarse a iniciativa de los servicios públicos de empleo cuando concurren circunstancias que lo hagan oportuno”, sin que se precise en qué supuestos concretos se puede activar la recolocación de las personas trabajadoras, más allá del procedimiento de regulación de empleo colectivo. Esta falta de desarrollo de la actividad de recolocación en los procesos de transición industrial o transformación de sectores productivos resulta criticable ya que, a pesar de que se pueda acudir a la regulación del despido colectivo para construir su esqueleto, las peculiaridades del *outplacement* en dichos supuestos requieren de un desarrollo propio¹⁴⁸⁵.

¹⁴⁸⁰ SÁEZ LARA, C.: *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, op. cit., p. 130.

¹⁴⁸¹ CRUZ VILLALÓN, J.: “Hacia una nueva concepción de la legislación laboral”, en *Temas laborales*, N.º 115, 2012, p. 32.

¹⁴⁸² CABEZA PEREIRO, J.: “La nueva dimensión de la intermediación laboral”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, N.º 6, 2023, p. 57.

¹⁴⁸³ *Ibidem*, pp. 56 y 57.

¹⁴⁸⁴ Para FERNÁNDEZ PRIETO, M.: “Empleabilidad e intermediación laboral: novedades y alcance en la Ley 3/2023”, en *Revista Justicia y Trabajo*, N.º extraordinario, 2023, p. 44, los servicios públicos de empleo también pueden decidir implantar planes de recolocación externa en despidos colectivos que no alcancen los más de 50 despidos o en despidos individuales o plurales.

¹⁴⁸⁵ LÓPEZ BALAGUER, M.: “La intermediación laboral en la nueva Ley de Empleo”, op. cit., p. 96.

Además, ello no resulta coherente con el protagonismo especial que le ha concedido la Reforma laboral de 2021¹⁴⁸⁶ al ERTE o al Mecanismo RED frente a la ordenación del despido colectivo, en la idea de construir una especie de *outplacement* preventivo¹⁴⁸⁷. En efecto, la disposición adicional 44ª TRLGSS ha condicionado las exenciones en la cotización empresarial a la Seguridad Social de los ERTE por causas ETOP y del Mecanismo RED a la realización de las acciones formativas de la disposición adicional 25ª ET¹⁴⁸⁸, donde se dedica especial atención a las competencias digitales y a aquellas que permitan la transición ocupacional de la persona trabajadora afectada¹⁴⁸⁹. Es más, el Mecanismo RED en su modalidad sectorial exige que su solicitud venga acompañada de un plan de recualificación de las personas trabajadoras afectadas (art. 47bis.3 ET)¹⁴⁹⁰, ya que en estos casos la crisis que justifica la “activación” del mecanismo es de carácter estructural y permanente. De igual modo, los trabajadores afectados por el Mecanismo RED, en cualquiera de sus dos modalidades, tendrán la consideración de colectivo prioritario para el acceso a las iniciativas de formación del sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral (art. 47 bis 5.b) ET). También cabe destacar, como un factor promocional más, que aquellas empresas que realicen la formación de la D.A. 25ª ET¹⁴⁹¹ tendrán derecho a un incremento de crédito para la financiación de acciones en el ámbito de la formación programada conforme a lo dispuesto en el art. 9.7 de la Ley 30/2015. Sin embargo, a pesar de los esfuerzos del legislador por constituir un recolocación preventiva del trabajador afectado por estos mecanismos de flexibilidad interna sobre la base de la formación profesional, la LE no dedica un desarrollo específico a tal materia y, lo que resulta también criticable como elemento desincentivador, la cláusula de mantenimiento de empleo como contraprestación por las exoneraciones de la D.A. 44ª TRLGSS no prevé una excepción a su incumplimiento si la persona trabajadora se recoloca en una tercera empresa.

Más allá de estas medidas de flexibilidad interna, la doctrina científica se cuestiona hasta qué punto se incluyen otro tipo de despidos en la actividad de

¹⁴⁸⁶ Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo.

¹⁴⁸⁷ CABEZA PEREIRO, J.: “La nueva dimensión de la intermediación laboral”, *op. cit.*, p. 57.

¹⁴⁸⁸ Estas acciones formativas deben de realizarse como máximo en un plazo de seis meses desde la finalización del ERTE o Mecanismo RED (arts. 50.3 RPDC y 20.3 RD 608/2023), coincidiendo con la duración mínima del plan de recolocación externa.

¹⁴⁸⁹ DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “El nuevo régimen de reducción de jornada y de suspensión de contratos por causas ETOP y por fuerza mayor. Una apuesta por la estabilidad y la formación en el empleo”, en *Labos*, N.º extraordinario 0, 2022, p. 88.

¹⁴⁹⁰ BINI, S.: “Formación y mecanismo RED: Transiciones justas en el prisma del nuevo modelo «Industry 5.0»”, en VV.AA.: *Digitalización, recuperación y reformas laborales. Comunicaciones del XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2022, pp. 45 y 46.

¹⁴⁹¹ Este es un matiz importante, ya que mientras el art. 9.7 de la Ley 30/2015 exige que la formación programada guarde relación con la actividad empresarial, la D.A. 25ª ET permite la formación que busque la recualificación del trabajador afectado por ERTE/Mecanismo RED aunque no tenga relación directa con la actividad desarrollada en la empresa.

recolocación. El art. 40.3 LE se refiere a la recolocación de trabajadores afectados por procesos de reestructuración empresarial, “cuando aquella hubiera sido establecida o acordada con las personas trabajadoras o sus representantes en los correspondientes planes sociales o programas de recolocación”. En primer lugar, lógicamente cuando se alcancen los umbrales del art. 51.10 ET se estará ante una actividad de intermediación laboral juridificada, tanto si el plan de recolocación externa es acordado con los representantes de los trabajadores como si es ofrecido (o “establecido”) por parte del empresario en la finalización del procedimiento. En segundo lugar, cuando un despido colectivo no provoque más de 50 extinciones de contratos de trabajo y el empresario opte por ofrecer un plan de recolocación externa o este sea acordado como una medida social de acompañamiento en la consulta-negociación, también se puede entender que esta actividad entra dentro del ámbito de aplicación del art. 40.3 LE. Mayores dudas suscita si el plan de recolocación externa se vincula con despidos objetivos individuales o plurales, para lo cual una parte de la doctrina realiza una interpretación teleológica del concepto jurídico indeterminado “procesos de reestructuración empresarial” para incluir dicho plan en la actividad de recolocación de la LE¹⁴⁹² y, en cambio, otro sector doctrinal defiende una anomia legal en este sentido, que deja fuera a las agencias de recolocación en los tipos de despidos mencionados, lo cual redundaría en problemas de inseguridad jurídica y falta de control de la actividad cuando es llevada a cabo con ánimo de lucro¹⁴⁹³. También se echa en falta una referencia especial a otros supuestos, como la sucesión de empresa o las medidas colectivas que se puedan dar en procesos concursales (arts. 221 y 169 y ss. del Texto Refundido de la Ley Concursal¹⁴⁹⁴), si bien es cierto que se deja la puerta abierta para que la actividad de recolocación se desarrolle a iniciativa de los servicios públicos de empleo “cuando concurren circunstancias que lo hagan oportuno”¹⁴⁹⁵.

En cualquier caso, la solución a esta inseguridad jurídica podría radicar en que se modifique de una vez por todas la Ley de Empleo para que la actividad de recolocación sea intermediación laboral y la agencia que la lleve a cabo sea agencia de colocación especializada con independencia de que el proceso de recolocación se desarrolle o no dentro de un procedimiento de despido colectivo¹⁴⁹⁶.

5.2.3. Contenido, duración e implementación del plan de recolocación externa

La intermediación para la recolocación de la persona trabajadora afectada debe de consistir en activar todos los recursos disponibles por parte de la agencia de colocación para insertar profesionalmente a dicha persona, de forma rápida y, sobre

¹⁴⁹² DE VICENTE PACHÉS, F. y MATEU CARRUANA, M. J.: *op. cit.*, p. 94.

¹⁴⁹³ SOBRINO GONZÁLEZ, G.M.: *op. cit.*, pp. 53 y 54.

¹⁴⁹⁴ Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal.

¹⁴⁹⁵ CABEZA PEREIRO, J.: “La nueva dimensión de la intermediación laboral”, *op. cit.*, pp. 57 y 58.

¹⁴⁹⁶ LÓPEZ BALAGUER, M.: “Las agencias de colocación”, *op. cit.*, pp. 673 y 674, con cita en VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La reforma de la intermediación laboral”, en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, N.º 2, 2010.

todo, en las mejores condiciones posibles. En efecto, la actividad de recolocación o de *outplacement* se caracteriza principalmente por proporcionar servicios de apoyo, información y asesoramiento a la persona trabajadora afectada para la búsqueda de un nuevo empleo (que también puede ser por cuenta propia) al objeto de conseguir que dicha persona gestione con éxito su propio “proceso de recolocación”¹⁴⁹⁷.

Algunos estudios han identificados cinco fases que suelen estar presentes en los planes de recolocación externa: 1) el balance profesional, consistente en descubrir e identificar las capacidades, habilidades, competencias y conocimientos del trabajador, a la vez que se averigua cómo desarrollarlos, teniendo en cuenta sus ambiciones y las motivaciones laborales y personales; 2) el apoyo ocupacional, donde se elabora un proyecto de ocupación que desarrolle todos los potenciales de la persona trabajadora afectada; 3) el plan de acción, el cual consiste en diseñar un modelo de estrategia de carrera y de búsqueda de empleo, utilizando herramientas como la formación en nuevas tecnologías, simulación de entrevistas, elaboración de CV, etc., así como también se busca desarrollar las habilidades a través de técnicas de presentación en público, oratoria, etc.; 4) la campaña de búsqueda de empleo en la que se eligen y ponen en práctica las vías más oportunas de obtener un trabajo (mailing, videoconferencias, bolsas de empleo, internet, redes sociales, etc.); 5) la integración en la nueva empresa, realizando un seguimiento del trabajador colocado hasta que esté plenamente insertado en el nuevo puesto de trabajo¹⁴⁹⁸. Otros autores, del análisis de los programas habituales de recolocación ofrecidos por empresas especializadas, concluyen que existen tres principales fases (que agrupan, a su vez, las actividades anteriores): la de acogida, que recoge la etapa inicial donde se provee de información a las personas trabajadoras afectadas sobre el servicio ofrecido; la de desarrollo, donde reside el grueso de la actividad de recolocación (evaluación de competencias, preferencias, limitaciones, reorientación profesional, reciclaje profesional y el propio proceso de demanda de empleo); y la fase del seguimiento tras la consecución de la recolocación de la persona trabajadora¹⁴⁹⁹.

Ahora bien, para conocer el procedimiento, la duración y los contenidos que se exigen mínimamente para implantar un plan de recolocación externa en el ordenamiento jurídico español es necesario acudir a la regulación del despido colectivo (art. 51.10 ET y art. 9 RPDC), tal y como establece el art. 44.2 LE a través de la técnica de remisión expresa.

¹⁴⁹⁷ En palabras de SÁEZ LARA, C.: “Espacios y funciones de las empresas de recolocación”, *op. cit.*, pp. 338-339 y 343.

¹⁴⁹⁸ ALMENDROS GONZÁLEZ, M.Á.: “El papel de otras agencias y entidades en la colocación”, en AA.VV., *La política y el Derecho del empleo en la nueva sociedad del trabajo. Libro homenaje a la profesora Rosa Quesada Segura*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2016, pp. 503 y 504 y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *La intermediación en el mercado de trabajo: análisis y propuestas*, La Ley, 2012, pp. 393 y 394.

¹⁴⁹⁹ DE FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, C. “Revisión de los planes de recolocación externa de un despido colectivo en el marco del proceso de digitalización de la economía”, en *Reestructuraciones empresariales: Comunicaciones del XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2021, p. 862.

De este modo, la regulación del despido colectivo (arts. 3.2 y 9.1 RPDC) establece que junto con la comunicación inicial del despido colectivo deberá de adjuntarse un plan de recolocación externa “provisional” o “inicial”, realizado por una “empresa de recolocación autorizada”. En efecto, las empresas que prevean la realización de un despido colectivo de más de 50 trabajadores deberán de ponerse en contacto con carácter previo al inicio del procedimiento de consulta-negociación con una empresa de recolocación autorizada con el fin de presentar un plan inicial de recolocación en la comunicación inicial¹⁵⁰⁰. Se trata, por ello, de un plan que se presenta al inicio del procedimiento y que puede sufrir variaciones a lo largo de la consulta-negociación, fruto de la negociación, su concreción o ampliación. Es un “plan dinámico”¹⁵⁰¹, sin perjuicio de que tenga que entregarse su versión definitiva con la finalización del procedimiento de despido colectivo, ya sea en el acuerdo o en la correspondiente comunicación final de la decisión empresarial (art. 9.4 RPDC)¹⁵⁰².

En cuanto al contenido del plan de recolocación externa, el art. 51.10 ET reconoce que deberá de incluir “medidas de formación y orientación profesional, atención personalizada al trabajador afectado y búsqueda activa de empleo”, en un sentido más amplio que la estricta actividad de intermediación laboral y en línea con la definición de política activa de empleo del art. 31 LE¹⁵⁰³. El desarrollo reglamentario añade algo más (aunque no con suficiente detalle) respecto a cuál debe de ser el contenido mínimo de la actividad de recolocación. Así, el art. 9.3 RPDC identifica una serie de materias que deben de estar presentes en el plan de recolocación externa inicial, es decir, aquel que se aporte en la comunicación inicial, aunque como se ha indicado las partes pueden aprovechar las consultas para modificar o perfeccionar el plan presentado. Tales materias son:

“a) De intermediación consistentes en la puesta en contacto de las ofertas de trabajo existentes en otras empresas con los trabajadores afectados por el despido colectivo.

b) De orientación profesional destinadas a la identificación del perfil profesional de los trabajadores para la cobertura de puestos de trabajo en las posibles empresas destinatarias de la recolocación.

¹⁵⁰⁰ Para NAVARRO NIETO, F.: “Medidas sociales de acompañamiento y mantenimiento del empleo”, *op. cit.*, p. 285, este plan inicial, al ser redactado por una agencia de recolocación externa, deberá de tener una concreción técnica en sus contenidos desde el principio.

¹⁵⁰¹ ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, Lex Nova, 2015, p. 166.

¹⁵⁰² “El contenido del plan de recolocación podrá ser concretado o ampliado a lo largo del periodo de consultas, si bien al finalizar el mismo deberá ser presentada su redacción definitiva” (art. 9.4 RPDC).

¹⁵⁰³ E. SÁNCHEZ TORRES; J. BEL ANTAKI; A. GINÈS I FABRELLAS y M. ZELICH, *Informe sobre planes de recolocación. Los servicios de recolocación en la práctica: ¿cómo mejorar su efectividad?*, ESADE (IEL) – LHH, 2015, identifica como una propuesta de mejora que “se desvincule la recolocación de la intermediación, para vincularla a la lógica de las políticas de empleo integradas y a la idea de transición y desarrollo profesional”.

c) De formación profesional dirigidas a la capacitación de los trabajadores para el desempeño de las actividades laborales en dichas empresas.

d) De atención personalizada destinadas al asesoramiento de los trabajadores respecto de todos los aspectos relacionados con su recolocación, en especial, respecto de la búsqueda activa de empleo por parte de los mismos”.

Respecto a la duración del plan de recolocación externa, tanto el Estatuto de los Trabajadores como el Reglamento de despido colectivo establecen un plazo de 6 meses¹⁵⁰⁴, que se configura como un plazo mínimo, por lo que podrá ser ampliado, tanto por acuerdo de las partes como por voluntad del empresario¹⁵⁰⁵. En este punto, el legislador español ha optado por un plazo de tiempo predeterminado, que se desvincula del periodo que dure la recolocación efectiva de la persona trabajadora afectada, y mucho más de su inserción efectiva en el nuevo puesto de trabajo¹⁵⁰⁶.

El desarrollo reglamentario contiene un matiz importante: la atención continuada, que debe de comprender las materias anteriormente comentadas, debe de focalizarse (“con especial extensión e intensidad”) sobre los trabajadores de mayor edad (art. 9.2 RPDC). Dicha especial atención a este colectivo deriva de su menor empleabilidad y de la dificultad en su reinserción laboral como muestra su elevada presencia en el desempleo de larga duración¹⁵⁰⁷. La puntualización que realiza el art. 9.2 RPDC busca de este modo evitar que se vean expulsados los trabajadores maduros de forma definitiva del mercado de trabajo, ya que suelen ser los principales afectados por las reestructuraciones empresariales¹⁵⁰⁸. Esta especial referencia a los trabajadores de mayor edad o maduros es coherente con el apartado tercero del art. 44 de la Ley de Empleo, donde se indica que el plan de recolocación externa deberá de procurar, “en particular, el retorno al mercado de trabajo de las personas trabajadoras, hombres y mujeres, cuyos contratos se hayan extinguido por despido colectivo después de los cincuenta y dos años, evitando toda discriminación por razón de edad”¹⁵⁰⁹. Sin embargo, la doctrina científica se ha lamentado de que esta precisión que realiza la nueva Ley de Empleo solo se refiera a la actividad de recolocación en los despidos

¹⁵⁰⁴ El informe de E. SÁNCHEZ TORRES; J. BEL ANTAKI; A. GINÈS I FABRELLAS y M. ZELICH, *op. cit.*, recomienda que se incremente su duración, aunque no indica plazo concreto. No obstante, sí recoge que el tiempo medio de duración de los planes de recolocación es de 8 meses.

¹⁵⁰⁵ Véase, la SAN de 11 de marzo de 2013 (rec. 381/2012), que recoge un supuesto en el que se pactó un plan de recolocación de 24 meses, superando el mínimo legal de 6 meses, e incluso con un compromiso de recolocación del 85% de los trabajadores afectados.

¹⁵⁰⁶ DE FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, C.: *op. cit.*, p. 855 habla de un plan de recolocación externa de duración acotada.

¹⁵⁰⁷ ALCÁZAR ORTIZ, S.: *op. cit.*, p. 164.

¹⁵⁰⁸ LÓPEZ INSUA, B.M.: “Capítulo 6. El despido colectivo de los trabajadores de edad avanzada”, en J.L. MONEREO PÉREZ y J.A. MALDONADO MOLINA (Dirs.), *Envejecimiento activo y vida laboral*, Comares, 2019, pp. 409-437.

¹⁵⁰⁹ El art. 50 LE también reconoce como colectivo vulnerable de atención prioritaria para la política de empleo a las personas mayores de 45 años.

colectivos, desaprovechando la oportunidad para extender la especial protección al colectivo de trabajadores maduros a otras iniciativas de *outplacement*¹⁵¹⁰.

Como crítica en cuanto a la ordenación normativa del contenido del plan de recolocación externa, autorizada doctrina entiende que la obligación del art. 51.10 ET se entiende cumplida con la simple presentación del plan inicial que reúna formalmente los contenidos que establece el art. 9.3 RPDC, los cuales son bastante genéricos y casi tributarios de una definición general de lo que es la recolocación o el *outplacement*¹⁵¹¹, siendo necesario que se detallen los extremos de la recolocación externa con mayor rigurosidad en una eventual reforma (v.gr.: número de sesiones a realizar o el tipo de formación requerida¹⁵¹², añadiéndose una especial mención a la capacitación en competencias digitales y para la transición ecológica¹⁵¹³). Asimismo, deberían de implementarse reformas legales que promuevan una mayor intervención e implicación de los representantes de los trabajadores en el diseño, negociación e implementación del plan. Podría resultar adecuado que se estableciera expresamente la obligación de negociar el plan de recolocación externa durante las consultas; que se sometiera a acuerdo la elección de la empresa de recolocación encargada de prestar tales servicios; que el empresario tuviera que indicar necesariamente el coste que le suponen los servicios de recolocación por trabajador en el plan inicial; así como que se debiera de detallar suficientemente en el plan los servicios mínimos que va a recibir cada trabajador¹⁵¹⁴.

La financiación del plan de recolocación externa no recaerá sobre los trabajadores. El art. 51.10 ET especifica que “el coste de la elaboración e implantación de dicho plan no recaerá en ningún caso sobre los trabajadores”. En coherencia con lo establecido con carácter general para los servicios de intermediación en el mercado de trabajo, tales deberán de ser gratuitos para el trabajador. Quien debe de hacer frente al coste del plan de recolocación externa es el empresario que efectúa los despidos colectivos. En efecto, en el contrato mercantil o civil que debe de realizar la agencia de recolocación y la empresa cliente deberá de fijarse el precio correspondiente por

¹⁵¹⁰ CABEZA PEREIRO, J.: “La nueva dimensión de la intermediación laboral”, *op. cit.*, p. 59.

¹⁵¹¹ SÁEZ LARA, C.: *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, *op. cit.*, p. 187, indica que el análisis de los acuerdos alcanzados en consultas pone de manifiesto la escasa visibilidad del plan de recolocación externa, ya que muchas veces tales acuerdos se limitan a recoger su existencia o a mencionar a la empresa de recolocación externa que se ha contratado, siendo excepcional el acuerdo que incorpora el propio plan de recolocación a su contenido. Véase ampliamente E. SÁNCHEZ TORRES; J. BEL ANTAKI; A. GINÈS I FABRELLAS y M. ZELICH, *op. cit.*, *passim*.

¹⁵¹² En el informe de E. Sánchez Torres; J. BEL ANTAKI; A. GINÈS I FABRELLAS y M. ZELICH, *op. cit.*, p. 12, se detallan qué cuestiones debería de incluir la legislación para que se precisen en el plan.

¹⁵¹³ DE FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, C.: *op. cit.*, p. 864 indica que por lo general los programas de recolocación no suelen contemplar la transformación digital de la persona trabajadora despedida.

¹⁵¹⁴ MOLINA HERMOSILLA, O.: *La conformación del nuevo sector para la prestación de servicios de recolocación. Balance y análisis de experiencias surgidas en el ámbito de los planes de recolocación externa*, *op. cit.*, pp. 80-82.

los servicios de recolocación, siempre que esta primera agencia no actúe como una entidad colaboradora de los servicios públicos de empleo¹⁵¹⁵.

No obstante, la fijación de estos precios en la prestación de un servicio de intermediación laboral, que debería de ser público-social, en un régimen de libre competencia conduce una “guerra de precios”, claramente negativa en cuanto al sentido del plan de recolocación externa y a la calidad del servicio ofrecido¹⁵¹⁶. Además, si tenemos en cuenta que el precio suele fijarse en función del número de trabajadores atendidos, puede existir cierta tentación de que el empresario no fomente ni difunda en exceso el plan de recolocación, ya que cuantas menos personas se adhieran, menor será el coste para la empresa¹⁵¹⁷. De hecho, que la adhesión al plan de recolocación externa por parte de las personas trabajadoras sea voluntaria¹⁵¹⁸ y que no exista en la normativa legal y reglamentaria de despido colectivo una obligación de comunicación individual del plan a los trabajadores afectados¹⁵¹⁹ pueden permitir tales prácticas.

Por último, es necesario indicar que es posible que, ante el silencio de la norma y el contenido vago o genérico de la misma, el empresario se limite a presentar, o en el mejor de los casos a negociar (puesto que ello no es obligatorio)¹⁵²⁰, el plan de recolocación externa y que, una vez que esto ocurra, el empresario e incluso los representantes de los trabajadores se desentiendan. En este sentido, también podría resultar oportuno que durante la negociación del plan de recolocación externa en las consultas se incluyeran medidas que garanticen el control y seguimiento del plan en su implementación. Podría ser útil, no solo que se introdujeran estas previsiones con carácter previo en el propio convenio colectivo, sino que se incluyeran en la negociación las distintas vías para el estudio posterior del plan (la creación de una comisión *ad hoc*) o los criterios para evaluar el nivel de cumplimiento (incluir compromisos concretos de recolocación, tanto a cuantitativos como cualitativos)¹⁵²¹. Las mejoras prácticas en materia de plan de recolocación externa han optado por el incremento de la indemnización en aquellos casos en los que se incumpla el compromiso de recolocación

¹⁵¹⁵ ALMENDROS GONZÁLEZ, M.Á.: *op. cit.*, p. 504.

¹⁵¹⁶ MOLINA NAVARRETE, C.: *La gestión pública de los «erte» (regulación temporal de empleo) y de los «ere» (regulación extintiva) en el autogobierno andaluz: balance y perspectivas pospandemia*, en *Temas laborales*, n. 160, 2021, p. 182.

¹⁵¹⁷ MOLINA HERMOSILLA, O.: *La conformación del nuevo sector para la prestación de servicios de recolocación. Balance y análisis de experiencias surgidas en el ámbito de los planes de recolocación externa*, *op. cit.*, p. 58.

¹⁵¹⁸ Sobre la importancia de la implicación activa del trabajador en su proceso de recolocación, véase DE VICENTE PACHÉS, F. y MATEU CARRUANA, M. J. *op. cit.*, pp. 97 y 98.

¹⁵¹⁹ El artículo 53.1 ET, por remisión del 51.4, no prevé expresamente este extremo.

¹⁵²⁰ Según el informe 02/2014 del CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE ESPAÑA, *La situación sociolaboral de las personas de 45 a 64 años de edad*, 2014, p. 137, “[e]l Reglamento de la regulación colectiva de empleo no establece taxativamente que el plan de recolocación presentado por la empresa deba ser objeto de negociación con los representantes legales de los trabajadores”.

¹⁵²¹ MOLINA HERMOSILLA, O.: *La conformación del nuevo sector para la prestación de servicios de recolocación. Balance y análisis de experiencias surgidas en el ámbito de los planes de recolocación externa*, *op. cit.*, pp. 81 y 82 y 119-121.

transcurrido un determinado plazo, que suele coincidir con el tiempo que dure la prestación de servicios de recolocación¹⁵²².

5.2.4. Los servicios públicos de empleo y la actividad de recolocación

Tal y como precisa el art. 42 LE, la intermediación laboral, y con ello la actividad de recolocación, tiene la consideración de servicio de carácter público, con independencia del agente que la realice. De este modo, todos los agentes que intervengan en el proceso (servicios públicos de empleo, agencias de colocación o aquellos otros servicios que reglamentariamente se determinen para o con las personas en el exterior) deberán de actuar con total transparencia, informando sobre el desarrollo de la actividad y la aplicación a la actuación de los objetivos y principios rectores de la política de empleo en los términos recogidos en los arts. 4 y 5 LE¹⁵²³.

Efectivamente, la actividad de recolocación puede ser desempeñada tanto directamente por el servicio público de empleo como por las agencias de colocación especializadas en la materia (art. 44.1 LE). En cuanto a las agencias de recolocación, estas deberán de presentar la correspondiente declaración responsable ante el servicio público de empleo competente de la Comunidad o ciudad autónoma en la que tengan su establecimiento principal para operar en el mercado de trabajo nacional (art. 43.2 LE). Como se puede observar, con el RD-ley 8/2014, de 4 de julio, que perseguía adaptar la normativa a la Directiva 2006/123/CE relativa a los servicios en el mercado interior y a la Ley 20/2013 de garantía de la unidad de mercado, la autorización administrativa de la que debían disponer las agencias de colocación privadas ha desaparecido para dejar paso a la declaración responsable, la cual se introduce para simplificar las trabas administrativas en el inicio de la actividad y evitar la presencia de obstáculos a la libre prestación de servicios y a la libertad de establecimiento.

Así, se transita de un control previo a un control posterior al inicio de la actividad¹⁵²⁴, ya que las agencias de recolocación deberán de seguir cumpliendo en su actividad una serie de obligaciones previstas tanto en la ley (art. 43.3 LE) como en el reglamento (a la espera de la aprobación del nuevo, véase el art. 5 RD 1796/2010, de 30 de diciembre), las cuales serán fiscalizadas posteriormente.

No obstante, se trata de unos criterios laxos que, para la mejor doctrina, no garantizan la calidad de los servicios prestados por las empresas de recolocación externa. En concreto, no se recoge una referencia expresa a los requisitos de profesionalidad que debe reunir el personal técnico que se encarga de la recolocación. De las pocas referencias, el documento elaborado por la Comisión de Coordinación y Seguimiento del SISPE “Agencias de colocación: obligaciones y requisitos de actuación”, de fecha de noviembre de 2020, solo parece exigir una experiencia mínima de 6 meses en

¹⁵²² V.gr.: la STS de 2 de abril de 2019, rec. 433/2018, recoge entre sus hechos probados el caso de una empresa que realiza un despido colectivo y reconoce como garantía de cumplimiento del plan de recolocación que si no se produce tal recolocación al final del plan se abonará una indemnización adicional.

¹⁵²³ FERNÁNDEZ PRIETO, M.: *op. cit.*, pp. 46 y 47.

¹⁵²⁴ LÓPEZ BALAGUER, M.: “Las agencias de colocación”, *op. cit.*, pp. 676 y 677.

programas de empleo y/o gestión de recursos humanos a cumplir por el 50 % del personal técnico (personal que deberá de ser mantenido en la agencia de colocación durante los 6 meses iniciales a la actividad). En definitiva, la ausencia de referencia a la solvencia técnica del personal encargado de la recolocación no hace más que mermar la propia calidad y eficacia de la medida, que no es otra que la recolocación del trabajador afectado por el despido colectivo en el mercado de trabajo¹⁵²⁵.

Además, la introducción de las Empresas de Trabajo Temporal como agencias de colocación por parte de la Ley 3/2012 a través de una declaración responsable también reduce la calidad de los servicios prestados de recolocación, enfocándose más en el aspecto cuantitativo que cualitativo de la recolocación. Incluso se apunta a que se hayan podido producir prácticas de competencias desleal, en el sentido de que la ETT haya cobrado dos veces por el mismo servicio: como empresa de recolocación externa de la empresa que realiza el despido colectivo y como ETT de la empresa usuaria tras la cesión de los trabajadores contenidos en el plan de recolocación (aunque también es cierto que el art. 1 Ley 14/1994 de las Empresas de Trabajo Temporal obliga a la ETT a informar, tanto a sus trabajadores como a las empresas clientes, de estar prestando servicios como agencia de colocación o como ETT). Todo lo cual ha permitido, por ende, ofrecer precios más bajos a las ETT en su actividad de recolocación, que el resto de empresas del sector¹⁵²⁶.

En definitiva, la baja exigencia para actuar como agencia de colocación¹⁵²⁷; la entrada de nuevos operadores en el mercado de la recolocación; la desconfianza y la escasa implicación de los trabajadores en la negociación de los planes de recolocación externa; la búsqueda del mínimo coste por parte del empresario, sobre todo en despidos por causas económicas; la escasa transparencia y ausencia de mecanismos de control sociales o públicos; o bien la concentración de la cuota de mercado en las grandes empresas, ha llevado a convertir al mercado de la prestación de los servicios de recolocación externa en un mercado caracterizado por la “guerra de precios” y el crecimiento o la competitividad sobre la base, no de la calidad del servicio ofrecido,

¹⁵²⁵ MOLINA HERMOSILLA, O.: *La conformación del nuevo sector para la prestación de servicios de recolocación. Balance y análisis de experiencias surgidas en el ámbito de los planes de recolocación externa*, op. cit., pp. 76-80.

¹⁵²⁶ DE VICENTE PACHÉS, F. y MATEU CARRUANA, M. J. op. cit., p. 104 y, ampliamente, MOLINA HERMOSILLA, O.: *La conformación del nuevo sector para la prestación de servicios de recolocación. Balance y análisis de experiencias surgidas en el ámbito de los planes de recolocación externa*, op. cit., pp. 53-61.

¹⁵²⁷ SERRANO FALCÓN, C.: “Colocación e intermediación: el modelo legal vigente en España”, en VV.AA.: *La política y el Derecho del empleo en la nueva sociedad del trabajo. Libro homenaje a la profesora Rosa Quesada Segura*, Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2016, p. 435, señala que un modelo en el que intervengan las agencias de empleo privadas no tiene por qué ser negativo, siempre que existan adecuados mecanismos de coordinación entre todos los agentes que participan en la intermediación laboral, a la vez que exista un control de los mismos. No obstante, este control se ha debilitado con la eliminación de la autorización previa para las agencias de colocación.

sino de ofrecer el menor coste para las empresas obligadas a desarrollar los planes de recolocación¹⁵²⁸.

Dicho lo anterior, las agencias de colocación podrán actuar o bien en coordinación con los servicios públicos de empleo o bien como entidades colaboradoras de estos a través de la articulación del correspondiente instrumento jurídico para la prestación de servicios de intermediación laboral o, en su caso, con sujeción al acuerdo marco para la contratación de servicios que faciliten el desarrollo de políticas activas de empleo previsto en la disposición adicional trigésimo primera de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre (art. 41.1.b) LE). Ello quiere decir que en general las agencias de colocación deberán de actuar siempre de forma coordinada con los servicios públicos de empleo¹⁵²⁹, a través de la transmisión de la información que reglamentariamente se determine, respecto al número de personas trabajadoras atendidas y las actividades de recolocación que se desarrollen con periodicidad mensual y anual (art. 43.3.a) LE y art. 5 m) y n) RD 1796/2010). Además, es necesario el sometimiento de la actividad de intermediación realizada por las agencias de recolocación a seguimiento y evaluación por parte de los servicios de empleo competentes territorialmente (art. 42.7 LE). Unas obligaciones de información y control que se refuerzan cuando la agencia de colocación especializada es una entidad colaboradora de los servicios públicos de empleo (*vid.*, arts. 26 y 27 LE y 17 y 20 RD 1796/2010), sin olvidar el impacto que pueda tener la implantación de la tasa de intermediación del art. 36 LE o los indicadores de eficiencia del 46 LE en la información a suministrar (número y perfil de las personas atendidas, ofertas de empleo captadas, la reducción de las brechas de género, y las inserciones en el mercado laboral conseguidas).

De este modo, las agencias de colocación formalizarán acuerdos de coordinación o convenios de colaboración con los servicios públicos de empleo y, en virtud de tales acuerdos, “los servicios públicos podrán redirigir a las agencias a las personas demandantes de empleo para la prestación de los servicios de colocación e intermediación laboral solicitados. También podrán derivar a las empresas usuarias de esos servicios cuando así se contemple en el correspondiente acuerdo y se garantice la gratuidad del servicio para las empresas, como lo es también por definición para los usuarios de las políticas activas de empleo. Las empresas y personas demandantes de servicios de empleo podrán también concertar directamente la prestación de servicios de intermediación con agencias de colocación, que actúen en coordinación o colaboración con los servicios públicos de empleo y con sujeción a los principios rectores de la política de empleo, con la finalidad, en el caso de las personas trabajadoras, de encontrar un empleo adecuado a su perfil y, en el caso de las empresas, de solicitar y, en su caso, reclutar a las personas candidatas cuyo perfil se ajuste a sus

¹⁵²⁸ MOLINA HERMOSILLA, O.: *La conformación del nuevo sector para la prestación de servicios de recolocación. Balance y análisis de experiencias surgidas en el ámbito de los planes de recolocación externa*, op. cit., *passim*. No obstante, también existen buenas prácticas en materia de planes de recolocación externa, pp. 117-119.

¹⁵²⁹ Para LÓPEZ BALAGUER, M.: “La intermediación laboral en la nueva Ley de Empleo”, op. cit., p. 105, la nueva LE mantiene la exigencia legal de que todas las agencias de colocación actúen en coordinación con el Sistema Nacional de Empleo.

requerimientos y necesidades” (art. 42.4 LE). Así, los servicios públicos podrán derivar tanto a trabajadores afectados como a empresas afectadas por la reestructuración a agencias de recolocación colaboradoras, siendo en este caso el servicio gratuito para las empresas. Si atendemos al tenor literal del artículo recogido, no queda claro que la empresa afectada pueda acudir directamente a la agencia de recolocación en el ámbito de la colaboración con el servicio público, ya que en el caso de empresas la actividad debe de estar dirigida al reclutamiento de personas trabajadoras.

La colaboración de las agencias de colocación con los servicios públicos de empleo podrá consistir en la concesión de subvenciones públicas, contratación administrativa o cualquier otra forma jurídica ajustada a la normativa estatal y autonómica (art. 42.5 LE), aunque dicha financiación deberá de responder a los indicadores de eficiencia del art. 46 LE. No obstante, las agencias de colocación que actúen con ánimo de lucro deberán, al margen de la actividad concertada públicamente, desarrollar al menos un 60 por ciento de su actividad con fondos propios. También hay que añadir en lo que respecta a la actividad de recolocación que “se potenciará la suscripción de convenios para la ejecución de programas incluidos en los instrumentos de planificación y coordinación de la política de empleo que respondan a necesidades específicas, en particular de ciertos territorios por transiciones industriales, transformaciones productivas o despoblación, o protejan a colectivos con necesidades especiales” (art. 42.6 LE).

No obstante a todo lo anterior, ha venido siendo una frecuente crítica en España que la colaboración público-privada ha desempeñado tradicionalmente un escaso protagonismo en las actividades de recolocación¹⁵³⁰, al margen de lo previsto en algunos planes, como el *Plan Reincorpora-T* para desempleados de larga duración (2019-2021)¹⁵³¹, o de algunas experiencias en servicios públicos de empleo autonómicos. Entre estas últimas destaca el Programa de recualificación y recolocación en empresas de Euskadi del Servicio Vasco de Empleo - *Lanbide*, denominado *AukerabeRri*, donde se ofrece un servicio de recolocación a las personas en desempleo procedentes de sectores en dificultad¹⁵³². Un programa que parte de un proyecto piloto¹⁵³³ y que incluso

¹⁵³⁰ En este sentido, cfr., MOLINA NAVARRETE, C.: “La gestión pública de los «erte» (regulación temporal de empleo) y de los «ere» (regulación extintiva) en el autogobierno andaluz: balance y perspectivas pospandemia”, *op. cit.*, pp. 151-188.

¹⁵³¹ El Plan Trienal para prevenir y reducir el paro de larga duración 2019-2021 (*Plan Reincorpora-T*) ha invertido cerca de 96 millones de euros en colaboración público-privada de actividades de recolocación para personas trabajadoras de 45 y más años de edad incluidas en procedimientos de despido colectivo, aunque se critica la falta de transparencia en los resultados del mismo. *Vid.*, AGUILAR GONZÁLEZ, M.C.: “Desempleo de larga duración, colectivos vulnerables y la reformulación de las políticas activas de empleo”, en *Lan Harremanak*, N.º 46, 2021, p. 142. Es más, el informe final del proyecto, de fecha de octubre de 2021, no recoge ni una sola referencia expresa a los planes de recolocación externa en el despido colectivo.

¹⁵³² Programa de recualificación y recolocación en empresas de Euskadi del Servicio Vasco de Empleo - *Lanbide*, denominado *AukerabeRri*, <https://www.lanbide.euskadi.eus/destino/-/aukeraberri/>

¹⁵³³ LANBIDE: *Plan de transición y mejora*, noviembre de 2021, p. 27, disponible en: https://www.lanbide.euskadi.eus/contenidos/informacion/informacion_corporativa/es_def/adjuntos/Lanbide-Hobetzen-_cast.pdf

recibirá financiación comunitaria por parte del Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización (FEAG) para los despidos que se han producido en el sector económico de fabricación de productos metálicos¹⁵³⁴. En el marco de la transición socialmente justa por procesos de descarbonización y la colaboración público-privada en materia de recolocación, también destaca la creación de la bolsa de trabajo para excedentes de la minería del carbón (D.A.2ª RD-ley 25/2018) y el plan de apoyo para la recualificación profesional e inserción laboral de trabajadores y población afectados por la transición energética¹⁵³⁵.

Nuevos horizontes se abren con la nueva Ley de Empleo que en su artículo 57.2.e) identifica dentro del catálogo de servicios garantizados a personas, empresas y demás entidades empleadoras el apoyo en los procesos de recolocación, eso sí, “en los supuestos previstos legalmente”, esto es, en el plan de recolocación externa para despidos colectivos de más de 50 personas trabajadoras. Además, el art. 44 LE ya prevé expresamente que la actividad de recolocación pueda ser desempeñada directamente por el personal de los servicios públicos de empleo o en virtud de “su iniciativa”¹⁵³⁶, aunque no se precisa en qué supuestos, dejando un amplio margen discrecional para la Administración “cuando concurren circunstancias que lo hagan oportuno” (art. 44.2 LE).

La Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo 2021-2024 (RD 1069/2021, de 4 de diciembre) también parece ser más sensible con estos procedimientos cuando sitúa como uno de los ejes de las políticas activas de empleo y de intermediación laboral en España la “coherencia con la transformación productiva”, en el sentido de que las políticas de empleo acompañen las estrategias dirigidas al cambio de modelo productivo, su modernización y digitalización, aprovechando el potencial del empleo para el crecimiento sostenible y para la transición ecológica y digital, con especial atención a los territorios despoblados o en transición productiva. En esta línea, los

¹⁵³⁴ LANBIDE: “1,2 millones de financiación europea para reforzar el programa Aukeraberri”, disponible en: <https://www.lanbide.euskadi.eus/noticia/-/noticia/2022/1-2-millones-de-financiacion-europea-para-reforzar-el-programa-aukeraberri/>

¹⁵³⁵ Orden TED/1323/2021, de 24 de noviembre, por la que se aprueban las directrices de ejecución del Instituto para la Transición Justa, O.A., para la determinación y desarrollo de los instrumentos necesarios de ejecución de los créditos presupuestarios asignados al plan de apoyo para la recualificación profesional e inserción laboral de trabajadores y población afectados por la transición energética de la Componente 10 «Estrategia para la Transición Justa» del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

¹⁵³⁶ Algunas experiencias internacionales de éxito en procesos de reestructuración en los que los servicios públicos de empleo han establecido con las empresas una cooperación a largo plazo a través de servicios de información, consejo y orientación a los trabajadores frente a los despidos colectivos en SÁEZ LARA, C.: *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, op. cit., pp. 188 y 189, con cita en *The Role of the Public Employment Services related to “Flexicurity” in the European Labour Markets*, Final Report, Employment, Social Affairs & Equal Opportunities Progress, March, 2009.

Planes anuales de política de empleo de 2021¹⁵³⁷, 2022¹⁵³⁸ y 2023¹⁵³⁹ han establecido como servicio común, dentro del eje 1 de orientación, el “apoyo a los procesos de recolocación en los supuestos previstos legalmente”. Queda por ver qué implantación efectiva tendrá esto.

Por último, como se tendrá ocasión de comentar, el 51.10 ET también reconoce al servicio público de empleo la facultad de controlar el efectivo cumplimiento del plan de recolocación externa. Así, “la autoridad laboral, a través del servicio público de empleo competente, verificará la acreditación del cumplimiento de esta obligación y, en su caso, requerirá a la empresa para que proceda a su cumplimiento”. Esto es, será el servicio público de empleo competente el que compruebe si se ha presentado o no un plan de recolocación externa en los supuestos en los que exista la obligación (despidos de más de 50 trabajadores en una empresa no concursada), requiriendo a la empresa para que cumpla en el caso de que no lo haya hecho.

5.3. Las medidas sociales de acompañamiento

5.3.1. Introducción

Ya se ha comentado que desde la Reforma laboral de 2012 el antiguo plan de acompañamiento social ha sido sustituido por el plan de recolocación externa en caso de despido de más de 50 trabajadores. Con ello, la referencia a las medidas sociales de acompañamiento aparece como contenido del período de consultas en el art. 51.2 ET y art. 7.1 RPDC, en clara sintonía con lo que establece la Directiva comunitaria, la Carta Social Europea revisada y el Convenio 158 de la OIT.

El tenor literal de la norma española indica que: “la consulta con los representantes legales 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”. Esto es, que las consultas deberán de dirigirse a alcanzar un acuerdo sobre las medidas destinadas, en primer lugar, a evitar el despido o, si ello no fuera posible, a reducir el número de extinciones o bien a atenuar los efectos del despido a través de medidas que ayuden al futuro empleo de las personas afectadas¹⁵⁴⁰.

El nuevo modelo normativo del despido colectivo tras su modificación en el año 2012 no recoge como contenido de la comunicación inicial del procedimiento de despido colectivo la oferta de medidas sociales de acompañamiento, por lo que esta debería de quedar relegada, según el sentido del art. 51.2 ET, al propio procedimiento de consulta-negociación y, en concreto, a la primera reunión con los representantes

¹⁵³⁷ Resolución de 9 de diciembre de 2021, BOE de 15 de diciembre de 2021.

¹⁵³⁸ Resolución de 26 de abril de 2022, BOE de 4 de mayo de 2022.

¹⁵³⁹ Resolución de 29 de mayo de 2023, BOE de 6 de junio de 2023.

¹⁵⁴⁰ FALGUERA BARÓ, M.À.: *El procedimiento del despido colectivo y el desarrollo del período de consultas: criterios judiciales*, op. cit., p. 104.

de los trabajadores¹⁵⁴¹. No obstante, tal y como se analizará, el diseño normativo en su conjunto, comenzando por la exclusión de las medidas sociales de acompañamiento de la comunicación inicial y la escasa atención por parte del control judicial, permiten que la fuerza jurídica de la obligación de negociar medidas sociales de acompañamiento en el despido colectivo sea ciertamente débil.

5.3.2. Tipología y clasificación de las MSA. Especial referencia a la indemnización y a la “monetización” de los despidos

El artículo 8 RPDC desarrolla las medidas sociales de acompañamiento a título “ejemplificativo” o “simplemente enunciativo”, a través de la fórmula “entre otras”¹⁵⁴². El reglamento simplemente recoge una sistematización de las medidas sociales más genéricas, o habitualmente utilizadas durante las épocas pasadas de la reconversión industrial¹⁵⁴³, cuya principal finalidad es servir al procedimiento de consulta-negociación como “guía”, sin que se configuren según la doctrina científica más autorizada como contenido mínimo o imprescindible del plan¹⁵⁴⁴. Esto es, que los interlocutores durante el procedimiento de despido colectivo no tendrán que negociar cada una de estas medidas sociales de acompañamiento, sino simplemente algunas de ellas, o incluso otras que no estén especialmente previstas en el listado del art. 8 RPDC.

Dicho lo anterior, el artículo 8 RPDC establece una doble categoría de medidas sociales, en función de que sirvan para evitar o reducir los despidos colectivos (medidas “curativas” o medidas alternativas¹⁵⁴⁵), o bien sirvan para atenuar las consecuencias del despido colectivo en los trabajadores afectados (medidas “paliativas” o medidas complementarias).

En concreto, el apartado primero del art. 8 RPDC indica que entre las medidas para evitar o reducir los despidos colectivos se podrán considerar, “entre otras”, las siguientes:

- a) La recolocación interna de los trabajadores dentro de la misma empresa o, en su caso, en otra del grupo de empresas del que forme parte.

¹⁵⁴¹ SÁEZ LARA, C.: *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, op. cit., p. 129.

¹⁵⁴² ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, op. cit., versión digital.

¹⁵⁴³ MOLINA NAVARRETE, C.: “La gestión pública de los «erte» (regulación temporal de empleo) y de los «ere» (regulación extintiva) en el autogobierno andaluz: balance y perspectivas pospandemia”, op. cit., p. 177.

¹⁵⁴⁴ Para MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornadas*, op. cit., pp. 120 y 121, el RPDC hace una labor formal de mera sistematización y documentación de medidas genéricas que puedan servir al contenido de las consultas.

¹⁵⁴⁵ También se habla de “medidas elusivas de la reestructuración” cuando finalmente se evite realizar un despido colectivo y “medidas reductoras de efectos” cuando se reduzca el número de trabajadores afectados. FALGUERA BARÓ, M.À.: *El procedimiento del despido colectivo y el desarrollo del período de consultas: criterios judiciales*, op. cit., p. 104.

- b) Movilidad funcional de los trabajadores, conforme a lo dispuesto en el artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores.
- c) Movilidad geográfica de los trabajadores, conforme a lo dispuesto en el artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores.
- d) Modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo de los trabajadores, conforme a lo dispuesto en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores.
- e) Inaplicación de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable conforme a lo dispuesto en el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores.
- f) Acciones de formación o reciclaje profesional de los trabajadores que puedan contribuir a la continuidad del proyecto empresarial.
- g) Cualquier otra medida organizativa, técnica o de producción dirigida a reducir el número de trabajadores afectados.

En esta última letra pueden tener cabida los supuestos de suspensión del contrato o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas *ex art.* 47 ET (también conocidos como ERTE), a pesar de que no se mencionen expresamente en el listado del art. 8 RPDC¹⁵⁴⁶. Incluso podría darse la situación de la compatibilidad del despido colectivo con la negociación del mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo en el seno de la consulta-negociación (art. 47 bis ET), aunque también es necesario indicar que ambos procedimientos de negociación no son equivalentes, ya que el mecanismo RED necesita de la activación por parte del Consejo de Ministros y de una autorización ante la autoridad laboral.

Tal y como se analizará con posterioridad, este primer grupo de medidas sociales para evitar o reducir la virtualidad del despido colectivo debe de negociarse dentro del mismo procedimiento de consulta-negociación, sin que tenga que celebrarse otro período negociador (*vid.*, STS de 29 de enero de 2019, rec. 168/2018)¹⁵⁴⁷. Según la sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de mayo de 2013 (rec.108/2013) “es parte del periodo de consultas del despido colectivo el debate que pueda suscitarse sobre cada una de estas cuestiones, y ello podrá dar lugar, en su caso, a la adopción de medidas de flexibilidad interna que sustituyan o acompañen a la flexibilidad externa, puesto que, si no pudieran contemplarse en el proceso de despido colectivo, sería absurdo que el legislador las planteara al hilo del mismo”.

Por otro lado, el artículo 8.2 RPDC, basándose en las medidas de intervención pública que se desarrollaron con las reestructuraciones de determinados sectores

¹⁵⁴⁶ TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: “Las medidas de acompañamiento social en los procesos de reestructuración de empresas”, *op. cit.*, p. 311. En el mismo sentido, NAVARRO NIETO, F.: “Medidas sociales de acompañamiento y mantenimiento del empleo”, *op. cit.*, p. 273.

¹⁵⁴⁷ POQUET CATALÁ, R.: *Análisis de la actual configuración del despido colectivo*, *op. cit.*, versión electrónica.

(textil, calzado, juguetes o mueble) en los años 2000¹⁵⁴⁸, indica que, entre las medidas para atenuar las consecuencias del despido en los trabajadores afectados, podrán considerarse, “entre otras,” las siguientes:

- a) El derecho de reingreso preferente en las vacantes del mismo o similar grupo profesional que se produzcan en la empresa dentro del plazo que se estipule.
- b) La recolocación externa de los trabajadores a través de empresas de recolocación autorizadas. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo siguiente (art. 9 RPDC), en el caso de que se consideren estas medidas, deberá incluirse en la documentación del procedimiento, además de la concreción y detalle de las mismas, la identificación de la empresa de recolocación autorizada para llevarlas a cabo.
- c) Acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad de los trabajadores.
- d) Promoción del empleo por cuenta propia como autónomos o en empresas de economía social, siempre que no persigan la continuidad de la prestación laboral de los trabajadores afectados hacia la misma empresa mediante contratas de obras o de servicios o tipos contractuales análogos que tengan por fin la elusión en fraude de ley de las obligaciones dimanantes del contrato de trabajo.
- e) Medidas compensatorias de los gastos derivados de la movilidad geográfica.
- f) Medidas compensatorias de las diferencias salariales con un nuevo empleo.

En definitiva, el artículo 8 RPDC recoge dos tipos de medidas, alternativas o complementarias, que no son excluyentes, sino que pueden ser concurrentes, por lo que se podrán negociar y prever en el acuerdo medidas de distinto signo¹⁵⁴⁹. Además, el citado artículo recoge una lista abierta, que no es de carácter cerrada o taxativa y que permite introducir otra serie de medidas sociales de acompañamiento¹⁵⁵⁰.

En efecto, las partes pueden pactar garantías de mantenimiento del empleo de los trabajadores no afectados por el despido y la consiguiente obligación empresarial de no proceder a nuevas extinciones de contratos hasta el cumplimiento del período prefijado (SSTJS de Cataluña 5 diciembre 2013, rec. 4187/13; y de la C. Valenciana 11 abril 2013, rec. 941/13). Por otra parte, también se han negociado otro tipo de medidas como que se excluya de las extinciones forzosas a trabajadores que concilien la vida familiar y profesional, mayores de 50 años, personas con discapacidad (SAN 13 noviembre 2015, proc. 257/15); que se promuevan medidas de jubilación anticipada con

¹⁵⁴⁸ NAVARRO NIETO, F.: “Medidas sociales de acompañamiento y mantenimiento del empleo”, *op. cit.*, p. 274. Para FALGUERA BARÓ, M.À.: *El procedimiento del despido colectivo y el desarrollo del período de consultas: criterios judiciales*, *op. cit.*, p. 104 es un catálogo de buenas prácticas.

¹⁵⁴⁹ FALGUERA BARÓ, M.À.: *El procedimiento del despido colectivo y el desarrollo del período de consultas: criterios judiciales*, *op. cit.*, p. 104.

¹⁵⁵⁰ POQUET CATALÁ, R.: *Análisis de la actual configuración del despido colectivo*, *op. cit.*, versión electrónica.

fuertes incentivos para los excedentes forzados (SAN 18 enero 2016, proc. 311/15); que se pacte, como alternativa al despido, la novación de contratos a tiempo completo en contratos a tiempo parcial (SAN 9 febrero 2014, Proc. 241/14; STS 24 noviembre 2015, rec. 154/15), así como la novación de contratos fijos en contratos fijos discontinuos, cuando se convino como alternativa al despido colectivo (SSTS 19 marzo 2014, rec. 226/13, y de 22 septiembre 2014, rec. 305/13); o que se pacte un acuerdo entre la empresa y los trabajadores que venga a configurar un régimen jurídico más beneficioso que el previsto legalmente para las excedencias voluntarias, en cuanto incluye la percepción de una cierta indemnización y se garantiza que la incorporación lo sea en una plaza análoga conservando salario, antigüedad y nivel profesional (STS 17 mayo 2017, EDJ 96496). Por el contrario, se ha considerado fraudulento un acuerdo de despido colectivo en empresa sin actividad alguna en los tres últimos años (STS 20 mayo 2015, EDJ 129856) ¹⁵⁵¹.

También se debe de incluir aquí, siquiera sea de forma limitada y al margen de los planes de prejubilación o las jubilaciones anticipadas incentivadas (que no se constituirían en nuestra opinión como medidas sociales de acompañamiento propiamente dichas, pues no buscan ni el mantenimiento del empleo ni el tránsito hacia un nuevo trabajo), la aportación económica al Tesoro Público del art. 51.11 ET, pues dicha aportación supone una financiación, al menos en parte, de las acciones de inserción laboral de trabajadores de 50 años o más por parte del servicio público de empleo ¹⁵⁵². Del mismo modo, el convenio especial con la Seguridad Social en caso de despido de trabajadores de 55 años o más del art. 51.9 ET también se podría contemplar como una medida social de acompañamiento ¹⁵⁵³.

Por último, algunos autores han determinado que las medidas de flexibilidad interna idóneas destinadas a la evitación del despido, más allá del ERTE o como complemento, siempre que sean negociadas, son: la movilidad funcional interna mediante programas de formación y recualificación; recolocaciones directas internas; acuerdos temporales sobre inaplicación de incrementos salariales pactados, con cláusulas de posterior recuperación y actualización salarial; y acuerdos temporales sobre flexibilidad del tiempo de trabajo. Por otro lado, entre las medidas sociales de acompañamiento dirigidas a paliar los efectos de los despidos colectivos, una vez que estos son inevitables, destacan como mejores prácticas: las recolocaciones directas

¹⁵⁵¹ Estas medidas se recogen en TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: “Las medidas de acompañamiento social y los planes de recolocación externa en los despidos colectivos tras la reforma de 2012”, *op. cit.*, p. 332.

¹⁵⁵² “Al menos el 50 % de las cantidades recaudadas en el ejercicio inmediatamente anterior se consignarán en el presupuesto inicial del Servicio Público de Empleo Estatal con la finalidad de financiar acciones y medidas de reinserción laboral específicas para el colectivo de los trabajadores de cincuenta o más años que se encontraran en situación legal de desempleo, para lo cual en el presupuesto del Servicio Público de Empleo Estatal deberán constar créditos destinados a financiar este tipo de acciones y medidas” (disposición adicional 16ª de la Ley 27/2011, apartado 12).

¹⁵⁵³ NAVARRO NIETO, F.: “Medidas sociales de acompañamiento y mantenimiento del empleo”, *op. cit.*, p. 275, incluye estas dos medidas como parte de las medidas sociales de acompañamiento.

externas; las ayudas individualizadas para la búsqueda de empleo; la formación; las bolsas de empleo; y las recolocaciones diferidas¹⁵⁵⁴.

Más allá de lo anterior, ha venido siendo común que en las operaciones de reestructuración empresarial se haya optado por una postura meramente defensiva, esto es, basada sobre el ofrecimiento casi o en exclusiva de indemnizaciones superiores al mínimo legal. A través de la técnica de las “bajas incentivadas” se pretende que el trabajador acceda voluntariamente a la extinción de su contrato de trabajo en el marco de un procedimiento de despido colectivo, fuertemente incentivado con cuantiosas cantidades económicas, sin que se prevean otro tipo de medidas alternativas o complementarias al despido colectivo. Esto es lo que se ha conocido por la doctrina más autorizada como “planes económicos”, los cuales no cumplían los estándares del antiguo plan social, y no pueden ser catalogados hoy en día estrictamente como medidas sociales de acompañamiento, pues solo prevén medidas económicas de tipo individual, sin que tengan reflejo en la dimensión “empleativa” o profesional de los trabajadores afectados (al margen de no evitar o reducir el número de despidos colectivos)¹⁵⁵⁵.

Precisamente la monetización de los despidos estuvo en el debate de la reforma de 1994, donde se introdujo la obligatoriedad del plan social, y en la reforma de 2012. La Exposición de motivos del RD-ley 3/2012 y Ley 3/2012 se refiere a esta cuestión para justificar la supresión de la fase de autorización administrativa en el despido colectivo, pues indica que “de ahí seguramente la tendencia a alcanzar acuerdos con los representantes de los trabajadores durante el período de consulta como modo de asegurar la autorización por parte de la autoridad laboral”, acuerdos que se han alcanzado “muchas veces a costa de satisfacer indemnizaciones a los trabajadores despedidos por encima de la legalmente prevista para este despido”. Y añade: “se desnaturaliza así, en buena medida, el período de consultas con los representantes de los trabajadores que, en atención a la normativa comunitaria, deben versar sobre la posibilidad de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias, mediante el recurso a medidas sociales destinadas, en especial, a la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos”.

Esta voluntad de desplazar la negociación de medidas de tipo indemnizatorio frente a otro tipo de medidas alternativas o complementarias al despido colectivo, parece ser la razón de que el art. 8 RPDC no recoja entre el listado de medidas sociales de acompañamiento ninguna referencia a la indemnización. En cambio, para algunos autores la indemnización podría tener cabida en el art. 8.2.f) (“medidas

¹⁵⁵⁴ ARAGÓN MEDINA, J.; ROCHA SÁNCHEZ, F.; FUENTE SANZ, L. DE LA.: *Los planes sociales en los procesos de reestructuración de empresas en España*, Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2010, p. 161.

¹⁵⁵⁵ SERRANO GARCÍA, J.M.: *El plan social en los despidos colectivos*, op. cit., pp. 101 y ss., así lo defiende tras analizar los planes sociales de los expedientes resueltos por la Dirección General del Trabajo desde 1994 hasta la publicación del trabajo, en 2002. A las mismas conclusiones llega la autora en su trabajo “El plan social obligatorio para las reestructuraciones empresariales socialmente responsables”, *Temas laborales*, N.º 99, 2009, pp. 205-236 cuando analiza los expedientes presentados en los dos últimos años a la fecha de publicación.

compensatorias de las diferencias salariales con un nuevo empleo”), aunque, como se dijo con anterioridad, el listado del art. 8 RPDC solo tiene carácter ejemplificativo y en ningún caso supone un *numerus clausus*.

No obstante, al margen de la ausencia en el art. 8 RPDC, que como vemos no es realmente significativa, la regulación actual del despido colectivo no prevé realmente un sistema de promoción de negociación de medidas sociales de acompañamiento, en el sentido de medidas tendentes a evitar o reducir el despido, así como a atenuar sus efectos¹⁵⁵⁶. Como expresa la doctrina científica, aunque la experiencia práctica haya sido variada y exista cierta dificultad en acceder a las medidas sociales de acompañamiento negociadas, ya que los acuerdos de despido colectivo por lo general no son objeto de registro y publicación¹⁵⁵⁷, no existe ciertamente en los últimos tiempos un cambio de modelo.

Así, “las MSA han girado en torno a las medidas para atenuar las consecuencias en los trabajadores afectados, siendo las medidas centrales las indemnizaciones, las bajas voluntarias o jubilaciones anticipadas. Son escasos los acuerdos colectivos que incluyen suspensiones o reducciones de jornadas como soluciones alternativas a los despidos; el resto de medidas de flexibilidad interna suelen ser complementarias y dispersas. Las medidas de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad de los trabajadores suelen ser marginales”¹⁵⁵⁸.

En efecto, la utilización del procedimiento de despido colectivo como vía para expulsar a los trabajadores maduros, a través de jubilaciones anticipadas o prejubilaciones, también supone un uso de la indemnización como principal herramienta del acuerdo de despido colectivo. “Medidas estrella” en la reestructuración empresarial que, sin embargo, tienen un efecto muy nocivo para la sostenibilidad del sistema de pensiones público, puesto que van en contra de la prolongación de la vida activa laboral¹⁵⁵⁹.

La prejubilación, como situación puente que une el cese definitivo en la actividad laboral de un trabajador con el acceso a la jubilación¹⁵⁶⁰, conlleva el consumo de prestaciones contributivas por desempleo y prestaciones del nivel asistencial (subsidios

¹⁵⁵⁶ TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: “Las medidas de acompañamiento social y los planes de recolocación externa en los despidos colectivos tras la reforma de 2012”, *Revista de Derecho Social*, N.º 64, 2013, pp. 61-86.

¹⁵⁵⁷ Sobre la dificultad de acceder a tales acuerdos por carecer de un trámite obligatorio de publicación, véase GARRIDO PÉREZ, E.: “Los acuerdos de reestructuración empresarial, con especial atención a los derivados de despidos colectivos, suspensión y reducción de jornada”, en *Temas Laborales*, N.º 120, 2013, p. 395.

¹⁵⁵⁸ NAVARRO NIETO, F.: “Medidas sociales de acompañamiento y mantenimiento del empleo”, *op. cit.*, p. 279.

¹⁵⁵⁹ LÓPEZ INSUA, B.M.: “El despido colectivo y los trabajadores de edad avanzada”, en VV.AA.: *Envejecimiento activo y vida laboral*, MONEREO PÉREZ, J.L. y MALDONADO MOLINA, J.A. (Dirs.), Granada, Comares, 2019, pp. 409-437.

¹⁵⁶⁰ Definición elaborada por LÓPEZ CUMBRE, L.: *La prejubilación*, Madrid, Civitas, 1998, p. 86, por la que la prejubilación es la “situación, de hecho y de derecho, en que queda un trabajador por razón de su edad, próxima a la jubilación, desde el momento en que se extingue su contrato de trabajo

por desempleo para mayores de 52 en la actualidad¹⁵⁶¹) y, además, se suele acceder a la pensión de jubilación de forma anticipada. Por ello, se produce una “socialización” de los costes empresariales de despedir¹⁵⁶², incluso con el apoyo de ayudas públicas¹⁵⁶³, por un lado, y de la protección social complementaria en general¹⁵⁶⁴, por otro. Aunque también es cierto que se han introducido medidas correctoras de estos perjuicios para las arcas del Estado, como la denominada aportación económica al Tesoro Público o el convenio especial con la Seguridad Social en casos de despidos colectivos de trabajadores de 55 años o más.

Entre las circunstancias que han promovido la negociación preferente de medidas económicas indemnizatorias se sitúa la elevada complejidad y coste de la implantación de un verdadero plan social, compuesto de medidas alternativas o complementarias al despido colectivo, tales como las recolocaciones directas; la reducción de la jornada o del salario; la movilidad funcional; los traslados; las recolocaciones diferidas; las ayudas para crear empresas; las ayudas para la formación o readaptación profesional, etc. Y a ello contribuye la escasa financiación pública de las medidas sociales de acompañamiento, al contrario de lo que ocurre en Francia, al margen de los incentivos que se han introducido en la regulación española con la Reforma laboral de 2021 para recurrir al ERTE o al mecanismo RED¹⁵⁶⁵. Por todo ello, tradicionalmente se ha venido entendiendo que quien puede negociar verdaderas medidas alternativas o complementarias al despido colectivo son las grandes empresas, con una plantilla muy numerosa, suficientes recursos económicos propios y nunca en situación económica negativa¹⁵⁶⁶.

Además, muchas veces los propios trabajadores o sus sujetos negociadores prefieren negociar indemnizaciones elevadas que otro tipo de medidas, influenciados por el cortoplacismo o la desconfianza ante el cumplimiento por parte de la empresa de las medidas alternativas o complementarias ofrecidas por el banco empresarial.

En cuanto a la expulsión de los trabajadores maduros a través de jubilaciones anticipadas incentivadas o prejubilaciones, suele ser una opción que complace a las partes. Por un lado, al empresario por permitirle realizar un ajuste no traumático de plantilla, expulsando a los trabajadores que considera prescindibles o menos productivos; y a los trabajadores, que ven inevitable su pérdida de empleo y, por tanto, valoran la prejubilación como un mal menor, ya que pueden obtener una renta de

hasta que percibe una pensión de jubilación del sistema de Seguridad Social, ya sea anticipada u ordinaria”.

¹⁵⁶¹ El Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, vuelve a reducir la edad a 52 años para el subsidio por desempleo.

¹⁵⁶² MONEREO PÉREZ, J. L.: “EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación”, *op. cit.*, p. 174.

¹⁵⁶³ LÓPEZ CUMBRE, L.: “Capítulo 9. La prejubilación”, en VV.AA.: *Tratado de Derecho de la Seguridad Social. Tomo II*, MONEREO PÉREZ, J.L. *et al.* (Dir.), Murcia, Laborum, 2017, pp. 37-60.

¹⁵⁶⁴ LÓPEZ INSUA, B.M.: “La protección frente al despido de los trabajadores mayores como elemento para la sostenibilidad de las pensiones”, *op. cit.*, pp. 103 y 104.

¹⁵⁶⁵ Véase, principalmente la disposición adicional 44ª TRLGSS.

¹⁵⁶⁶ SERRANO GARCÍA, J.M.: *El plan social en los despidos colectivos*, *op. cit.*, pp. 101 y ss.

sustitución más o menos equivalente a la percibida en el período de vida activa, con complementos al desempleo e incluso algunas veces a la pensión de jubilación¹⁵⁶⁷.

La indemnización en el despido colectivo se entiende por remisión del artículo 51.4 ET al 53.1 ET para la comunicación individual del despido, que es la propia del despido objetivo. Esto es, veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades (según art. 53.1.b) ET) que, además, deberá de ser puesta a disposición junto con la carta de despido de forma simultánea. No obstante, estas reglas que no suponen normas de derecho dispositivo sino de derecho necesario han sido modificadas en otro sentido por acuerdo alcanzado en procedimiento de despido colectivo. Así, el Tribunal Supremo ha admitido, no solo que la indemnización legal pueda ser mejorada por ser norma de derecho necesario relativo¹⁵⁶⁸, sino que también ha admitido el aplazamiento del abono en la indemnización (exceptuando la regla del art. 53.1.b) ET), siempre que este no sea desproporcionado¹⁵⁶⁹.

5.3.3. La negociación de las medidas sociales de acompañamiento en el procedimiento de despido colectivo

A) Sobre la compatibilidad de la negociación de medidas de flexibilidad interna durante la fase de consulta-negociación del despido colectivo

Como se ha venido indicando, durante el procedimiento de consulta-negociación del despido colectivo se deberán de negociar medidas sociales de acompañamiento, sobre todo si se atiende al tenor literal del art. 2.2 de la Directiva 98/59 y al contenido de las consultas del art. 51.2 ET, aunque ya se analizará que ello no ocurre así en todos los supuestos.

En concreto, el art. 8 RPDC reconoce como posibles medidas destinadas a evitar o reducir el número de despidos colectivos la negociación de distintas medidas de flexibilidad interna, tales como la movilidad geográfica, la movilidad funcional, las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, implícitamente la suspensión del contrato o la reducción de jornada, o bien la inaplicación de las condiciones de trabajo previstas en un convenio colectivo estatutario (“descuelgue convencional”).

En efecto, el Tribunal Supremo ha reconocido la compatibilidad de ambas negociaciones de flexibilidad interna y externa dentro del procedimiento de despido colectivo, sin que se admitan negociaciones fragmentadas (STS de 29 de enero de 2019, rec. 168/2018). De este modo, las reglas procedimentales de las medidas de flexibilidad

¹⁵⁶⁷ MONEREO PÉREZ, J. L.: “EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, N.º Extra 1, 2010, pp. 187 y 188.

¹⁵⁶⁸ STS 28 de abril 2016 (rec. 3527/2014).

¹⁵⁶⁹ STS de 2 de junio de 2014 (RJ 2014, 4218); de 22 de julio de 2015 (RJ 2015, 4724 y RJ 2015, 4154) y de 22 de julio 2015 (RJ 2015, 4499).

interna son absorbidas por el propio procedimiento de despido colectivo¹⁵⁷⁰, pues, una vez que se desarrolla adecuadamente la consulta-negociación del despido colectivo y se incluyen medidas alternativas o complementarias al despido, no será necesario desarrollar después las respectivas consultas relacionadas con la movilidad geográfica, la modificación sustancial, la reducción de jornada o suspensión del contrato de trabajo, etc¹⁵⁷¹. Eso sí, siempre y cuando los sujetos legitimados para intervenir en la comisión negociadora de sendos procedimientos sean los mismos, lo cual tendrá lugar siempre que los colectivos afectados sean idénticos¹⁵⁷². Hecho que, por ejemplo, no ocurrirá si se pretende que las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo afecten a un centro de trabajo que no se ve implicado por la medida de despido colectivo y, por tanto, no tiene presencia en la comisión representativa de la consulta-negociación¹⁵⁷³.

De igual modo, la compatibilidad entre sendas negociaciones y su inserción dentro del procedimiento de despido colectivo viene facilitada por parte de la regulación del Estatuto de los trabajadores, ya que aquellos procedimientos específicos de reestructuración interna (movilidad geográfica, movilidad funcional, modificación sustancial de condiciones de trabajo, suspensión o reducción de jornada) comparten con el despido colectivo las mismas causas económicas, técnicas, organizativas o productivas (al margen de algunos matices) y los mismos interlocutores sociales en virtud de su remisión al art. 41.4 ET, aunque también habrá que tener en cuenta que el plazo para la constitución de la comisión negociadora en el despido colectivo (15 días si no se cuenta con representación legal) o la duración de las consultas (30 días naturales para empresas con 50 trabajadores o más) se amplía respecto a la regla general del art. 41.4 ET. Mayor duda cabe con el descuelgue convencional del art. 82.3 ET, ya que remite para su negociación a los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo conforme a lo establecido en el art. 87.1 ET. El mecanismo RED también podría ser compatible, aunque como se indicó aquí se exige además el mecanismo de activación del Consejo de Ministros y la autorización de la autoridad laboral.

¹⁵⁷⁰ LILLO PÉREZ, E.: “Consideraciones sobre la prioridad aplicativa del convenio de empresa y medidas de flexibilidad interna frente a los despidos colectivos”, en VV.AA.: *Balance crítico de la reforma laboral*, GUTIÉRREZ VELASCO, I. (Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 75 y ss.

¹⁵⁷¹ En este sentido, ORTEGA LOZANO, P.G.: *Medidas de flexibilidad externa colectiva en la reestructuración de empresas consecuencia del covid-19. Cuestiones prácticas a propósito del despido colectivo*, op. cit., p. 110, que incluso recuerda que la vía adecuada para impugnar las medidas de flexibilidad interna incluidas en el acuerdo del periodo de consultas del despido colectivo es el procedimiento de impugnación judicial del despido colectivo [con cita en la STS de 17 de octubre de 2018 (RJ 2018, 5241)].

¹⁵⁷² SÁEZ LARA, C.: *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, op. cit., p. 73.

¹⁵⁷³ Además, para FALGUERA BARÓ, M.À.: *El procedimiento del despido colectivo y el desarrollo del período de consultas: criterios judiciales*, op. cit., p. 108, es necesario que concurra el acuerdo para la acumulación de procedimientos, ya que, de lo contrario, deberán de llevarse a cabo los correspondientes procedimientos específicos de forma separada. Para este autor, el previo acuerdo en el despido colectivo es lo que da legitimidad suficiente para proceder al cambio de contenido contractual.

El mismo Tribunal Supremo reconoce que “el hecho de que en el marco de un PDC (procedimiento de despido colectivo) la empresa haya introducido, de forma originaria o sobrevenida, la adopción de medidas de movilidad geográfica o de modificación sustancial de condiciones de trabajo ni vulnera la libertad sindical, ni ataca el derecho a la negociación colectiva, ni sobrepasa los límites del diseño legal de lo que sea el PDC” (STS de 29 de enero de 2019, rec. 168/2018, fundamento de derecho 3º).

El procedimiento de consulta-negociación del artículo 51 ET es compatible con la negociación de medidas de flexibilidad interna en su seno ya que alberga mayores exigencias o garantías que el procedimiento de estas otras medidas de reestructuración empresarial, como la movilidad geográfica (art. 40 ET) o la modificación sustancial de las condiciones de trabajo (art. 41 ET). Por ello, el Tribunal Supremo no comparte que la introducción de medidas de flexibilidad interna en el despido colectivo comporte una minoración de derechos o bien una elusión de la regulación aplicable, es más, el propio diseño normativo alienta la introducción de medidas que eviten o compensen las extinciones contractuales¹⁵⁷⁴.

En cambio, lo que no puede entenderse es que por la vía de, por ejemplo, el artículo 40 o 41 ET y sus consultas, este procedimiento acabe finalmente en extinciones contractuales merecedoras de un procedimiento de despido colectivo (véase sentencias del TJUE *Ciupa* y *Socha*). Ello se debe a que el despido colectivo, precisamente por convertirse en una medida de *ultima ratio* para el mantenimiento de la empresa (o así debería de considerarse), contiene mayores exigencias formales y sustantivas que el resto de medidas de reestructuración empresarial¹⁵⁷⁵.

En definitiva, las medidas sociales pueden ser fruto del pacto contenido en el acuerdo colectivo de fin de consultas e, incluso, en caso de que no se alcance tal acuerdo puede el empresario adoptar medidas sociales en su decisión final para reducir el impacto del despido colectivo, siempre que se hayan ofrecido en iguales términos a los representantes de los trabajadores durante el periodo de consultas. De este modo no podría entenderse que el comportamiento empresarial está dirigido a vaciar de contenido a la negociación colectiva ni que se ha incurrido en mala fe negocial¹⁵⁷⁶.

B) Sobredimensionamiento inicial del despido colectivo, negociaciones individuales en masa y ausencia de buena fe negocial

Dichas medidas sociales de acompañamiento, ya sean alternativas o complementarias, deben de ser negociadas en el seno del procedimiento de consulta-negociación y, con ello, en el seno de la comisión negociadora del procedimiento

¹⁵⁷⁴ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. y DE FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, C.: “Nulidad de despido colectivo por vulneración de la libertad sindical: ausencia de negociación real de medidas de flexibilidad interna y oferta individual en masa. STS, Sala Social, de 29 de enero de 2019 (RC núm. 168/2018)”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, N.º 2, 2019, pp. 6 y 7.

¹⁵⁷⁵ ORTEGA LOZANO, P.G.: *Medidas de flexibilidad externa colectiva en la reestructuración de empresas consecuencia del covid-19. Cuestiones prácticas a propósito del despido colectivo*, op. cit., p. 111.

¹⁵⁷⁶ SÁEZ LARA, C.: *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, op. cit., p. 183.

de despido colectivo, según las reglas ya especificadas con anterioridad. Lo que no puede hacerse es, por tanto, negociar tales medidas directamente con los trabajadores afectados pues, por aplicación de la doctrina de las negociaciones individuales en masa, ello quiebra el deber de negociación de buena fe que se establece en el artículo 51.2 ET y vicia de nulidad el procedimiento de despido colectivo, en el sentido de que se vulnera el derecho a la libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva de las organizaciones sindicales llamadas al proceso de negociación (c.fr.: SSTs de 11 de octubre de 2016, rec. 68/2016 y de 29 de enero de 2019, rec. 168/2018).

En concreto, la STS de 29 de enero de 2019 (rec. 168/2018) analiza una situación en la que a través de un procedimiento de despido colectivo se enmascara o esconde un procedimiento de reestructuración empresarial consistente en movilidades geográficas y funcionales. Para el Alto Tribunal ya desde el inicio de las consultas y en virtud de la memoria y el informe técnico, documentos presentados en el inicio del procedimiento, queda patente que la voluntad del empresario no es la de extinguir 91 contratos de trabajo por motivos productivos y organizativos (79 extinciones en una de las dos empresas afectadas del grupo empresarial), sino la de reestructurar las empresas a causa de una transformación en el sector, pues ofrece un mínimo de 58 puestos susceptibles de ser ocupados por los trabajadores potencialmente afectados, que posteriormente se ampliaría a 76 recolocaciones internas, de manera que solo eran necesarias 15 extinciones contractuales. Sin embargo, no se alcanza acuerdo entre las partes pues el banco social estima que no se ha aportado la información suficiente y que la negociación de este tipo de medidas de flexibilidad interna debería de haberse discutido en procedimiento específico. Finalmente, la empresa comunica su intención de llevar a cabo los despidos proyectados y abre un período de adscripción voluntaria a las medidas sociales de acompañamiento ofrecidas (recolocaciones internas y externas) según un calendario aplicativo.

Para el Tribunal Supremo desde el primer momento ya estaba reconociendo la empresa el sobredimensionamiento del número de despidos, dado que en la memoria y en el informe técnico se reconocía que la nueva estructura obligaría a ampliar la plantilla en determinados proyectos. Que la empresa hubiera ofrecido a menos de un mes del inicio del período de consultas una propuesta de recolocación de 58 puestos susceptibles de ser ocupados por los trabajadores potencialmente afectados por el despido colectivo da indicios de que en realidad la empresa no quiso utilizar los procedimientos de movilidad geográfica o de movilidad funcional. Más bien todo lo contrario, la empresa presentó un despido colectivo con el fin de que los trabajadores se adscribieran voluntariamente a la modificación de sus condiciones de trabajo, bajo la presión de que, de no aceptar, serían sus contratos extinguidos por el despido colectivo. El Tribunal Supremo, en un exquisito control de la razonabilidad de las medidas adoptadas por la empresa en el despido colectivo, impide que el número de despidos presupuestados en el despido colectivo sea sobredimensionado en un

estadio inicial para presionar a los trabajadores en la modificación sustancial de sus condiciones de trabajo¹⁵⁷⁷.

En síntesis: “el problema no es que se haya incorporado al PDC la negociación, originaria o sobrevenida, de medidas flexibilizadoras de carácter no extintivo. Ni siquiera que, tras fracasar el procedimiento negociador, se haya realizado una oferta de adscripción voluntaria a las mismas. El problema es que la empresa no ha negociado realmente durante el procedimiento previsto al efecto esas medidas, poniendo en conexión sus problemas organizativos o productivos con la entidad y tipología de las decisiones que pretendía implementar. Por lo tanto: hay que confirmar la vulneración de la libertad sindical si, como entiende la sentencia de instancia, puede apreciarse una conducta empresarial fraudulenta, esto es, tendente a esconder su verdadero propósito, sobredimensionando el perímetro del DC de manera artificial”. Por todo ello, el Tribunal Supremo acaba por declarar nulo el despido colectivo.

Es necesario distinguir estos supuestos de la negociación de modificaciones sustanciales de elementos esenciales del contrato de trabajo en procedimiento de despido colectivo en virtud de la aplicación de la doctrina *Pujante Rivera, Ciupa y Socha* del TJUE. En este sentido, la empresa negocia un despido colectivo, con todos sus trámites, cuando prevé que el proyecto de reestructuración empresarial basado en modificaciones contractuales va a llevar aparejado extinciones indemnizadas que, en exclusiva o junto con otros despidos, van a superar el umbral del despido colectivo. En estos casos, el empresario aborda en las consultas la negociación de las modificaciones sustanciales y no utiliza el despido colectivo como mecanismo oculto de presión para que se acepten tales modificaciones.

El límite de las negociaciones individuales en masa también ha sido analizado por la Audiencia Nacional, en su sentencia de 30 de septiembre de 2020 (Ar. 304330), en un supuesto en el que el empresario propuso como medida social “de acompañamiento” una indemnización superior a la legalmente establecida. En cambio, dicha medida fue rechazada por la comisión representativa de los trabajadores. Consiguientemente, una vez finalizado el procedimiento de despido colectivo, el empresario comunicó la decisión final sin incluir esta u otra medida social, aunque sí que ofreció a los trabajadores afectados a nivel individual la posibilidad de adherirse al “Acuerdo colectivo de eficacia limitada y sucesiva”, cuyo contenido era el mismo que, en su momento, rechazó la comisión negociadora. En cualquier caso, la Audiencia Nacional determinó que “si la empresa consideraba que las condiciones ofertadas, paliaban las consecuencias del despido colectivo, lo que debió hacer es incluirlas en su decisión final, mas no negociarlas de forma individual con los afectados, a través de acuerdos extintivos cuya motivación sin duda obedece a mitigar los efectos que una eventual acción de impugnación del despido colectivo pudiera acarrear” (SAN de 30 de septiembre de 2020, Ar. 304330, FJ 5). En resumen, “se alega la existencia de un fraude

¹⁵⁷⁷ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. y DE FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, C.: “Nulidad de despido colectivo por vulneración de la libertad sindical: ausencia de negociación real de medidas de flexibilidad interna y oferta individual en masa. STS, Sala Social, de 29 de enero de 2019 (RC núm. 168/2018)”, *op. cit.*, pp. 8 y 9.

de ley en la manifestación puramente formal de una negociación que sólo intenta cumplir el trámite exigido por la norma legal pero que, en realidad, persigue superar el procedimiento de despido colectivo para amparar una propuesta individualizada de condiciones extintivas”¹⁵⁷⁸.

Por último, nada impide que, en defecto de acuerdo con los representantes de los trabajadores, la decisión final del despido colectivo recoja una serie de medidas sociales de acompañamiento si durante la negociación del procedimiento de despido colectivo dichas medidas se ofrecieron en iguales términos al banco social. Del mismo modo, no puede hablarse de lesión del deber de negociar de buena fe ni tampoco de lesión del derecho a la negociación colectiva o de la libertad sindical, pues se habría desarrollado correctamente la fase colectiva del procedimiento de despido colectivo.

Por ello, la inclusión en la decisión final empresarial del despido colectivo de medidas sociales, en especial de las medidas de flexibilidad interna de los arts. 39, 40, 41 y 82.3 ET, que no se discutieron durante el procedimiento de consulta-negociación, podría tener la consecuencia de privar de utilidad al procedimiento de consultas previsto en el Estatuto de los trabajadores y, por tanto, afectar a la calificación judicial del despido colectivo. Distinto sería el supuesto de que tales medidas sociales hubieran sido ya rechazadas por la comisión negociadora del despido colectivo, tras una “verdadera” negociación, y el empresario las incluyera finalmente en la decisión final de despido colectivo¹⁵⁷⁹.

C) El marco normativo y la efectiva negociación de las medidas sociales de acompañamiento

Como se ha venido reiterando, “la consulta con los representantes legales 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” (art. 51.2 ET). Este contenido de las consultas, coherente con el art. 2.2 de la Directiva 98/59, como “contenido mínimo”, no obstante, queda relegado a un segundo plano como consecuencia de un diseño normativo vigente insuficiente¹⁵⁸⁰. Así, en la práctica, la negociación de las medidas sociales de acompañamiento en el despido colectivo

¹⁵⁷⁸ LÓPEZ CUMBRE, L.: “Negociación «en masa» y de forma individualizada con los trabajadores afectados por un despido colectivo”, en *Publicaciones de Gómez-Acebo & Pombo*, entrada de 26 de noviembre de 2020, disponible en: <https://www.ga-p.com/publicaciones/negociacion-en-masa-y-de-forma-individualizada-con-los-trabajadores-afectados-por-un-despido-colectivo/> (visitada el 25 de octubre de 2022).

¹⁵⁷⁹ SÁEZ LARA, C.: *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, op. cit., p. 183.

¹⁵⁸⁰ Es muy expresivo FALGUERA BARÓ, M.À.: *El procedimiento del despido colectivo y el desarrollo del período de consultas: criterios judiciales*, op. cit., p. 105 cuando indica que “el legislador se limita esencialmente a “mostrar” sus deseos (de promoción de medidas sociales de acompañamiento), sin apenas normas imperativas”.

depende de la buena voluntad negocial de la empresa y los representantes de los trabajadores¹⁵⁸¹, algo que no ocurre siempre.

En primer lugar, resulta llamativo que, entre la documentación inicial del despido colectivo, que es de sumo interés pues prefigura el debate y las negociaciones durante el procedimiento de consulta-negociación, no se incluya una referencia a las medidas sociales de acompañamiento. Ni el art. 51.2 ET ni los arts. 3, 4, y 5 del RPDC incluyen entre los extremos de la comunicación inicial una previsión expresa para que el empresario tenga que incorporar una serie de propuestas en materia de medidas alternativas o complementarias al despido colectivo en el inicio del procedimiento. En efecto, el art. 7.1 del RPDC, tras reproducir el contenido de las consultas del art. 51.2 ET, indica que “a tal fin los representantes de los trabajadores deberán disponer desde el inicio del periodo de consultas de la documentación preceptiva establecida en los artículos 3, 4 y 5 y las partes deberán negociar de buena fe”.

Para cierto sector doctrinal “que en la antesala de las consultas los representantes de los trabajadores no dispongan de la documentación relativa a las MSA (medidas sociales de acompañamiento), si no es un resultado automático, introduce dudas razonables respecto de la eficacia de ese posterior período de consultas”¹⁵⁸². Cabe preguntarse cómo podrá negociarse durante las consultas-negociación medidas sociales de acompañamiento, si el banco social no cuenta con la documentación correspondiente desde el comienzo, habida cuenta de la premura de los plazos. Y no se olvide que si estas propuestas no están incluidas en la comunicación inicial, por tanto, tampoco serán objeto de control por parte de la autoridad laboral, que no recibirá copia de este extremo, sin que pueda verter advertencias o recomendaciones acerca de su contenido (art. 6.4 RPDC).

Algún autor defiende, sobre base de un criterio lógico-jurídico, que si las medidas sociales de acompañamiento son contenido obligatorio de las consultas se deberán de incluir en la documentación, aunque no se llegue a acuerdo sobre el particular o sobre su contenido. Ello queda reforzado por el tenor literal de la Directiva 98/59 en el art. 2.3.a), por el que el empresario deberá de proporcionar “toda la información pertinente” para permitir que los representantes de los trabajadores puedan formular propuestas constructivas¹⁵⁸³. Sin embargo, como se comentará con posterioridad, el control judicial de esta obligación de aportar propuestas de medidas sociales de acompañamiento dependerá en buena medida de la actitud de los sujetos negociadores y, en concreto, del banco social.

Ya se ha comentado que el listado del art. 8 es un listado de carácter abierto y ejemplificativo, como contenido posible de las consultas, sin que tengan por qué

¹⁵⁸¹ Sobre esta idea NAVARRO NIETO, F.: “Medidas sociales de acompañamiento y mantenimiento del empleo”, *op. cit.*, p. 272.

¹⁵⁸² TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: “Las medidas de acompañamiento social en los procesos de reestructuraciones de empresas”, *op. cit.*, p. 314.

¹⁵⁸³ NAVARRO NIETO, F.: “Medidas sociales de acompañamiento y mantenimiento del empleo”, *op. cit.*, p. 272.

observarse cada una de estas medidas o sin que se obligue a negociar ninguna en concreto ¹⁵⁸⁴. Aunque ello no significa que no deba de negociarse ninguna de las medidas sociales acompañamiento predispuestas (u otras que no se contemplen en el listado), sobre todo si se tiene en cuenta cuál es el contenido mínimo de la consulta-negociación. Otra cuestión es que la norma aporte los resortes jurídicos suficientes para garantizar el fin de las consultas o que estas se aprovechen para incrementar exclusivamente las indemnizaciones, lo cual no supone una verdadera medida alternativa o complementaria al despido colectivo desde la perspectiva de la reestructuración socialmente responsable.

En segundo lugar, el incremento de la gravedad del despido colectivo para obligar a negociar medidas sociales de acompañamiento también reduce su ámbito de actuación. Pues bien, si antes se exigía superar el umbral de 50 trabajadores en plantilla para que la empresa estuviera obligada a aportar un plan de acompañamiento social con la comunicación inicial, ahora se exige que se supere el umbral de 50 extinciones de contratos para que la empresa está obligada a aportar un plan de recolocación externa. Repárese en que la mayoría de las empresas que acuden al despido colectivo son pymes y reúnen alrededor de un tercio del total de los trabajadores afectados por el despido colectivo. ¹⁵⁸⁵

En tercer lugar, a este listado abierto y ejemplificativo de medidas alternativas o complementarias al despido colectivo a negociar durante las consultas se le añade otro obstáculo: el limitado período de tiempo destinado a la fase de consulta-negociación. El art. 51.2 ET reconoce un período de consultas de duración “no superior a treinta días naturales, o de quince en el caso de empresas de menos de cincuenta trabajadores”. Si comparamos este plazo con el que ofrecen otras legislaciones, como la italiana que destina un período de 45 días a las consultas sindicales, incrementado en 30 días para el caso de la intervención administrativa si no se alcanza acuerdo ¹⁵⁸⁶, se puede llegar a observar el escaso plazo para las consultas que destina la regulación española. Un reducido plazo que dificultará la negociación de medidas alternativas o complementarias al despido colectivo, aún más si se tiene en cuenta que la comisión representativa de los trabajadores no tendrá en su poder una propuesta de medidas sociales de acompañamiento desde el inicio del procedimiento de despido colectivo. Es también cierto que las partes podrán acceder a ampliar el período de consultas, aunque

¹⁵⁸⁴ Ya indicaba SERRANO GARCÍA, J.M.: *El plan social en los despidos colectivos*, op. cit., pp. 78 y ss., que los planes sociales son una “obligación de actividad” u “obligación de hacer”, sin que se establezca un resultado predeterminado.

¹⁵⁸⁵ Según datos de 2019 anteriores a la pandemia, casi el 46% de los trabajadores afectados por despido colectivo provenían de una pyme de menos de 250 trabajadores. Para ser exactos, casi el 27% pertenecían a empresas de menos de 50 trabajadores, lo cual se traduce en que más de una cuarta parte queda excluida del plan de recolocación externa (número que seguramente sea superior puesto que habrá empresas de mayor tamaño que no alcancen el umbral de 50 despidos). Datos extraídos de: *Estadística de regulación de empleo. Anual 2019*. MITES.

¹⁵⁸⁶ Vid. apartados 6 y 7 del art. 4, *Legge 23 luglio 1991*, n. 223. Plazos que son reducidos a la mitad si el número de trabajadores afectados es inferior a 10 (apartado 8).

deberán de estar de acuerdo ambas, sin que la representación de los trabajadores pueda obligar al empresario a dilatar la fase de consulta-negociación ¹⁵⁸⁷.

Por último, también resulta llamativo que se posibilite la finalización anticipada del período de consultas cuando se alcance acuerdo. El reglamento así lo prevé cuando indica que “no obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, el periodo de consultas podrá darse por finalizado en todo caso cuando las partes alcancen un acuerdo” (art. 7.6 RPDC) ¹⁵⁸⁸. De este modo, el citado precepto exceptúa el cumplimiento de los anteriores apartados del art. 7 con el fin de posibilitar la “finalización precoz”, apartados que se refieren al contenido mínimo de las consultas, la buena fe, el número mínimo de reuniones, el plazo para la primera reunión o la duración de la fase de consulta-negociación.

Y esta finalización anticipada del procedimiento de despido colectivo puede conllevar que exista una ausencia de negociación de verdaderas medidas sociales de acompañamiento ¹⁵⁸⁹, ante la falta de referencia legal expresa de que dicho acuerdo contenga medidas alternativas o complementarias al despido y ante la imposibilidad de que la autoridad laboral pueda entrar a valorar el contenido del acuerdo, más allá de la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho o bien de la obtención indebida de prestaciones por desempleo ¹⁵⁹⁰. Buena prueba de ello son los casos en los que los sujetos negociadores han optado por elevar las indemnizaciones en las consultas del despido colectivo, muchas veces con extinciones o bajas voluntarias incentivadas, o bien han optado directamente por acudir a mecanismos de expulsión de los trabajadores maduros a través de prejubilaciones.

5.4. Control administrativo de las medidas sociales de acompañamiento y del plan de recolocación externa

Incluso antes de la Reforma laboral de 2012, que, recordemos, suprimió el plan social y lo sustituyó por el plan de recolocación externa, así como eliminó la fase de autorización administrativa, ya se reclamaba un mayor poder de control por parte de la autoridad laboral del plan social. Habida cuenta de que la mayoría de los despidos colectivos finalizaban con acuerdo, la autoridad laboral debía de proceder a la autorización, sin que pudiera entrar a valorar las causas del despido ni las medidas acordadas previstas en el plan social. La única posibilidad de denegar la autorización en caso de acuerdo era que la propia Administración, de oficio o a instancia de parte, hubiera observado fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del

¹⁵⁸⁷ Véase SÁEZ LARA, C.: *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, cit., p. 135.

¹⁵⁸⁸ El citado artículo también prevé la finalización anticipada cuando no exista posibilidad de alcanzar acuerdo. En concreto, «las partes, de común acuerdo, podrán en cualquier momento dar por finalizado el periodo de consultas, por entender que no resulta posible alcanzar acuerdo alguno, debiendo comunicarlo expresamente a la autoridad laboral».

¹⁵⁸⁹ No obstante, para SÁEZ LARA, C.: *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, cit., p. 183, debería de justificarse en el acuerdo la ausencia de las medidas sociales de acompañamiento, habida cuenta de que estas constituyen el contenido mínimo de la negociación.

¹⁵⁹⁰ Vid. TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: “Las medidas de acompañamiento social en los procesos de reestructuraciones de empresas”, cit., p. 318.

acuerdo, en cuyo caso debía de remitirlo a la autoridad judicial para su correspondiente declaración de nulidad.

De este modo, antes de la supresión de la autorización administrativa en el despido colectivo, la autoridad laboral intervenía escasamente en el control de las medidas previstas en el plan social, obligatorio para las empresas de 50 o más trabajadores. Por ello, cierta doctrina científica se mostraba a favor de modificar la regulación para introducir una función mediadora de la Administración durante el procedimiento de consulta-negociación, con el objetivo de que pudiera corroborar que las partes alcanzaban un auténtico plan social con medidas adecuadas a las circunstancias de la empresa, a las del propio sector y a las particularidades de los propios trabajadores afectados, tanto de los que hubieran abandonado la empresa como de los que se hubieran quedado, valorando los costes económicos y sociales y optando por la solución más ventajosa para los trabajadores, en particular, y para el mercado de trabajo, en general. Otra solución que se proponía, de más fácil implantación, era la de facilitar el acceso de la autoridad laboral al contenido del acuerdo para su posible control, eliminando las dificultades procesales que se encontraban para revisar el acuerdo por fraude de ley¹⁵⁹¹.

A pesar de los cambios normativos y de que es cierto que la nueva regulación concede un mayor protagonismo a la Administración laboral durante el procedimiento de consulta-negociación¹⁵⁹², es conocido que en la mayoría de las ocasiones la Administración se limita a una actitud pasiva en la recepción de la documentación o bien al control de meras cuestiones procedimentales. Para algunos autores la autoridad laboral más que vigilar el cumplimiento del procedimiento de despido colectivo en el momento o durante su desarrollo, lo que realmente hace es valorar “*a posteriori*” el efectivo cumplimiento de las obligaciones empresariales de información y consulta, sobre todo con la finalidad de comprobar que no existan vicios de voluntad en la consecución del acuerdo (fraude, dolo, coacción o abuso de derecho) o fraude en el acceso a las prestaciones por desempleo¹⁵⁹³. El control administrativo de las medidas sociales de acompañamiento se sigue mostrando, por tanto, muy deficitario, ostentando la autoridad laboral un papel secundario, a través a una intervención basada en técnicas de *soft law*¹⁵⁹⁴.

¹⁵⁹¹ SERRANO GARCÍA, J.M.: “El plan social obligatorio para las reestructuraciones empresariales socialmente responsables”, *op. cit.*, p. 215.

¹⁵⁹² Así resume las funciones de la Administración en el “nuevo” procedimiento de despido colectivo NAVARRO NIETO, F.: “Medidas sociales de acompañamiento y mantenimiento del empleo”, *op. cit.*, p. 295: “las funciones atribuidas a la Administración se centran en el control de la regularidad del procedimiento de despidos colectivo (control de legalidad), de tutela del interés público, particularmente en lo referente a prestaciones por desempleo que se deriven del despido colectivo o por irregularidades en el acuerdo colectivo alcanzado, y finalmente de tutela de la efectividad del periodo de consultas”.

¹⁵⁹³ GOÑI SEIN, J.L.: “El nuevo modelo normativo de despido colectivo implantado por la Ley de reforma laboral de 2012”, *Documentación Laboral*, N.º 95-96, 2012, p. 41.

¹⁵⁹⁴ DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “El despido por causas empresariales”, *op. cit.*, pp. 211 y 212.

Así, en primer lugar, la autoridad laboral no tiene acceso a una propuesta de las medidas sociales de acompañamiento, ya que el empresario no tiene la obligación de incluirla en la comunicación inicial y, con ello, la copia que se le remite a la autoridad laboral carece de tal propuesta. Por ende, la autoridad laboral no controlará la propuesta de medidas sociales de acompañamiento (ni siquiera su existencia), dirigiendo advertencias al empresario, ya que tal propuesta no se prevé como contenido de la comunicación inicial (*vid.* art. 6.4 RPDC).

En cambio, la autoridad laboral sí recibirá en la copia de la comunicación inicial una propuesta del plan de recolocación externa obligatorio (dicho plan se incluye dentro de la documentación común *ex* art. 3 RPDC), por lo que cuando esta detecte (por su propia cuenta o por indicación de la ITSS¹⁵⁹⁵) que no se ha entregado plan de recolocación externa, deberá de advertirlo el empresario para que lo incluya en las consultas o figure como parte del acuerdo o decisión final de despido colectivo. Además, la autoridad laboral competente deberá de controlar que la empresa que suministrará el plan de recolocación externa inicial ha presentado declaración responsable para operar como agencia de recolocación en el mercado de la intermediación laboral¹⁵⁹⁶.

En segundo lugar, dentro de la fase de consulta-negociación “la autoridad laboral velará por la efectividad del periodo de consultas pudiendo remitir, en su caso, advertencias y recomendaciones a las partes que no supondrán, en ningún caso, la paralización ni la suspensión del procedimiento” (art. 51.2 ET). En concreto, “la autoridad laboral podrá realizar durante el periodo de consultas, a petición de cualquiera de las partes, o por propia iniciativa, actuaciones de asistencia” y “en especial, podrá dirigir a las partes propuestas y recomendaciones sobre las medidas sociales de acompañamiento y, en su caso, sobre el contenido e implantación del plan de recolocación externa, teniendo en cuenta la situación económica de la empresa” (art. 10.2 RPDC).

De este modo, la autoridad laboral podrá dirigir propuestas y recomendaciones en cuanto a medidas alternativas o complementarias al despido colectivo para evitar, reducir o paliar los efectos del despido, e incluso emitir advertencias en caso de que exista una ausencia de negociación de medidas sociales de acompañamiento que redunde en un ejercicio de mala fe negocial por parte del empresario. Además, en cuanto al plan de recolocación externa la autoridad laboral podrá dirigir advertencias cuando dicho plan no cumpla con los requisitos previstos en el art. 51.10 ET, así como podrá dirigir propuestas o recomendaciones para que el plan de recolocación externa sea acorde con la entidad del despido colectivo, la situación económica de la empresa¹⁵⁹⁷

¹⁵⁹⁵ Una vez recibida la comunicación inicial, la autoridad laboral se la remitirá a la ITSS (art. 6.3 RPDC).

¹⁵⁹⁶ Así lo refiere la Instrucción 2/2023, de 23 de mayo, de la *Secretaria de Treball* de la *Generalitat de Catalunya*, sobre los planes de recolocación obligatorios en los despidos colectivos de más de 50 personas trabajadoras.

¹⁵⁹⁷ Para MOLINA HERMOSILLA, O.: *La conformación del nuevo sector para las empresas de servicios de recolocación. Balance y análisis de experiencias surgidas en el ámbito de los planes de recolocación externa*, *op. cit.*, pp. 72 y 73, la alusión que recoge la norma relativa a la situación económica en

o la situación de sus propios trabajadores afectados (especialmente cuando se trate de personas trabajadoras maduras)¹⁵⁹⁸.

No obstante, como se indicaba, se trata de una técnica de intervención administrativa que carece de carácter vinculante para las partes, lo que se traduce en una *soft law* de garantía pública de medidas sociales de acompañamiento¹⁵⁹⁹. Es más, la utilización del verbo “poder” en cuanto a las funciones de asistencia de la autoridad laboral sugiere que no existe la obligación de que la Administración intervenga en todos los procedimientos de despido colectivo, dictando propuestas o recomendaciones. Se posibilita así que operen despidos colectivos sin una intervención directa de la autoridad laboral en la fase central del procedimiento de despido colectivo, la consulta-negociación, sin que se ayude, por tanto, a negociar medidas sociales de acompañamiento¹⁶⁰⁰.

En tercer lugar, la autoridad laboral también podrá, asimismo, realizar “las actuaciones de mediación que resulten convenientes con el fin de buscar soluciones a los problemas planteados por el despido colectivo” (art. 51.2 ET), en la línea del papel que la Directiva comunitaria atribuye a la autoridad pública como “buscadora” o “facilitadora” de soluciones¹⁶⁰¹. Sin embargo, dicha función de mediación se encuentra supeditada en la legislación española a la petición conjunta de las partes (arts. 51.2 ET y 10.3 RPDC), lo cual puede suponer en la práctica la existencia de vetos para que la Administración laboral intervenga como mediadora en los procedimientos de despido colectivo¹⁶⁰². Además, nada en relación con las medidas sociales de acompañamiento o con el plan de recolocación externa se indica respecto al contenido de la mediación, a diferencia de lo que ocurre en la regulación de las facultades de asistencia.

Hubiera sido más coherente con la Directiva 98/59 que se hubiera regulado una mediación administrativa, no solo que no requiriese el acuerdo de las partes para su activación, sino que, además, se hubiera relacionado con una serie de objetivos a

que se encuentre la empresa afectada está sirviendo en la práctica para modular, en el sentido de suavizar, las propuestas y recomendaciones de la autoridad laboral y el propio contenido del plan de recolocación externa.

¹⁵⁹⁸ GUERRERO VIZUETE, E.: “El plan de recolocación externa de los trabajadores excedentes: «un nuevo instrumento de lucha contra el desempleo»”, en VV.AA., *Políticas de Empleo* (CABEZA PEREIRO, J. y FERNÁNDEZ PROL, F., Coords.), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2013, p. 94.

¹⁵⁹⁹ El Criterio Operativo 92/2012, de 28 de noviembre, sobre actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) en los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos de reducción de jornada, se sitúa en el mismo sentido cuando indica que las advertencias, observaciones o recomendaciones que efectúa la autoridad laboral «no tendrán carácter compulsivo ni obligatorio, y su aceptación o no por las empresas se enmarca en el ejercicio de su propia responsabilidad», pues la función de la autoridad laboral y de la ITSS «se circunscribe a servir como fórmula para interpelar a la empresa en el correcto ejercicio de esta responsabilidad».

¹⁶⁰⁰ Sobre la posible falta de intervención de la autoridad laboral, véase SÁEZ LARA, C.: *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, cit., pp. 85-86.

¹⁶⁰¹ Aunque en realidad esta función se le atribuye a la autoridad pública una vez que los despidos le son notificados (arts. 3 y 4 Directiva 98/59). Cfr., STJUE de 13 de julio de 2023, C-134/22.

¹⁶⁰² DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “El despido por causas empresariales”, *op. cit.*, p. 213, defiende la eliminación de este veto a través de incluir la mediación a petición de una de las partes.

alcanzar o cuestiones a tratar en materia de medidas sociales de acompañamiento y plan de recolocación externa, como así se hace en relación con las actuaciones de asistencia¹⁶⁰³, reforzando el sentido de la intervención de la Administración. Es más, asumir una función de dirección o mediación del período de consultas a petición de una sola de las partes facilitaría la búsqueda de soluciones al conflicto, siguiendo los postulados comunitarios, y evitaría los vetos para poder acudir a la mediación administrativa¹⁶⁰⁴.

Respecto a la función que la Directiva 98/59/CE atribuye a la autoridad laboral para “buscar soluciones a los problemas planteados por los despidos colectivos considerados”, también es necesario indicar que la normativa española no permite la prórroga del período de consultas o del período en el que los despidos colectivos no pueden surtir efecto. En efecto, ello se traduce en una oportunidad perdida para que la Administración laboral pueda encontrar soluciones, proponiendo medidas alternativas o complementarias a los despidos colectivos o contenidos del plan de recolocación externa, “cuando los problemas planteados por los despidos colectivos considerados corran el riesgo de no encontrar solución en el plazo inicial” (art. 4.3, Directiva 98/59/CE)¹⁶⁰⁵.

En cuarto lugar, si la autoridad laboral aprecia que tras la finalización del procedimiento de despido colectivo no se han negociado medidas sociales de acompañamiento, o han sido claramente insuficientes, esta no puede impugnar de oficio el despido colectivo, pues solo podrá instar el control judicial del despido colectivo en caso de que aprecie fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo o bien si la decisión extintiva obedece a la obtención indebida de prestaciones por desempleo¹⁶⁰⁶ por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo (art. 148.b) LRJS). Lo mismo ocurre cuando no se ha presentado plan de recolocación externa obligatorio o este es defectuoso, ya que no podrá la autoridad laboral impugnar de oficio el despido colectivo. Como se puede comprobar el control

¹⁶⁰³ En este sentido, TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: “Las medidas de acompañamiento social en los procesos de reestructuraciones de empresas”, *op. cit.*, p. 317.

¹⁶⁰⁴ Sobre esta idea de la mediación a petición de una de las partes para evitar vetos, véase, DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “El despido por causas empresariales”, *op. cit.*, p. 213.

¹⁶⁰⁵ Crítico con la inacción normativa del art. 51 ET en cuanto a la prórroga se muestra CABEZA PEREIRO, J.: “La flexibilidad interna y su regulación en España, una reflexión en clave crítica de la Reforma Laboral del 2012”, en J.P. LANDA (ed.), *Flexibilidad interna e innovación en la empresa*, Madrid, Dykinson, 2013, pp. 347-348, donde expresa que «para mayor pesar todavía, casi nada en la Ley 3/2012 expresa una función que le incumba a la autoridad laboral de procurar una solución no necesariamente extintiva del problema económico, técnico, organizativo o de producción [...] retorno a un Derecho del Trabajo tan antiguo como el que promueve la Ley 3/2012 plantea necesariamente esta pregunta: si ha sido bueno desterrar tanto la Administración pública de nuestro marco institucional y normativo de las relaciones laborales».

¹⁶⁰⁶ El control por esta vía de despidos colectivos a través de prejubilaciones y jubilaciones anticipadas en empresas con beneficios se dificulta por la flexibilidad de las causas empresariales para despedir y el valor reforzado del acuerdo que suele acompañar a estas reestructuraciones empresariales. *Vid.* SERRANO GARCÍA, J.M.: “El plan social obligatorio para las reestructuraciones empresariales socialmente responsables”, *cit.*, pp. 212-214.

administrativo sobre la verdadera negociación de medidas sociales de acompañamiento o del plan de recolocación externa es escaso, más allá de que la Administración realice advertencias y estas pueden ser tenidas en cuenta (o no) por parte del Tribunal en caso de eventual impugnación con el fin de valorar la buena fe negocial.

De todo el diseño normativo se deduce que, a pesar de que en principio la nueva regulación del despido colectivo concede un mayor protagonismo a la Administración laboral, esta actuación se encuentra desprovista de normas imperativas y de todas las herramientas que la Directiva comunitaria concede a la autoridad laboral para que cumpla con la función que le corresponde. Es por ello que, como se ha indicado, parte de la doctrina científica entiende que la intervención de la Administración en el momento estrella del procedimiento de despido colectivo se limita a una función pasiva o de mero control de procedimiento¹⁶⁰⁷, sobre todo con carácter posterior en la búsqueda de vicios existentes en el acuerdo o de obtención indebida de prestaciones por desempleo¹⁶⁰⁸. Además, si decide intervenir sus advertencias, recomendaciones o propuestas no tendrán carácter vinculante, pues se trata de una intervención basada en técnicas de Derecho blando¹⁶⁰⁹.

A mayor abundamiento, al igual que ocurre con la escasa colaboración público-privada en los planes de recolocación externa, la legislación tampoco recoge una referencia expresa a la posible colaboración de la empresa que despidе con el Servicio Público de Empleo competente para que se puedan planificar cursos de formación o reconversión de los trabajadores despedidos como medidas sociales de acompañamiento¹⁶¹⁰. Si se entiende que las medidas sociales de acompañamiento están especialmente dirigidas a las empresas que están excluidas del plan de recolocación externa (despidos colectivos de 10 a 50 trabajadores), la mayoría de las veces se tratará de pymes, que pueden tener escasa capacidad financiera y limitada capacidad de gestión empresarial, y, por tanto, sería necesario que se trazaran respuestas a nivel sectorial en coordinación con los servicios públicos de empleo, siguiendo la experiencia de las reestructuraciones de sectores en la década de los 2000. “Se trata de disponer en estos casos de respuestas en frío que faciliten una hoja de ruta a estas empresas en una planificación de medidas sociales adaptada a sus características y, sobre todo, apoyada en políticas públicas de tutela del empleo”¹⁶¹¹.

Por último, lo que sí ordena el art. 51.10 ET es que “[l]a autoridad laboral, a través del servicio público de empleo competente, verificará la acreditación del

¹⁶⁰⁷ Vid. TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: “Las medidas de acompañamiento social en los procesos de reestructuraciones de empresas”, *op. cit.*, p. 318.

¹⁶⁰⁸ Véase GOÑI SEIN, J.L.: “El nuevo modelo normativo de despido colectivo implantado por la Ley de reforma laboral de 2012”, *op. cit.*, p. 41.

¹⁶⁰⁹ Vid. DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “El despido por causas empresariales”, *op. cit.*, pp. 211-212.

¹⁶¹⁰ Véase TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: “Las medidas de acompañamiento social en los procesos de reestructuraciones de empresas”, *op. cit.*, p. 317.

¹⁶¹¹ NAVARRO NIETO, F.: “Medidas sociales de acompañamiento y mantenimiento del empleo”, *op. cit.*, p. 272, que también incluye que esta sería una buena medida para aquellos despidos plurales que quedan excluidos de la regulación del despido colectivo.

cumplimiento de esta obligación y, en su caso, requerirá a la empresa para que proceda a su cumplimiento”. Esto es, será el servicio público de empleo competente, y no la autoridad laboral competente en el despido colectivo, quien compruebe si se ha cumplido o no con el plan de recolocación externa en los supuestos en los que exista la obligación (despidos de más de 50 trabajadores en una empresa no concursada), requiriendo a la empresa para que cumpla en el caso de que no lo haya hecho.

Para algunos autores hubiera sido más lógico que la autoridad competente para el control del cumplimiento del plan de recolocación externa hubiera sido la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, pues esta facultad de comprobación está muy ligada con las funciones de este cuerpo inspector y con el procedimiento administrativo sancionador¹⁶¹². En efecto, en virtud de este control atribuido *ex lege* si el servicio público de empleo competente aprecia que el plan de recolocación externa está siendo incumplido deberá de advertirlo al empresario y, si este persiste en su incumplimiento, deberá de comunicarlo a la ITSS para que proponga sanción conforme a lo previsto en la infracción administrativa muy grave del art. 8.14 TRLISOS¹⁶¹³ (aunque también puede ser que tal infracción sea apreciada por la propia ITSS ya que, como se analizará, su informe debe de referirse al plan de recolocación externa y a su falta o no de cumplimiento).

Siguiendo con las funciones que se atribuyen a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, esta también podrá realizar funciones de asistencia y mediación, con los límites que ya se han expuesto (art. 10.3 RPDC). De igual modo, la intervención de la ITSS en este sentido no es muy frecuente, reduciendo el papel activo que puede desempeñar dicha institución en el despido colectivo. Valga como ejemplo los datos que recoge el Informe anual ITSS de 2021 que, aunque deben ser tomados con precaución pues no estarán todas las actuaciones burocratizadas¹⁶¹⁴, muestra que, de un total de 1.078 actuaciones en materia de despido colectivo, no se ha levantado ninguna infracción en acta, se han elevado 6 requerimientos y solo se han realizado 5 mediaciones y consultas.

En cambio, el protagonismo en la intervención de la ITSS en el despido colectivo reside en la emisión del informe preceptivo posterior a la finalización del periodo de consultas. En efecto, la ITSS deberá de evacuar un informe en el “improrrogable plazo de quince días desde la notificación a la autoridad laboral de la finalización del periodo de consultas y quedará incorporado al procedimiento” (art. 51.2 ET). Dicho informe, cuyos contenidos se detallan a continuación, deberá de realizarse sobre la base de la comunicación inicial y de la comunicación final que le remita la autoridad laboral a la ITSS (art. 11.1 RPDC). Esta última comunicación final incluirá la copia del acuerdo o la decisión final del empresario, las actas de las reuniones del periodo de consultas, así

¹⁶¹² SÁEZ LARA, C.: *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, op. cit., p. 86.

¹⁶¹³ “El incumplimiento por el empresario de la obligación establecida en el apartado 10 del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores o de las medidas sociales de acompañamiento asumidas por el empresario en el marco de los procedimientos de despido colectivo”.

¹⁶¹⁴ En el mismo sentido, GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.: “La intervención de la Inspección de Trabajo en los despidos colectivos”, op. cit., p. 484, con el informe de 2014.

como toda aquella documentación que se haya entregado durante el procedimiento de despido colectivo. Además, se incluirá “la documentación correspondiente a las medidas sociales de acompañamiento que se hubieran acordado u ofrecido por la empresa y el plan de recolocación externa en los casos de empresas obligadas a su realización” (art. 12 RPDC).

Así, el inspector/a actuante, teniendo en cuenta toda la anterior información y aquella que obtenga mediante visita o comparecencia¹⁶¹⁵, elaborará un informe, por el cual, “además de comprobar los extremos de la comunicación y el desarrollo del periodo de consultas, se pronunciará sobre la concurrencia de las causas especificadas por la empresa en la comunicación inicial, y constatará que la documentación presentada por esta se ajusta a la exigida en función de la causa concreta alegada para despedir” (art. 51.2 ET, en su versión dada por la Ley 3/2023 de Empleo¹⁶¹⁶). En lo que aquí respecta, el art. 11.7 RPDC prevé que “la Inspección de Trabajo y Seguridad Social deberá informar sobre el contenido de las medidas sociales de acompañamiento que se hayan podido prever y, en especial, comprobará que las empresas obligadas a ello han presentado el plan de recolocación externa a que se refiere el artículo 9 y que éste cumple los requisitos exigidos en dicho artículo”.

El Criterio Operativo 92/2012 y el 105/2023 de la ITSS en materia de despido colectivo especifica que el informe deberá de reflejar si las medidas sociales de acompañamiento implantadas se han negociado o no y, en su caso, hacer una descripción de dichas medidas, debiendo contemplar cualquier observación que se considere oportuna¹⁶¹⁷. Como se puede apreciar del análisis del art. 11.7 RPDC e incluso de lo que se recoge en el Criterio Operativo, el inspector se puede limitar a la mera descripción de las medidas sociales de acompañamiento adoptadas, sin ir más allá, aunque sí que será importante, sobre todo para el posterior y eventual proceso judicial, que el funcionario indique la ausencia de negociación de medidas sociales de acompañamiento durante el procedimiento de consulta-negociación o la adopción por parte del empresario de medidas de flexibilidad interna de forma unilateral tras las consultas, pues ello puede suponer mala fe negociadora e incluso vulneración del derecho a la negociación colectiva¹⁶¹⁸.

Sin embargo, para otros autores la mera descripción no aportada nada y lo que correspondería por parte de la ITSS sería, por tanto, valorar si las medidas se ajustan a la legalidad; poner de relieve la coherencia entre lo negociado y lo decidido finalmente

¹⁶¹⁵ El Criterio Operativo N.º 105/2023 sobre actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada, indica que “con vistas a obtener la adecuada información para la elaboración del informe, resulta imprescindible que el inspector/a actuante se reúna con ambas partes, mediante visita o comparecencia y de manera conjunta o separada”.

¹⁶¹⁶ La Ley 3/2023 de Empleo ha modificado el contenido del informe de la ITSS para que, tras la Reforma laboral de 2012, vuelva a controlar las causas y se pronuncie sobre su concurrencia en el despido colectivo.

¹⁶¹⁷ Véase ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, op. cit., p. 245.

¹⁶¹⁸ Vid. SÁEZ LARA, C.: *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, cit., p. 183.

por el empresario en caso de que no haya habido acuerdo; así como destacar si se han atendido o no sugerencias, recomendaciones o propuestas de la autoridad laboral o de la propia Inspección durante el procedimiento. Además, el inspector o la inspectora deberá de pronunciarse sobre la legalidad de la fórmula o fórmulas de cálculo de la indemnización por despido, la medida más utilizada¹⁶¹⁹.

De igual modo, la ITSS, si no se ciñe en exclusiva a lo indicado en el art. 11.7 RPDC, deberá de pronunciarse en su informe sobre “el contenido y la suficiencia del plan de recolocación externa” (a ello se refiere tanto la Exposición de motivos del RPDC como el Criterio Operativo N.º 105/2023 de la ITSS, que señala que lo que deberá de valorarse es el plan de recolocación externa en su versión final). Si atendemos a estas directrices, el inspector/a actuante debe de escapar de un control meramente formal de la actividad de recolocación y, por ello, debería de pronunciarse en el informe no solo acerca de la efectiva presentación del plan y del cumplimiento de los requisitos del art. 9 RPDC¹⁶²⁰, sino que también debería de informar acerca de si este plan se ha presentado de forma unilateral por el empresario o si se ha negociado; o bien si efectivamente los servicios de recolocación ofertados son suficientes atendiendo al número de despidos, la situación de los trabajadores o la situación económica de la empresa, todo ello para valorar si de verdad ha existido buena fe durante el procedimiento de consulta-negociación y la negociación del plan. No obstante, se trata de algo que para la doctrina científica no suele ocurrir en la práctica ya que el inspector/a actuante suele centrarse en la comprobación formal¹⁶²¹.

Asimismo, respecto a las responsabilidades administrativas, la LISOS no recoge una infracción administrativa específica para los casos en los que el empresario no negocie ninguna medida social de acompañamiento durante el procedimiento de consulta-negociación. La infracción grave del art. 7.7 (“la transgresión de los derechos de información, audiencia y consulta de los representantes de los trabajadores y de los delegados sindicales, en los términos en que legal o convencionalmente estuvieren establecidos”) o la infracción muy grave del art. 8.3 LISOS (“proceder al despido colectivo de trabajadores [...] sin acudir” al procedimiento establecido en el art. 51 ET), no parece que pueda dar lugar a sanción ante ausencia de negociación de medidas alternativas o complementarias al despido si el empresario ha entregado

¹⁶¹⁹ GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.: “La intervención de la Inspección de Trabajo en los despidos colectivos”, *op. cit.*, p. 478.

¹⁶²⁰ Según el Criterio Operativo N.º 105/2023, la ITSS también deberá de informar si debería de haberse llevado a cabo plan de recolocación externa por superar el umbral de 50 despidos, teniendo en cuenta aquellas otras extinciones por motivos no inherentes a la persona del trabajador por iniciativa de la empresa producidas en los 90 días inmediatamente anteriores al despido colectivo.

¹⁶²¹ MOLINA HERMOSILLA, O.: *La conformación del nuevo sector para las empresas de servicios de recolocación. Balance y análisis de experiencias surgidas en el ámbito de los planes de recolocación externa*, *op. cit.*, pp. 73 y 74 indica que del análisis de los informes emitidos por la ITSS se puede constatar que dicho órgano se encarga de la mera constatación de la existencia del plan de recolocación externa en los casos en los que sea obligatorio, sin que se entre a valorar el fondo de las medidas contenidas en estos instrumentos de planificación.

adecuadamente la documentación inicial y se ha reunido y ha mantenido negociaciones con los trabajadores “formalmente válidas” durante la consulta-negociación.

Es más, la infracción muy grave del art. 8.14 LISOS solo se refiere al incumplimiento por el empresario de la obligación prevista en el art. 51.10 ET (el plan de recolocación externa) y “de las medidas sociales de acompañamiento asumidas por el empresario en el marco de los procedimientos de despido colectivos”. Es decir, se refiere al incumplimiento de aquellas medidas acordadas (previstas en el acuerdo) u ofrecidas por el empresario con la finalización del despido colectivo, sin que tenga cabida la ausencia efectiva de negociación de medidas alternativas o complementarias al despido durante las consultas.

En definitiva, para autorizada doctrina, “una vez más, la actuación de un organismo público, como es la ITSS, si acaso informa sobre la no negociación de las MSA (medidas sociales de acompañamiento), con todo no actúa como garante de que suceda, ni se anuda ninguna sanción ni previsión a las consultas que omiten estas medidas”¹⁶²².

A pesar de todo lo indicado, sí que existen buenas prácticas en materia de intervención administrativa durante el procedimiento de despido colectivo, como ha ocurrido en el caso de Alcoa. El siguiente caso, resuelto finalmente por el Tribunal Supremo en su sentencia de 28 de octubre de 2021 (rec. 54/2021), puede dar a entender que la intervención débil de la Administración laboral en el despido colectivo, sobre todo en relación con las medidas sociales de acompañamiento, no depende tanto de un cambio normativo (que también), sino de una efectiva voluntad política. Una voluntad política que se traduce en una intervención muy proactiva por parte de la autoridad laboral y de la Inspección de Trabajo durante el procedimiento de despido colectivo¹⁶²³, que viene seguramente influenciada por la magnitud del conflicto, su enquistamiento, la fuerza sindical en este sector industrial, la lucha incansable de los trabajadores afectados, la cobertura mediática, así como por los importantes efectos que este despido colectivo supone para una región, como la de A Mariña, bastante castigada por las reestructuraciones empresariales.

5.5. Los tribunales en el control de la negociación de medidas sociales de acompañamiento y del plan de recolocación externa

Dentro de los supuestos tasados por los que se puede declarar un despido colectivo como nulo, el art. 124.11 LRJS no reconoce expresamente la ausencia o

¹⁶²² TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: “Las medidas de acompañamiento social en los procesos de reestructuraciones de empresas”, *op. cit.*, p. 317.

¹⁶²³ La autoridad laboral dirigió hasta 10 advertencias a la empresa en cuestión, indicándole que no estaba negociando verdaderamente medidas sociales alternativas o complementarias al despido colectivo, pues se mantenía inamovible en su posición inicial. El informe de la ITSS también se manifiesta en el mismo sentido. Además, la administración autonómica y española intervinieron presentando propuestas en la consulta-negociación. Sobre el *iter* judicial de este caso, véase ROJO TORRECILLA, E.: “Caso Alcoa Inespal. Un conflicto social explicado a través de una sentencia y dos autos, que son algo más que resoluciones judiciales”, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, N.º 2, 2021.

insuficiencia de negociación de medidas sociales de acompañamiento. Como se puede observar, por un lado, el art. 124.11 LRJS indica que “la sentencia declarará nula la decisión extintiva únicamente cuando el empresario no haya realizado el período de consultas” y, por otro lado, cuando no haya “entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores”. Y esta falta de previsión expresa provoca precisamente que el control judicial de la negociación de medidas alternativas o complementarias al despido colectivo se encuentre también debilitado.

La falta de entrega de la documentación prevista en el art. 51.2 ET como supuesto de nulidad del despido colectivo no se aplica, en principio, a la ausencia de propuesta de medidas sociales de acompañamiento. Recuérdese que, como ya se ha indicado, ni el ET ni el Reglamento prevén que el empresario tenga que entregar una propuesta de medidas alternativas o complementarias al despido colectivo como contenido de la comunicación inicial¹⁶²⁴. No obstante, sí que es cierto que el Tribunal Supremo a la hora de interpretar el deber de información del empresario en el despido colectivo ha optado por un criterio finalista, en el sentido de que la información sea útil o “trascendente” (“pertinente” en términos de la Directiva 98/59/CE) para la consulta-negociación.

Para el Tribunal Supremo ni cualquier ausencia de documentación de la prevista legal o reglamentariamente genera automáticamente la nulidad, ni cumplir con toda la documentación prevista en la norma exime de la nulidad si existen otros documentos que han sido solicitados por los representantes de los trabajadores y han acreditado su utilidad. En palabras del Alto Tribunal, “la incorrección del despido colectivo por infracción de la obligación informativa vendrá determinada, en consecuencia, por la negativa de la empresa a la aportación de la información solicitada o por su defectuosa aportación, siempre que la solicitud esté justificada puesto que no se puede imponer al empresario la aportación de cualquier documentación no prevista legalmente salvo que quede acreditada su relevancia para la negociación durante las consultas”¹⁶²⁵.

De este modo, si la representación de los trabajadores no reclama durante las consultas esta otra documentación (documentación *ad hoc*) e incluso dan por buena la existente, de forma expresa o tácita, no pueden con posterioridad requerir en sede judicial la nulidad del despido colectivo por causa de insuficiencia documental o, en este caso, por ausencia de la documentación pertinente en cuanto a las medidas sociales de acompañamiento¹⁶²⁶.

¹⁶²⁴ La SAN de 13 de abril de 2018 (EDJ 47237) ha determinado incluso que las medidas del art. 8.2 destinadas a atenuar los efectos del despido colectivo no son medidas obligatorias, sino que se trata de un catálogo de buenas prácticas. Además, la SAN de 13 de mayo de 2013 (EDJ 61510) identifica que no constituye causa de nulidad el hecho de que el empresario opte voluntariamente por elaborar un plan social y solo contenga propuestas genéricas.

¹⁶²⁵ En este sentido, véase STS 18 julio 2014, rec. 288/2013; STS 23 septiembre 2020, rec. 36/2020; STS 20 octubre 2021, rec. 87/2021.

¹⁶²⁶ ABRIL LARRÁINZAR, M.P.: *Información, consulta y negociación en el despido colectivo*, op. cit., p. 236 incluso indica que la falta de aportación de información acerca de las medidas sociales de acompañamiento no genera la nulidad del despido colectivo, ya que este contenido no está ni siquiera incluido en la categoría de “información pertinente”, por no exigirla la Directiva 98/59.

El art. 124.11 LRJS también atribuye la nulidad al despido colectivo cuando el empresario “no haya realizado el período de consultas”. En cambio, la jurisprudencia interna mayoritaria parece ser reticente a declarar el nulo un despido colectivo por el hecho de la ausencia de negociación de medidas sociales de acompañamiento, al margen de que ello suponga un indicio de mala fe negocial¹⁶²⁷. De este modo, el que no haya un refuerzo jurisprudencial y el control administrativo sea débil no ayuda corregir el déficit de negociación de los planes sociales, el cual radica en una falta de cultura negociadora de las partes, ya que los planes solo se ocupan por lo general de la tutela indemnizatoria¹⁶²⁸.

Ahora bien, si bien es cierto que existen determinadas sentencias que han asemejado la falta de negociación de medidas sociales de acompañamiento con la existencia de mala fe negocial y han declarado la nulidad del despido¹⁶²⁹, una vez más esta declaración de nulidad del despido colectivo depende de la voluntad de la representación de los trabajadores¹⁶³⁰. Ya sea porque los representantes de los trabajadores no demanden la información correspondiente a las medidas alternativas o complementarias durante el despido colectivo, no propongan o presenten propuestas al plan social¹⁶³¹ o porque firmen un acuerdo en el que no se prevean medidas sociales de acompañamiento, ello puede obstaculizar que los tribunales comprueben si se ha cumplido o no con el objetivo de las consultas, tal y como prevé no solo el ET sino la Directiva comunitaria.

Otra cosa es que la presentación del plan social suponga un indicio de buena fe negocial a valorar por el juez.

¹⁶²⁷ Así lo defiende RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E.: “La eficacia de las medidas de acompañamiento en la gestión del cambio: el ejemplo «Coca Cola España»”, *Documentación laboral*, N.º 109, 2017, p. 180 con cita en SSTs de 30 de junio de 2011, recud. 173/2010; de 18 de enero de 2012, recud. 139/2011; de 27 de mayo de 2013, recud. 78/2012; SSAN de 22 de mayo de 2012, n.º proced. 181/2013; de 22 de octubre de 2013, n.º proced. 327/2013.

¹⁶²⁸ MOLINA NAVARRETE, C.: “La gestión pública de los «erte» (regulación temporal de empleo) y de los «ere» (regulación extintiva) en el autogobierno andaluz: balance y perspectivas pospandemia”, *op. cit.*, pp. 182 y 183.

¹⁶²⁹ *Vid.*, entre otras, la STS 20 marzo 2013, rec. 81/2012.

¹⁶³⁰ Para ABRIL LARRÁINZAR, M.P.: *Información, consulta y negociación en el despido colectivo*, *op. cit.*, p. 236 que se haya excluido al plan social de la comunicación inicial ha tenido una repercusión importante en la “plataforma de negociación” del despido colectivo, ya que ello significa que el hecho de que el empresario no tenga que informar sobre este extremo al inicio del periodo de consultas provoca que el peso de aportar las propuestas alternativas al despido recaea, en exclusiva, en el banco sindical.

¹⁶³¹ SAN 1756/2013, de 13 de mayo. Para la Audiencia Nacional «no estamos, por tanto, ante una negociación ejemplar, pero no deja de ser cierto, que las representantes de los trabajadores, al margen de las desafecciones genéricas ya citadas, no hicieron ni una sola proposición constructiva, que pudiera considerarse por la empresa, ni para evitar, ni para reducir el número de despedidos, ni criticaron, ni ofrecieron alternativa alguna al plan de acompañamiento social, que se les propuso por la demandada, por lo que no podemos anular el despido por ausencia de voluntad negociadora empresarial, por cuanto las limitaciones de la negociación efectuada son imputables a ambas partes».

En concreto, alcanzar un acuerdo con el banco empresarial sin que se hayan negociado verdaderas medidas sociales de acompañamiento puede dificultar ampliamente la impugnación individual por parte de los trabajadores afectados e incluso la impugnación colectiva de los sindicatos no firmantes. Estos sujetos podrán alegar la falta o la insuficiencia en la negociación de medidas alternativas o complementarias al despido colectivo, pero, por lo general, dicha declaración de nulidad se dificultará al topar con el valor reforzado que los tribunales conceden al acuerdo, al ser un producto propio de la negociación colectiva y reconocérsele eficacia vinculante¹⁶³². Respecto a la impugnación individual, si bien el Tribunal Constitucional, en su sentencia 140/2021, de 12 de julio, ha reconocido la posibilidad de que los trabajadores a nivel individual discutan las causas, aunque exista acuerdo, desterrando el anterior blindaje del Tribunal Supremo, ello no equivale a que se haya cuestionado la construcción jurisprudencial del valor reforzado del acuerdo alcanzado en consultas¹⁶³³.

Por ello, para parte de la doctrina, aunque la decisión extintiva prescinda de medidas sociales de acompañamiento, el despido colectivo podrá ser declarado perfectamente procedente, siempre que esta decisión “inicialmente incumplidora” se “subsane” mediante el acuerdo, incluso afectando a la esencialidad de la información. Así, “la actitud omisiva o complaciente de los representantes del personal en el curso de la negociación validaría los comportamientos incumplidores de la empresa”¹⁶³⁴. Y ello no resulta una situación descabellada si se piensa en los numerosos despidos colectivos que han sido negociados y cuyo acuerdo se ha limitado a configurar extinciones incentivadas voluntarias a través de una indemnización superior, muchas veces con el recurso a los planes de prejubilación y a ayudas públicas de distinta índole¹⁶³⁵.

En cuanto al incumplimiento del plan de recolocación externa obligatorio, se han venido discutiendo sus consecuencias jurídicas en cuanto a la calificación judicial del despido colectivo. En efecto, la doctrina científica se ha cuestionado si la falta de elaboración del plan de recolocación externa supone o no un incumplimiento de las obligaciones documentales del art. 51.2 ET y, con ello, una causa de nulidad del despido colectivo *ex art.* 124.2.b LRJS, puesto que no es la norma estatutaria la que se refiere al plan como contenido de la comunicación inicial, sino el art. 3.2 RPDC¹⁶³⁶.

Más allá de estas dudas interpretativas, para autorizada doctrina la falta de elaboración y aportación del plan sí que podría dar lugar a la nulidad del despido colectivo sobre la base de que se podría considerar mala fe negocial, al menoscabar gravemente la función del período de consultas y el papel de los representantes de los

¹⁶³² STS 8 noviembre 2017, rec. 40/2017.

¹⁶³³ Vid. SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Control individual de la causa del despido colectivo pactado (Caso Ayuntamiento de Ciempozuelos)”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 2021, N.º 8, p. 8.

¹⁶³⁴ TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: “Las medidas de acompañamiento social en los procesos de reestructuraciones de empresas”, *op. cit.*, p. 322.

¹⁶³⁵ Vid. LÓPEZ CUMBRE, L.: “La prejubilación”, en J.L. MONEREO PÉREZ, G. RODRÍGUEZ INIESTA, *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*, Murcia, Laborum, 2017, tomo II, pp. 43-50.

¹⁶³⁶ FALGUERA BARÓ, M.À.: *El procedimiento del despido colectivo y el desarrollo del periodo de consultas: criterios judiciales*, *op. cit.*, pp. 116 y 117.

trabajadores¹⁶³⁷. En cualquier caso, en un primer momento la doctrina judicial¹⁶³⁸ y, posteriormente, el propio Tribunal Supremo en su sentencia 26 marzo 2014¹⁶³⁹ han interpretado que el incumplimiento de los requisitos del plan de recolocación externa (art. 9 RPDC) no está tasado como causa de nulidad del despido colectivo.

En cambio, existen otras sentencias en las que sí se ha declarado la nulidad del despido colectivo en casos de ausencia del plan de recolocación externa¹⁶⁴⁰, aunque no solo por esta razón sino también por la inexistencia de causa justificativa y existencia de mala fe negocial por parte de la empresa, que procuró negociar individualmente las medidas sociales de acompañamiento propuestas a los trabajadores. En este sentido, finalizar las consultas sin acuerdo facilita que se pueda combatir por parte de los representantes de los trabajadores la ausencia de negociación de medidas sociales de acompañamiento y del plan de recolocación externa, sobre todo cuando tales medidas fueron perseguidas de forma activa por la parte social durante la consulta-negociación¹⁶⁴¹.

Otra cuestión distinta de los efectos de la ausencia de negociación de medidas sociales de acompañamiento y/o del incumplimiento del plan de recolocación externa sobre la calificación judicial del despido colectivo, que como ya se ha analizado son ciertamente limitados, es lo que establece el art. 51.10 ET en su párrafo tercero. En clara sintonía con lo establecido en el art. 15.3 RPDC¹⁶⁴², el ET recoge que: “[s]in perjuicio de lo establecido en el párrafo anterior y de las responsabilidades administrativas correspondientes, el incumplimiento de la obligación establecida en este apartado [el plan de recolocación externa] o de las medidas sociales de acompañamiento asumidas por el empresario, podrá dar lugar a la reclamación de su cumplimiento por parte de los trabajadores”, con base en el derecho que tienen reconocido tales trabajadores al ejercicio individual de las acciones derivadas de su contrato de trabajo (art. 4.2.g ET).

De este modo, para reclamar a título particular el cumplimiento (y ejecutividad) de las medidas sociales de acompañamiento acordadas o asumidas por el empresario en su decisión final de despido colectivo, así como del plan de recolocación externa obligatorio, no se podrá acudir a la modalidad procesal del art. 124 LRJS¹⁶⁴³, al

¹⁶³⁷ Cfr. BALLESTER LAGUNA, F.: *La impugnación del despido colectivo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 77-78, y FALGUERA BARÓ, M.À.: *El procedimiento del despido colectivo y el desarrollo del periodo de consultas: criterios judiciales*, op. cit., pp. 116 y 117.

¹⁶³⁸ Cfr. STSJ Castilla-La Mancha 16 abril 2013, rec. 19/2012, y STSJ Madrid 9 abril 2013, rec. 18/2013.

¹⁶³⁹ Rec. 158/2013, cit.

¹⁶⁴⁰ Véase SAN 33/2020, de 17 de abril.

¹⁶⁴¹ Vid. TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: “Las medidas de acompañamiento social en los procesos de reestructuraciones de empresas”, cit., p. 327.

¹⁶⁴² “Asimismo, el incumplimiento de la obligación establecida sobre el plan de recolocación externa, así como de las medidas sociales de acompañamiento asumidas por el empresario, podrá dar lugar, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4.2.g) del Estatuto de los Trabajadores, a la reclamación de su cumplimiento por parte de los trabajadores ante la jurisdicción social, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas que procedan”.

¹⁶⁴³ Para BALLESTER LAGUNA, F.: *La impugnación del despido colectivo*, op. cit., pp. 108 y 206, el reclamo del cumplimiento de las medidas sociales de acompañamiento, del plan de recolocación externa

margen de aquellos supuestos en los que se impugne el acuerdo de despido colectivo y algunas medidas alternativas previstas en dicho acuerdo (v.gr.: medidas de movilidad geográfica, modificación sustancial de condiciones de trabajo, suspensión del contrato o reducción de jornada...), pues aquí tendrá prioridad aplicativa el proceso de despido colectivo (STS de 27 de enero de 2015, rec. 28/2014). Sin tener en cuenta estos supuestos, la modalidad idónea para reclamar tal derecho no será la del proceso de conflictos colectivos, al excluir el art. 153.1 LRJS las decisiones empresariales de despidos colectivos, ya que el procedimiento a seguir será el ordinario¹⁶⁴⁴, al no haberse contemplado una modalidad específica para exigir el cumplimiento concreto del plan de recolocación externa o de las medidas sociales de acompañamiento asumidas o acordadas por la empresa¹⁶⁴⁵. Ahora bien, también se puede acudir a cualquiera de las modalidades procesales previstas relacionadas con el objeto de la pretensión, como el proceso sobre movilidad geográfica o modificación sustancial de condiciones de trabajo, cuando se inste el cumplimiento de los compromisos asumidos por la empresa en relación con estos procedimientos¹⁶⁴⁶.

5.6. Régimen de ayudas públicas en los procesos de reestructuración empresarial: una visión panorámica general

5.6.1. Ayudas para reestructuraciones sectoriales extraordinarias

Dentro de este apartado dedicado a las medidas sociales de acompañamiento en el despido colectivo es necesario hacer referencia a la actuación del Estado por la que, en diferentes momentos históricos y coyunturales, ha suministrado ayudas a sectores y empresas en crisis o en reestructuración, así como sobre todo a las personas trabajadoras afectadas para contener y mitigar los efectos de la expulsión masiva de dichos trabajadores del mercado de trabajo. Unas ayudas en materia de despido colectivo que en la actualidad y de forma permanente se contienen, con importantes diferencias respecto a sus antecesoras, por un lado, en el Real Decreto 908/2013, de 22 de noviembre, por el que se establecen las normas especiales para la concesión de ayudas extraordinarias a trabajadores afectados por procesos de reestructuración de empresas y, por otro lado, en el Real Decreto 3/2014, de 10 de enero, por el que se establecen las normas especiales para la concesión de ayudas previas a la jubilación ordinaria en el sistema de la Seguridad Social, a trabajadores afectados por procesos de reestructuración de empresas.

y del convenio especial con la Seguridad Social no tienen cabida ni dentro de la impugnación colectiva ni dentro de la acción individual del art. 124 LRJS.

¹⁶⁴⁴ Véase la STS de 11 de octubre de 2021 (rec. 4460/2018), donde se reclama el cumplimiento de la obligación derivada de bolsa de empleo.

¹⁶⁴⁵ GUERERRO VIZUETE, E.: “El plan de recolocación externa de los trabajadores excedentes: «un nuevo instrumento de lucha contra el desempleo»”, *op. cit.*, pp. 96 y 97, donde se critica que no se haya previsto una modalidad procesal más ágil para exigir el cumplimiento del plan de recolocación externa.

¹⁶⁴⁶ BALLESTER LAGUNA, F.: *La impugnación del despido colectivo*, *op. cit.*, pp. 206 y 207.

Como antecedentes de estas ayudas públicas se pueden encontrar las legislaciones ¹⁶⁴⁷ que ordenaron los procesos de reconversión industrial llevados a cabo en los años ochenta y parte de los noventa que, aunque no supusieron un verdadero proceso de reindustrialización ¹⁶⁴⁸, posibilitaron la elaboración de “planes de reconversión industrial”, donde se contenían medidas de Seguridad Social destinadas a la bonificación de cuotas empresariales, la reposición del derecho a la prestación por desempleo o ayudas equivalentes a la jubilación anticipada de trabajadores de 60 años o más. En el ámbito laboral también se preveía la presunción de causas económicas, técnicas, organizativas o productivas para la adopción de despidos, la posibilidad de fraccionar el pago de la indemnización por despido o la constitución de “Fondos de Promoción de Empleo” que, entre otros aspectos, colaboraban en la recolocación de los trabajadores afectados por la reconversión, mediante la incentivación económica a la creación de empleos de carácter estable y la readaptación profesional de los trabajadores excedentes ¹⁶⁴⁹.

Tiempo más tarde, al margen de las ayudas públicas propias de los programas de promoción industrial de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria (no derogadas) ¹⁶⁵⁰, se introdujeron durante los años 2006 a 2009 diversas regulaciones específicas que singularizaban la intervención pública en los procesos de reestructuración de determinados sectores para facilitar su necesaria y compleja adaptación a los cambios estructurales producidos en el comercio mundial. Los sectores beneficiarios de las ayudas públicas y del tratamiento particularizado fueron el sector textil y de la confección ¹⁶⁵¹; el sector de fabricación y componentes del calzado, curtidos y

¹⁶⁴⁷ Ley 21/1982, de 9 de junio, sobre medidas para la reconversión industrial; Real Decreto-ley 8/1983, de 30 de noviembre, de Reconversión y Reindustrialización y Ley 27/1984, de 26 de julio, sobre reconversión y reindustrialización.

¹⁶⁴⁸ MONEREO PÉREZ, J.L.: *Las reconversiones industriales en el Derecho del Trabajo*, Granada, Universidad de Granada, 1988.

¹⁶⁴⁹ Un análisis más exhaustivo de los Fondos de promoción de empleo en DE VICENTE PACHÉS, F. y MATEU CARRUANA, M.J.: *Las agencias de colocación mediante la forma jurídica de empresa de economía social*, op. cit. pp. 19-27.

¹⁶⁵⁰ Esto es desarrollado por el Real Decreto 825/1993, de 28 de mayo, por el que se determina las medidas laborales y de Seguridad Social específicas a que se refiere el artículo 6 de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria. Estas medidas específicas consisten en cotizaciones adicionales a la Seguridad Social a cargo de las empresas a favor de los trabajadores que, como consecuencia de su cese en aquellas, se encuentren en situación legal de desempleo en cualquiera de sus niveles, contributivo y asistencial, siempre que para estos mismos trabajadores el correspondiente programa contemple medidas de prejubilación. Asimismo, estos trabajadores podrán acceder, sin solución de continuidad, al cumplir la edad de 60 años al sistema de ayudas equivalentes a la jubilación anticipada. LÓPEZ CUMBRE, L.: “Capítulo 9. La prejubilación”, en VV.AA.: *Tratado de Derecho de la Seguridad Social. Tomo II*, MONEREO PÉREZ, J.L. et al. (Dirs.), Murcia, Laborum, 2017, p. 48.

¹⁶⁵¹ Orden TAS/3243/2006, de 19 de octubre, por la que se disponen medidas necesarias para el desarrollo parcial de lo previsto en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 9 de junio de 2006, sobre determinadas medidas financieras y sociolaborales integradas en el Plan de apoyo al sector textil y de la confección y Real Decreto 5/2008, de 11 de enero, por el que se establecen medidas para facilitar la adaptación laboral del sector textil y de la confección a los cambios estructurales en el comercio mundial.

marroquinería ¹⁶⁵²; el sector del juguete ¹⁶⁵³ y el sector de la madera y del mueble ¹⁶⁵⁴. Las medidas temporales previstas en estas reestructuraciones sectoriales extraordinarias, fruto del diálogo social, consistieron en bonificaciones en la cotización empresarial a la Seguridad Social por contratación de personas trabajadoras afectadas por estos procesos de reestructuración, por mantenimiento del empleo de trabajadores maduros o por la realización de acciones formativas; así como también consistieron en subvenciones dirigidas a las personas trabajadoras para compensar la pérdida salarial por nuevo trabajo, por búsqueda de empleo, por asistencia a cursos de formación o de reciclaje profesional, por agotamiento de la prestación contributiva por desempleo, por movilidad geográfica o bien por realización de trabajo por cuenta propia o integración en empresas de economía social ¹⁶⁵⁵. Como se puede observar, se trataba de una serie de ayudas públicas de carácter ciertamente diversificado que buscaban aliviar la carga de las empresas afectadas por estas operaciones de reestructuración sectorial y, por otro lado, los efectos de los despidos sobre la persona trabajadora ¹⁶⁵⁶.

5.6.2. *Análisis de las ayudas previstas en los RRDD 908/2013 y 3/2014*

Más allá de esta sectorialización de las medidas, el marco regulatorio actual de las ayudas públicas por procesos de reestructuración se encuentra recogido, tal y como ya se ha indicado, en el RD 908/2013 y en el RD 3/2014, donde se recogen una serie de medidas destinadas a paliar las consecuencias sociales de los despidos colectivos sobre las personas trabajadoras afectadas, sin distinguir entre determinados sectores como público diana. En efecto, más allá de que se cumplan los requisitos establecidos en las disposiciones reglamentarias, estas ayudas para las personas trabajadoras afectadas por el despido colectivo se dirigen a cualquier empresa o sector. Además, como dato común, la mayoría de estas ayudas, esto es, las destinadas a la constitución de un plan de rentas o las ayudas previas a la jubilación ordinaria, tienen como base que se alcance un acuerdo entre la representación de los trabajadores y la empresa en el despido colectivo, lo cual puede, indirectamente, promocionar e incentivar la terminación convencional del procedimiento de despido colectivo ¹⁶⁵⁷.

¹⁶⁵² Real Decreto 100/2009, de 6 de febrero, por el que se establecen medidas para facilitar la adaptación laboral del sector de fabricación y componentes del calzado, curtidos y marroquinería a los cambios estructurales en el comercio mundial.

¹⁶⁵³ Real Decreto 1678/2009, de 13 de noviembre, por el que se establecen medidas para facilitar la adaptación laboral del sector del juguete a los cambios estructurales en el comercio mundial.

¹⁶⁵⁴ Real Decreto 1679/2009, de 13 de noviembre, por el que se establecen medidas para facilitar la adaptación laboral del sector del mueble a los cambios estructurales en el comercio mundial.

¹⁶⁵⁵ Para un análisis detallado de estas medidas, cfr. SOLÀ I MONELLS, X.: “La intervención pública en el marco de normativas creadas *ad hoc* para determinados supuestos de reestructuración empresarial”, en VV.AA., *La intervención pública en los procesos de modificación y reestructuración empresarial* (PÉREZ AMORÓS, F. y ROJO TORRECILLA, E., Dirs.), Albacete, Bomarzo, 2012, pp. 277-318.

¹⁶⁵⁶ Las subvenciones por pérdida salarial o por agotamiento de la prestación contributiva por desempleo estaban dirigidas al colectivo de personas trabajadoras maduras.

¹⁶⁵⁷ SÁEZ LARA, C.: *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, op. cit., pp. 189 y 190.

En definitiva, ambas ayudas consisten en subvenciones que se conceden a través del régimen de concesión directa, ya que en ambas, siguiendo la legislación en materia de subvenciones¹⁶⁵⁸, concurren razones de interés público y dificultades en su convocatoria pública, habida cuenta de la naturaleza de la situación de urgencia y la necesidad socio-laboral que se trata de solucionar mediante la concesión de la subvención (arts. 2.3 RD 908/2013 y 2.3 RD 3/2014). No obstante, la concesión de las ayudas estará condicionada a la existencia de disponibilidad presupuestaria en cada ejercicio presupuestario (arts. 7.3 RD 908/2013 y 10.3 RD 3/2014)¹⁶⁵⁹.

En cuanto a las ayudas extraordinarias previstas en el RD 908/2013¹⁶⁶⁰, estas tienen por objeto facilitar una cobertura económica a las personas trabajadoras afectadas por procesos de reestructuración de empresas que deriven del cese total o parcial de la actividad empresarial o contribuyan al mantenimiento del empleo, permitiendo paliar las consecuencias sociales de tales operaciones de reestructuración (arts. 1 y 2). Los beneficiarios de estas medidas serán las personas trabajadoras que hayan sido despedidas conforme a los arts. 51 y 52.c) ET o conforme a lo dispuesto en la Ley Concursal y que, a su vez, cumplan dos requisitos: 1) tener una antigüedad mínima en la empresa o grupo de empresas de dos años¹⁶⁶¹ y 2) encontrarse en situación legal de desempleo en el momento de concesión de la ayuda, a menos que se trate de un trabajador incluido en un plan de rentas que esté desempeñando una actividad remunerada¹⁶⁶² (art. 3).

El art. 4 RD 908/2013 recoge tres tipos de subvenciones, cada una con sus propias condiciones¹⁶⁶³.

¹⁶⁵⁸ Artículos 22.2.c) y 28 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, y artículo 67 de su Reglamento, aprobado por Real Decreto 887/2006, de 21 de julio.

¹⁶⁵⁹ Para FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: “Interrelación de medidas que tienen por objeto atenuar los efectos de procesos de reestructuración de empresas”, en VV.AA., *Reestructuraciones empresariales. Comunicaciones del XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2021, p. 842, se trata de ayudas discrecionales en el sentido de que se sujetan a la disponibilidad presupuestaria establecida de cada año, por lo que es posible que, aun cumpliendo con todas las exigencias del RD, la ayuda sea denegada.

¹⁶⁶⁰ Por medio de este RD se deroga la Orden de 5 de abril de 1995 por la que se determinan las ayudas que podrá conceder el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social a trabajadores afectados por procesos de reconversión y/o reestructuración de empresas.

¹⁶⁶¹ En el caso de trabajadores con contrato a tiempo parcial o fijos discontinuos la antigüedad se computará de fecha a fecha desde la fecha de ingreso en la empresa, hasta la fecha del despido.

¹⁶⁶² A estos trabajadores se les podrá conceder la ayuda, pero su cobro quedará suspendido hasta que el trabajador se encuentre en situación legal de desempleo, iniciándose el cobro de la ayuda en ese momento pero solo por el periodo que le restase por percibir.

¹⁶⁶³ ORTIZ GONZÁLEZ-CONDE, F.M.: “Seguridad Social y despidos colectivos”, en VV.AA.: *Viabilidad de las empresas, mantenimiento del empleo y medidas de flexibilidad externa en la reestructuración empresarial*, ORTEGA LOZANO, P.G. y GUINDO MORALES, S. (Dirs.), Granada, Comares, 2022, pp. 415-418.

- En primer lugar, el art. 4.1 reconoce la posibilidad de que el Ministerio competente¹⁶⁶⁴ realice aportaciones a un plan de rentas, constituido en el acuerdo de despido colectivo y formalizado a través de contratos de seguro colectivo que instrumenten los compromisos de rentas. El plan de rentas podrá consistir en el pago de un subsidio y/o de una cantidad destinada al pago por el trabajador del convenio especial con la Seguridad Social, siempre que no se trate de la obligación de aportación empresarial al convenio especial previsto en el art. 51.9 ET para trabajadores de 55 o más años.

El plan de rentas deberá de cumplir con las siguientes características: debe de incluir la cantidad a la que se comprometa el Ministerio competente, la totalidad de la indemnización legal por despido o la pactada en el acuerdo de despido colectivo, si esta es superior, así como los trabajadores incluidos en el plan y la aportación a la que la empresa se haya comprometido; el importe mensual del subsidio para cada persona trabajadora no podrá ser superior al 75% del promedio de las bases de cotización de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, excluidas las horas extraordinarias, correspondientes a los seis meses anteriores al despido, ni podrá ser superior al importe de la pensión máxima establecida en el sistema de la Seguridad Social para el año en que tenga lugar dicha efectividad¹⁶⁶⁵; la aportación estatal al plan de rentas no podrá superar en su conjunto el 40% del importe total del mismo; únicamente se podrán conceder ayudas para trabajadores cuyos contratos se extingan en el plazo de dos años desde la comunicación a la autoridad laboral del acuerdo alcanzado en el periodo de consultas del procedimiento de despido colectivo; el periodo de percepción del subsidio y de la cantidad destinada al pago del convenio especial con la Seguridad Social será de como máximo seis años para cada trabajador desde el momento de su despido¹⁶⁶⁶; y, por último, no serán objeto de subvención, además de la obligación empresarial del art. 51.9 ET, las cláusulas de revalorización anual que, en su caso, sean incluidas en el plan de rentas por la empresa y la representación legal de los trabajadores.

¹⁶⁶⁴ En la regulación se refiere al Ministerio de Empleo y Seguridad Social, no obstante, en la actualidad hay que entender que esta referencia se realiza al Ministerio de Trabajo y Economía Social, con resolución en la Dirección General de Trabajo.

¹⁶⁶⁵ En el caso de los trabajadores con contrato a tiempo parcial o fijos discontinuos, dicho cálculo se realizará sobre el promedio de las bases de cotización de los doce meses anteriores al despido.

¹⁶⁶⁶ No obstante, aquellos trabajadores para los que se prevea que transcurrido el plazo anterior tengan cumplida la edad para acceder a la pensión de jubilación anticipada, pero no tengan cubierto el periodo mínimo de cotización efectiva exigido, podrán percibir la cantidad destinada al pago por el trabajador del convenio especial con la Seguridad Social hasta el momento en que puedan causar el derecho a la pensión de jubilación anticipada, con un máximo de ocho años desde el momento del despido.

- En segundo lugar, el art. 4.2 RD 908/2013 reconoce unas ayudas para los casos en los que se haya extinguido el contrato de trabajo de personas trabajadoras mayores de 55 años en virtud de despido concursal o bien por la vía del art. 51 o 52.c) ET si posteriormente se ha decretado la insolvencia total o parcial de la empresa conforme a lo previsto en el art. 276 LRJS, siempre que se acredite que la empresa no ha pagado las indemnizaciones legales por despido. En estos supuestos, el art. 4.2 reconoce dos ayudas que se pueden conceder de forma conjunta o para una única de las modalidades: una de ellas es una subvención a tanto alzado que no podrá superar una anualidad del salario del trabajador ni el importe anual de la pensión máxima del sistema de la Seguridad Social; y la otra consiste en el pago del convenio especial con la Seguridad Social suscrito por parte del trabajador, durante un periodo que no puede superar los cuatro años o seis en supuestos excepcionales¹⁶⁶⁷. Estas ayudas serán compatibles con las prestaciones a las que tengan derecho los beneficiarios del Fondo de Garantía Salarial como consecuencia de la insolvencia de la empresa (art. 33 ET).
- La última de las ayudas extraordinarias diseñadas por el RD 908/2013 se recoge en el art. 4.3. Se trata de subvenciones de pago único que se conceden a las personas trabajadoras por una cuantía equivalente a la reposición de las prestaciones contributivas por desempleo, consumidas durante los periodos de suspensión de los contratos o de reducción de jornada a que se refiere el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores, siempre que no se tenga derecho a las mismas en virtud de cualquier otra norma¹⁶⁶⁸.

Las ayudas extraordinarias del RD 908/2013 no podrán concederse a aquellas personas trabajadoras que en el momento de la concesión sean beneficiarias de una pensión de jubilación, incapacidad permanente absoluta o gran invalidez y, en caso de que tales pensiones se obtengan una vez concedidas las ayudas, estas se extinguirán¹⁶⁶⁹. Las subvenciones serán incompatibles con el reconocimiento de una ayuda previa a la jubilación ordinaria en el sistema de la Seguridad Social (RD 3/2014). En cambio, tales ayudas extraordinarias serán compatibles con la prestación contributiva por desempleo, siempre que no se supere el límite previsto para el plan de rentas del 75% o de la pensión máxima anual, y con las ayudas de análoga naturaleza previstas por

¹⁶⁶⁷ Cuando cumplidos los cuatro años la persona tenga la edad para acceder a la pensión de jubilación anticipada pero no tenga cubierto el periodo mínimo de cotización efectiva exigido.

¹⁶⁶⁸ Para la reposición del derecho a la prestación por desempleo en la legislación de emergencia de la COVID-19, véase el art. 8.7 RD-ley 30/2020, de 29 de septiembre. Para FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: “Interrelación de medidas que tienen por objeto atenuar los efectos de procesos de reestructuración de empresas”, *op. cit.*, p. 841 el RD 908/2013 parece referirse en este punto al art. 16 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado Laboral.

¹⁶⁶⁹ También se extinguirán las ayudas cuando se cumpla el plazo para que el fueron concedidas; en caso de fallecimiento del beneficiario, con las excepciones previstas en el art. 9.1.b) RD 908/2013; o por sanciones del TRLISOS que impliquen la pérdida del derecho a la prestación por desempleo.

las Comunidades Autónomas o por otras entidades públicas, salvo que se superen los mismos límites o que el total de las aportaciones públicas supere el 75% del importe total del plan de rentas. Por último, el inicio de la actividad remunerada por cuenta propia o ajena posterior a la concesión de la ayuda determinará la suspensión de la ayuda durante el periodo en que el trabajador esté desempeñando dicha actividad, pudiendo reanudarse su percepción a partir del momento de su finalización, por el periodo que restase por percibir.

Por otro lado, el RD 3/2014¹⁶⁷⁰ dispone las condiciones y requisitos para la concesión directa de las subvenciones denominadas “ayudas previas a la jubilación ordinaria en el sistema de la Seguridad Social” para personas trabajadoras afectadas por procesos de reestructuración de empresas que impliquen el cese total o parcial de la actividad o contribuyan al mantenimiento del empleo (se sigue la anterior distinción entre las causas económicas y las técnicas, organizativas o productivas para despedir en cuanto a su función). En este sentido, las ayudas están destinadas a facilitar una cobertura económica a los trabajadores cercanos a la edad de jubilación para atender a las situaciones de urgencia y necesidad socio-laboral y paliar las consecuencias sociales de tales operaciones de reestructuración (art. 2.1).

Podrán ser beneficiarios de estas ayudas las personas trabajadoras despedidas conforme al procedimiento de despido colectivo o despido objetivo por causas empresariales (arts. 51 y 52.c) ET), siempre que cumplan los siguientes requisitos: 1) tener cumplida una edad, real o teórica por aplicación de coeficientes reductores de edad, que sea como máximo inferior en cuatro años a la edad legal de jubilación ordinaria prevista en el art. 205.1.a) y D.T. 7ª TRLGSS¹⁶⁷¹; 2) tener cubierto el periodo de cotización exigido para causar derecho a la pensión de jubilación contributiva ordinaria; 3) acreditar una antigüedad mínima en la empresa o grupo de empresas de al menos dos años en el momento de la solicitud¹⁶⁷²; 4) en el caso de trabajadores afectados por despido colectivo, no podrán transcurrir más de cuatro años entre la fecha de comunicación del acuerdo alcanzado en el periodo de consultas a la autoridad laboral competente y la fecha de acceso de los trabajadores al sistema de ayudas previas; 5) encontrarse inscrito como demandante de empleo en el momento de concesión de la ayuda, haber agotado la prestación contributiva por desempleo y no haber sido sancionado conforme al TRLISOS con la pérdida del derecho a la prestación por desempleo; y, por último, no estar incurso en alguna de las causas de incompatibilidad previstas en el art. 13.2 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre.

¹⁶⁷⁰ Por medio de este RD se deroga la Orden de 5 de octubre de 1994 por la que se regula la concesión de ayudas, previas a la jubilación ordinaria en el Sistema de la Seguridad social, a trabajadores afectados por procesos de reestructuración de empresas.

¹⁶⁷¹ A efectos de determinar dicha edad legal de jubilación se considerará como tal la que le hubiera correspondido al trabajador teniendo en cuenta las cotizaciones correspondientes al periodo de percepción de la ayuda.

¹⁶⁷² En el caso de trabajadores con contrato a tiempo parcial o fijos discontinuos la antigüedad se computará de fecha a fecha desde la fecha de ingreso en la empresa, hasta la fecha del despido.

Estas ayudas previas a la jubilación ordinaria en realidad se componen de una doble acción: una ayuda económica propiamente dicha que se percibirá mensualmente por parte del trabajador y, por otro lado, una cotización a la Seguridad Social durante el periodo de percepción de la ayuda ¹⁶⁷³:

- En cuanto a la cuantía de la ayuda económica que percibirá el beneficiario, esta será el 75 por 100 del resultado de dividir entre siete la suma de las bases de cotización de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, excluidas las horas extraordinarias, correspondientes a los seis meses anteriores a la fecha del despido, sin que en ningún caso pueda superar la pensión máxima establecida en el sistema de la Seguridad Social para el año en que tenga lugar dicha efectividad ¹⁶⁷⁴. Desde el segundo año, la ayuda se revalorizará según el índice aplicable a las pensiones contributivas. Esta ayuda solo podrá percibirse, con participación de las Administraciones Públicas, hasta un máximo de cuatro años y, en todo caso, hasta el cumplimiento de la edad legal ordinaria de jubilación.
- Respecto a la cotización durante la percepción de la ayuda, la persona trabajadora tendrá la consideración de situación asimilada al alta en el Régimen General de la Seguridad Social con obligación de cotizar, aunque estará excluida a efectos de la acción protectora de todas las prestaciones derivadas de contingencias profesionales y, asimismo, de las prestaciones derivadas de contingencias comunes que no tengan la naturaleza de pensiones. La cotización se calculará teniendo en cuenta que la base inicial de cotización, posteriormente objeto de revalorización ¹⁶⁷⁵, se determinará tomando el promedio de las seis últimas bases de cotización por contingencias comunes anteriores a la fecha del despido ¹⁶⁷⁶; una base inicial de cotización que será actualizada de acuerdo con los índices de revalorización de las pensiones contributivas de la Seguridad Social desde el momento del despido hasta la fecha de acceso del trabajador al sistema de ayudas previas. El tipo de cotización será el correspondiente para contingencias comunes establecido en el año de efectividad de la ayuda.

La financiación de estas ayudas previas a la jubilación ordinaria corresponderá en un 60% a las empresas solicitantes y el 40% restante irá con cargo al programa correspondiente de los Presupuestos Generales del Estado, o de la Comunidad Autónoma cuando haya recibido el traspaso de servicios en esta materia. No obstante,

¹⁶⁷³ ORTIZ GONZÁLEZ-CONDE, F.M.: “Seguridad Social y despidos colectivos”, *op. cit.*, p. 413.

¹⁶⁷⁴ En el caso de los trabajadores con contrato a tiempo parcial o fijos discontinuos, el cálculo consistirá en dividir entre catorce las bases de cotización de los doce meses anteriores al despido.

¹⁶⁷⁵ Se revalorizará acumulativamente a partir del segundo año de percepción en el porcentaje de incremento que se fije para la revalorización de la ayuda, si bien en ningún caso la base de cotización resultante podrá ser superior a la base máxima vigente en cada momento para el grupo de cotización de que se trate.

¹⁶⁷⁶ En el caso de los trabajadores con contrato a tiempo parcial o fijos discontinuos, se tomará el promedio de las bases de cotización de los doce meses anteriores al despido.

la participación de la empresa podrá ser superior si existe previa conformidad. A tal fin, las empresas deberán de ingresar en la TGSS, a requerimiento del órgano instructor, la aportación a su cargo, pudiendo optar entre realizar un pago único o fraccionarla en tantas anualidades como años vayan a permanecer los trabajadores percibiendo las ayudas, con un máximo de cuatro¹⁶⁷⁷.

Estas ayudas serán incompatibles con pensiones de jubilación, incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, así como con cualquier prestación o subsidio por desempleo y con las ayudas del RD 908/2013. En cambio, la percepción de la ayuda será compatible con la realización de actividades por cuenta ajena a tiempo parcial remuneradas, siempre que los ingresos anuales no superen el Salario Mínimo Interprofesional en cómputo anual. Por ello, el desempeño de actividad remunerada, cuando se realice a tiempo completo o su remuneración sea superior al SMI en cómputo anual, será incompatible con la percepción de la ayuda, suspendiéndose la misma hasta la acreditación del cese o, en su caso, hasta el agotamiento de las prestaciones por desempleo, reanudándose su percepción a partir de dicha fecha sin efectos retroactivos. El resto de supuestos de incompatibilidad serán causa de extinción de la ayuda, además de cuando expire el plazo de concesión de la ayuda o el beneficiario fallezca.

Como se puede observar, las ayudas previstas en los RRDD 908/2013 y 3/2014, lejos de las medidas sectoriales previstas en la segunda mitad de la década de los 2000, no contemplan ningún tipo de medida dirigida a garantizar la empleabilidad o la reinserción profesional de las personas trabajadoras afectadas por despidos colectivos. Ni se financia la contratación de este personal excedente, ni su mantenimiento en el empleo ni la realización de formación, ya sea a través de bonificaciones a la empresa o subvenciones directas a los trabajadores (que también podrían tener la finalidad de fomentar la movilidad geográfica). Las actuales ayudas públicas específicas para los supuestos de despidos colectivos solo se destinan a financiar procesos de expulsión de trabajadores maduros a través de prejubilaciones¹⁶⁷⁸, sin preocuparse de acompañar su recualificación o transición profesional con el fin de reinsertarlos en el mercado de trabajo¹⁶⁷⁹, coincidiendo con la escasa atención que ha venido recibiendo este colectivo en el marco de las políticas activas de empleo¹⁶⁸⁰.

¹⁶⁷⁷ LÓPEZ CUMBRE, L.: “Capítulo 9. La prejubilación”, *op. cit.*, p. 47.

¹⁶⁷⁸ De hecho, la doctrina científica denomina a tales ayudas como “ayudas a la prejubilación de trabajadores afectados por la reestructuración empresarial”, *Ibidem*, pp. 46-48.

¹⁶⁷⁹ CANALDA CRIADO, S.: “Transición socialmente justa y procesos de reestructuración empresarial en clave verde”, en *Documentación laboral*, N.º 128, 2023, p. 120, también critica la falta de puesta en marcha de acciones desde el Sistema de Formación Profesional para el Empleo o de otro tipo de medidas que redunden en la recualificación de las personas trabajadoras afectadas, sobre todo desde la perspectiva de la transición ecológica. Los reglamentos solo se limitan a permitir, en cierto modo, la compatibilidad de la ayuda con el trabajo remunerado.

¹⁶⁸⁰ Sobre esta cuestión, SERRANO FALCÓN, C.: “Las políticas activas de empleo para las personas de edad madura en la Industria 4.0”, en AA.VV. (MONEREO PÉREZ, J.L. y MALDONADO MOLINA, J.A., Dirs.), *Envejecimiento activo y vida laboral*, Comares, Granada, 2019, pp. 469 y 470 y FERNÁNDEZ GARCÍA, A.: “Medidas para fomentar el empleo y el autoempleo de los mayores de 45 años”, en AA.VV., *Los trabajadores maduros: entre el trabajo y la jubilación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 241.

Ya se ha criticado la escasa capacidad que tiene la empresa afectada por el despido colectivo para colaborar con los servicios públicos de empleo a la hora de diseñar y planificar cursos de formación o de reconversión como medidas sociales de acompañamiento¹⁶⁸¹, al igual que ocurre en el supuesto de la colaboración público-privada en materia de recolocación. Ciertos autores ya han reclamado la necesidad de trazar respuestas a nivel sectorial en coordinación con los servicios públicos de empleo, siguiendo la experiencia de las anteriores ayudas para hacer frente a los cambios estructurales del comercio mundial¹⁶⁸², que faciliten la implantación de medidas sociales de acompañamiento adaptadas a las características de las empresas, e incluso que queden sujetas a garantías de mantenimiento del empleo. Esta solución de apoyo público sería adecuada para aquellos despidos colectivos llevados a cabo en pymes que, por su escasa capacidad financiera y de gestión empresarial, no pueden implantar verdaderas medidas alternativas o complementarias al despido colectivo, sobre todo si se encuentran en una situación económica delicada¹⁶⁸³.

La única de las medidas con carácter estructural que parece estar destinada a promover la recualificación y transición profesional de las personas trabajadoras en procesos de reestructuración está ligada a las exenciones en la cotización empresarial a la Seguridad Social durante el ERTE o Mecanismo RED por realización de las acciones formativas previstas en la D.A. 25ª ET (D.A. 44ª TRLGSS)¹⁶⁸⁴. No obstante, estos mecanismos de incentivación pública de la formación y del reskilling y upskilling del trabajador afectado, que no se aplican a los despidos colectivos, toparán en su efectiva implementación con la cláusula de salvaguarda del empleo, ya que se deberán de devolver las cuotas exoneradas, con el recargo e intereses de demora correspondientes, aunque finalmente se recoloque a la persona trabajadora afectada en una tercera empresa tras el proceso formativo, por entenderse incumplida dicha cláusula¹⁶⁸⁵.

¹⁶⁸¹ Véase TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: “Las medidas de acompañamiento social en los procesos de reestructuraciones de empresas”, *op. cit.*, p. 317.

¹⁶⁸² NAVARRO NIETO, F.: “Medidas sociales de acompañamiento y mantenimiento del empleo”, *op. cit.*, p. 272, que también incluye que esta sería una buena medida para aquellos despidos plurales que quedan excluidos de la regulación del despido colectivo.

¹⁶⁸³ Lo que no debería de hacerse es financiar públicamente medidas en empresas que procedan a despedir con beneficios, pues otorgar estas ayudas podría suponer “premiar” un comportamiento irresponsable. Sobre las ayudas a planes de recolocación de empresas, DE LA CASA QUESADA, S.: “Las empresas de recolocación («outplacement») y nuevos derechos del trabajador a la prevención del desempleo”, *op. cit.*, pp. 165 y ss.

¹⁶⁸⁴ También tendrán derecho a un incremento de crédito para la financiación de acciones en el ámbito de la formación programada, en los términos previstos en el artículo 9.7 de la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral.

¹⁶⁸⁵ Véase ampliamente MUROS POLO, A.: “Seguridad social, ERTE y Mecanismo RED como instrumentos idóneos para acompañar las transiciones profesionales hacia los empleos del mañana”, en VV.AA.: *Las transformaciones de la Seguridad Social ante los retos de la era digital. Por una salud y Seguridad Social digna e inclusiva. VII Congreso Internacional y XX Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Murcia, Laborum, 2023, pp. 285-308.

5.6.3. Apoyo público para una transición digital y verde socialmente justa

Otra visión distinta ofrece el Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización para Trabajadores Despedidos (FEAG), regulado en el Reglamento 2021/691 del Parlamento Europeo y del Consejo, que busca apoyar las transformaciones socioeconómicas causadas por la globalización y por los cambios tecnológicos y medioambientales, a través de la ayuda a los trabajadores despedidos que hayan cesado en sus actividades para facilitar su adaptación a estos cambios estructurales. Los objetivos del FEAG son dar muestras de solidaridad y promover el empleo digno y sostenible en la Unión ofreciendo asistencia en caso de reestructuraciones importantes, en particular las causadas por los retos relacionados con la globalización o por crisis financieras o económicas, así como por la transición hacia una economía baja en emisiones de carbono o como consecuencia de la digitalización o la automatización. El FEAG ayudará a los beneficiarios a recuperar un empleo digno y sostenible lo antes posible, prestando especial atención a los grupos más desfavorecidos.¹⁶⁸⁶

Así, los Estados miembros podrán solicitar contribuciones financieras del FEAG para ayudar a los trabajadores despedidos en caso de que los ceses de actividad afecten a al menos 200 personas trabajadoras (estos despidos se pueden focalizar en una determinada empresa, en diversos sectores de una misma región o bien en un sector concreto de una o más regiones vecinas, sobre todo si se trata de pymes). Las medidas subvencionables irán destinadas a un paquete coordinado de políticas activas de empleo que busquen facilitar la reinserción laboral de los trabajadores despedidos, en especial de los más vulnerables, y que tenga como eje central el desarrollo de competencias digitales y en materia de sostenibilidad.

A modo de ejemplo, el paquete podrá incluir: formación y reciclaje a medida, incluida la adquisición de capacidades en tecnologías de la información y de la comunicación y otras capacidades necesarias en la era digital; certificación de los conocimientos y capacidades adquiridos; servicios de asistencia individual en la búsqueda de empleo y actividades de grupo específicas; orientación profesional; asesoramiento; tutoría; ayuda a la recolocación; fomento del espíritu empresarial; ayuda para establecerse como trabajador por cuenta propia; ayuda a la creación de empresas; compra de empresas por los trabajadores y actividades de cooperación; así como medidas especiales de duración limitada como prestaciones para la búsqueda de empleo, incentivos a la contratación destinados a los empleadores, subsidios de movilidad, asignaciones por hijos, subsidios de formación, dietas, y ayudas para servicios de asistencia.

Estas ayudas no podrán cubrir medidas que sean responsabilidad de las empresas según la legislación nacional o los convenios colectivos aplicables, así como no estarán destinadas a políticas pasivas o de protección social. En España destacan

¹⁶⁸⁶ El Fondo de Transición Justa (FTJ), regulado en el Reglamento 2021/1056 del Parlamento Europeo y del Consejo, también reconoce apoyo público para los trabajadores más afectados por los procesos de reconversión ecológica.

algunos proyectos de acompañamiento que han sido financiados por el Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización, como la solicitud de País Vasco EGF/2021/001 para los despidos producidos en el sector de fabricación de productos metálicos o la solicitud EGF/2022/003 para las personas trabajadoras despedidas por Alu Ibérica LC S.L. en Galicia.

En el marco del proceso de descarbonización iniciado en la Unión Europea hacia una economía sostenible y baja en emisiones de carbono, destacan las ayudas públicas, fruto del diálogo social, dirigidas a compensar las consecuencias sociales negativas del cierre de minas de carbón sobre las personas trabajadoras afectadas. En efecto, tras la Decisión 2010/787/UE del Consejo, de 10 de diciembre de 2010, relativa a las ayudas estatales destinadas a facilitar el cierre de minas no competitivas, se elaboró el Marco de Actuación para la Minería del Carbón y las Comarcas Mineras para el período 2013-2018¹⁶⁸⁷, donde se incluyeron todas aquellas medidas orientadas a aliviar los efectos colaterales negativos del Plan de Cierre español. Las ayudas destinadas a cubrir los costes excepcionales a favor de los trabajadores que perdieron su puesto de trabajo como consecuencia del cierre de empresas mineras del carbón se articularon a través del Real Decreto 676/2014, de 1 de agosto. Estas ayudas eran básicamente dos: una cobertura económica para los trabajadores de edad avanzada desde la extinción de su contrato de trabajo hasta alcanzar la edad legal ordinaria de jubilación (capítulo II, dedicado a “ayudas sociales por costes laborales para trabajadores de edad avanzada”) y, por otro lado, el pago de una cuantía económica en concepto de “indemnización” por baja voluntaria de la empresa (capítulo III, dedicado a “ayudas sociales por costes laborales mediante bajas indemnizadas de carácter voluntario”)¹⁶⁸⁸.

Tiempo después, el Acuerdo Marco para una Transición Justa de la Minería del Carbón y Desarrollo Sostenible de las Comarcas Mineras para el periodo 2019-2027¹⁶⁸⁹ ha reproducido casi en exclusiva las medidas del acuerdo anterior y las ha introducido en el Real Decreto-ley 25/2018, de 21 de diciembre. En este sentido, se han vuelto a incluir las ayudas sociales por costes laborales para trabajadores de edad avanzada (art. 1), aunque se observa una flexibilización en sus requisitos y una mejora en la cuantía, así como las ayudas por costes laborales mediante bajas indemnizadas de carácter voluntario (art. 2)¹⁶⁹⁰. La D.T.2ª RD-ley 25/2018 añade que, en el supuesto de que en la

¹⁶⁸⁷ Acuerdo suscrito por el Ministerio de Industria, Energía y Turismo, por FITAG-UGT, por la Federación de Industria de CC.OO., por la misma federación de USO y por CARBUNIÓN, con fecha de 1 de octubre de 2013.

¹⁶⁸⁸ La D.A. 2ª RD 676/2014 también preveía en determinadas condiciones el reconocimiento, por una sola vez, de la prestación por desempleo de nivel contributivo por el periodo máximo legal.

¹⁶⁸⁹ Acuerdo firmado por el Ministerio para la Transición Ecológica y Reto Demográfico, el Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, la Federación de Industria de Comisiones Obreras (CCOO Industria), la Federación de Industria, Construcción y Agro de la Unión General de Trabajadoras y Trabajadores (UGT-FICA) y la Federación de Industria de la Unión Sindical Obrera (USO) y la Federación Nacional de Empresarios de Minas de Carbón (Carbunión) el 24 de octubre de 2018.

¹⁶⁹⁰ Para una comparación de las medidas previstas en ambos acuerdos, véase ÁLVAREZ CUESTA, H.: “Transición energética y políticas de empleo verde: el caso de la minería del carbón en el noroeste de España”, *Labos*, Vol. 3, N.º 3, 2022, pp. 164-168.

fecha de la extinción de los contratos conforme a procedimiento de despido colectivo no se haya incluido la resolución de concesión de las ayudas públicas, las empresas beneficiarias tendrán que comunicar a la Autoridad Laboral la citada resolución, tan pronto como la reciban, así como la relación de todos sus trabajadores excedentes, con y sin derecho a tales ayudas, con opción a la prestación de desempleo de nivel contributivo por el período máximo legal (*vid.*, D.A.2ª RD 676/2014), para que comunique esta última situación a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo al objeto de reconocer, por una sola vez, dicha prestación por su período máximo.

No obstante, más allá de medidas económicas o de prejubilación, la disposición adicional segunda del RD-ley 25/2018 introduce un elemento novedoso: la creación de una bolsa de trabajo de excedentes de la minería del carbón, gestionada por el Instituto para la Transición Justa, O.A., a la que tendrán acceso todas aquellas personas trabajadoras que no sean beneficiarias de las ayudas sociales por costes laborales para trabajadores de edad avanzada, incluidos los trabajadores de las subcontratas vinculadas a la minería del carbón. Dicha bolsa de trabajo facilitará el acceso a cursos formativos y de orientación que favorezcan la reincorporación al mercado laboral, sin precisarse nada más¹⁶⁹¹, debiendo de coordinarse y programarse tales cursos teniendo en cuenta las competencias en materia de formación profesional para el empleo que ostentan las comunidades autónomas implicadas. En este plano destaca la Orden TED/1323/2021, de 24 de noviembre, por la que se aprueban las directrices de ejecución del Instituto para la Transición Justa, O.A., para la determinación y desarrollo de los instrumentos necesarios de ejecución de los créditos presupuestarios asignados al plan de apoyo para la recualificación profesional e inserción laboral de trabajadores y población afectados por la transición energética de la Componente 10 «Estrategia para la Transición Justa» del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

Además, al igual que ya se hizo con el Marco de Actuación 2013-2018 a través de las ayudas a la restauración y rehabilitación medioambiental, los trabajadores excedentes integrados en las bolsas de trabajo tendrán prioridad de contratación en dichas labores de recuperación y reconversión, tal y como establece el Real Decreto 341/2021, de 18 de mayo, por el que se regula la concesión directa de ayudas para la restauración ambiental de zonas afectadas por la transición energética en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia correspondiente a proyectos de zonas degradadas a causa de la minería del carbón.

En el plano de la transición verde y la adaptación de medidas sociales para paliar sus efectos sobre las personas trabajadoras afectadas, es necesario destacar los convenios de transición justa que, en el marco de la Estrategia de Transición Justa, son una herramienta para la co-gobernanza destinada a garantizar el compromiso y coordinación de las administraciones públicas a la hora de proponer instrumentos

¹⁶⁹¹ Demandando una mayor concreción CANALDA CRIADO, S.: “Transición socialmente justa y procesos de reestructuración empresarial en clave verde”, *op. cit.*, p. 122.

de apoyo en el proceso de transición justa en los territorios afectados por el cierre de minas de carbón y centrales térmicas y nucleares¹⁶⁹².

Los convenios de transición justa (CTJ) están regulados en el art. 28 de la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética y se prevén como acuerdos a suscribir entre la Administración General del Estado, la autonómica y la local, con participación de empresas, sindicatos, patronal y otras entidades¹⁶⁹³, con el objeto de fomentar la actividad económica y su modernización, así como la empleabilidad de trabajadores vulnerables y colectivos en riesgo de exclusión en la transición hacia una economía baja en emisiones de carbono. Así, lo que se busca es mantener y crear actividad y empleo en los territorios afectados por la transición energética a través del acompañamiento a sectores productivos y colectivos en riesgo, fijar población en zonas rurales y promover una diversificación y especialización de la actividad económica coherente con el contexto socio-económico¹⁶⁹⁴. En este sentido, los convenios de transición justa incluirán, entre otros aspectos, “[m]edidas fiscales, de financiación, de apoyo a la I+D+i, de digitalización, de emprendimiento, de empleo, de protección social y actividades formativas para incentivar la adaptación de los trabajadores, supeditadas al cumplimiento de los objetivos establecidos en el convenio”.

Por último, el Acuerdo por una Transición Energética Justa para las centrales térmicas en cierre, suscrito en abril de 2020 entre la Administración General del Estado, las compañías afectadas (Endesa, Iberdrola, Naturgy y EDP, esta última suscribe el acuerdo en marzo de 2021) y los sindicatos (CC.OO. y UGT), también tiene como objetivo apoyar a los trabajadores y los territorios de las zonas afectadas por el cierre de

¹⁶⁹² Actualmente hay 15 Convenios de Transición Justa (CTJ) en 197 municipios de 8 Comunidades Autónomas:

Andalucía: CTJ de Puente Nuevo-Valle del Guadiato (Córdoba); CTJ de Carboneras (Almería); CTJ de Los Barrios (Cádiz).

Aragón: CTJ de Aragón (Teruel y Zaragoza).

Principado de Asturias: CTJ de Suroccidente, CTJ de Valle del Nalón y CTJ de Valle del Caudal-Aboño (Asturias).

Castilla-La Mancha: CTJ de Zorita (Guadalajara y Cuenca).

Castilla y León: CTJ de Bierzo-Laciana (León), CTJ de Montaña Central Leonesa-La Robla (León) y CTJ de Guardo-Velilla (Palencia).

Castilla y León y País Vasco: CTJ de Garoña (Burgos, Álava).

Galicia: CTJ de Meirama (A Coruña) y CTJ de As Pontes (A Coruña, Lugo).

Illes Balears: CTJ de Alcudia (Mallorca).

¹⁶⁹³ Los agentes sociales no son sujetos suscriptores de los convenios de transición justa, sin que se les haya atribuido un cauce legal específico para una actuación directa en este sentido, como sí se les reconoce en la activación del Mecanismo RED en su modalidad sectorial. MÁRQUEZ PRIETO, A.: “Autonomía colectiva y reestructuración sectorial en la transición ecológica”, *Ponencia presentada en las XL Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales ‘40 años de propuestas jurídicas sobre empleo, negociación colectiva y solución de conflictos laborales en Andalucía’*, pp. 14 y 16, disponible en: <https://www.juntadeandalucia.es/sites/default/files/2023-11/Ponencia%20Antonio%20M%C3%A1rquez.pdf> (consultada el 10/01/2024).

¹⁶⁹⁴ MINISTERIO PARA LA TRANSICIÓN ECOLÓGICA Y EL RETO DEMOGRÁFICO: *Estrategia de transición justa*, 2019, p. 42.

quince centrales térmicas (en total son 2.740 los trabajadores afectados por los cierres, tanto directos como de empresas auxiliares). El citado Acuerdo, además de poner las bases para elaborar los correspondientes convenios de transición justa, implica la recolocación interna de trabajadores y la búsqueda de actividades alternativas para las zonas afectadas. En especial, destaca la creación de una bolsa de empleo para los trabajadores afectados por el cierre de las centrales (tanto directos como de empresas auxiliares), por la que las empresas firmantes se comprometen a priorizar la contratación de tales personas en las labores de desmantelamiento de las instalaciones y en las nuevas iniciativas empresariales que surjan en torno a estas, así como en las actividades de formación e inserción laboral vinculadas a la transición energética limpia ¹⁶⁹⁵.

5.6.4. Compatibilidad de las ayudas públicas con la libre competencia comunitaria

Dicho todo lo anterior, siendo la libre competencia uno de los mayores baluartes de la Unión Europea en su conformación de un mercado interior, es absolutamente necesario analizar la compatibilidad de las ayudas públicas previstas en los despidos colectivos o en los procesos de reestructuración empresarial con la normativa anticolusoria comunitaria. Un régimen de compatibilidad de las ayudas estatales que se ha flexibilizado con carácter temporal, dicho sea de paso, para hacer frente a la crisis de la COVID-19 ¹⁶⁹⁶, como ya se hizo en 2008.

El art. 107.1 TFUE expone que “serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones”. De este modo, para que sean consideradas ayudas de Estado conforme al art. 107.1 TFUE es necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos: a) obtención de una ventaja económica por parte de la empresa beneficiaria ¹⁶⁹⁷; b) selectividad de

¹⁶⁹⁵ Más información en: <https://www.transicionjusta.gob.es/es-es/Paginas/Acuerdo-por-una-Transici%C3%B3n-Energ%C3%A9tica-Justa-para-las-centrales-t%C3%A9rmicas-en-cierre.aspx>

¹⁶⁹⁶ Véase Comunicación de la Comisión: “Marco Temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto del actual brote de COVID-19” (2020/C 91 I/01) de 20 de marzo de 2020.

¹⁶⁹⁷ Dentro del concepto de ayuda estatal, para el TJUE no solo se incluyen subvenciones u otros beneficios que se entreguen directamente a la empresa, sino también cualquier medida que de una u otra forma mitigue o disminuya las cargas que normalmente debe de soportar la empresa (exenciones fiscales, concesión de créditos a un interés inferior al del mercado, exenciones y bonificaciones en las cotizaciones a la Seguridad Social, ausencia de reclamación de cantidades adeudadas al Estado, etc.). SOLÀ I MONELLS, X.: “La intervención pública en el marco de normativas creadas *ad hoc* para determinados supuestos de reestructuración empresarial”, *op. cit.*, p. 319, con cita en MARTÍNEZ FONS, D.: *Libre competencia y Derecho del Trabajo*, Madrid, La Ley, 2006, pp. 253-256.

la ayuda; c) uso de fondos públicos; d) efecto negativo en la competencia; y e) efecto en el comercio intracomunitario ¹⁶⁹⁸.

En estos casos, la ayuda estatal deberá de ser notificada a la Comisión Europea conforme al art. 108.3 TFUE, para que determine si tal ayuda es compatible o no con el mercado común, siguiendo las orientaciones de los apartados 2 y 3 del art. 107 TFUE (en especial, podrán considerarse compatibles con el mercado interior “las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común” *ex* art. 107.3.c) TFUE) ¹⁶⁹⁹. Todo ello a salvo de que se trate de alguna de las ayudas previstas en el Reglamento 651/2014 de la Comisión de 17 de junio de 2014 por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado, siempre que se cumplan los requisitos y condiciones establecidos en dicha normativa (destaca la sección 5 dedicada a las ayudas a la formación).

Cabe decir que las ayudas de los años 2006-2009 para hacer frente a la adaptación laboral de determinados sectores a los cambios estructurales producidos en el comercio mundial fueron declaradas compatibles con la normativa comunitaria por parte de la Comisión Europea, ya que la mayoría de ellas, técnicamente, no eran consideradas ayudas estatales, por estar dirigidas directamente a los trabajadores como personas físicas, o bien por ser de carácter no selectivo al ofrecerse a la generalidad de empresas (como es el caso de la bonificación para la contratación de trabajadores excedentes). El resto de ayudas, a pesar de ser consideradas ayudas de Estado, también fueron validadas por ser los beneficios superiores al impacto negativo que tales ayudas generaban sobre la libre competencia ¹⁷⁰⁰.

De este modo, puede llegar a pensarse que aquellas ayudas que estén dirigidas a las personas trabajadoras afectadas y sean recibidas directamente por estas, y no por las empresas, no serán ayudas públicas incompatibles con la libertad de competencia empresarial ¹⁷⁰¹. No obstante, para obtener una respuesta más precisa es necesario acudir a las directrices elaboradas por la Comisión sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas no financieras en crisis (DOUE de 31 de julio de 2014) que, a pesar de que no tienen rango normativo, en la práctica actúan como de si una

¹⁶⁹⁸ PÉREZ-BUSTAMANTE, J. y LÖWHAGEN, F.: “Las ayudas para la reestructuración empresarial”, en VV.AA., *El Derecho de la competencia en tiempos de crisis*, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 299. Un estudio en la materia por GÓMEZ MUÑOZ, J.M.: *Derecho del trabajo, libre competencia y ayudas de Estado*, Monografías de Temas laborales, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales-Mergablum, 2007.

¹⁶⁹⁹ PÉREZ-BUSTAMANTE, J. y LÖWHAGEN, F.: “Las ayudas para la reestructuración empresarial”, *op. cit.*, p. 303.

¹⁷⁰⁰ Véase, ampliamente, con cita en las distintas decisiones de la Comisión, SOLÀ I MONELLS, X.: “La intervención pública en el marco de normativas creadas «ad hoc» para determinados supuestos de reestructuración empresarial”, *op. cit.*, pp. 319-322.

¹⁷⁰¹ A esta conclusión parece llegar SÁEZ LARA, C.: *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, *op. cit.*, pp. 191 y 193, respecto a los RRDD 908/2013 y 3/2014.

norma se tratara ya que la Comisión Europea tiene un amplio margen de discreción a la hora de evaluar si concurren los supuestos del art. 107.3.c) TFUE ¹⁷⁰².

En este sentido, respecto a las “ayudas para cubrir los costes sociales de la reestructuración”, las directrices de la Comisión exponen que las medidas de Seguridad Social, conforme a las cuales se pagan prestaciones directamente a los trabajadores afectados por los despidos, no serán ayudas estatales incursas en la prohibición del art. 107.1 TFUE. Además, si la Administración pública cubre el coste de las prestaciones que la empresa concede a los trabajadores despedidos y que exceden de sus obligaciones legales o contractuales, siempre que estos regímenes sean de aplicación general, sin limitaciones sectoriales, tampoco se considerarán ayudas estatales. Por el contrario, si estos regímenes se utilizan para apoyar la reestructuración de sectores específicos, podrían implicar ayudas, dado que se utilizan con criterio selectivo ¹⁷⁰³.

Las obligaciones que una empresa ha de asumir por obligación legal o convencional a la hora de ofrecer algunas prestaciones a los trabajadores despedidos, tales como prestaciones de desempleo o medidas para incrementar sus posibilidades de empleo ¹⁷⁰⁴, al formar parte de los costes normales que una empresa debe financiar con cargo a sus propios recursos, si el Estado contribuye con financiación pública, ello deberá de considerarse como ayuda estatal. Esta consideración es aplicable independientemente de que los pagos se efectúen directamente a la empresa o se efectúen a los trabajadores a través de un organismo público.

En cualquier caso, las directrices añaden que: “[l]a Comisión no tiene a priori objeción alguna contra estas ayudas cuando se conceden a empresas en crisis, dado que proporcionan ventajas económicas que exceden de los intereses de la empresa, facilitando el cambio estructural y mitigando la dificultad de tal situación”. Además, si tales ayudas se prestan dentro de un régimen concreto de reestructuración que sirva para financiar, en determinados casos, acciones de formación, asesoramiento y ayuda práctica para buscar un empleo alternativo, ayuda para recolocación, y formación profesional y asistencia para los trabajadores que deseen iniciar nuevas actividades, la Comisión emite sistemáticamente un dictamen favorable en relación con este tipo de ayudas cuando se conceden a empresas en crisis, ya que tienen como objetivo reducir los problemas sociales al aumentar las posibilidades de empleo de los trabajadores despedidos.

¹⁷⁰² PÉREZ-BUSTAMANTE, J. y LÖWHAGEN, F.: “Las ayudas para la reestructuración empresarial”, *op. cit.*, pp. 303 y 304.

¹⁷⁰³ En su sentencia en el asunto C-241/94, [Francia/Comisión (Kimberley Clark Sopalin)] (Rec. 1996, p. I-4551), el Tribunal de Justicia confirmó que el sistema de financiación por parte de las autoridades francesas a través del Fondo Nacional del Empleo con carácter discrecional podía favorecer a unas empresas más que a otras y reunir, así, las condiciones de ayuda establecidas en el artículo 107, apartado 1, del Tratado. No obstante, la sentencia no puso en entredicho las conclusiones de la Comisión, según las cuales se había considerado que la ayuda era compatible con el mercado interior.

¹⁷⁰⁴ Las Directrices de la Comisión sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis de 2004 se referían a las prestaciones de desempleo y pensiones de jubilación anticipada, sin recoger la referencia a otras medidas que incrementen las posibilidades de empleo.

En definitiva, se puede apreciar la amplitud con la que la Comisión Europea entiende el concepto de ayudas estatales del art. 107.1 TFUE. En cambio, también se puede apreciar una postura positiva de la propia Comisión, por la cual se inclina a admitir la compatibilidad de tales ayudas con el mercado interior, por ser mayores los beneficios para las personas trabajadoras afectadas por procesos de reestructuración que las restricciones provocadas a la libre competencia. No puede haber una fractura radical entre las libertades económicas y los objetivos sociales de la UE, por lo que cofinanciar planes sociales en las reestructuraciones empresariales en los que se beneficie directamente a las personas y no a las empresas debe de ser un objetivo legítimo de política social a perseguir y resguardar¹⁷⁰⁵.

¹⁷⁰⁵ MOLINA NAVARRETE, C.: “La gestión pública de los «erte» (regulación temporal de empleo) y de los «ere» (regulación extintiva) en el autogobierno andaluz: balance y perspectivas pospandemia”, *op. cit.*, p. 185.

CAPÍTULO 6. LOS TRABAJADORES MADUROS EN EL DESPIDO COLECTIVO

6.1. Delimitación del problema: progresivo envejecimiento poblacional y sostenibilidad de la Seguridad Social

La sostenibilidad del sistema de la Seguridad Social se enfrenta en la actualidad a los siguientes desafíos que amenazan su viabilidad¹⁷⁰⁶. En primer lugar, a un mercado de trabajo con altas tasas de desempleo y muy precarizado a consecuencia de la crisis económica de 2008, lo cual supone un aumento del gasto en prestaciones por desempleo y menos ingresos por cotización. En segundo lugar, al efecto que pueda tener el empleo de baja calidad “desestandarizado” que ofrecen las plataformas digitales, así como a los efectos de la destrucción de trabajos que provoque, sobre todo a corto plazo, la denominada Cuarta Revolución Industrial¹⁷⁰⁷ integrada, principalmente, por la robotización y la inteligencia artificial¹⁷⁰⁸. Por último, y no menos importante ya que se

¹⁷⁰⁶ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Sostenibilidad de la Seguridad Social: perspectivas y propuestas de actuación”, en VV.AA.: *Nuevas tecnologías y trabajo sostenible*, MARÍN ALONSO, I. e IGARTUA MIRÓ, M.T. (Dirs.) y SOLÍS PRIETO, C. (Coord.), Murcia, Laborum, 2020, pp. 454-460.

¹⁷⁰⁷ Término acuñado por SCHWAB, K.: *La cuarta revolución industrial*, Barcelona, Editorial Debate, 2016. Sin embargo, MERCADER UGUINA, J.R.: *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 24 y siguientes, prefiere hablar de una única y continua revolución industrial en constante evolución más que de diversas revoluciones estancas entre sí.

¹⁷⁰⁸ No existe consenso científico acerca de cómo afectará la evolución de la tecnología sobre el empleo. Buena muestra de ello, son las denominadas posiciones “tecnopesimistas” de RIFKIN, J.: *El fin del trabajo. Nuevas tecnologías contra puestos de trabajo: el nacimiento de una nueva era*, Barcelona, Paidós, 1996 y FORD, M.: *El auge de los robots: la tecnología y la amenaza de un futuro sin empleo*, Barcelona, Paidós, 2016; así como las posiciones “tecnooptimistas” de BRYNJOLFSSON, E. y MCAFEE, A.: *La segunda era de las máquinas*, Madrid, Temas, 2013. A medio camino, WORLD ECONOMIC FORUM: *The future of jobs. Report 2020*, octubre de 2020, estima que para 2025, 85 millones de trabajo pueden ser desplazados por la división del trabajo entre humanos y máquinas, aunque también prevé que 97 millones de nuevos roles puedan emerger, siendo estos más adaptados a la nueva división del trabajo entre humanos, máquinas y algoritmos. Sin embargo, también advierte que la tendencia de creación y destrucción de puestos de trabajo se está invirtiendo, ya que mientras la creación de trabajos se está ralentizando, la destrucción de puestos se acelera, llamando la atención sobre los efectos especialmente negativos que ello puede tener sobre los trabajadores con mayores desventajas.

presenta como el problema de mayor relevancia para la Seguridad Social, se encuentra el desafío del progresivo envejecimiento poblacional, impulsado por la disminución de la natalidad, la inminente jubilación del grueso poblacional de los *babyboomers*, el aumento de la esperanza de vida y la posible reducción de la inmigración a causa de las crisis económicas sucesivas¹⁷⁰⁹.

En efecto, el aumento de la esperanza de vida –que es sin duda un logro para la sociedad– se sitúa en España en torno a 80 años para los hombres y 86 años para las mujeres, con previsiones de aumento¹⁷¹⁰; lo cual, unido a la disminución de la natalidad¹⁷¹¹, provoca que se hable de una pirámide poblacional envejecida. De este modo, según proyecciones del INE, para 2035 la población de 65 y más años supondrá el 26,5% del total de la población, alcanzando la tasa de dependencia el 43,2%, frente al 30% actual. Sin embargo, este problema será más grave todavía, pues previsiblemente para 2055 se espera un porcentaje de población de 65 años y más del 31%¹⁷¹², alcanzando la tasa de dependencia el 55,7%. En otras palabras, cada vez habrá menos población activa (y previsiblemente con trabajos más precarios) para contribuir a las pensiones de un colectivo cada vez más creciente¹⁷¹³, habida cuenta además del retraso en la incorporación de los jóvenes al mercado de trabajo¹⁷¹⁴.

Ante esta situación toma mayor protagonismo el concepto acuñado por la OMS de “envejecimiento activo” que, desde una perspectiva integral y holística, lo estructura en cuatro pilares básicos: salud, participación, seguridad y aprendizaje continuo, con el fin de mejorar la calidad de vida a medida que las personas envejecen. Así, el envejecimiento activo busca disfrutar de la salud tanto física como mental, promover la participación activa en la sociedad (lo que incluye la vida laboral activa), garantizar la seguridad de la existencia y la educación y el aprendizaje permanente para la adaptación a los cambios del entorno y de las propias circunstancias determinantes del ciclo de vida de la persona¹⁷¹⁵. En este sentido, una sociedad envejecida como la que presidirá el siglo XXI, debe de reflejar el peso de los mayores en la misma, no solo como una carga, sino como una parte importante del motor económico, y por supuesto situando

¹⁷⁰⁹ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Sostenibilidad de la Seguridad Social: perspectivas y propuestas de actuación”, *op. cit.*, pp. 456-458.

¹⁷¹⁰ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA: *Nota de prensa: Proyecciones de Población 2020-2070*, de fecha de 22 de septiembre de 2020, p. 4, disponible en: https://www.ine.es/prensa/pp_2020_2070.pdf

¹⁷¹¹ *Ibidem*, pp. 4 y 5.

¹⁷¹² *Ibidem*, p. 8.

¹⁷¹³ En nuestro país se pasará de un jubilado por cada cuatro personas en edad de trabajar a un jubilado por cada 1,7 personas en edad de trabajar, véase, CONDE RUIZ, J.I.: “Los retos del factor de sostenibilidad de las pensiones: presente y futuro”, *Documentación Laboral*, N.º 99, 2013, p. 24.

¹⁷¹⁴ En este sentido, véase ampliamente MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: *La sostenibilidad de las pensiones públicas*, Madrid, Tecnos, 2014.

¹⁷¹⁵ MONEREO PÉREZ, J.L.: “La garantía de los derechos fundamentales de los trabajadores maduros”, en: VVAA: *Envejecimiento activo y vida laboral*, MONEREO PÉREZ, J.L., y MALDONADO MOLINA, J.A. (Dirs.), Granada, Comares, 2019, pp. 208 y 209.

jurídicamente a los mayores donde se merecen, sin que estos queden completamente al margen de la vida laboral¹⁷¹⁶.

De este modo, desde la Unión Europea se ha ido fomentando el envejecimiento activo y, en concreto, el alargamiento de la vida laboral como antídoto frente al problema del progresivo envejecimiento poblacional y su afectación a la sostenibilidad de las pensiones públicas. Véase, entre otros muchos documentos, el Libro Verde de la Comisión Europea “en pos de unos Sistemas de Pensiones Europeos Adecuados Sostenibles y Seguros” (COM(2010)365 final, de 7 de julio de 2010); el Libro Blanco de la Comisión Europea: “Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles” (COM (2012) 55 final, de 16 de febrero de 2012); la Decisión N.º 940/2011/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de septiembre de 2011 sobre el Año Europeo del Envejecimiento Activo y de la Solidaridad Intergeneracional (2012); y en general, la Estrategia Europea 2020 para el Empleo, donde se prevé un aumento de la vida laboral como mecanismo de integración y sostenibilidad de pensiones¹⁷¹⁷.

En definitiva, la Unión Europea está tratando de ofrecer una respuesta conjunta al progresivo envejecimiento poblacional, ya que este no es un problema que afecte en exclusiva al Estado español, sino que afecta con carácter general al resto de países comunitarios¹⁷¹⁸.

En este sentido, desde hace varias décadas España ha ido tomando medidas para reformar su sistema de jubilación y favorecer la prolongación de la vida activa laboral¹⁷¹⁹ (véase las recomendaciones 12º del Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo de 2011 y la nueva reforma del Pacto de Toledo de 2020¹⁷²⁰). Medidas que han ido desde atrasar la edad legal de jubilación, fomentar voluntariamente a través de incentivos la jubilación postergada, compatibilizar pensión y trabajo, penalizar la

¹⁷¹⁶ MALDONADO MOLINA, J.A.: “Trabajadores maduros y pensionistas productivos. El envejecimiento activo laboral”, en: VVAA: *Envejecimiento activo y vida laboral*, MONEREO PÉREZ, J.L., y MALDONADO MOLINA, J.A. (Dirs.), Granada, Comares, 2019, p. 520.

¹⁷¹⁷ CHARRO BAENA, P. y GUERRERO JAREÑO, R.: “La jubilación forzosa y la gestión de la diversidad generacional en la empresa: ¿dos conceptos antagónicos?”, en VVAA: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible: III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, ORTIZ CASTILLO, F. (Ed.), Tomo II, Murcia, Laborum, 2019, p. 216.

¹⁷¹⁸ Véase el *Libro Verde sobre el Envejecimiento: “Fomentar la solidaridad y la responsabilidad entre generaciones”*, Bruselas, 27 de enero de 2021, COM (2021) 50 final.

¹⁷¹⁹ MONEREO PÉREZ, J.L.: “Capítulo I. Protección contributiva. Configuración jurídica general”, en VVAA.: *Comentario sistemático a la legislación reguladora de las pensiones*, MONEREO PÉREZ, J.L. y GARCÍA NINET, J.I. (Dirs.), Granada, Comares, 2004, pp. 115 y 116 defiende que desde el Pacto de Toledo de 1995 se ha producido un cambio contundente e inequívoco de política del Derecho en materia de jubilación, en el sentido de suponer el tránsito de las políticas de anticipación de la edad hacia las políticas de retraso o mantenimiento de los trabajadores en la edad madura.

¹⁷²⁰ MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “El Pacto de Toledo 25 años después (a propósito del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2020)”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, N.º 25, 2020.

jubilación anticipada, etc.¹⁷²¹. *Grosso modo*, las modificaciones del TRLGSS que han tenido más calado en materia de envejecimiento activo han sido la Ley 27/2011, de 1 de agosto y la Ley 21/2021, de 28 de diciembre¹⁷²².

6.2. Las personas trabajadoras maduras como colectivo vulnerable en el mercado laboral

Según la Teoría del Derecho el término “vulnerabilidad” es un término inespecífico que alude descriptivamente a la capacidad de una persona cualquiera de recibir una lesión antijurídica, esto es, se trata de ciertos colectivos que encuentran determinados obstáculos sociales y jurídicos que les impiden ostentar una amplitud y profundidad en el goce de ciertos derechos en comparación con otros colectivos de personas, y sobre todo conforme al respecto a la dignidad propia de una persona en su situación. Diversa normativa, tanto estatal como autonómica, ha intentado delimitar qué tipo de colectivos son considerados como vulnerables (RD 1369/2006, de 24 de noviembre, por el que se regula la Renta Activa de Inserción; Ley 44/2007, de 13 de diciembre, de empresas de inserción; Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el Ingreso Mínimo Vital, etc.), destacando en lo que aquí respecta la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, que identifica como “colectivos de atención prioritaria para la política de empleo” a aquellos que tienen “especiales dificultades para el acceso y mantenimiento del empleo y para el desarrollo de su empleabilidad” (art. 50 LE)¹⁷²³.

Entre ellos es necesario resaltar la inclusión de las personas trabajadoras maduras mayores de 45 años por su situación de vulnerabilidad, esto es, por sus específicas dificultades presentes en el mercado de trabajo. Ello se debe a la situación de “minusvaloración y subalternidad social” que sufren las personas mayores¹⁷²⁴, a pesar de que existe una tutela antidiscriminatoria internacional y nacional por razón de edad, como se comentará. En cambio, no resulta un fenómeno aislado el conocido como edadismo o la existencia de estereotipos negativos hacia las personas de mayor edad, que van desde estereotipos hacia su propia salud, sobre el área motivacional-social (desmotivación, incapacidad para resolver problemas o realizar trabajos...) o bien sobre su carácter o personalidad¹⁷²⁵.

¹⁷²¹ Un estudio más detallado en MALDONADO MOLINA, J.A.: “Trabajadores maduros y pensionistas productivos. El envejecimiento activo laboral”, *op. cit.*, *passim*.

¹⁷²² Análisis exhaustivo de esta última norma en MALDONADO MOLINA, J.A.: “La reforma de la pensión de jubilación en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, N.º 30, 2022, pp. 63-89.

¹⁷²³ MONEREO PÉREZ, J.L.; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “La reforma del derecho del empleo: notas sobre la ley 3/2023, de 28 de febrero, de empleo”, *Revista crítica de relaciones de trabajo. Laborum*, N.º 7, 2023, pp. 32-34.

¹⁷²⁴ MONEREO PÉREZ, J.L.: “Repensar críticamente el modelo de regulación de la pensión de jubilación”, en VV.AA., *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible*, Laborum, Murcia, 2019, p. 74.

¹⁷²⁵ RUBIO RUBIO, L. y RUBIO HERRERA, R.: “Envejecimiento activo: su significado y fundamento actual. Teorías y estereotipos sobre el envejecimiento”, en AA.VV. (MONEREO PÉREZ, J.L. y MALDONADO MOLINA, J.A., Dirs.), *Envejecimiento activo y vida laboral*, Comares, Granada, 2019, p. 9.

En este sentido, dichos estereotipos se proyectan sobre el ámbito del trabajo en diferentes aspectos¹⁷²⁶, ya que son los primeros en ser expulsados en momentos de crisis y en operaciones de reestructuración empresarial; su reinserción laboral se torna muy difícil una vez que son despedidos; existe poca predisposición por parte de las empresas a invertir en su formación, presumiendo sus dificultades para asumir nuevos conceptos formativos, sobre todo tecnológicos o digitales; se dan auténticas situaciones de presión y acoso para acceder a la extinción voluntaria incentivada, etc.

Así, ni la protección frente a la discriminación por razón de edad comunitaria, contenida en los arts. 10 y 19 TFUE, arts. 21 y 25 CDFUE y Directiva 2000/78/CE¹⁷²⁷, así como la normativa nacional (art. 14 CE, entendido de forma amplia; art. 17.1 ET y Ley 15/2022, de 12 de julio), están actuando suficientemente por lo general como dique de contención frente a estas prácticas empresariales. Es por ello que la respuesta jurídica frente a los supuestos de discriminación por esta causa ha venido siendo, con carácter general, menos contundente que frente a otros criterios como el de la discapacidad o del género¹⁷²⁸. Es más, en la mayoría de las ocasiones, las decisiones empresariales que se adoptan tomando en cuenta la edad de las personas afectadas, o que, sin tomarla en cuenta, perjudican a quienes pertenecen a estas cohortes, se revisten de cierta racionalidad económica que las justifican y las convierten en totalmente razonables desde los convencionalismos sociales, lo cual oscurece la apreciación de las situaciones discriminatorias¹⁷²⁹.

Si se acuden a los datos, España tiene una tasa de actividad de entre las personas de 55-74 años inferior a la de la media de la UE y de la OCDE, y está lejos de países como Suecia, Dinamarca o Reino Unido¹⁷³⁰. En el plano nacional, la tasa de actividad y de empleo para los trabajadores mayores de 45 es menor respecto al total de la población activa, una diferencia que se incrementa considerablemente para los mayores de 59 años¹⁷³¹. Además, si se compara la tasa de desempleo general con la tasa de paro para los mayores de 55 años en el periodo que va desde 2013 hasta la actualidad, se puede observar cómo la segunda ha disminuido de forma mucho menos contundente

¹⁷²⁶ Estas situaciones son analizadas por CABEZA PEREIRO, J. y CARDONA RUBERT, M.B.: “Introducción. La discriminación de las personas mayores en el ámbito laboral. Los estereotipos en el empleo, la ocupación y las condiciones de trabajo”, en AA.VV., *La discriminación de las personas mayores en el ámbito laboral*, Fundación HelpAge Internacional España, Madrid, 2022, pp. 29 y ss.

¹⁷²⁷ Para una mejor comprensión, *vid.*: MONEREO PÉREZ, J.L. y MALDONADO MOLINA, J.A.: “Igualdad y no discriminación por razón de edad y derechos de los mayores”, en AA.VV. (MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L., Dirs.), *El sistema Universal de los Derechos Humanos*, Comares, Granada, 2014, pp. 105-127.

¹⁷²⁸ VILLAR CAÑADA, I.M.: “Capítulo XIII. Expedientes de regulación de empleo, trabajadores de edad avanzada y principio de igualdad: la sentencia del Tribunal Constitucional 66/2015, de 13 de abril de 2015”, en VV.AA.: *La protección por desempleo en España*, Laborum, Murcia, 2015.

¹⁷²⁹ CABEZA PEREIRO, J. y CARDONA RUBERT, M.B.: “Introducción...”, *op. cit.*, pp. 26 y 27.

¹⁷³⁰ OFICINA NACIONAL DE PROSPECTIVA Y ESTRATEGIA DEL GOBIERNO DE ESPAÑA (Coord.), *España 2050: Fundamentos y propuestas para una Estrategia Nacional de Largo Plazo*, Ministerio de la Presidencia, 2021, p. 213.

¹⁷³¹ Tabla 1 del *Informe del Mercado de Trabajo de los Mayores de 45 años. Estatal. Datos de 2022*, p. 14, elaborado por el OBSERVATORIO DE LAS OCUPACIONES.

que la primera, lo cual da a entender que el colectivo de trabajadores maduros tiene mayores dificultades en su reincorporación al mercado laboral cuando han quedado excluidos del mismo frente al resto de trabajadores¹⁷³².

Buena prueba de ello son también las cifras que arroja el desempleo de larga duración desde la perspectiva de los trabajadores de mayor edad, que representa a aquellos que llevan doce meses como mínimo buscando empleo y no han trabajado en ese periodo. En general, el colectivo de mayores de 45 años es el que tradicionalmente supone el porcentaje más alto de parados de larga duración, un 55,59% a finales del año 2022¹⁷³³. Así, según un informe de Adecco, un 61,7% de los parados mayores de 55 años supera el año sin trabajo y la mayoría de ellos (el 49%) lleva más de 2 años sin encontrar empleo. Una cifra que se reduce en 20,2 puntos porcentuales entre el resto de la población, alcanzando el 41,5%¹⁷³⁴.

La vulnerabilidad de los trabajadores maduros en el mercado de trabajo también tiene rostro de mujer. Para el abordaje de esta cuestión no puede pasar desapercibida la perspectiva de género, ya que no solo son más las mujeres que pertenecen al colectivo de mayores de 45, en especial a partir de los 59 (con 1.350.427 más de población femenina), sino que incluso representan un mayor porcentaje en el número de desempleados mayores de 45 años y de los desempleados de larga duración¹⁷³⁵.

En cualquier caso, estos síntomas de vulnerabilidad en el empleo pueden tener un efecto expansivo a causa del progresivo envejecimiento poblacional, ya que, si cada vez existen más personas trabajadoras maduras en edad de trabajar en términos comparativos, el riesgo de sufrir discriminaciones en el trabajo y desempleo de larga duración se incrementará exponencialmente¹⁷³⁶. De este modo, existe una retroalimentación entre el progresivo envejecimiento poblacional y los factores de discriminación por razón de edad. La disminución de la natalidad, el incremento de la esperanza de vida y la inminente jubilación del grueso poblacional del *babyboom*, provocan no solo riesgos para la sostenibilidad de las pensiones públicas, ya que, a su vez, estos factores también plantean retos para garantizar la inserción laboral y social de este colectivo de trabajadores cada vez más creciente.

¹⁷³² ORTEGA LOZANO, P.G.: “Trabajadores maduros y su papel en la Sociedad 4.0”, en VV.AA. (MONEREO PÉREZ, J.L., y MALDONADO MOLINA, J.A., Dirs.), *Los sistemas de protección social ante la incidencia de la disrupción digital*, Comares, Granada, 2023, p. 240.

¹⁷³³ OBSERVATORIO DE LAS OCUPACIONES, *Informe del...*, op. cit., p. 28.

¹⁷³⁴ Nota de prensa de 22 de junio de 2020: “12º INFORME #TUÉDADESUNTESORO: Mayores de 55 años en el mundo laboral”, disponible en: <https://fundacionadecco.org/wp-content/uploads/2020/06/Descarga-la-NDP-del-Informe-TuEdadEsUnTesoro.pdf> (visitada el 2 de noviembre de 2023).

¹⁷³⁵ Datos extraídos de: OBSERVATORIO DE LAS OCUPACIONES, *Informe del mercado...*, op. cit., pp. 12, 13 y 27 y EUROSTAT: *Encuesta Europea de Fuerza de Trabajo (LFS)*.

¹⁷³⁶ BASCÓN MARÍN, J.: “La política activa de empleo y los colectivos vulnerables en un contexto de escasez de oportunidades de empleo”, *Cuadernos de Gobierno y Administración Pública*, Vol. 10, N.º 1, 2023, p. 5.

6.3. La expulsión de trabajadores maduros a través de operaciones de reestructuración empresarial como opción normalizada

Es significativo que el Pacto de Toledo de 2020, en la línea de las directrices de la Unión Europea, haya recogido la necesidad de combatir la discriminación de por razón de edad en el mercado de trabajo, “restringiendo al máximo el abandono prematuro de la vida laboral y la protección ante los despidos colectivos, como orientación de futuro en las políticas de igualdad”. En efecto, pesar de los retos y medidas en materia de sostenibilidad de las pensiones públicas a causa del progresivo envejecimiento poblacional y de la tutela antidiscriminatoria por razón de edad, las operaciones de reestructuración empresarial, especialmente en empresas de gran tamaño, han venido optando por la expulsión de trabajadores maduros del mercado de trabajo como una de sus medidas “estrella”, agravando la situación existente¹⁷³⁷.

Desde la llamada reconversión industrial de los años 80 se ha tomado a la prejubilación y a la jubilación anticipada como mecanismo habitual de reestructuración empresarial, obviando con ello los efectos perjudiciales que ha traído consigo para las arcas del sistema público de Seguridad Social. La prejubilación, como situación puente que une el cese definitivo en la actividad laboral de un trabajador con el acceso a la jubilación¹⁷³⁸, se ha erigido como medida plenamente normalizada en los procesos de regulación de empleo, sobre todo en sectores del sector servicios como el bancario o el de las telecomunicaciones.

Este frecuente uso de la extinción contractual de los trabajadores de mayor edad en la reestructuración de empresas suele obedecer a una complacencia de las partes negociadoras¹⁷³⁹. Por un lado, este programa de reducción de plantillas, que suele articularse a través de bajas voluntarias “incentivadas”, le permite realizar al empresario un ajuste no traumático del nivel de empleo a través de la expulsión de los trabajadores que considera prescindibles o menos productivos, así como también permite la eliminación de los salarios más elevados, el rejuvenecimiento del cuadro de personal, la realización de procesos de formación profesional menos costosos, etc. Y, por otro lado, para la representación legal y los trabajadores maduros en general, que ven como inevitable su pérdida de empleo, valoran la prejubilación como un mal menor, ya que pueden obtener una renta de sustitución más o menos equivalente a la recibida en el periodo de vida activa a través de prestaciones y subsidios por desempleo,

¹⁷³⁷ De ello alerta LÓPEZ INSUA, B.M.: “La protección frente al despido de los trabajadores mayores como elemento para la sostenibilidad de las pensiones”, *e-Revista internacional de la protección social*, N.º 1, 2018, *passim*.

¹⁷³⁸ Definición elaborada por LÓPEZ CUMBRE, L.: *La prejubilación*, Madrid, Civitas, 1998, p. 86, por la que la prejubilación es la “situación, de hecho y de derecho, en que queda un trabajador por razón de su edad, próxima a la jubilación, desde el momento en que se extingue su contrato de trabajo hasta que percibe una pensión de jubilación del sistema de Seguridad Social, ya sea anticipada u ordinaria”.

¹⁷³⁹ MONEREO PÉREZ, J. L.: “EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, N.º Extra 1, 2010, pp. 187 y 188.

mejoras voluntarias, convenios especiales con la Seguridad Social y jubilaciones, normalmente anticipadas.

No obstante, dichas estrategias de expulsión de trabajadores de mayor edad del mercado laboral suponen una “socialización” de los costes empresariales de despedir¹⁷⁴⁰, muchas veces con el apoyo de ayudas públicas (señaladamente RD 3/2014, de 10 de enero y RD 908/2013, de 22 de noviembre)¹⁷⁴¹ y de la protección social complementaria en general¹⁷⁴². Además, esta “justificación social” de los despidos puede obedecer a distintos prejuicios o a una estigmatización sobre el colectivo de trabajadores y trabajadoras maduras basados en una presunta no adaptación al cambio, o bien se pueden justificar atendiendo a una supuesta predisposición a acceder a determinados mecanismos e instrumentos de protección social, dando por hecho que se tenga derecho a los mismos, lo cual les puede conducir a situaciones largas de desempleo y de vulnerabilidad social, como ya se ha comentado¹⁷⁴³.

El hecho de que la adscripción al procedimiento de regulación de empleo sea en muchas ocasiones voluntaria no justifica de por sí la legitimación del criterio de selección de las personas trabajadoras maduras o de mayor edad. Autorizada doctrina científica defiende que esta voluntad puede entenderse en determinadas situaciones como viciada, en el sentido de que es probable que las empresas presionen a las personas o las sometan a represalias en caso de que no acepten las extinciones, a través de la imposición de objetivos desproporcionados, postergaciones o movilidades geográficas, que pueden incluso constituir verdaderos supuestos de acoso por razón de la edad¹⁷⁴⁴. Un ejemplo de ello puede observarse en la STSJ de País Vasco de 4 de junio de 2002, rec. 995/2002¹⁷⁴⁵.

En cualquier caso, el criterio de la mayor edad para la selección de los trabajadores maduros en los procedimientos de despido colectivo ha sido avalado por la jurisprudencia, tanto del TS como del TC, con cierto olvido de la protección frente a la discriminación por razón de edad de la normativa internacional general y comunitaria, así como nacional, si bien es cierto que esta adolece de una gran “porosidad” al contemplar mayores excepciones en su cumplimiento (significativamente la Directiva 2000/78/CE). No obstante, y pese a que la edad no puede ser, pues, un elemento de discriminación en el trabajo, la respuesta jurídica frente a los supuestos de discriminación por esta causa ha venido siendo, con carácter general, menos contundente que frente a otros criterios como el de la discapacidad o del género. Basta

¹⁷⁴⁰ MONEREO PÉREZ, J. L.: “ERes...”, *op. cit.*, p. 174.

¹⁷⁴¹ LÓPEZ CUMBRE, L.: “Capítulo 9. La prejubilación”, en AA.VV. (MONEREO PÉREZ, J.L. *et al.*, Dirs.), *Tratado de Derecho de la Seguridad Social. Tomo II*, Murcia, Laborum, 2017, pp. 37-60.

¹⁷⁴² LÓPEZ INSUA, B.M.: “La protección...”, *op. cit.*, pp. 103 y 104.

¹⁷⁴³ MERINO SEGOVIA, A., “Las discriminaciones más comunes de las personas mayores en el trabajo”, en AA.VV., *La discriminación de las personas mayores en el ámbito laboral*, Fundación HelpAge Internacional España, Madrid, 2022, p. 96.

¹⁷⁴⁴ CABEZA PEREIRO, J. y CARDONA RUBERT, M.B.: “Introducción...”, *op. cit.*, pp. 31 y 32.

¹⁷⁴⁵ CEGARRA CERVANTES, F.: *La protección jurídica de las personas maduras en los despidos colectivos. Especial referencia a la aportación al Tesoro Público*, Aranzadi, Navarra, 2022, p. 83.

señalar que incluso la regulación de Seguridad Social ha venido amparando procesos de expulsión de trabajadores maduros que transitan hacia la jubilación ¹⁷⁴⁶.

En este sentido, en materia de tutela antidiscriminatoria destaca la Carta Social Europea revisada, los arts. 21 y 25 de la CDFUE, como “punto de inflexión en la política comunitaria de atención a los mayores” ¹⁷⁴⁷, enfocando más el problema del edadismo o *ageism* hacia la solución del envejecimiento activo, y la Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, en la interpretación dada por el Tribunal de Luxemburgo ¹⁷⁴⁸. En el ámbito nacional destaca la protección frente a la discriminación que otorga el art. 14 CE, entendido de forma amplia ¹⁷⁴⁹, y el art. 17.1 del Estatuto de los Trabajadores, con referencia expresa a la nulidad de aquellas previsiones que ocasionen tanto discriminación directa como indirecta por razón de edad. Dicho lo anterior, también es cierto que en determinadas situaciones se ha aplicado la protección contra la discriminación por razón de edad, como ocurre en ciertas resoluciones judiciales que blindan el despido por motivos de edad en supuestos palmarios de discriminación ¹⁷⁵⁰.

En lo que aquí respecta, el Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo, en un primer momento validó en diversas sentencias (de 15 de junio de 2005, rec. 7284/2000; de 17 de octubre de 2007, rec. 8242/2004; de 9 de marzo de 2011, rec. 3980/2009), en un sentido ciertamente amplio, la selección de trabajadores maduros en los despidos colectivos, en la mayoría de las ocasiones a través de la articulación de un sistema de indemnizaciones para fomentar las prejubilaciones o jubilaciones anticipadas. Es muy expresiva la STS de 9 de marzo de 2011 cuando expone que “ya existe un criterio consolidado acerca de que «parece razonable que los trabajadores afectados por las medidas de ajuste de plantilla sean aquellos que se

¹⁷⁴⁶ VILLAR CAÑADA, I.M.: “Capítulo XIII. Expedientes de regulación de empleo, trabajadores de edad avanzada y principio de igualdad: la sentencia del Tribunal Constitucional 66/2015, de 13 de abril de 2015”, en VV.AA.: *La protección por desempleo en España*, Murcia, Laborum, 2015.

¹⁷⁴⁷ MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G.: “La discriminación por razón de edad vinculada al momento de la jubilación del trabajador: la objetividad, la razonabilidad y el juicio de proporcionalidad”, *LA LEY Unión Europea*, N° 58, abril 2018.

¹⁷⁴⁸ Para una mejor comprensión, *vid.*: MONEREO PÉREZ, J.L., y MALDONADO MOLINA, J.A.: “Igualdad y no discriminación por razón de edad y derechos de los mayores”, en VV.AA.: *El sistema Universal de los Derechos Humanos*, MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dirs.), Granada, Comares, 2014, pp. 105-127 y MONEREO PÉREZ, J.L. y MALDONADO MOLINA, J.A.: “Derecho de las personas con edad avanzada a la protección social (Artículo 23)”, en VV.AA.: *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa: el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dirs.), Granada, Comares, 2017, pp. 821-833

¹⁷⁴⁹ Aunque el artículo 14 CE no se refiere expresamente a la discriminación por razón de edad, se puede encuadrar dentro del cajón de sastre “circunstancia personal”, CHARRO BAENA, P. y GUERRERO JAREÑO, R.: *op. cit.*, p. 213.

¹⁷⁵⁰ Véase el caso del despido de un trabajador maduro en Huawei en el auto del TS de 13 de septiembre de 2023, rec. 214/2023.

encuentran más próximos a la edad de jubilación y, con unas expectativas laborales muy cortas», sin que ello comporte lesión del art. 14 de la CE»¹⁷⁵¹.

Tiempo después, el Tribunal Constitucional, a través de su sentencia 66/2015 de 13 de abril, confirmó este criterio, al considerarlo como adecuado, proporcionado y no discriminatorio¹⁷⁵², aunque siempre bajo condición de que se implanten medidas efectivas para minimizar los efectos negativos que la extinción del contrato de trabajo produce en los afectados, medidas como el convenio especial con la Seguridad Social o como mejoras voluntarias en la prestación por desempleo. Así, el TC ha dictaminado que la selección de trabajadores maduros en despidos colectivos se justifica en el menor perjuicio que ello supone para este colectivo de trabajadores respecto al resto, a causa de la mayor protección social que les ofrece el sistema de Seguridad Social, algo que podría ser discutible¹⁷⁵³.

Para autorizada doctrina la STC 66/2015, si bien es cierto que supone un “pequeño avance” respecto a la anterior jurisprudencia contencioso-administrativa, al exigir la articulación a cargo del empresario de mecanismos específicos de protección para las personas trabajadoras de mayor edad; en cambio, el Alto Tribunal Constitucional no valora de forma rigurosa dicha exigencia cuando se analiza el caso concreto, ni requiere que la utilización de la edad como criterio de selección persiga algún objetivo digno de tutela vinculado con el empleo o intereses de tipo colectivo¹⁷⁵⁴. En definitiva, esta sentencia estaría utilizando un argumento estrictamente “eficientista”, más propio del *Law & Economics*¹⁷⁵⁵.

Esta interpretación ha sido seguida por la doctrina judicial (v.gr.: STSJ de Navarra de 13 de mayo de 2016, rec. 205/2016), incluso ha validado indirectamente que se ofrezcan distintas indemnizaciones, más reducidas, para las personas trabajadoras de mayor edad ante despidos colectivos acordados, como ocurre en la STS de 24 de enero de 2023, rec. 2785/2021). Así, en esta última sentencia se avala una menor indemnización pactada para el colectivo de trabajadores de más de 60 años. En

¹⁷⁵¹ SOLÀ I MONELLS, X.: “La afectación prioritaria de los trabajadores de mayor edad en el despido colectivo”, *Anuario IET*, Vol. 3, 2016, pp. 15-17.

¹⁷⁵² En sentido contrario, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Ciudadanía y derechos de las personas mayores*, Granada, Comares, 2013, *passim* y MONEREO PÉREZ, J. L., “La garantía de los derechos fundamentales de los trabajadores maduros”, en AA.VV. (MONEREO PÉREZ, J. L. y MALDONADO MOLINA, J. A., Dirs.), *Envejecimiento activo y vida laboral*, Comares, Granada, 2019, pp. 197-286.

¹⁷⁵³ VILLAR CAÑADA, I.M.: “Capítulo XIII...”, *op. cit.*, se pregunta si tienen una efectividad real las medidas de compensación social, habida cuenta del incremento progresivo de la edad de jubilación, del endurecimiento de los requisitos de acceso a la jubilación anticipada y de los coeficientes reductores, así como de la exigua cuantía del subsidio de prejubilación.

¹⁷⁵⁴ SOLÀ I MONELLS, X.: “La afectación prioritaria de los trabajadores de mayor edad en el despido colectivo”, *Anuario IET*, Vol. 3, 2016, p. 22.

¹⁷⁵⁵ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Despido colectivo y selección de trabajadores: ¿La «edad» es un criterio no discriminatorio? (STC 66/2015)”, en Blog: *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, entrada de 12 de junio de 2015, disponible en [https://ignasibeltran.com/2015/06/12/despido-colectivo-y-seleccion-de-trabajadores-la-edad-es-un-criterio-no-discriminatorio-stc-662015/#:~:text=14%20CE\),caso%20evidente%20de%20actuaci%C3%B3n%20discriminatoria.](https://ignasibeltran.com/2015/06/12/despido-colectivo-y-seleccion-de-trabajadores-la-edad-es-un-criterio-no-discriminatorio-stc-662015/#:~:text=14%20CE),caso%20evidente%20de%20actuaci%C3%B3n%20discriminatoria.) (visitada el 15/10/2022).

palabras del Tribunal Supremo: “en ese contexto debe calificarse como razonable y proporcionado que contemple (el acuerdo alcanzado con los representantes de los trabajadores) una menor indemnización para quienes ya han cumplido la edad de 60 años, teniendo en cuenta que se encuentran muy próximos al acceso a la pensión de jubilación, situándose a las puertas de la misma con la percepción de prestaciones de desempleo, y pueden beneficiarse más fácilmente de la posibilidad de concertar un convenio especial de seguridad social en consideración la previsión sobre su financiación del art. 51.9 ET para los procedimiento de despido colectivos de empresas no concursadas en favor de los trabajadores mayores de 55 años”. No obstante, como apunta la doctrina científica en estos casos la aportación económica de la empresa en el convenio especial solo es hasta los 61 años (por tratarse de un despido por causas económicas), aunque también es cierto que el importe de la indemnización adicional a la legal que se reconoce para este colectivo, en función de los meses que le resta a cada uno de los trabajadores mayores de 60 años desde la fecha del despido hasta la fecha en que alcancen la edad ordinaria de jubilación, “parece cumplir con las rigurosas exigencias de justificación y proporcionalidad” para que estos trabajadores realicen su aportación al convenio especial¹⁷⁵⁶.

Resulta palmario que se han fomentado las denominadas “bajas incentivadas” en el ámbito de los trabajadores maduros para responder a unas necesidades de reestructuración empresarial, y no siempre por crisis económica empresarial. Si bien se puede llegar a decir que existen bajas incentivadas que se prevén fuera de la negociación del procedimiento de despido colectivo¹⁷⁵⁷, lo más común es que estas bajas se produzcan en el seno del despido colectivo, muchas veces no ya con un criterio de selección de mayor edad sino a través de una adscripción voluntaria fuertemente incentivada al plan de prejubilación ofrecido por la empresa. En efecto, esta última opción del despido es la que más se utiliza ya que es la que permite que las personas prejubiladas puedan acceder posteriormente al desempleo y a la jubilación anticipada involuntaria¹⁷⁵⁸.

Las prejubilaciones, como se viene defendiendo, al suponer la expulsión del mercado laboral y el cese definitivo en el trabajo de los trabajadores maduros, no suponen un buen aliciente para la garantía de la sostenibilidad de las pensiones públicas¹⁷⁵⁹. En efecto, las personas que acceden o se ven abocadas a la prejubilación consumen prestaciones contributivas por desempleo y prestaciones del nivel asistencial

¹⁷⁵⁶ GARCÍA ROMERO, B.: “La menor indemnización pactada para los trabajadores mayores de 60 años afectados por un despido colectivo no constituye una discriminación por razón de edad”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, N.º 2, 2023, versión digital.

¹⁷⁵⁷ Véase, por ejemplo, Resolución de 17 de marzo de 2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registran y publican los Acuerdos de modificación y prórroga del II Convenio colectivo de Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU, y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España, SAU, en el que se prevé un programa de bajas incentivadas.

¹⁷⁵⁸ LÓPEZ CUMBRE, L.: “Capítulo 9. La prejubilación”, *op. cit.*, pp. 41-43.

¹⁷⁵⁹ Sobre esta idea véase el magnífico estudio de LÓPEZ INSUA, B.M.: “La protección frente al despido de los trabajadores mayores como elemento para la sostenibilidad de las pensiones”, *op. cit.*, pp. 74-109.

(subsidios por desempleo para mayores de 52 en la actualidad¹⁷⁶⁰) y, además, suelen acceder a la pensión de jubilación de forma anticipada. En efecto, se produce una “socialización” de los costes empresariales de despedir¹⁷⁶¹, muchas veces con el apoyo de ayudas públicas (señaladamente RD 3/2014, de 10 de enero y RD 908/2013, de 22 de noviembre) y de la protección social complementaria en general. Por ello, junto con los problemas o amenazas de financiación de los que adolece la Seguridad Social a causa del progresivo envejecimiento poblacional, incremento de la esperanza de vida, baja natalidad, jubilación de los *babyboomers*, alto desempleo, empleo precario y bajas cotizaciones, etc.¹⁷⁶², el uso abusivo de las prejubilaciones y la selección de trabajadores maduros en despidos colectivos no hace más que agravar la situación de sostenibilidad del sistema.

Ante este panorama y el consiguiente coste que supone para las arcas del Estado, el legislador ha optado en los últimos tiempos por introducir ciertos límites a la selección de trabajadores maduros durante el procedimiento de despido colectivo¹⁷⁶³, señaladamente a través del convenio especial con la Seguridad Social para despidos de personas trabajadoras de 55 años o más (art. 51.9 ET) o con la aportación económica al Tesoro Público por despidos de trabajadores de 50 años o más (art. 51.11 ET), los cuales serán objeto de estudio a lo largo de las siguientes páginas. Con estos mecanismos lo que se propone es penalizar la selección de trabajadores de mayor edad en despidos colectivos, incrementando los costes a los que tienen que hacer frente las empresas, para conseguir, en última instancia, la desincentivación del despido de trabajadores maduros.

6.4. Medidas que buscan desincentivar el despido colectivo de los trabajadores maduros

6.4.1. Problemática y aplicación de la denominada “aportación económica al Tesoro Público”

A) Requisitos para el nacimiento de la obligación

En la línea de lo que se ha venido comentando, los procesos de reestructuración de empresas basados sobre la expulsión de trabajadores maduros, especialmente a través de prejubilaciones, ha trasladado el coste de los despidos, no solo a la sociedad en general, sino a la Seguridad Social en particular. El despido de trabajadores maduros se ha venido financiando a través de la prestación por desempleo, tanto a nivel contributivo como a nivel asistencial con el denominado “subsidio de prejubilación”,

¹⁷⁶⁰ El Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, vuelve a reducir la edad a 52 años para el subsidio por desempleo.

¹⁷⁶¹ MONEREO PÉREZ, J. L.: “EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación”, *op. cit.*, p. 174.

¹⁷⁶² Un análisis en: MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: *La sostenibilidad de las pensiones públicas*, *op. cit.*, 2014.

¹⁷⁶³ Si bien es cierto que el art. 51.5 ET permite por acuerdo la inclusión de los trabajadores mayores entre los colectivos con prioridad de permanencia en la empresa, la doctrina ha determinado que esta no es una opción que sea contemplada con frecuencia por parte de los sujetos negociadores. CEGARRA CERVANTES, F.: *La protección...*, *op. cit.*, pp. 217-220.

ahora para mayores de 52 años, como una situación puente hasta la contingencia de la jubilación.

No obstante, el legislador, consciente de los peligros que ello acarrea para la sostenibilidad del sistema público de Seguridad Social, ha instaurado un mecanismo que permite limitar la asunción de costes por parte de la Administración Pública en el capítulo de la protección por desempleo de los trabajadores de edad en contextos de reestructuración empresarial. En concreto, este límite se aplica a los despidos colectivos de trabajadores maduros en medianas y grandes empresas que, a pesar de obtener beneficios, prefieren acudir a la extinción contractual de este colectivo de personas trabajadoras a través del uso indiscriminado de prejubilaciones y de bajas voluntarias incentivadas. Una penalización que parece razonable desde el punto de vista de la reestructuración socialmente responsable en cuanto a que estas empresas asuman el coste de sus decisiones¹⁷⁶⁴.

En efecto, el art. 51.11 ET se refiere a dicha medida cuando indica que: “las empresas que realicen despidos colectivos de acuerdo con lo establecido en este artículo, y que incluyan a trabajadores de cincuenta o más años de edad, deberán efectuar una aportación económica al Tesoro Público de acuerdo con lo establecido legalmente”. Esta aportación o penalización económica por despido de trabajadores maduros, también llamada “cláusula Telefónica” por el origen de la medida¹⁷⁶⁵, viene desarrollada por la disposición adicional 16ª de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, y por el Real Decreto 1484/2012, de 29 de octubre, sobre las aportaciones económicas a realizar por las empresas con beneficios que realicen despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años.

Para que se produzca el nacimiento de esta obligación de aportación económica, que tiene la consideración de derecho de naturaleza pública no tributario de la Administración General del Estado¹⁷⁶⁶, es necesario que concurran las siguientes circunstancias:

- a) Que los despidos colectivos sean realizados por empresas de más de 100 trabajadores o por empresas que formen parte de grupos de empresas que empleen a ese número de trabajadores. De este modo, con la modificación introducida por la Ley 3/2012, de 6 de julio, se reduce el tamaño de la empresa o el grupo obligada al pago de 500 a 100 trabajadores, al igual que se suprime la importancia del número de extinciones puesto que

¹⁷⁶⁴ En cuanto al objeto y justificación legal de la medida, véase MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: “Despidos colectivos de trabajadores de edad avanzada y protección social: entre la discriminación y la eficiencia”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, N.º 430, 2019, pp. 37 y ss.

¹⁷⁶⁵ BARROS GARCÍA, M.: “La aportación económica al Tesoro por despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, N.º 49, 2018, pp. 78 y 79, sitúa el origen de la medida en la decisión empresarial de Telefónica de incentivar bajas voluntarias a gran escala.

¹⁷⁶⁶ Por ello son de aplicación las disposiciones contenidas en el título I, capítulo II, de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (art. 1.2 RD 1484/2012).

lo determinante es ahora alcanzar el nivel de plantilla exigido¹⁷⁶⁷. Por otro lado, la referencia al grupo de empresas no se entiende realizada al grupo patológico a efectos laborales, sino al grupo empresarial mercantil conformado según el Código de Comercio¹⁷⁶⁸.

- b) Que el porcentaje de trabajadores despedidos de cincuenta o más años de edad sobre el total de trabajadores despedidos¹⁷⁶⁹ sea superior al porcentaje de trabajadores de cincuenta o más años sobre el total de trabajadores de la empresa¹⁷⁷⁰. Así, debe darse el despido colectivo de trabajadores maduros por causas empresariales en un determinado porcentaje respecto al total de afectados que, a su vez, supere al porcentaje que hay en la empresa de trabajadores de 50 o más años de edad respecto al total de la plantilla. También deben tenerse en cuenta aquellos despidos disciplinarios reconocidos como improcedentes en cuanto al cómputo de los umbrales para el nacimiento de la obligación de aportación al Tesoro Público¹⁷⁷¹.
- c) Que, aun concurriendo las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que justifiquen el despido colectivo, se cumpla alguna de las dos condiciones siguientes (se trata de condiciones alternativas y no acumulativas):
 - 1ª. Que las empresas o el grupo de empresas del que formen parte hubieran tenido beneficios en los dos ejercicios económicos anteriores a aquél en que el empresario inicia el procedimiento de despido colectivo¹⁷⁷².
 - 2ª. Que las empresas o el grupo de empresas del que formen parte obtengan beneficios en al menos dos ejercicios económicos consecutivos dentro del periodo comprendido entre el ejercicio económico anterior a la

¹⁷⁶⁷ MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: “Despidos colectivos de trabajadores de edad avanzada y protección social: entre la discriminación y la eficiencia”, *op. cit.*, pp. 40 y 41.

¹⁷⁶⁸ ORTIZ GONZÁLEZ-CONDE, F.M.: “Seguridad Social y despidos colectivos”, en VV.AA.: *Viabilidad de las empresas, mantenimiento del empleo y medidas de flexibilidad externa en la reestructuración empresarial*, ORTEGA LOZANO, P.G. y GUINDO MORALES, S. (Dirs.), Granada, Comares, 2022, p. 408.

¹⁷⁶⁹ “A los efectos del cálculo del porcentaje de trabajadores despedidos de cincuenta o más años sobre el total de trabajadores despedidos, se incluirán los trabajadores afectados por el despido colectivo y aquellos cuyos contratos se hayan extinguido por iniciativa de la empresa en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el artículo 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, siempre que dichas extinciones de contratos se hayan producido en los tres años anteriores, con el límite del 27 de abril de 2011, o en el año posterior al inicio del procedimiento de despido colectivo”.

¹⁷⁷⁰ “A los efectos del cálculo del porcentaje de trabajadores de cincuenta o más años sobre el total de trabajadores de la empresa, se tendrá en cuenta la plantilla de la empresa a la fecha de inicio del procedimiento de despido colectivo”.

¹⁷⁷¹ STS de 9 de mayo de 2018, EDJ 89723.

¹⁷⁷² “Los beneficios de la empresa o grupo de empresas se cuantificarán en función del porcentaje medio de los mismos respecto de los ingresos obtenidos en los dos ejercicios inmediatamente anteriores a aquél en que se inicie el procedimiento de despido colectivo”.

fecha de inicio del procedimiento de despido colectivo y los cuatro ejercicios económicos posteriores a dicha fecha¹⁷⁷³.

La propia D.A. 16ª de Ley 27/2011 precisa en qué supuestos debe de entenderse que existen beneficios, para lo cual aclara que será cuando el resultado del ejercicio de las cuentas anuales de pérdidas y ganancias, tanto normal como abreviada, siguiendo el modelo del Plan General Contable, sea positivo. También precisa que en casos de grupos de empresas para el resultado del ejercicio “solo se tendrá en cuenta los resultados obtenidos en España por las empresas que lo integren”.

Además, en cuanto a la exigencia de beneficios la jurisprudencia ha venido interpretando que el uso de la disyuntiva “o” en la redacción de la norma significa que tales condiciones pueden darse o bien en la empresa aisladamente considerada o bien en el grupo. De este modo, si el grupo tuvo pérdidas económicas pero la empresa individualmente considerada tuvo beneficios se cumple la condición requerida para que proceda la aportación al Tesoro Público y también cuando ocurre a la inversa (SSTS de 17 de noviembre de 2016, EDJ 226158; de 23 de abril de 2018, EDJ 72632; 11 de febrero de 2019, EDJ 514905; 13 de marzo de 2019, EDJ 544326).

B) Determinación de la cuantía y destino de los fondos

Para la determinación de la cuantía de la aportación económica al Tesoro Público, la regulación legal y reglamentaria exige dos fases: por un lado, la determinación del importe (art. 3 RD 1484/2012) y, por otro lado, la determinación del tipo aplicable (art. 4 RD 1484/2012)¹⁷⁷⁴.

De este modo, para el cálculo de la aportación económica hay que tener en cuenta el importe bruto, desde la fecha del despido, de las prestaciones y subsidios por desempleo de los trabajadores de cincuenta o más años de edad afectados por el despido colectivo, incluidas las cotizaciones a la Seguridad Social realizadas por el Servicio Público de Empleo Estatal, así como los importes abonados por el SEPE por los referidos conceptos de los trabajadores de cincuenta o más años cuyos contratos se hayan extinguido por iniciativa de la empresa en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el artículo 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, siempre que dichas extinciones de contratos se hayan producido en los tres años anteriores o en el año posterior al inicio del procedimiento de despido colectivo. Además, en caso de que la empresa haya realizado previamente un ERTE donde se haya incluido a trabajadores maduros y no hubiera transcurrido un año entre la finalización de la situación legal de desempleo derivada de la aplicación de las medidas temporales de regulación de empleo y la extinción del contrato de cada trabajador por despido colectivo o extinciones asimiladas, la empresa también deberá de abonar las cantidades satisfechas por el SEPE (prestación y cotización) durante el ERTE, así como aquellos conceptos que puedan corresponder por reposición de

¹⁷⁷³ “Los beneficios de la empresa o grupo de empresas se cuantificarán en función del porcentaje medio de los mismos respecto de los ingresos obtenidos en los dos primeros ejercicios consecutivos en que la empresa haya obtenido beneficios dentro del periodo indicado en dicho apartado”.

¹⁷⁷⁴ ORTIZ GONZÁLEZ-CONDE, F.M.: “Seguridad Social y despidos colectivos”, *op. cit.*, p. 409.

la duración de la prestación por desempleo de nivel contributivo. Con esta última precisión se estaría reforzando, aún más, la cláusula de salvaguarda del empleo de 6 meses prevista en la D.A. 44ª TRLGSS en caso de que fuera aplicable.

No obstante, se excluye del importe bruto anterior las cuantías de las prestaciones o subsidios por desempleo, a solicitud de la empresa afectada, cuando el trabajador despedido de 50 o más años haya sido recolocado en la misma empresa, en otra empresa del grupo del que forme parte o bien en cualquier otra empresa, en los seis meses siguientes a la fecha en que se produzca la extinción del contrato de trabajo. En estos casos, la empresa deberá de acreditar estos extremos en el procedimiento de liquidación, conforme a lo que se establece en el art. 6.3 RD 1484/2012. Así, el desarrollo reglamentario precisa que: “[ú]nicamente se entenderá realizada la recolocación a tal fin cuando ésta se haya producido en los seis meses siguientes a la fecha de la extinción de sus contratos de trabajo a través de un nuevo contrato de trabajo de análoga naturaleza y con una jornada de trabajo equivalente a la que tenía en el contrato extinguido y cuya duración haya alcanzado, al menos, los tres años, salvo que se extinga por despido disciplinario declarado procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente, total, absoluta o gran invalidez”. Dicha posibilidad de reducir el importe de la aportación empresarial en caso de una recolocación “seria”¹⁷⁷⁵ de la persona trabajadora madura resulta acorde con la política de promoción de mantenimiento del empleo en este colectivo, a lo cual se añade la labor que desempeña el plan de recolocación externa del art. 51.10 ET en este sentido.

Aclarado lo anterior, la norma expone que el importe de la aportación al Tesoro Público se determinará anualmente, sobre la base de aplicar un determinado porcentaje sobre cada uno de los citados conceptos:

- a) Cuantía total efectivamente abonada por el Servicio Público de Empleo Estatal por prestaciones por desempleo de nivel contributivo de los trabajadores de cincuenta o más años afectados por los despidos, generadas total o parcialmente en virtud de las cotizaciones acreditadas en la empresa que promovió su despido¹⁷⁷⁶.
- b) Cuantía total efectivamente abonada por el Servicio Público de Empleo Estatal por cotizaciones a la Seguridad Social a cargo de la entidad gestora de las prestaciones por desempleo por los trabajadores afectados, durante el periodo de percepción de las mismas.
- c) Un canon fijo por cada trabajador que haya agotado la prestación por desempleo de nivel contributivo y que comience a percibir el subsidio de desempleo “por agotamiento” o el subsidio “de prejubilación” para mayores

¹⁷⁷⁵ La doctrina judicial (STSJ de Madrid de 6 de julio de 2016, rec. 144/2016) ha determinado que la recolocación con contratos suscritos con condiciones distintas o de breve duración no justifican la reducción de la aportación empresarial al Tesoro Público.

¹⁷⁷⁶ Dichas prestaciones podrán ser percibidas de una sola vez y sin solución de continuidad, así como en varios periodos de tiempo separados por concurrir causa legal que permita la suspensión y reanudación de las prestaciones por desempleo (STS de 9 de mayo de 2018, rec. 110/2017).

de 52 años (respectivamente, arts. 274.1.a) y b) y 274.4 TRLGSS). Este canon se calculará mediante la totalización durante un periodo de seis años de la suma del coste anual del subsidio por desempleo más el de la cotización por jubilación por cuenta de la entidad gestora en el año del agotamiento¹⁷⁷⁷. También se hará efectivo el canon fijo por cada trabajador que, no teniendo derecho al cobro de la prestación por desempleo contributiva, acceda directamente al subsidio por desempleo del art. 274.3 TRLGSS, como consecuencia de la situación legal de desempleo motivada por el despido.

El tipo aplicable a cada uno de los anteriores conceptos se recoge en la siguiente tabla, en función del porcentaje de trabajadores afectados de 50 o más años en relación con el número de trabajadores despedidos, el porcentaje de beneficios sobre los ingresos y la plantilla de la empresa:

Tipo aplicable para calcular la aportación económica

Porcentaje de trabajadores afectados de 50 o más años en relación con el número de trabajadores despedidos	Porcentaje de beneficios sobre los ingresos	Número de trabajadores en la empresa		
		Más de 2.000	Entre 1.000 y 2.000	Entre 101 y 999
Más del 35%.	Más del 10 %.	100 %	95 %	90 %
	Menos del 10 %.	95 %	90 %	85 %
Entre 15 % y 35 %.	Más del 10 %.	95 %	90 %	85 %
	Menos del 10 %.	90 %	85 %	80 %
Menos del 15 %.	Más del 10 %.	75 %	70 %	65 %
	Menos del 10 %.	70 %	65 %	60 %

Esta aportación anual debe satisfacerse no solo cuando la empresa continúa con su actividad sino también en los supuestos de cesación de la actividad “en el territorio español”, puesto que se establece que se podrán adoptar las medidas cautelares oportunas para asegurar el cobro de la deuda correspondiente, aun cuando esta no haya sido objeto de cuantificación y liquidación con carácter previo (apartado 9 de la D.A. 16ª Ley 27/2011). Este supuesto está más pensado, no tanto para cierres de empresa, sino más bien para operaciones de deslocalización, aunque la doctrina viene criticando la dificultad práctica de articular tales medidas cautelares en grupos de empresas, especialmente si ninguna de ellas opera en territorio nacional¹⁷⁷⁸.

En cuanto al destino de la recaudación anual, tanto el art. 51.11 ET como la D.A. 16ª Ley 27/2011 en su redacción originaria, configuraba a la Administración

¹⁷⁷⁷ En efecto, el canon se devenga en su totalidad cuando se cobra un subsidio, con independencia de cuánto tiempo se cobre efectivamente el mismo, CEGARRA CERVANTES, F.: *La protección jurídica de las personas maduras en los despidos colectivos. Especial referencia a la aportación al Tesoro Público*, op. cit., p. 128, con cita en STSJ de Madrid de 26 de junio de 2017 (rec. 837/2016).

¹⁷⁷⁸ MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: “Despidos colectivos de trabajadores de edad avanzada y protección social: entre la discriminación y la eficiencia”, op. cit., p. 45.

General del Estado como receptora de los fondos, aunque hubiera tenido más sentido que hubiera sido la Seguridad Social la encargada de recibir y gestionar estos fondos para compensar el mayor coste que ha tenido que soportar a razón de prestaciones, subsidios y cotizaciones de trabajadores maduros despedidos. No obstante, con la modificación emprendida por la Ley 3/2012 se ha reducido considerablemente el margen de maniobra de la AGE en cuanto al destino de la aportación empresarial por estos tipos de despidos. Así, a partir de ahora el 50% de la recaudación anual debe de destinarse al presupuesto inicial del Servicio Público de Empleo Estatal, “con la finalidad de financiar acciones y medidas de reinserción laboral específicas para el colectivo de los trabajadores de cincuenta o más años” que se encuentren en situación legal de desempleo.

En este sentido, al menos la mitad de los ingresos anuales por aportación económica al Tesoro Público debe de destinarse a la reinserción laboral del trabajador de 50 años o más despedido en procedimiento de despido colectivo, lo cual resulta coherente con el objetivo de garantizar la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social y la protección del empleo “maduro” para alcanzar este fin, ganando el mercado de trabajo una persona trabajadora en edad laboral y perdiendo el sistema una persona inactiva dependiente de este¹⁷⁷⁹.

C) Balance final

La conformación actual de la aportación económica al Tesoro Público da lugar a una medida dotada de gran complejidad, a la luz de los numerosos cambios normativos que ha experimentado en un plazo breve de tiempo¹⁷⁸⁰, así como a causa de los escasos recursos con los que cuenta el SEPE para tramitar de forma eficaz los expedientes. Además, esta previsión solo afecta a un número reducido de empresas presentes en el tejido empresarial español: las empresas de más de 100 trabajadores que no llegan ni siquiera al 1% según estadísticas oficiales. Aunque también es preciso indicar que dichas empresas proveen de algo menos de la mitad del empleo a la población ocupada en el sector privado¹⁷⁸¹. Se puede decir, por ende, que los efectos que despliega esta medida pueden ser mejorados si se reduce el umbral de plantilla exigido para su aplicación, así como si se implementa una mejor gestión en la tramitación y recaudación.

Por ello, autorizada doctrina propone, entre otras, las siguientes modificaciones del marco normativo: disminuir el umbral de plantilla computable a 50 personas trabajadoras para que nazca la obligación legal; dotar de sencillez, simplicidad y dinamismo al sistema; revisar el plazo de recolocación que determina la exoneración de la aportación al Tesoro Público e incrementarlo hasta el año, en línea con el

¹⁷⁷⁹ *Ibidem*, pp. 47 y 48.

¹⁷⁸⁰ Para un análisis de los cambios experimentados en la normativa véase BARROS GARCÍA, M.: “La aportación económica...”, *op. cit.*, pp. 79-81.

¹⁷⁸¹ Cfr., “Cifras PyME” de septiembre de 2023, elaboradas por la Dirección General de Industria y de la Pequeña y Mediana Empresa: https://industria.gob.es/es-es/estadisticas/Cifras_PYME/CifrasPYME-septiembre2023.pdf Es de destacar que las grandes empresas y medianas (50-249 trabajadores) proveen del 52,49% del empleo, sin que se pueda determinar exactamente qué porcentaje corresponde a las empresas de más de 100 trabajadores, ya que ello no se desglosa.

plazo general para el ejercicio de acciones laborales (art. 59 ET) y la consideración del desempleado como de larga duración; reforzar las labores de comprobación y control del cumplimiento de la Administración laboral; que el destino de los fondos se dedique efectivamente a acciones formativas o políticas activas de empleo específicas y adecuadas para el colectivo de trabajadores maduros o bien que formen parte del Fondo que contribuye al sostenimiento del sistema de pensiones¹⁷⁸². Otra parte de la doctrina científica incide más sobre este último punto y reclama que la totalidad de lo recaudado se dedique a medidas concretas para garantizar la empleabilidad y reinserción laboral de las personas trabajadoras maduras, haciendo asimismo más visible la trazabilidad de las mismas ante la opacidad del Servicio Público de Empleo, ya sea a través de un Fondo específico de empleo que gestione lo recaudado según los fines de la Ley o a través de bonificaciones más generosas para el mantenimiento y la contratación de personas trabajadoras maduras¹⁷⁸³.

6.4.2. El convenio especial con la Seguridad Social

A) Sentido y alcance

El art. 51.9 ET exige que se suscriba convenio especial con la Seguridad Social en supuestos de despidos colectivos que incluyan a trabajadores de 55 años o más, siempre que la empresa no se encuentre incurso en procedimiento concursal y los trabajadores afectados no tuvieran la condición de mutualistas a fecha de 1 de enero de 1967. Un determinado convenio especial con la Seguridad Social cuyo régimen jurídico se encuentra recogido en la disposición adicional decimotercera del TRLGSS y es desarrollado por el art. 20 de la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el Sistema de la Seguridad Social, y que se diferencia de la modalidad general de convenio especial en su obligatoriedad, ya sea en su suscripción o en la obligación de aportación empresarial, pues en el resto de convenios el trabajador decide libremente formalizar convenio con la TGSS, así como la cotización recae sobre el propio trabajador o interesado¹⁷⁸⁴. Otra de las diferencias es que no se exige período de carencia como en el convenio especial ordinario (art. 3.3 Orden TAS/2865/2003).

Con la obligación de suscribir convenio especial en caso de despido colectivo de trabajadores maduros el legislador ha perseguido desde 2001 un triple objetivo: i) desincentivar la expulsión de trabajadores mayores del mercado de trabajo a través de prejubilaciones o simplemente despidos colectivos, pues se ha pretendido un encarecimiento de tales medidas; ii) garantizar una mayor sostenibilidad del sistema

¹⁷⁸² Un análisis exhaustivo en CEGARRA CERVANTES, F.: *La protección jurídica de las personas maduras en los despidos colectivos. Especial referencia a la aportación al Tesoro Público*, op. cit., passim. Respecto a las conclusiones y propuestas de reforma, véase *Ibidem*, pp. 168-173.

¹⁷⁸³ ESTEBAN LEGARRETA, R.: “El deber empresarial de realizar aportaciones al tesoro público por el despido de trabajadores de cincuenta o más años mediando beneficios. Un análisis de datos y finalidades”, en AA.VV., *Finding Solutions for a Post-Crisis Society: 1st International Virtual SBRLab Conference*, Tarragona, Universitat Rovira i Virgili, 2015, p. 86.

¹⁷⁸⁴ Sobre dichas particularidades, cfr., FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: *El convenio especial. Una respuesta al futuro de las prestaciones de la Seguridad Social*, Navarra, Lex Nova. Thomson Reuters, 2013, pp. 229 y 230.

de Seguridad Social a través de cotizaciones como si el trabajador se mantuviera en activo, aunque previo descuento de las cotizaciones a cargo del SEPE en las prestaciones por desempleo; y, finalmente, iii) favorecer el mantenimiento de los derechos en curso de adquisición en materia de Seguridad Social. De este modo, uno de los principales motivos del convenio especial con la Seguridad Social en caso de despidos colectivos es el de mantener la carrera de seguro de los trabajadores afectados, para que no vean recortadas sus prestaciones, en especial la pensión de jubilación. Ello resulta clave en un sistema contributivo en el que la cuantía de las prestaciones se vincula a la cotización previa del beneficiario, ya sea por determinar el importe de la base reguladora, como en ocasiones determinar el porcentaje aplicable sobre esta¹⁷⁸⁵.

En concreto, los trabajadores que suscriban los convenios especiales permanecerán en situación de asimilada a la de alta, cotizarán junto con el empresario de forma sucesiva y accederán, en caso de que se produzca el respectivo hecho causante, a las prestaciones correspondientes derivadas de contingencias comunes (arts. 5 y 9 Orden TAS/2865/2003, respectivamente), como las prestaciones de incapacidad permanente derivada de enfermedad común o accidente no laboral, jubilación, muerte y supervivencia, servicios sociales y asistencia sanitaria. En cambio, quedan fuera de la acción protectora las prestaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural, maternidad, paternidad y por cuidados de menores con cáncer y otras enfermedades graves, al igual que tampoco queda cubierta la protección por desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional. En general, no se cubren aquellas situaciones de necesidad que provengan de una contingencia profesional o bien de la suspensión del contrato de trabajo, puesto que la suscripción de este convenio se prevé como remedio para situaciones de inactividad laboral¹⁷⁸⁶.

La cotización en caso de convenio especial por despido colectivo se reparte entre el empresario, desde el cese en el trabajo o la extinción de la prestación contributiva por desempleo hasta que el trabajador cumpla los 63 o 61 años, si en este último supuesto el despido colectivo obedece a causas económicas, y a partir de aquí será el trabajador el encargado de satisfacer la cotización hasta que dicho trabajador cumpla la edad ordinaria de jubilación o acceda a la jubilación anticipada. Estas cotizaciones se determinarán aplicando al promedio de las bases de cotización del trabajador¹⁷⁸⁷, en los últimos seis meses de ocupación cotizada, el tipo de cotización previsto en la normativa reguladora del convenio especial (apartado segundo de la disposición transitoria 13ª TRLGSS) que, según el art. 7 Orden TAS/2865/2003, estará constituido por el vigente en cada momento en el Régimen General de la Seguridad Social por contingencias comunes (28,3%). Dicho resultado, la cuota íntegra, no será la cuota a ingresar por el convenio especial ya que, como hemos visto, la acción protectora no cubre la totalidad

¹⁷⁸⁵ ARAGÓN GÓMEZ, C.: "El convenio especial con la seguridad social en los despidos colectivos que afecten a trabajadores maduros", en VV.AA.: *Reestructuraciones empresariales. Comunicaciones del XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2021, p. 810.

¹⁷⁸⁶ *Ibidem.*, pp. 813 y 814.

¹⁷⁸⁷ Dicha base de cotización puede ser incrementada según lo previsto en el art. 20.5 de la Orden TAS/2865/2003.

de las contingencias comunes y, por ello, la cuota íntegra debe de ser multiplicada por el coeficiente reductor aplicable que, en la actualidad, asciende a 0,94% ¹⁷⁸⁸.

B) Requisitos

Para que nazca la obligación legal de suscribir el convenio especial con la Seguridad Social en caso de despido colectivo (obligación *ope legis*, tal y como ha reconocido el Tribunal Supremo) es necesario que concurran los siguientes requisitos o condiciones: que la empresa que realiza el despido colectivo no se encuentre inmersa en procedimiento concursal; que la edad de los trabajadores afectados ascienda a 55 o más años; así como que dichos trabajadores no tuvieran la condición de mutualistas a fecha de 1 de enero de 1967. Como se puede observar, se trata de requisitos que se refieren tanto a la condición de la empresa (el primero) como a la de los trabajadores afectados (el segundo y tercero), sin que se exija nada respecto al tamaño de la plantilla o al número de trabajadores despedidos más allá de alcanzar los umbrales del despido colectivo ¹⁷⁸⁹.

- La empresa no se encuentre incurso en procedimiento concursal

El primero de los requisitos para la suscripción del convenio especial es que la empresa que realiza el despido colectivo no esté “incurso en procedimiento concursal” según el tenor literal de la legislación ¹⁷⁹⁰. *A sensu contrario*, la empresa que se encuentre inmersa en procedimiento concursal estará exceptuada de la suscripción de tal convenio especial con ocasión de la realización de un procedimiento de despido colectivo que incluya a trabajadores de 55 o más años. Con ello se busca evitar que la empresa en cuestión se encuentre en una situación concursal o de insolvencia y que, por tanto, no pueda garantizar la asunción de sus compromisos con la Seguridad Social. La empresa debe de presentar síntomas de viabilidad económica que le permitan cumplir regular y puntualmente sus obligaciones ¹⁷⁹¹, sin que el crédito con la TGSS por las cuotas destinadas a la financiación del convenio especial se subordine a la calificación de créditos del convenio en el proceso concursal ¹⁷⁹².

No obstante, una apreciación de que la empresa se encuentre incurso en procedimiento concursal que podría considerarse aparentemente sencilla tiene mayor complicación en la práctica pues, ¿qué debe de entenderse por procedimiento

¹⁷⁸⁸ Véase, art. 22.1.a) Orden PCM/74/2023, de 30 de enero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2023.

¹⁷⁸⁹ Algo que sí ocurre en la Aportación económica al Tesoro Público del art. 51.11 ET, véase CEGARRA CERVANTES, F.: *La protección jurídica...*, op. cit., p. 184.

¹⁷⁹⁰ Tanto el art. 51.9 ET como el art. 20 de la Orden TAS/2865/2003 se refieren a “empresas no incursas en procedimiento concursal”. En cambio, la disposición adicional decimotercera del TRLGSS no se refiere a esta condición, aunque también es cierto que remite al art. 51.9 ET para la delimitación del convenio especial en cuestión.

¹⁷⁹¹ Del mismo modo, la empresa declarada en concurso no tendrá que llevar a cabo ni el plan de recolocación externa (art. 51.10 ET) ni la aportación económica al Tesoro Público (art. 51.11 ET).

¹⁷⁹² FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: *El convenio especial. Una respuesta al futuro de las prestaciones de la Seguridad Social*, op. cit., p. 232.

concurzal? Queda claro que comprende a partir de la declaración de la empresa en concurso de acreedores, por la cual el procedimiento de despido colectivo se regulará según lo establecido en la Ley Concursal¹⁷⁹³. Pero, por otro lado, ¿debe equipararse el procedimiento concursal al que alude el ET a la denominada fase preconcursal que prevé la legislación concursal? Fase preconcursal que está destinada a obtener un acuerdo extrajudicial de pagos o bien un acuerdo de refinanciación que evite el concurso o se asegure la ordenación de la satisfacción de los créditos ante una futura declaración concursal (propuesta anticipada de convenio), y que igualmente amplía el plazo para la solicitud del concurso voluntario (véase, Libro Segundo del TRLC, rubricado “Del derecho preconcursal”). En efecto, la diferente terminología utilizada por la legislación laboral y concursal, así como la falta de actualización de la primera a las sucesivas reformas del texto concursal, las cuales han ido dando mayor protagonismo a las fases previas al concurso, son buena muestra de la disonancia entre ambas legislaciones y la controversia que opera en este ámbito¹⁷⁹⁴.

En este sentido, la jurisprudencia contencioso-administrativa ha tenido que resolver en la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2018 (rec. 3458/2015) en contra de considerar la fase preconcursal dentro de la condición de “procedimiento concursal” a efectos de exceptuar la obligación del art. 51.9 ET. En concreto, la sentencia citada rechaza el recurso de casación interpuesto por la Tesorería General de la Seguridad Social, quien defiende la imposibilidad de suscribir convenio especial de despido colectivo, frente a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sala de lo contencioso-administrativo, de fecha de 14 de septiembre de 2015 (rec. 367/2014), que resolvió en contrario. Se trata de un caso en el que una vez iniciado el procedimiento de despido colectivo se comunica conforme a lo previsto en el anterior art. 5bis de la Ley Concursal el inicio de las negociaciones con los acreedores (preconcurso) y posteriormente finaliza tal despido con acuerdo, comunicándolo a la autoridad laboral antes de la solicitud de concurso voluntario. Tras la advertencia de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de la falta de suscripción de convenio especial, la empresa solicita el alta de dicho convenio especial, pero con posterioridad de unos días a la declaración de concurso voluntario mediante auto judicial.

En síntesis, el Tribunal Supremo entiende que la expresión “estar incurso en procedimiento concursal”, utilizando una interpretación gramatical del término “incursión”, que significa “haber incurrido en algo”, solo se identifica con la declaración formal de concursado, momento a partir del cual la empresa en cuestión no estará obligada a suscribir convenio especial con la Seguridad Social. No obstante, el art. 51.9 ET es una obligación ope legis que nace desde el mismo momento en el que se efectúe el procedimiento de regulación de empleo, ya sea con el acuerdo alcanzado en acta con

¹⁷⁹³ Arts. 169-184 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (en adelante, TRLC).

¹⁷⁹⁴ CEGARRA CERVANTES, F.: “El convenio especial de la seguridad social en los despidos colectivos que afecten a personas trabajadoras de cincuenta y cinco o más años: un examen de su procedencia en los casos de situación preconcursal”, en VV.AA.: *Reestructuraciones empresariales. Comunicaciones del XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2021, pp. 382 y ss.

los representantes de los trabajadores, ya sea con la comunicación de la decisión final de despedir sin acuerdo a los representantes y a la autoridad laboral, con independencia de que la solicitud de convenio especial, tras la consumación del despido colectivo, se presente con posterioridad a la declaración de concurso de acreedores¹⁷⁹⁵, sin que, además, se pueda oponer lo establecido en la Orden TAS/2865/2003 que establece que la solicitud debe de formularse durante la tramitación del procedimiento de despido colectivo¹⁷⁹⁶.

En definitiva, si el procedimiento de despido colectivo finaliza, con acuerdo o sin él, antes de la declaración de concurso de acreedores, existe la obligación empresarial de suscribir convenio con la Seguridad Social, aunque haya mediado con anterioridad la denominada fase preconcursal o el convenio especial se solicite una vez la empresa haya sido declarada en concurso. Por ende, la fase preconcursal no equivale a que la empresa se encuentre incurso en procedimiento concursal, como excepción para suscribir el convenio especial del art. 51.9 ET¹⁷⁹⁷.

- Los trabajadores afectados tengan 55 años o más

El segundo de los requisitos para la suscripción del convenio especial en supuestos de despidos colectivos es que los trabajadores afectados por tales despidos tengan 55 años o más, aunque nada impide que en el marco de las negociaciones del procedimiento de consulta-negociación se acuerde que la empresa abone las cuotas al convenio especial con trabajadores de menor edad¹⁷⁹⁸. El límite de edad de 55 años es un requisito convencional que responde a una convicción de que los trabajadores una vez que alcanzan esta edad tienen mayores dificultades para reinserirse en el mercado de trabajo. De este modo, para compensar dicha situación se instrumenta una especie de sistema de transición desde el cese en el trabajo hasta la jubilación, anticipada u

¹⁷⁹⁵ En el mismo sentido la STS, Sala de lo Social, de 18 de octubre de 2016 (rec. 2405/2015), doctrina concordante con la contenida en sentencias deliberadas en la misma fecha (Recs. 2447/2015, 2216/2015 y 2261/2015, entre otros), determina la competencia del orden social frente al civil para conocer de la obligación de suscribir el convenio especial y abonar las cotizaciones cuando el procedimiento de despido colectivo haya finalizado con anterioridad a la declaración del concurso, aunque la demanda se presente estando la empresa en concurso. Y, eventualmente, también se determina la obligación de suscribir el convenio colectivo por parte del empresario concursado.

¹⁷⁹⁶ Un comentario en SANZ SÁEZ, C.: “¿Cabe suscribir un Convenio Especial con la Seguridad Social cuando la empresa que tramita un expediente de regulación de empleo está incurso en procedimiento concursal? (Con ocasión STS, Sala de lo Contencioso, de 15 de febrero de 2018)”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, N.º 16, 2018, pp. 213-231.

¹⁷⁹⁷ En contra CEGARRA CERVANTES, F.: “El convenio especial de la seguridad social en los despidos colectivos que afecten a personas trabajadoras de cincuenta y cinco o más años: un examen de su procedencia en los casos de situación preconcursal”, *op. cit.*, pp. 388-390, acogiendo la interpretación más flexible aportada por la STSJ de Madrid de 30 de marzo de 2015 (rec. 26/2015).

¹⁷⁹⁸ *Vid.*, “Acuerdo de finalización del periodo de consultas en procedimiento de despido colectivo y modificación sustancial de condiciones en Caixabank, S.A.”, de fecha de 7 de julio de 2021, en el que se reconoce el abono de las cuotas al convenio especial con la Seguridad Social a trabajadores menores de 55 años (a partir de 52 años y con una antigüedad igual o superior a 6 años), aunque quien tiene que suscribir el convenio y abonar efectivamente las cuotas correspondientes a la Seguridad Social es el trabajador afectado. Disponible en: https://secbcaixabank.info/wp-content/uploads/2021/07/CAIXABANK_ACTA-FINAL-CON-ACUERDO-7-07-2021-VF.pdf

ordinaria, así como hasta otras prestaciones como las de incapacidad permanente o las de supervivencia, sin perjuicio de que el trabajador afectado consuma prestaciones o subsidios por desempleo e, incluso, desarrolle otra actividad sujeta a cotización¹⁷⁹⁹.

En relación con el momento en el que debe de computarse la edad del trabajador y, por tanto, comprobar si se cumple este requisito, la doctrina judicial ha manifestado diversas respuestas que van desde tener en cuenta la edad del trabajador en el momento del inicio del procedimiento de despido colectivo (STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 28 de marzo de 2007, rec. 43/2007), hasta la consideración de la edad del trabajador en el momento de la fecha del cese del trabajo (SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 14 de enero de 2009, rec. 1054/2008; de Cataluña de 3 de abril de 2013, rec. 2911/2012; y Castilla y León de 16 de septiembre de 2014, rec. 550/2014)¹⁸⁰⁰. No obstante, el art. 20.1 de la Orden TAS/2865/2003 determina el momento de la solicitud del convenio especial “en todo caso, hasta la fecha en que el empresario notifique individualmente el despido a cada trabajador afectado”.

- Los trabajadores no tuvieran la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967

El tercero de los requisitos, de carácter negativo, excluye a los trabajadores que tuvieran la condición de mutualistas a 1 de enero de 1967 del convenio especial con la Seguridad Social en supuestos de despidos colectivos. Se trata de un requisito que expulsa a los trabajadores que hayan sido cotizantes en tal fecha de alguna de las conocidas como Mutualidades Laborales, habida cuenta de que, en principio, estos trabajadores pueden tener mayores facilidades para acceder a la jubilación anticipada a partir de la edad de 60 años frente el régimen general. Una cierta diferenciación en el acceso a la jubilación anticipada que podría no ser de tal entidad como para justificar la exclusión de este tipo de trabajadores del convenio especial con la Seguridad Social¹⁸⁰¹.

En efecto, la disposición transitoria cuarta del TRLGSS, dedicada a la “aplicación de legislaciones anteriores para causar derecho a pensión de jubilación”, regula en su apartado 1.2º el acceso anticipado a la jubilación a partir de los 60 años por parte de quienes fueran mutualistas a fecha de 1 de enero de 1967, con aplicación de coeficientes reductores de la pensión de jubilación del 8% por año o fracción de año en función de la edad que reste para cumplir los 65 años (modalidad voluntaria), o bien en función del tiempo cotizado si el cese en el trabajo se ha producido como consecuencia de la extinción del contrato de trabajo por causa no imputable a la libre voluntad del trabajador. En esta última modalidad, que es la que mejor casa con el supuesto de despido colectivo, se exige un período de carencia de 30 años, frente a la modalidad

¹⁷⁹⁹ TRILLO GARCÍA, A.R.: “El convenio especial con la seguridad social por el despido de mayores de 55 años”, en VV.AA.: *Tratado de despido colectivo*, GODINO REYES, M. (Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 946.

¹⁸⁰⁰ Referencias judiciales contenidas en el trabajo de ARAGÓN GÓMEZ, C.: “El convenio especial con la seguridad social en los despidos colectivos que afecten a trabajadores maduros”, *op. cit.*, p. 811.

¹⁸⁰¹ Crítico se muestra FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: *El convenio especial. Una respuesta al futuro de las prestaciones de la Seguridad Social*, *op. cit.*, pp. 232 y 233 con cita en SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Una primera reflexión sobre la jubilación “flexible”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, N.º 12, 2002, p. 17.

voluntaria en la que solo se exige el mínimo de cotización de quince años¹⁸⁰², aunque con unos coeficientes reductores más bajos (una horquilla que va desde el 6% con cuarenta o más años cotizados hasta el 7,5% con una cotización de entre treinta y treinta y cuatro años).

Como se puede observar, existen ciertas diferencias entre la jubilación anticipada para los mutualistas y la jubilación anticipada involuntaria del art. 207 TRLGSS: ya sea en la edad de acceso (61 o 63 según el período de tiempo cotizado)¹⁸⁰³, la fijación de coeficientes reductores más gravosos que para los mutualistas¹⁸⁰⁴ o en la exigencia de un período de carencia de 33 años. No obstante, estas condiciones más favorables en el mutualismo no tienen por qué ser suficientes para que la exclusión se encuentre justificada, pues el efecto del despido colectivo a los 55 años de edad para un trabajador mutualista y uno que no lo es puede ser ciertamente semejante (al margen de que queden ya pocos en edad de trabajar). Quizá hubiera sido más apropiado tomar en consideración a tales trabajadores y sus diferencias para modular el convenio especial a su favor, y no excluirlos directamente de la protección dispensada por dicho convenio¹⁸⁰⁵.

C) Procedimiento de suscripción y consecuencias de su incumplimiento

Una vez que se cumplan las tres condiciones anteriormente descritas en un procedimiento de despido colectivo surge una obligación legal para el empresario, con un correlativo derecho para el trabajador, de solicitar y suscribir un determinado convenio especial con la Seguridad Social¹⁸⁰⁶. En concreto, se trata de una solicitud que se perfila en mayor medida en la norma reglamentaria (recordemos, art. 20 de la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el Sistema de la Seguridad Social) y que supone la suscripción del convenio especial entre tres partes (convenio de carácter tripartito): el empresario, el trabajador y la Tesorería General de la Seguridad Social, algo que no ocurre por regla general en el resto de los convenios especiales¹⁸⁰⁷.

¹⁸⁰² Véase, MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: *La pensión de jubilación*, Murcia, Laborum, 2020, pp. 148-150.

¹⁸⁰³ Art. 207.1.a) TRLGSS: “Tener cumplida una edad que sea inferior en cuatro años, como máximo, a la edad que en cada caso resulte de aplicación según lo establecido en el artículo 205.1.a) (teniendo en cuenta el régimen transitorio) sin que a estos efectos resulten de aplicación los coeficientes reductores a que se refieren los artículos 206 y 206 bis”.

¹⁸⁰⁴ Sobre los coeficientes reductores para la jubilación anticipada involuntaria y su modificación por la Ley 21/2021, véase, MALDONADO MOLINA, J.A.: “La reforma de la Pensión de Jubilación en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, N.º 30, 2022, pp. 63-89.

¹⁸⁰⁵ TRILLO GARCÍA, A.R.: “El convenio especial con la seguridad social por el despido de mayores de 55 años”, *op. cit.*, pp. 947 y 948.

¹⁸⁰⁶ Sobre la obligación para el empresario y el derecho para el trabajador, véase, ARAGÓN GÓMEZ, C.: “El convenio especial con la seguridad social en los despidos colectivos que afecten a trabajadores maduros”, *op. cit.*, p. 812.

¹⁸⁰⁷ TRILLO GARCÍA, A.R.: “El convenio especial con la seguridad social por el despido de mayores de 55 años”, *op. cit.*, p. 942.

El convenio especial nace de un acto administrativo, en tanto que no basta la mera solicitud del interesado, sino que es preciso el reconocimiento expreso o tácito de la Tesorería General de la Seguridad Social. Además, se trata de un acto administrativo reglado, habida cuenta de que la solicitud del convenio se concede solo cuando se cumplan los presupuestos recogidos en la legislación, no teniendo la Administración de Seguridad Social ningún margen discrecional para ello¹⁸⁰⁸. El término “convenio” especial no puede conducir a entender que dicho convenio parte de un contrato entre las partes, de un lado, el empresario y trabajador, y de otro, la Administración, ya que es el Estado quien fija las condiciones de forma unilateral, con base en su obligación de mantenimiento del régimen público de Seguridad Social *ex art.* 41 CE. No obstante, sí que es cierto que en determinados supuestos muy limitados se le concede al suscriptor (en este caso suscriptores) cierto margen de apreciación, como puede ser el incremento de la base de cotización del art. 20.5 de la Orden TAS/2865/2003, lo cual indica para algunos autores que nos encontramos ante un híbrido entre acto administrativo y contrato¹⁸⁰⁹.

Dicho lo anterior, el convenio especial deberá de solicitarse a través de modelo oficial (modelo TA.0040-ERE) ante la Dirección Provincial de la TGSS o administración de la Seguridad Social correspondiente al domicilio del solicitante, así como por vía telemática. Sin embargo, emerge la duda de cuál será el plazo del que se dispondrá para tal solicitud. Si bien ni el Estatuto de los Trabajadores ni la D.A.13ª TRLGSS se refieren a ello, el art. 20 de la Orden TAS/2865/2003 precisa que la solicitud de esta modalidad de convenio especial deberá de formularse por el empresario durante la tramitación del procedimiento de despido colectivo y, en todo caso, hasta la fecha que el empresario notifique individualmente el despido a cada trabajador afectado conforme a lo dispuesto en el art. 51.4 ET¹⁸¹⁰, artículo que, a su vez, remite a los requisitos para la comunicación del despido objetivo previstos en el art. 53.1 ET (significativamente la carta de despido, expresando la causa, y la puesta a disposición inmediata de la indemnización). Y este segundo límite temporal para proceder a la solicitud introducido por la Orden TMS/397/2019, esto es, la comunicación individual del despido¹⁸¹¹, parece más coherente, ya que muchas veces durante la tramitación

¹⁸⁰⁸ ARAGÓN GÓMEZ, C.: “El convenio especial con la seguridad social en los despidos colectivos que afecten a trabajadores maduros”, *op. cit.*, p. 812.

¹⁸⁰⁹ FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: *El convenio especial. Una respuesta al futuro de las prestaciones de la Seguridad Social*, *op. cit.*, pp. 53 y 54.

¹⁸¹⁰ Con anterioridad a la modificación introducida por la Orden TMS/397/2019, de 4 de abril, únicamente se precisaba que: “la solicitud de esta modalidad de convenio especial deberá formularse durante la tramitación del expediente de regulación de empleo”. Plazo de solicitud que ya fue interpretado de forma flexible por parte de los Tribunales (SSTSJ de Madrid de 1 de junio de 2012, rec. 4507/2011, y de la Comunidad Valenciana de 14 de enero de 2009, rec. 1054/2008) al reconocer la posibilidad de solicitar el convenio especial en el momento de la extinción de los contratos. Véase, TRILLO GARCÍA, A.R.: “El convenio especial con la seguridad social por el despido de mayores de 55 años”, *op. cit.*, p. 948.

¹⁸¹¹ El artículo 51.4 ET especifica que: “en todo caso, deberán haber transcurrido como mínimo treinta días entre la fecha de la comunicación de la apertura del periodo de consultas a la autoridad laboral y la fecha de efectos del despido”. Todo ello con la finalidad de cumplir con el plazo de 30 días que

del procedimiento de despido colectivo se desconoce quiénes serán los trabajadores efectivamente despedidos hasta que no se alcance acuerdo o se comunique la decisión final del empresario. Obsérvese que dentro de la documentación inicial el art. 51 ET no prevé que se identifiquen los trabajadores afectados, más allá de su número y clasificación profesional o los criterios de selección. Ahora bien, la decisión final, exista acuerdo o no, deberá de especificar quiénes serán los trabajadores afectados por la medida, con remisión de tal decisión a la autoridad laboral, que trasladará la comunicación a la Administración de la Seguridad Social cuando el procedimiento de despido colectivo incluya a trabajadores respecto de los que deba aplicarse lo dispuesto en el artículo 51.9 ET, haciendo constar en todo caso la fecha en la que el empresario le ha remitido dicha comunicación (art. 12.5 RPDC). Con ello se facilita la labor para que la TGSS pueda comprobar si el empresario ha incumplido su deber de suscribir convenio especial con la Seguridad Social¹⁸¹².

No obstante, ante los elevados incumplimientos empresariales de suscribir el convenio y los perjuicios causados en los trabajadores afectados en materia de reconocimiento de derechos, prestaciones y reducción de su cuantía por falta de formalización y cotización al convenio especial, el Defensor del Pueblo (Queja n.º 140046219) dirigió una recomendación a la Secretaría de Estado de la Seguridad Social con el fin de instar los cambios legales que permitieran que la Tesorería General de la Seguridad Social pudiera proceder a dar el alta de oficio a los trabajadores sujetos a expedientes de regulación de empleo con cincuenta y cinco o más años de edad, y a sustituir la voluntad de la empresa en la suscripción del convenio especial, habida cuenta de la incompatibilidad entre la obligatoriedad del art. 51.9 ET y la voluntariedad inherente al convenio especial.

De este modo, la Orden TMS/397/2019, de 4 de abril, ha modificado el art. 20 de la Orden TAS/2865/2003 con el objeto de que, si el empresario no presenta solicitud en el plazo correspondiente, el trabajador afectado pueda solicitar el convenio especial dentro de los seis meses naturales siguientes a la fecha en que el empresario le notifique individualmente el despido. En este caso, el convenio especial será suscrito solo entre el trabajador y la TGSS, previa audiencia del empresario, para que realice las alegaciones pertinentes, pueda adherirse al convenio o proponer modificaciones al mismo. Una vez finalizado el trámite de audiencia, se procederá a la firma del convenio, del que se dará traslado al empresario junto con la notificación del importe total de las cuotas que debe ingresar a su exclusivo cargo (art. 20.2 Orden TAS/2865/2003). En efecto, se trata de una modificación que sigue el impulso dado por la Recomendación del Defensor del Pueblo, aunque sigue dependiendo de la solicitud del trabajador y no es, por tanto, una formalización de oficio por la TGSS. Además, no se aplica a los procedimientos

establece el art. 4.1 de la Directiva 98/59/CE, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos; plazo que se aprovechará por parte de la autoridad pública para buscar soluciones a los problemas planteados por los despidos colectivos considerados.

¹⁸¹² Del mismo modo, el art. 6.3 RPDC establece que la autoridad laboral remitirá copia de la documentación y comunicación inicial del despido colectivo a la Administración de la Seguridad Social cuando se incluya a trabajadores respecto a los que deba aplicarse lo dispuesto en el art. 51.9 ET.

de despido colectivo que se hayan iniciado con anterioridad a la entrada en vigor de la Orden de 2019, esto es, 9 de abril de 2019 (disposición transitoria única y disposición final tercera Orden TMS/397/2019).

Sin embargo, cabe preguntarse qué ocurrirá si el empresario, o incluso si el trabajador, transgrede el plazo que le asigna la normativa reglamentaria para la solicitud del convenio especial con la Seguridad Social y, aun así, solicita su formalización. El Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, en su sentencia de 15 de febrero de 2018 (rec. 3458/2015) rechaza la argumentación de la TGSS, por la que se negaba a suscribir convenio especial ya que se solicitó este con posterioridad a la tramitación del procedimiento de despido colectivo, siguiendo los plazos de solicitud dispuestos en el art. 20.1 de la Orden TAS/2865/2003 (anterior redacción). El TS entiende que no existe contradicción entre la obligación *ope legis* del art. 51.9 ET y la normativa reglamentaria, habida cuenta de que no se puede caer en una interpretación literal, pues el art. 20.1 “debe interpretarse en el sentido de incluir el compromiso de solicitar el convenio especial en el acuerdo final”. Y como tal operación no se produjo, una vez que se remitieron las actas a la autoridad laboral fue la Inspección de Trabajo y Seguridad Social quien advirtió que se había omitido la obligación de hacer las solicitudes de los convenios especiales y, por tanto, la solicitud del empresario posterior al procedimiento de despido colectivo, e incluso posterior a la declaración de concurso de acreedores, supone una subsanación de tal omisión y es correcta. En todo caso, esta interpretación del Tribunal Supremo podría no resultar del todo adecuada, habida cuenta de que es anterior a la modificación de 2019 y no tiene en cuenta los plazos que se estipulan en la nueva redacción, sobre todo para el trabajador. Aunque también es cierto los plazos reglamentarios no deberían limitar una obligación *ope legis* del art. 51.9 ET, de rango superior, que no se encuentra sometida a ningún límite temporal para su solicitud, más allá de la prescripción.

Presentada la solicitud, la TGSS deberá de resolver en el plazo de tres meses desde la fecha de solicitud. En caso de que no se produzca resolución sobre la procedencia o improcedencia del convenio especial, el art. 129.3 TRLGSS establece la excepción para los convenios especiales de lo que se conoce como silencio administrativo positivo, puesto que la falta de resolución expresa en el plazo previsto tendrá como efecto la estimación de la respectiva solicitud por silencio administrativo (art. 4.1 Orden TAS/2865/2003). El mismo art. 4.2 de la citada Orden determina que el convenio deberá de suscribirse en un plazo de 3 meses desde la fecha de notificación expresa o tácita de su procedencia, ya que de lo contrario el procedimiento se entenderá caducado si no se produce la firma por causa imputable al interesado. Todo lo anterior no debe de ser confundido con la fecha de efectos del convenio especial respecto de la correspondiente cotización por parte del empresario, que se produce desde el cese en el trabajo o, en su caso, desde la extinción de la prestación contributiva por desempleo.

Ante la falta de suscripción del convenio, la TGSS no puede actuar de oficio, elaborando el convenio especial y sustituyendo a las partes, más allá de lo ya recogido para el caso de la solicitud del trabajador ante el incumplimiento del empresario. La TGSS en estos supuestos se dirige a la empresa para recordarle su obligación legal,

otorgándole un plazo prudencial para su cumplimiento, y de persistir este se dirige a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para que inicie el correspondiente procedimiento sancionador, que se comentará a continuación. Asimismo, la TGSS pondrá en conocimiento del trabajador tal incumplimiento para que realice las actuaciones correspondientes y, entre ellas, solicite la suscripción del convenio dentro de plazo. En caso de que haya transcurrido el plazo de 6 meses, el trabajador podrá presentar una demanda ante la jurisdicción social en orden a exigir el cumplimiento de las obligaciones dimanantes del despido colectivo, en la que sería parte demandada la empresa y la TGSS por razón litisconsorcial. De obtener una sentencia favorable a las pretensiones del demandado, la suscripción del convenio se deberá efectuar en términos en que se despache la ejecución, aunque lo normal es que la TGSS proceda a realizar el documento y cite a las partes para su firma, quedando suscrito el convenio especial y cumplido el fallo de la sentencia¹⁸¹³.

En cuanto a las consecuencias en materia de responsabilidad administrativa del empresario en caso de la no suscripción del convenio, esta no ha sido una cuestión pacífica. En un primer momento, la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social aprobó el 12 de junio de 2009 el Criterio Técnico 74/2009, en el que se establecía la aplicación de la infracción del art. 22.3 TRLISOS (“no ingresar en la forma y plazo reglamentarios, las cuotas correspondientes que por todos los conceptos recauda la Tesorería General de la Seguridad Social o no efectuar el ingreso en la cuantía debida, habiendo presentado los documentos de cotización...”) ante la falta de suscripción del convenio especial con la Seguridad Social. Sin embargo, este criterio fue rechazado por la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social que procedió a anular las actas extendidas por dicha infracción ante supuestos de no formalización del convenio.

Ante esta situación, y con posterioridad a la introducción en virtud de la disposición adicional sexta de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, de una infracción específica a esta omisión en el art. 23.1.i) TRLISOS, la Dirección General de la ITSS emite un nuevo Criterio Técnico (91/2012) el 12 de junio de 2012. Así, por un lado, el citado Criterio Técnico 91/2012 deja sin efectos el anterior de 2009, siguiendo el criterio de la Dirección General de Ordenación de Seguridad Social, sobre la base de que la infracción contenida en el art. 22.3 TRLISOS no puede darse en un supuesto en el que ni la propia obligación del art. 51.9 ET ni el plazo de cumplimiento han llegado a materializarse en los términos previstos por el TRLGSS. En el Derecho Administrativo sancionador no existe la posibilidad de extender por analogía las infracciones y, por ello, antes de la reforma de 2011 no ha existido ninguna infracción tipificada en el TRLISOS frente al incumplimiento de formalizar convenio especial con la Seguridad Social.

Por otro lado, las omisiones a la hora de suscribir el convenio especial del art. 51.9 ET deben de dirigirse al art. 23.1.i) TRLISOS (“incumplir la obligación de suscribir el convenio especial en los supuestos establecidos en el artículo 51.9 del Estatuto de los

¹⁸¹³ TRILLO GARCÍA, A.R.: “El convenio especial con la seguridad social por el despido de mayores de 55 años”, *op. cit.*, pp. 949 y 950.

Trabajadores”)¹⁸¹⁴, eso sí desde la fecha de su entrada en vigor: el 1 de enero de 2013 (disposición adicional duodécima de la Ley 27/2011 y disposición final novena de la Ley 13/2012). De este modo, si durante el procedimiento de consulta-negociación no se solicitó la suscripción del convenio especial y este finalizó con anterioridad a la fecha de 1 de enero de 2013, no podrá aplicarse la infracción del art. 23.1.i) TRLISOS en virtud de la irretroactividad de las normas sancionadoras, con la única excepción de que la fecha de efectos del despido se produzca con posterioridad a la entrada en vigor de la norma debatida¹⁸¹⁵. Se trata, en definitiva, de una infracción administrativa muy grave, que está sancionada con una multa que va desde 7.501 euros hasta 225.018 euros (art. 40.1.c) TRLISOS). Sin embargo, siguiendo los criterios de graduación de las sanciones del art. 39 TRLISOS, se puede tener en cuenta a efectos de modular la responsabilidad de la empresa la actitud pasiva que muestren tanto los representantes de los trabajadores como los propios interesados al no exigir que se incluyera en el acta final la obligación del art. 51.9 ET, así como que tampoco se exigiera la inmediata solicitud tras el requerimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (STS de 15 de febrero de 2018, rec. 3458/2015).

Por último, el Criterio 91/2012 precisa que “no puede estimarse incumplida la obligación de ingresar las cuotas del convenio especial en la forma y plazos reglamentarios cuando ni la propia obligación ni, con mayor motivo, el plazo de cumplimiento ha llegado a materializarse en los términos previstos en la Ley General de la Seguridad Social, por lo que hay que entender que en los supuestos en que el convenio especial no haya llegado a suscribirse, no puede resultar un efecto liquidatorio”. De este modo, en tanto el convenio especial no llegue a suscribirse no puede producirse efecto liquidatorio alguno, es decir, no podrán reclamarse las cotizaciones empresariales, pues es con la suscripción cuando nace la obligación de cotizar y, por tanto, se inicia el plazo reglamentario al efecto¹⁸¹⁶.

D) El reparto de las cargas en el abono de las cuotas para financiar el convenio especial

El artículo 51.9 ET, más allá de precisar los requisitos básicos para suscribir este convenio especial en el despido colectivo y recoger que existirá la obligación de abonar las cuotas a dicho convenio, no determina ni su vigencia general ni quién será el responsable del abono de las correspondientes cotizaciones. Para ello, debemos de acudir a la D.A.13ª apartado primero TRLGSS donde se precisa que la duración del convenio especial y, por tanto, de sus cotizaciones, abarcará desde el período comprendido entre el cese en el trabajo o, en su caso, desde la extinción de la prestación

¹⁸¹⁴ En su redacción actual, dada por la Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social.

¹⁸¹⁵ Sobre esta última apreciación, véase, FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: *El convenio especial. Una respuesta al futuro de las prestaciones de la Seguridad Social*, op. cit., pp. 239 y 240, con cita en Consulta de 24 de mayo de 2013, Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Cuestiones interpretativas sobre la Ley 13/2012. Convenio especial.

¹⁸¹⁶ ARAGÓN GÓMEZ, C.: “El convenio especial con la seguridad social en los despidos colectivos que afecten a trabajadores maduros”, op. cit., p. 822.

contributiva por desempleo¹⁸¹⁷ hasta que el trabajador cumpla la edad de jubilación ordinaria (art. 205.1.a) y disposición transitoria séptima TRLGSS) o, de ser así, acceda a la pensión de jubilación anticipada (precisión que aparece en el apartado 2º de la D.A.13ª TRLGSS).

En cuanto al reparto de las cargas, el empresario deberá de abonar las correspondientes cotizaciones al convenio hasta que el trabajador cumpla los 63 años, salvo en los casos de despidos colectivos por causas económicas, en los que dicha obligación se extenderá hasta que el trabajador cumpla 61 años. Por ende, el trabajador tendrá que hacer frente a la cotización desde la respectiva edad de 63 o 61 años, en función de las causas del despido, hasta que cumpla la edad ordinaria de jubilación o acceda a la jubilación anticipada, que por coherencia será la involuntaria del art. 207 TRLGSS. No obstante, también se permite que el empresario pueda asumir el coste de la financiación del convenio hasta que el sujeto beneficiario alcance la edad de jubilación. En tal caso, la sustitución en el pago deberá de realizarse conforme a lo que establece el art. 8 de la Orden TAS/2865/2003, con autorización expresa del sustituido y de la Tesorería General de la Seguridad Social para que se libere al trabajador del abono de las cotizaciones¹⁸¹⁸.

- La cotización a cargo del empresario del convenio especial por despido colectivo

La obligación por parte de la empresa de formalizar convenio con la Seguridad Social en caso de despidos colectivos de trabajadores maduros tiene su origen en el Acuerdo para la Mejora y Desarrollo del Sistema de Protección Social del año 2001. Medida que se trasladaría al RD-ley 16/2001, de 27 de diciembre, y, posteriormente, a la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, fruto de la tramitación como ley ordinaria del citado Real decreto-ley. En estos momentos la obligación de cotización por parte del empresario se situaba hasta los 61 años (D.A.31ª TRLGSS de 1994), edad que coincidía con la exigida para el acceso a la jubilación anticipada del art. 161bis TRLGSS/1994¹⁸¹⁹.

Un sistema de reparto de cargas a favor del empresario hasta los 61 años que fue modificado con la intervención de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social. En efecto, con dicha Ley se modifica la jubilación anticipada, distinguiendo entre aquella destinada para cubrir situaciones derivadas de ceses en el trabajo por causa no imputable al trabajador, quien debía tener cumplidos los 61 años y haber sido despedido en función de despido

¹⁸¹⁷ “Durante el período de la percepción de la prestación por desempleo, la entidad gestora ingresará las cotizaciones a la Seguridad Social, asumiendo la aportación empresarial y descontando de la cuantía de la prestación, incluidos los supuestos a que hace referencia el artículo 270.3, la aportación que corresponda al trabajador” (art. 273.1 TRLGSS).

¹⁸¹⁸ ARAGÓN GÓMEZ, C.: “El convenio especial con la seguridad social en los despidos colectivos que afecten a trabajadores maduros”, *op. cit.*, p. 819.

¹⁸¹⁹ Un recorrido por la evolución histórica del convenio especial con la Seguridad Social en supuestos de despidos colectivos en TRILLO GARCÍA, A.R.: “El convenio especial con la seguridad social por el despido de mayores de 55 años”, *op. cit.*, pp. 932-937.

colectivo por causas económicas, entre otros supuestos. Frente a lo anterior, surgió la jubilación anticipada por voluntad del interesado, para la cual el trabajador debía de tener los 63 años cumplidos y haber sido despedido por causas técnicas, organizativas y productivas en el caso del despido colectivo ¹⁸²⁰.

Ante tal cambio normativo en materia de jubilación anticipada, la Ley 27/2011 decidió modificar también la regulación del convenio especial con la seguridad social en caso de ERE. Con la finalidad de hacer coincidir la edad de jubilación anticipada con la edad a partir de la cual el empresario se desprende de la obligación de abonar las cuotas al convenio especial, la Ley de 2011 modifica la regulación del convenio especial y atribuye la responsabilidad de pago al empresario hasta que el trabajador cumpla 61 años en caso de despido colectivo por causas económicas o, en su caso, hasta los 63 años cuando el despido colectivo se produzca por causas técnicas, organizativas o productivas.

Sin embargo, esta reforma de 2011 en materia de jubilación anticipada, que no entró en vigor hasta el 1 de enero de 2013, fue modificada, de nuevo, por el Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo. Consecuentemente, se introdujo un nuevo régimen de jubilación anticipada por el que se establecía una edad inferior como máximo en 4 años a la edad ordinaria de jubilación en supuestos de cese en el trabajo por causa no imputable a la libre voluntad del trabajador y, entre ellos, de despido colectivos que, ahora sí, incluye todas las causas ETOP ¹⁸²¹. Dicha regulación en materia de edad de acceso a la jubilación anticipada involuntaria se mantiene vigente hasta la actualidad en el art. 207 TRLGSS, pues la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, ha afectado principalmente a la modificación de los coeficientes reductores y su método de cómputo ¹⁸²². En efecto, la edad mínima para la jubilación anticipada ya no se sitúa en los 61 años, sino que dependerá del período cotizado por el trabajador: 61 años si se ha cotizado 38 años y medio o más o, en su defecto, 63 años si se han cotizado como mínimo 33 años (sin perjuicio del período transitorio para la edad ordinaria de jubilación).

De este modo, se produce un desfase entre la edad del trabajador en la que el empresario deja de estar obligado a la cotización al convenio especial en función de la

¹⁸²⁰ Dicho requisito de haber sido despedido por despido colectivo por causas técnicas, organizativas o productivas no se establecía expresamente, aunque se infería implícitamente al incluir solo en la modalidad de jubilación involuntaria el despido colectivo por causas económicas.

¹⁸²¹ En estos casos el art. 207.1 TRLGSS indica que: “será necesario que el trabajador acredite haber percibido la indemnización correspondiente derivada de la extinción del contrato de trabajo o haber interpuesto demanda judicial en reclamación de dicha indemnización o de impugnación de la decisión extintiva. El percibo de la indemnización se acreditará mediante documento de la transferencia bancaria recibida o documentación acreditativa equivalente”.

¹⁸²² De igual modo, el Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, introdujo una edad de acceso a la jubilación anticipada voluntaria de como máximo dos años inferior a la edad ordinaria de jubilación que, en la actualidad, se mantiene en el art. 208 TRLGSS.

causa del despido colectivo y la edad de acceso a la jubilación anticipada, rompiendo con la lógica de la regulación anterior. Tradicionalmente, el empresario pagaba las cuotas hasta que el trabajador podía acceder, con carácter general, a la jubilación anticipada y, a partir de aquí, si el trabajador optaba por no jubilarse, era este el encargado de hacer frente al pago de las cotizaciones del convenio hasta la edad ordinaria de jubilación, en la que se extinguió el convenio especial. No obstante, ahora puede darse la situación de que el trabajador no pueda acceder a la pensión de jubilación anticipada por no cumplir la edad requerida pero tenga que abonar el coste del convenio especial, e incluso puede darse la situación de que la empresa tenga que cotizar al convenio especial hasta los 63 años en virtud de despido por causas técnicas, organizativas o productivas pero, en cambio, el trabajador ya haya podido acceder a la jubilación anticipada por cumplir los requisitos y este no la haya solicitado¹⁸²³.

Una vez que se produzca el cese en el trabajo por despido colectivo, el empresario tendrá que hacer frente a las cotizaciones propias del convenio especial, excepto si el trabajador reúne los requisitos para acceder a la prestación contributiva por desempleo, pues en este período será la Entidad gestora quien se haga cargo de las cotizaciones (art. 273 TRLGSS). En este caso, la vigencia del convenio especial comenzará desde la extinción de la prestación por desempleo contributiva.

Dicho esto, tanto si el trabajador no tiene derecho a la prestación contributiva por desempleo como si ya ha finalizado su disfrute, pueden darse dos situaciones: que el trabajador no tenga derecho al subsidio por desempleo o que, en cambio, sí pueda acceder al mismo. Si el trabajador no tiene derecho a la protección por desempleo en el nivel asistencial, el convenio especial quedará activado por la totalidad de la cotización establecida en ese preciso momento (recuérdese, base de cotización multiplicada por el tipo de cotización para contingencias comunes y por el coeficiente reductor vigente)¹⁸²⁴.

No obstante, si el trabajador tiene derecho al subsidio por desempleo (también conocido como “subsidio por prejubilación”¹⁸²⁵), la disposición adicional 13ª TRLGSS, en su apartado segundo, establece la siguiente regla: de las cotizaciones resultantes se deducirá la cotización, a cargo del Servicio Público de Empleo Estatal, correspondientes al período en el que el trabajador pueda tener derecho a tal subsidio, 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. En este sentido, a pesar de que se produce cotización a cargo del SEPE durante el disfrute del subsidio por desempleo, dicha cotización ni abarca todas las prestaciones, pues solo se destina para la jubilación, ni coincide con la base de cotización del convenio especial, ya que el

¹⁸²³ TRILLO GARCÍA, A.R.: “El convenio especial con la seguridad social por el despido de mayores de 55 años”, *op. cit.*, pp. 964 y 965.

¹⁸²⁴ FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: *El convenio especial. Una respuesta al futuro de las prestaciones de la Seguridad Social*, *op. cit.*, pp. 236 y 237.

¹⁸²⁵ LÓPEZ CUMBRE, L.: “Capítulo 9. La prejubilación”, *op. cit.*, pp. 43-46.

art. 280 TRLGSS toma como base de cotización en este caso el 125% del tope mínimo de cotización vigente en cada momento ¹⁸²⁶.

En concreto, para la cobertura de la pensión de incapacidad permanente y las prestaciones por muerte y supervivencia se tomará la base de cotización del convenio especial, pero para la jubilación se tendrá en cuenta la base de cotización resultante de restar la del convenio menos la cotizada por el SEPE. La cuota líquida será la resultante de multiplicar cada una de las referidas bases de cotización por el tipo de cotización por contingencias comunes y el correspondiente coeficiente reductor aplicable, que es diferente en caso de subsidio por desempleo (22.1.d) de la Orden PCM/74/2023, de 30 de enero) ¹⁸²⁷.

Las cotizaciones a cargo del empresario serán objeto de totalización por parte de la Tesorería General de la Seguridad Social ¹⁸²⁸ respecto de cada trabajador hasta que cumpla la edad de 63 o 61 años cuando del despido colectivo sea por causas económicas, pudiendo el empresario optar en la solicitud del convenio ¹⁸²⁹ por ingresar tales cotizaciones en un único pago, respecto de todos los trabajadores, dentro del mes siguiente al de la notificación de la cantidad a ingresar, o 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 una entidad financiera o aseguradora, previo consentimiento de la TGSS (D.A.13ª.2 TRLGSS).

En este último caso se solicitará a la TGSS el fraccionamiento del pago de cotizaciones en tantas anualidades como años le falten al trabajador o trabajadores para cumplir la edad de 63 o, en su caso, 61 años, con un máximo de ocho o seis años, respectivamente. En este sentido, el ingreso de la primera anualidad se deberá de realizar en el plazo de 30 días naturales a partir de la notificación de la cantidad a ingresar, presentando en dicho plazo aval solidario o sustitución en el pago por entidad financiera inscrita o aseguradora debidamente autorizada ¹⁸³⁰. El plazo para ingresar las anualidades restantes será de 30 días naturales inmediatamente anteriores

¹⁸²⁶ Base de cotización modificada por el Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo. Véase, su disposición transitoria 4ª.

¹⁸²⁷ Una explicación más detallada, con un ejemplo, en ARAGÓN GÓMEZ, C.: “El convenio especial con la seguridad social en los despidos colectivos que afecten a trabajadores maduros”, *op. cit.*, pp. 817 y 818.

¹⁸²⁸ TRILLO GARCÍA, A.R.: “El convenio especial con la seguridad social por el despido de mayores de 55 años”, *op. cit.*, pp. 954 y 955 indica que la TGSS no está en condiciones de conocer con exactitud las bases de cotización de los últimos seis meses, por lo que realizará un cálculo provisional y una vez conocidas las bases reales de cotización, se procederá a modificar la cuantía a ingresar y, en su caso, a reajustar los avales presentados en caso de fraccionamiento en el pago de las cotizaciones.

¹⁸²⁹ En el Modelo TA.0040-ERE se debe de rellenar la “declaración sobre forma de pago hasta que el trabajador cumpla 61/63 años” mediante la opción pago único o por anualidades y, en este último caso, indicar si se trata de la opción con presentación de aval, opción por entidad financiera o por entidad aseguradora, debiendo identificar a tal entidad financiera o aseguradora, según la opción.

¹⁸³⁰ Los requisitos que deben de cumplir el aval solidario o la sustitución en el pago por entidad financiera o aseguradora se pueden observar en el art. 20.4 de la Orden TAS/2865/2003. Los ayuntamientos que suscriban convenios especiales con sus trabajadores no necesitarán presentar aval de acuerdo con el art. 173.2 de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

a la iniciación de la anualidad de que se trate (art. 20.3 Orden TAS/2865/2003). Cabe indicar que la norma permite el fraccionamiento, pero no el aplazamiento, por lo que no resultan aplicables las reglas de los arts. 31-36 Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social.

La deuda que contrae el empresario con la Seguridad Social en forma de cotización por convenio especial a causa de despido colectivo, ya sea en único pago o de forma fraccionada, puede sufrir diversas modificaciones a causa de vicisitudes o avatares sobrevenidos, como la obtención del subsidio por desempleo, la incapacidad permanente o el fallecimiento del trabajador, así como la realización de trabajos por parte de este.

En caso de fallecimiento del trabajador, de reconocimiento de una pensión de incapacidad permanente, en sus diversos grados de total, absoluta o gran invalidez, o bien de reconocimiento de una pensión de jubilación a favor del trabajador, el convenio especial con la Seguridad Social se extinguirá y la TGSS procederá a devolver al empresario las cuotas ingresadas que correspondan al período posterior a la fecha de fallecimiento del trabajador o a la fecha de efectos de la pensión de incapacidad permanente o de jubilación que se hubiera causado, una vez efectuada la liquidación definitiva de la cotización correspondiente a este Convenio (apartado 3º D.A.13ª TRLGSS y art. 20.6 Orden TAS/2865/2003). Liquidación definitiva que se refiere a aquella que realiza la TGSS una vez que conozca las bases reales de cotización, y sobre la que se efectuará la devolución de las cuotas por el periodo que transcurra entre el día del fallecimiento o el día de efectos de la incapacidad permanente o la pensión de jubilación y la fecha en que ordinariamente se extinguiría la obligación de cotización empresarial a los 63 o, en su caso, 61 años del trabajador¹⁸³¹.

A diferencia de los anteriores supuestos, si el trabajador realiza alguna actividad por la que se efectúen cotizaciones al sistema de la Seguridad Social durante el período a cargo del empresario, el convenio especial con la Seguridad Social ni se extinguirá ni dará derecho al reintegro de forma inmediata a favor de este último. Por ello, el empresario deberá de seguir cotizando, ingresando las anualidades a su cargo que queden pendientes de pago, ya que las cotizaciones empresariales que coincidan con las correspondientes a la actividad realizada por el trabajador, hasta su cuantía, se aplicarán al pago del convenio especial durante el período a cargo del trabajador.

Es decir, cuando el trabajador cumpla los 63 o, en su caso, 61 años la TGSS determinará el importe de la cotización ingresada por el empresario que ha resultado coincidente por la efectuada por la realización de actividades por parte del trabajador, acordando su aplicación al pago del convenio especial durante el período a cargo de este último. Resolución que deberá de ser notificada al empresario y al trabajador. El convenio especial quedará suspendido en el caso de que las bases de cotización que correspondan como consecuencia de las actividades lucrativas del trabajador sean

¹⁸³¹ TRILLO GARCÍA, A.R.: "El convenio especial con la seguridad social por el despido de mayores de 55 años", *op. cit.*, p. 968.

iguales o superiores a las bases de cotización del convenio especial¹⁸³² y únicamente quedará extinguido dicho convenio cuando se haya aplicado la totalidad de la cotización realizada por el empresario durante el período a cargo del trabajador y este siga cotizando por la correspondiente actividad. Con lo anterior se persigue incentivar la prestación de servicios por parte del trabajador, generalmente prejubilado, ya que, aunque el trabajo sea temporal o con baja remuneración, no se extinguirá el convenio especial ni las cotizaciones empresariales serán devueltas, sino que se aplicarán durante el período que corre por cuenta del trabajador¹⁸³³.

El derecho al reingreso a favor del empresario solo ocurrirá en el supuesto de que en la fecha de efectos de la pensión de jubilación que cause el trabajador o, en todo caso, en la fecha en que cumpla el trabajador la edad ordinaria de jubilación establecida en el art. 205.1.a) y D.T.7ª TRLGSS, exista remanente¹⁸³⁴. Por ello, si a la fecha indicada no se hubiera aplicado al pago del convenio especial la totalidad de la cotización a cargo del empresario, la TGSS procederá a la devolución del importe sobrante de este último. De igual modo también se procederá a la devolución del importe si el trabajador falleciese o causase una pensión de incapacidad permanente durante el período a su cargo (apartado 4º D.A.13ª TRLGSS y art. 20.7 Orden TAS/2865/2003).

Los reintegros al empresario en los anteriores supuestos devengarán el interés legal del dinero vigente en la fecha en que se produzca su hecho causante, calculado desde la fecha de fallecimiento del trabajador, desde la fecha de efectos de las pensiones de incapacidad permanente o de jubilación por él causadas o desde la fecha en que cumpla la edad de jubilación ordinaria, hasta la respectiva propuesta de pago, aunque no darán derecho al cobro del coste de los avales o de las sustituciones del empresario deudor. Para su abono, la TGSS podrá acordar la retención del pago de la devolución en la cuantía estrictamente necesaria para asegurar el cobro de la deuda que el titular del derecho a la devolución tuviera con la Seguridad Social, en los términos regulados por el artículo 54 del Reglamento general de recaudación de la Seguridad Social y sin perjuicio de notificar, en su caso, el crédito por la devolución a la unidad de recaudación ejecutiva correspondiente (apartado 5º D.A.13ª TRLGSS y art. 20.8 Orden TAS/2865/2003).

Tal y como ya se indicó con anterioridad, si no se ha suscrito convenio especial con la Seguridad Social, la TGSS no puede actuar de oficio, sino que debe de ser el propio trabajador el que lo solicite o bien accione ante los Tribunales para que a través de la ejecución judicial de sentencia se suscriba y se abonen las correspondientes cotizaciones, sin perjuicio de la infracción administrativa del art. 23.1.i) TRLISOS.

¹⁸³² En el resto de los convenios especiales ello supone, por regla general, su extinción (*vid.* art. 10.2.a) Orden TAS/2865/2003).

¹⁸³³ TRILLO GARCÍA, A.R.: "El convenio especial con la seguridad social por el despido de mayores de 55 años", *op. cit.*, pp. 970 y 971.

¹⁸³⁴ ARAGÓN GÓMEZ, C.: "El convenio especial con la seguridad social en los despidos colectivos que afecten a trabajadores maduros", *op. cit.*, p. 821.

No obstante, si el empresario ya ha suscrito el convenio especial por despido colectivo y adeuda las cotizaciones correspondientes, la TGSS podría reclamar la deuda al tratarse de un crédito público que supone ingresos para el sistema de Seguridad Social y, por tanto, podría instarse su recaudación en vía de apremio. Una vez que se suscribe el convenio especial de carácter tripartido (empresario, trabajador y TGSS), la Tesorería se convierte en sujeto de una relación jurídica que debe exigir un ingreso por cuotas en un período con cargo al empresario y otro periodo con cargo al trabajador¹⁸³⁵. El mismo art. 20.3 de la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, reconoce que “la falta de ingreso de las cotizaciones por este Convenio especial a cargo del empresario, en las formas, condiciones y plazos antes señalados, determinará su reclamación en los términos establecidos en el citado Reglamento general de recaudación de la Seguridad Social”.

Por otro lado, siguiendo el Criterio Técnico 91/2012 de la Dirección General de la ITSS, si el empresario ha suscrito el convenio especial y no abona las cotizaciones también podrá incurrir en una responsabilidad administrativa por infracción grave del art. 22.3 TRLISOS¹⁸³⁶. Una infracción que será sancionada según el art. 40.1.d) TRLISOS: en su grado mínimo, con multa del 50 al 65 por ciento del importe de las cuotas de Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta no ingresados, incluyendo recargos, intereses y costas; en su grado medio, con multa del 65,01 al 80 por ciento; y en su grado máximo, con multa del 80,01 al 100 por ciento. Por lo que para conocer la deuda con la Seguridad Social sobre la que se aplican los porcentajes, la ITSS solicitará informe a la TGSS acerca de la cuantía correspondiente.

Si en este caso el empresario es declarado en concurso, además de que no se podrá imponer sanción administrativa por art. 22.3 TRLISOS, la TGSS no podrá iniciar ejecuciones singulares para reclamarle las cotizaciones tras la suscripción del convenio especial (art. 142 TRLC). Lo común entonces es que la TGSS dicte la correspondiente providencia de apremio y se la comunique a la administración concursal, así como al Juez del concurso a efectos del reconocimiento de dicho crédito como un crédito con privilegio general del art. 280.4º TRLC¹⁸³⁷.

Otra cuestión que ha suscitado interés por su controversia es qué efectos tiene en materia prestacional la falta de cotización a cargo del empresario e incluso la falta de suscripción del convenio especial. En efecto, la normativa de Seguridad Social ha determinado diferentes mecanismos dirigidos a garantizar la protección del trabajador

¹⁸³⁵ TRILLO GARCÍA, A.R.: “El convenio especial con la seguridad social por el despido de mayores de 55 años”, *op. cit.*, p. 973 con cita en STSJ Galicia de 4 de junio de 2015 (recurso 18118/2015).

¹⁸³⁶ “No ingresar, en la forma y plazos reglamentarios, las cuotas correspondientes que por todos los conceptos recauda la Tesorería General de la Seguridad Social o no efectuar el ingreso en la cuantía debida, habiendo cumplido dentro de plazo las obligaciones establecidas en los apartados 1 y 2 del artículo 26 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, siempre que la falta de ingreso no obedezca a una declaración concursal de la empresa, ni a un supuesto de fuerza mayor, ni se haya solicitado aplazamiento para el pago de las cuotas con carácter previo al inicio de la actuación inspectora, salvo que haya recaído resolución denegatoria”.

¹⁸³⁷ TRILLO GARCÍA, A.R.: “El convenio especial con la seguridad social por el despido de mayores de 55 años”, *op. cit.*, pp. 945, 946 y 975.

frente a incumplimientos empresariales de sus obligaciones de afiliación, altas y bajas y de cotización. Por un lado, el art. 167.2 TRLGSS ¹⁸³⁸ determina la responsabilidad empresarial en cuanto al pago de las prestaciones y, pese a ello, el art. 167.3 TRLGSS ¹⁸³⁹ establece el principio de automaticidad de las prestaciones, por el cual la Entidad gestora, la Mutua colaboradora o, en su caso, los servicios comunes anticiparán la prestación al trabajador, subrogándose en los derechos y acciones de este último. De esta forma, y a pesar de que la responsabilidad es denegada por la Entidad gestora y se imputa al empresario, la relación jurídica de protección continúa entre el beneficiario y dicha Entidad, la cual está obligada en todo caso a abonar la prestación, como en el supuesto ordinario y sin perjuicio de que posteriormente ejercite las acciones correspondientes contra el empresario incumplidor, subrogándose en la posición del sujeto beneficiario. El principio de automaticidad de las prestaciones elimina las acciones del beneficiario frente al empresario y las traslada a la Entidad gestora, que estará en mejor situación para ejercerlas, eliminando el riesgo último de la insolvencia del empresario incumplidor ¹⁸⁴⁰.

Sin embargo, la aplicación del principio de responsabilidad empresarial y de automaticidad de las prestaciones, como se ha indicado, no resulta una cuestión pacífica. Por un lado, la mejor doctrina entiende que tales principios no resultan aplicables al caso del convenio especial por despido colectivo, pues la obligación del abono de las cotizaciones para conservar, perfeccionar y en todo caso mejorar el régimen básico, profesional y obligatorio de la Seguridad Social, surge directamente de una norma laboral y no del desenvolvimiento normal de la relación de Seguridad Social, estando facultado en exclusiva el trabajador para exigir la suscripción del convenio especial y el abono de las cotizaciones como obligación laboral que es. De este modo, no se aplicará el principio de automaticidad de las prestaciones, pero el trabajador sí podrá exigir indemnización del perjuicio causado al empresario incumplidor ¹⁸⁴¹.

En contra de lo anterior, la STSJ de Galicia de 15 de febrero de 2019 (rec. 3753/2018) ha resuelto a favor de extender el principio de automaticidad de las

¹⁸³⁸ “El incumplimiento de las obligaciones en materia de afiliación, altas y bajas y de cotización determinará la exigencia de responsabilidad, en cuanto al pago de las prestaciones, previa la fijación de los supuestos de imputación y de su alcance y la regulación del procedimiento para hacerla efectiva”.

¹⁸³⁹ “No obstante lo establecido en el apartado anterior, las entidades gestoras, mutuas colaboradoras con la Seguridad Social o, en su caso, los servicios comunes procederán, de acuerdo con sus respectivas competencias, al pago de las prestaciones a los beneficiarios en aquellos casos, incluidos en dicho apartado, en los que así se determine reglamentariamente, con la consiguiente subrogación en los derechos y acciones de tales beneficiarios. El indicado pago procederá aun cuando se trate de empresas desaparecidas o de aquellas que por su especial naturaleza no puedan ser objeto de procedimiento de apremio. Igualmente, las mencionadas entidades, mutuas y servicios asumirán el pago de las prestaciones, en la medida en que se atenúe el alcance de la responsabilidad de los empresarios respecto a dicho pago”.

¹⁸⁴⁰ Un tratamiento detallado en MONEREO PÉREZ, J.L. *et al.*: *Manual de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 16ª edición, 2022, pp. 221-223.

¹⁸⁴¹ TRILLO GARCÍA, A.R.: “El convenio especial con la seguridad social por el despido de mayores de 55 años”, *op. cit.*, pp. 975 y 976.

prestaciones al convenio especial con la Seguridad Social del art. 51.9 ET. Se trata de un caso en el que las empresas involucradas no suscribieron convenio especial con la Seguridad Social por despido colectivo a pesar de los requerimientos efectuados por la TGSS. En consecuencia, el trabajador afectado interpuso demanda, la cual fue estimada parcialmente por el juez de instancia, condenando tan solo a las empresas demandadas al abono de la diferencia entre la pensión que hubiera resultado de computar el período del convenio especial como cotizado y la pensión que le fue reconocida (siguiendo la teoría anteriormente expuesta). No obstante, el trabajador interpuso recurso de suplicación con el fin de extender la condena al INSS y a la TGSS, pretensión que fue asumida por el TSJ de Galicia, sobre la base de que la obligación *ex lege* del art. 51.9 ET ha quedado desvirtuada al no permitir la normativa de Seguridad Social y su desarrollo reglamentario la suscripción del convenio especial de oficio por parte de la TGSS.

“Consiguientemente, la interpretación más conforme con la letra imperativa del artículo 51.9 del Estatuto de los Trabajadores, así como con las finalidades que persiguió su introducción pactada en el Acuerdo para la Mejora y el Desarrollo del Sistema de Protección Social, de 9 de abril de 2001, es que la Tesorería General de la Seguridad Social debe proceder de oficio a la suscripción del convenio especial, y de ahí el sentido de las comunicaciones a que aluden los artículos 6.3 y 12.5 RPDC. Si no lo hace, los derechos de los trabajadores afectados no deben sufrir deméritos, ni en orden a su cuantía, ni en orden a su efectividad.” De este modo, el TSJ de Galicia termina por obligar al anticipo de las diferencias al INSS para asegurar la efectividad de los derechos de Seguridad Social de los trabajadores, sin perjuicio de sus acciones de reintegro frente a las empresas responsables del incumplimiento, aunque precisando que tales garantías de anticipo y derecho a las diferencias solo se pueden proyectar hasta la duración de la obligación empresarial de cotización en el convenio especial, esto es, hasta que el trabajador cumpla 63 o 61 años, en caso de despido colectivo por causas económicas¹⁸⁴².

De este modo, parece que la doctrina judicial opta por reconocer la automaticidad de las prestaciones, a salvo de otras sentencias nuevas (o desconocidas) o una interpretación del Tribunal Supremo en sentido contrario. Sin embargo, cabe precisar que esta sentencia del TSJ de Galicia se refiere a un supuesto de no suscripción antes de la reforma operada de la Orden TAS/2865/2003 por la Orden TMS/397/2019, que ahora sí permite la solicitud de convenio especial por parte del trabajador y la suscripción entre la TGSS y el trabajador, previa audiencia del empresario, en caso de incumplimiento empresarial. Como se puede observar, la normativa ha cambiado y existen nuevos interrogantes, sobre todo en torno a qué ocurrirá si el trabajador no ha

¹⁸⁴² Sentencia analizada con más detenimiento en ROJO TORRECILLA, E.: “Responsabilidad de las entidades gestoras de la Seguridad Social por el incumplimiento empresarial de abono de cuotas en convenio especial tras despido colectivo. Una nota a la sentencia del TSJ de Galicia de 15 de febrero de 2019”, en su blog: *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, entrada de 20 de febrero de 2019, consultada el 15 de julio de 2017 y disponible en: <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2019/02/responsabilidad-de-las-entidades.html>

solicitado el convenio especial en el plazo otorgado de seis meses y luego reclama la diferencia de las prestaciones y su anticipo por las entidades gestoras.

- La cotización a cargo del trabajador como derecho

La D.A.13ª TRLGSS en su apartado segundo especifica que a partir del cumplimiento del trabajador de la edad de 63 o, si se trata de despido colectivo por causas económicas, 61 años, las aportaciones al convenio especial serán obligatorias y a su exclusivo cargo hasta que el trabajador cumpla la edad ordinaria de jubilación prevista en el art. 205.1.a) y su régimen transitorio o bien hasta la fecha en la que el trabajador acceda a la jubilación anticipada. Todo ello con excepción de lo ya comentado en cuanto a las cotizaciones correspondientes al período de responsabilidad del empresario que coincidan con las cotizaciones que realice el trabajador por actividad desempeñada durante este tiempo, que se aplicarán al pago del convenio especial durante el período a cargo del trabajador.

Fuera de lo anterior, una vez que el trabajador cumpla la edad de 63 o 61 años, en su caso, este tendrá que abonar las cotizaciones al convenio especial en el mismo plazo que el previsto para las cotizaciones ordinarias, esto es, en el mes natural siguiente al de su devengo (art. 56.1.c).1º Real Decreto 1415/2004)¹⁸⁴³. Pero ¿qué ocurre si el trabajador no ingresa las correspondientes cotizaciones? ¿Debe de recaudar la TGSS las cuotas coactivamente? Estas han sido unas preguntas a las que la doctrina ha tratado de dar respuesta sobre la base de que el art. 51.9 ET no reconoce una obligación para el trabajador, sino que le reconoce la suscripción del convenio especial como un derecho, a pesar de que la D.A.13ª TRLGSS expresa que a partir de un determinado momento las cuotas serán obligatorias y a cargo del trabajador. Por tanto, tal obligación habrá que entenderla desde la perspectiva de lo que establece el art. 6 de la Orden TAS/2865/2003 (“en la situación de convenio especial, la cotización a la Seguridad Social será obligatoria desde la fecha de efectos del convenio y mientras se mantenga la vigencia del mismo”), lo cual no excluye que el convenio se extinga por falta de abono de las cuotas correspondientes a tres mensualidades consecutivas o a cinco alternativas, salvo causa justificada de fuerza mayor debidamente acreditada (art. 10.2.c) de la citada Orden). Por ello, se entiende que la TGSS no iniciará el procedimiento de recaudación ejecutiva¹⁸⁴⁴.

Dicha solución ha sido recogida expresamente en la modificación que del art. 20 Orden TAS/2865/2003 ha promovido la Orden TMS/397/2019, con el objeto de clarificar otro aspecto de esta modalidad de Convenio especial (según su Exposición de motivos) al introducir un apartado noveno en el citado artículo 20, por el que: “a partir del momento en que el trabajador cumpla la edad de 63 o, en su caso, de 61 años, las aportaciones al Convenio especial serán a cargo del mismo, pudiendo extinguirse por cualquiera de las causas previstas en el artículo 10.2 de esta orden”.

¹⁸⁴³ ARAGÓN GÓMEZ, C.: “El convenio especial con la seguridad social en los despidos colectivos que afecten a trabajadores maduros”, *op. cit.*, p. 821.

¹⁸⁴⁴ TRILLO GARCÍA, A.R.: “El convenio especial con la seguridad social por el despido de mayores de 55 años”, *op. cit.*, pp. 976 y 977.

De este modo, el convenio especial por despido colectivo de trabajadores maduros podrá extinguirse por adquirir la condición de pensionista por jubilación o incapacidad permanente; por falta de abono de las cuotas correspondientes a tres mensualidades consecutivas o a cinco alternativas, salvo causa justificada de fuerza mayor debidamente acreditada, en cuyo caso el trabajador no podrá suscribir nuevo convenio especial hasta que se encuentre al corriente en el pago de las cuotas adeudadas por convenio anterior, surtiendo efectos el nuevo convenio desde la nueva solicitud; por fallecimiento del interesado; y por decisión del interesado, comunicada por escrito o por medios técnicos a la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social o Administración correspondiente de la misma, teniendo lugar la extinción a partir del día primero del mes siguiente a la fecha de comunicación.

E) Balance final

Uno de los principales problemas del convenio especial con la Seguridad Social en caso de despido colectivo es el elevado nivel de incumplimiento empresarial, contrastado por la Queja del Defensor del Pueblo, que ha existido en torno a esta figura. Buena prueba de ello es que desde la introducción de la medida en 2001 ni siquiera ha existido sanción a las empresas incumplidoras hasta 2013, fecha de entrada en vigor de la infracción muy grave del art. 23.1.i) TRLISOS, y solo para los procedimientos de despidos colectivos que hubieran finalizado después del 1 de enero de 2013.

Además, la introducción de la citada responsabilidad empresarial administrativa no ha tenido un verdadero alcance disuasorio, a la vez que tampoco ha supuesto una vía reparadora para los trabajadores afectados, que han seguido viendo ante el incumplimiento empresarial un recorte en sus derechos reconocidos, según ha resaltado el mismo Defensor del Pueblo. No es hasta 2019, en cambio, cuando se refuerzan las facultades de la TGSS para formalizar el convenio especial ante la negación de la empresa, eso sí, previa solicitud del trabajador en un plazo de 6 meses desde la notificación individual del despido y para despidos colectivos iniciados a partir del 9 de abril de 2019.

Como se puede observar, los mecanismos legales incorporados para forzar al empresario a formalizar convenio especial con la Seguridad Social en supuestos de despidos colectivos no han resultado del todo efectivos, ya sea por la falta de reparación, ya sea por sus limitados efectos en el tiempo. A todo ello ha contribuido, además, la confusa naturaleza jurídica de este convenio especial como obligación laboral o bien de Seguridad Social, ya sea por las recíprocas remisiones entre el art. 51.9 ET y la D.A.13ª TRLGSS, que no aclaran la calificación, o las numerosas sentencias que han fallado en un sentido u otro, lo cual ha dificultado considerablemente la determinación de las consecuencias del incumplimiento empresarial. Una naturaleza jurídica del convenio especial que resulta clave, por ende, para reclamar el cumplimiento del empresario ya que afecta a, entre otras cuestiones, la prescripción de la obligación, la tramitación procesal, la titularidad del crédito y su naturaleza a efectos concursales, así como a la capacidad para ejecutar tales créditos.

De este modo, compartiendo el análisis y la propuesta de Trillo García¹⁸⁴⁵, es necesario distinguir dos momentos. Uno previo a la suscripción del convenio especial, en el que la titularidad del crédito reside en el trabajador y será este quien deba reclamar su derecho ante la jurisdicción social, para que se ejecute según la tramitación judicial. Nos encontramos, por tanto, ante un crédito de naturaleza laboral, cuya acción prescribirá al año de la terminación del contrato de trabajo (art. 59.1 ET), otorgando cierto margen para el supuesto de que el trabajador no hubiera solicitado la formalización del convenio en el plazo de 6 meses. Por otro lado, si el convenio especial ya ha sido suscrito y no se han abonado las cotizaciones, la naturaleza del crédito será pública, teniendo el carácter de ingreso del sistema y siendo susceptible de reclamación de deuda por la TGSS y, en su caso, de recaudación en vía de apremio. En este caso, se trata de una obligación de Seguridad Social, a la que entiendo que sí podría aplicarse el principio de automaticidad de las prestaciones del art. 167.3 TRLGSS en supuestos de incumplimiento empresarial.

Para terminar, al margen de que es necesario un mayor desarrollo del convenio especial y una actualización de la norma reglamentaria, en materia de convenio especial por despido colectivo de trabajadores maduros debe modificarse la regulación para adaptar la fecha fin de obligación de aportación empresarial (63 o 61 años si se trata de despido colectivo por causa económica) a las nuevas edades de jubilación anticipada involuntaria. Con ello se busca volver a la lógica anterior, por la que el empresario cubría el convenio especial hasta la jubilación anticipada involuntaria del trabajador y, en cambio, si este no quería acceder a dicha jubilación podía voluntariamente seguir contribuyendo al convenio especial. Todo lo contrario, ahora pueden darse situaciones de trabajadores que deben cotizar al sistema por no alcanzar la edad de jubilación anticipada, así como empresas que deben de seguir cotizando, aunque el trabajador haya podido acceder a la referida jubilación y no haya optado por ello.

6.5. La jubilación forzosa como extinción del contrato de trabajo por razón de la edad tras la Ley 21/2021

La jubilación forzosa, como extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento de una determinada edad que da acceso a la jubilación, es uno de los muchos mecanismos de los que dispone la empresa para expulsar al trabajador maduro o mayor del mercado de trabajo, junto con las jubilaciones anticipadas involuntarias o las prejubilaciones. En efecto, se ha venido utilizando a la jubilación forzosa como una medida de amortización barata de puestos de trabajo, desligada de las pretendidas exigencias de política de empleo que han justificado su implantación en la legislación¹⁸⁴⁶.

¹⁸⁴⁵ Sobre esta cuestión y para un análisis de las diversas resoluciones judiciales contradictorias, véase, TRILLO GARCÍA, A.R.: *op. cit.*, pp. 939-942.

¹⁸⁴⁶ MONEREO PÉREZ, J.L.: “La garantía de los derechos fundamentales de los trabajadores maduros”, *op. cit.*, y LÓPEZ INSUA, B.M.: “La protección frente al despido de los trabajadores mayores como elemento para la sostenibilidad de las pensiones”, *op. cit.*, *passim*.

La figura de la jubilación forzosa ha sido un mecanismo de extinción del contrato de trabajo muy discutido, no solo por la doctrina y por la jurisprudencia, sino por parte del propio legislador a causa de sus sucesivos vaivenes normativos, tanto en un sentido afirmativo como negativo, en función del momento histórico y de las peticiones de los interlocutores sociales¹⁸⁴⁷. Desde el mismo inicio de la democracia constitucional la jubilación forzosa ha estado sometida a intensas reformas (8 en total), no exentas de controversias y de importantes interpretaciones tanto a nivel del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo. Se trata de una medida que ha sido derogada en dos ocasiones y que tras su eliminación en el año 2012 fue introducida de nuevo en el ordenamiento jurídico español por el RD-ley 28/2018, de 28 de diciembre y que ha sido recientemente renovada por la Ley 21/2021, de 28 de diciembre.

En síntesis, la jubilación forzosa consiste en una extinción del contrato de trabajo por razón de edad que es recogida, tras su correspondiente negociación, en el convenio colectivo de aplicación. Los límites que han venido condicionando esta medida extintiva han sido: el cumplimiento de la edad legal de jubilación; el derecho al cien por cien de la pensión de jubilación y la garantía de objetivos de política de empleo. No obstante, en las regulaciones anteriores a la Ley 21/2021, a pesar de las limitaciones que ha venido estableciendo el Tribunal Constitucional¹⁸⁴⁸ en materia de justificación en política de empleo y no amortización del puesto de trabajo del trabajador afectado, el mecanismo de la jubilación forzosa ha encubierto numerosos despidos de trabajadores mayores y supuestos de discriminación por razón de edad al no existir detrás una verdadera política de empleo. La anterior redacción ambigua de la disposición adicional décima del ET, que incluso llegó a admitir “cualesquiera otras (medidas) dirigidas a favorecer la calidad del empleo”¹⁸⁴⁹ como justificación de la jubilación forzosa, ha venido facilitando esta práctica empresarial, amparada por una regulación igualmente vaga y genérica recogida en la mayoría de los convenios colectivos¹⁸⁵⁰.

En cambio, el acuerdo alcanzado en sede de concertación social por los interlocutores sociales (CEOE, CEPYME, CCOO y UGT) y el Gobierno el 1 de julio de 2021¹⁸⁵¹, plantea un objetivo distinto plenamente enmarcado en el componente 30 del

¹⁸⁴⁷ Sobre las sucesivas reformas legales de la jubilación forzosa en el Derecho español, véase, SALA FRANCO, T.: “Las cláusulas de jubilación forzosa en la negociación colectiva: una larga historia probablemente inacabada”, *Revista de Información Laboral*, N.º 8, 2018 y MUROS POLO, A.: “La paradoja de la jubilación forzosa y el envejecimiento activo”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, N.º 26, 2021, pp. 93-98.

¹⁸⁴⁸ SSTC 280/2006, de 9 de octubre (RTC 2006, 341) [RTC\2006\341] y 22/1981, de 2 de julio (RTC 1981, 22 [RTC\1981\22]) (RTC 1981, 22) [RTC\1981\22].

¹⁸⁴⁹ Muy críticos con esta expresión MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Notas sobre las aportaciones del RD-ley 28/2018, de 28 de diciembre, en el sistema de pensiones y en la «jubilación forzosa»”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, N.º 18, 2019, p. 25.

¹⁸⁵⁰ Véase el estudio de FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, S.: “La vuelta de las cláusulas de jubilación forzosa a los convenios colectivos”, en VV.AA.: *Por una pensión de jubilación adecuada, segura y sostenible*, Murcia, Laborum, 2019.

¹⁸⁵¹ Un análisis a este acuerdo en MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “El acuerdo socio-político tripartito de 2021: la recuperación de la concertación social en el proceso de reforma del

Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia del Estado español para gestionar los fondos europeos *NextGenerationEU* (denominado “Sostenibilidad a largo plazo del sistema público de pensiones en el marco del Pacto de Toledo”). En concreto, el acuerdo socio-político tripartito de 2021, precursor de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, restringe sustancialmente la virtualidad de las cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos para garantizar los objetivos de envejecimiento activo, a la par que delimita claramente cuáles son los objetivos coherentes de política de empleo.

La Ley 21/2021, de 28 de diciembre, supone una reforma del sistema de pensiones que acentúa, entre otras cuestiones, la vocación de alargar todo lo posible la vida laboral, al menos hasta la edad ordinaria de jubilación, para garantizar el sostenimiento de las pensiones públicas¹⁸⁵². De este modo, la modificación del régimen jurídico de las cláusulas de jubilación forzosa por parte de la Ley 21/2021 obedece a la necesidad de encontrar un equilibrio entre la aplicación de esta medida como política de empleo por parte de los sujetos negociadores y el fomento del envejecimiento activo como vía para trabajar después de la edad de jubilación y seguir cotizando a la Seguridad Social. En este sentido, se restringe la edad de jubilación forzosa hasta los 68 años para permitir que la persona trabajadora afectada pueda trabajar voluntariamente después de la edad legal de jubilación, así como se exige una contraprestación más estricta: una nueva contratación de carácter indefinida y a tiempo completo. Además, a esta pugna entre la política de empleo y la sostenibilidad de las pensiones como finalidad de la medida, se le añade un tercer parámetro, con una clara perspectiva de género: la jubilación forzosa para paliar el problema de la segregación ocupacional por razón de género en España.

Así, la disposición final primera de la presente ley modifica el tenor literal de la disposición adicional décima del ET y añade una disposición transitoria novena en el mencionado Estatuto para regular el régimen transitorio de los nuevos mecanismos convencionales de jubilación forzosa.

6.5.1. Modalidad general

El apartado primero de la disposición adicional 10ª ET ahora queda redactado tal que: “en aras de favorecer la prolongación de la vida laboral, los convenios colectivos podrán establecer cláusulas que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por el trabajador de una edad igual o superior a 68 años”. Así, la actual regulación, sin que haya prohibido la utilización de cláusulas de jubilación forzosa en

sistema de pensiones”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, N.º 28, 2021, pp. 11-34.

¹⁸⁵² Según la exposición de motivos de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, “el segundo de los bloques recoge diversas medidas que en conjunto pretenden actuar sobre el acceso a la pensión de jubilación a través de fórmulas voluntarias y más equitativas que favorecen un progresivo alineamiento de la edad efectiva y de la edad ordinaria de jubilación como vía para reforzar la sostenibilidad del sistema en el medio y largo plazo. Todo ello en línea con la recomendación 12 del Pacto de Toledo que, en el marco de un modelo de jubilación flexible, prioriza el reforzamiento de los instrumentos de incentivo y desincentivo previstos para los supuestos de jubilación anticipada o demorada respecto de la edad ordinaria de jubilación”.

la negociación colectiva, como ha ocurrido en el pasado, sí que restringe esta medida al elevar la edad a los 68 años o más para acudir a la jubilación forzosa, al igual que establece una política de empleo más estricta: la contratación de una nueva persona trabajadora de forma indefinida y a tiempo completo ¹⁸⁵³.

De este modo, no se permiten las extinciones de contratos de trabajo por razón de edad por debajo de los 68 años, actuando estos como límite o suelo de edad ¹⁸⁵⁴, a diferencia de lo que ocurría con la anterior redacción de la D.A. 10ª ET ¹⁸⁵⁵, que vinculaba la jubilación forzosa con el cumplimiento de la “edad legal de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social”, referida al art. 205.1.a) y disposición transitoria séptima del TRLGSS (esto es, para 2027: 67 años o 65 años cuando se acrediten 38 años y 6 meses de cotización). Como se puede observar, al desvincularse tras la Ley 21/2021 la jubilación forzosa de la edad legal de jubilación, al menos en esta regla general, debería de haberse modificado la rúbrica de la citada disposición adicional del ET, ya que sigue haciendo alusión a las “cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación”. Para ello, la mejor doctrina propone que pase a denominarse la D.A. 10ª ET como: “cláusulas de los convenios colectivos referidas a la extinción del contrato por cumplimiento de una edad máxima” ¹⁸⁵⁶.

Por otro lado, si bien es cierto que el tenor literal actual de la expresión “en aras de favorecer la prolongación de la vida laboral” puede suponer una proclamación antitética con su contenido, pues la jubilación forzosa significa precisamente la extinción del contrato e imposibilita que el trabajador siga desempeñando su cometido en la empresa ¹⁸⁵⁷, sí que puede llegar a defenderse que al menos el legislador ha encontrado un mayor equilibrio en la presente regulación ya que garantiza como mínimo un año de trabajo más allá de la edad legal de jubilación para que la persona trabajadora pueda disfrutar, entre otros, de los beneficios inherentes a la jubilación demorada o postergada, medida estrella de la Ley 21/2021 ¹⁸⁵⁸. Con ello se puede decir que se cumple, aunque sea de forma parcial, con el estándar del envejecimiento activo y con uno de los aspectos clave para garantizar la sostenibilidad de las pensiones: el alargamiento de la vida laboral una vez superada la edad de jubilación.

¹⁸⁵³ GONZÁLEZ COBALEDA, E.: “Los vaivenes legislativos sobre la jubilación forzosa: ¿un instrumento eficaz para la igualdad de género tras la última reforma?”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, N.º 2, 2023, p. 115.

¹⁸⁵⁴ ESTEVE SEGARRA, A.: “La enésima reforma de la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores”, *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, N.º Extraordinario sobre La reforma laboral de 2021, 2022, pp. 157 y 158.

¹⁸⁵⁵ Redacción dada por el Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo.

¹⁸⁵⁶ MALDONADO MOLINA, J.A.: “Las cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos tras la Ley 21/2021”, *Temas laborales*, N.º 161, 2022, p. 418.

¹⁸⁵⁷ SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Evolución y perspectivas de las cláusulas sobre jubilación forzosa”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, N.º 250, 2022, versión electrónica.

¹⁸⁵⁸ MALDONADO MOLINA, J.A.: “Las cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos tras la Ley 21/2021”, *op. cit.*, pp. 417 y siguientes.

Además de establecer la edad forzosa de jubilación a los 68, el precepto recoge los otros dos requisitos esenciales que tradicionalmente han caracterizado al mecanismo de jubilación forzosa, con mayor o menor intensidad. Se trata de dos requisitos que fueron tempranamente reconocidos por el Tribunal Constitucional (STC 22/1981, de 2 de julio) y que han sido avalados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹⁸⁵⁹, los cuales consisten en: (i) el acceso a la pensión contributiva por jubilación; y (ii) la vinculación de la medida extintiva con objetivos coherentes de política de empleo, que supongan una justificación objetiva y razonable al sacrificio que dicha medida conlleva sobre el derecho individual al trabajo del jubilado forzosamente.

En cuanto al acceso a la pensión contributiva de jubilación, pocos cambios se introducen respecto a la anterior regulación, más allá del uso del lenguaje no sexista bajo la fórmula “persona trabajadora”. De este modo, “la persona trabajadora afectada por la extinción del contrato de trabajo deberá reunir los requisitos exigidos por la normativa de Seguridad Social para tener derecho al cien por ciento de la pensión ordinaria de jubilación en su modalidad contributiva”, conforme a lo dispuesto en el art. 210 y disposición transitoria 9ª TRLGSS¹⁸⁶⁰. Una mejora en la tasa de sustitución¹⁸⁶¹, que es la compartida por la versión del RD-ley 28/2018, y que ha supuesto una mayor protección respecto a las versiones pasadas de la regulación de la jubilación forzosa, por las que solo se garantizaba o exigía el período mínimo de cotización o bien el 80% de la base reguladora a raíz de la Ley 27/2011, de 1 de agosto. Así, se garantiza una pensión máxima y digna de jubilación, a la vez que se garantiza el equilibrio financiero del sistema de pensiones¹⁸⁶².

Respecto al segundo de los requisitos, la reforma de 2021 ha renovado los denominados “objetivos coherentes de política de empleo” que, frente a la anterior redacción amplia y ambigua, son limitados a uno en exclusiva: el relevo generacional, materializado “a través de la contratación indefinida y a tiempo completo de, al menos, un nuevo trabajador o trabajadora”. Cambio en el tenor literal de la norma que se

¹⁸⁵⁹ Véase, sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 16 de octubre de 2007, *Palacios de la Villa*, C-411/05, la cual determinó que la previsión española de jubilación forzosa (en concreto, la Ley 14/2005, de 1 de julio) no era contraria al principio de no discriminación por razón de edad de la Directiva 2000/78/CE.

¹⁸⁶⁰ Se entiende que este 100% de la pensión ordinaria de jubilación es el porcentaje que se aplica a la base reguladora, calculado conforme a las reglas previstas en el art. 210.1 y disposición transitoria novena del TRLGSS (para 2027 habrá que cotizar al menos 37 años). Véase, BARRIOS BAUDOR, G.L.: “El regreso de la jubilación forzosa”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, N.º 3, 2019, p. 10.

¹⁸⁶¹ Para comprobar que la persona trabajadora cumple con los requisitos para alcanzar el 100% de la pensión de jubilación se le suele requerir certificado de vida laboral por parte de la empresa. V.gr.: art. 96.5 del VI Convenio colectivo general del sector de la construcción (en su versión dada por el Acuerdo de modificación, publicado en el BOE de 5 de agosto de 2022) establece que: “la persona trabajadora afectada por la extinción del contrato de trabajo, a requerimiento de la empresa efectuado con una antelación mínima de dos meses, estará obligada a facilitar a la empresa certificado de vida laboral expedido por el organismo competente, a fin de verificar el cumplimiento o no de los requisitos exigidos para tener derecho al cien por ciento de la pensión ordinaria de jubilación en su modalidad contributiva”.

¹⁸⁶² MOLINA NAVARRETE, C.: *La nueva pensión de jubilación, pública y privada, tras las últimas reformas. Entre suficiencia y sostenibilidad financiera*, Madrid, La Ley, 2022, p. 255.

muestra adecuado para atajar la tradicional práctica, avalada por la jurisprudencia¹⁸⁶³ y seguida por los negociadores de los convenios colectivos y el empleador, por la que se ha venido utilizando a la jubilación forzosa como una medida de amortización “barata” de puestos de trabajo, al no mediar indemnización ni sustitución de las personas trabajadoras afectadas, sin que haya habido como trasfondo una verdadera política de empleo¹⁸⁶⁴.

No se olvide que el acceso a la jubilación es un derecho que, como tal, es de ejercicio voluntario, y que no puede limitarse de forma incondicionada, al igual que ocurre con el derecho al trabajo. Además, para que tal limitación en el derecho individual al trabajo no constituya un supuesto de discriminación, dicho trato desigual de los trabajadores en edad de jubilación debe de estar justificado en una medida de política de empleo (o de reparto del empleo) que supere la triple comprobación sobre la objetividad, razonabilidad y proporcionalidad de las desigualdades¹⁸⁶⁵. Sin embargo, como ya se ha indicado, generalmente la práctica convencional e incluso judicial, salvo excepciones¹⁸⁶⁶, ha desoído estos límites y ha reconocido extinciones del contrato por razón de edad fundadas sobre la base de una vaga, cuando no inexistente, política de reparto del empleo.

Conductas que han sido de algún modo legitimadas con las anteriores redacciones excesivamente flexibles de este requisito en el ET, como por ejemplo, en la versión del RD-ley 28/2018, por la que: “la medida deberá vincularse a objetivos coherentes de política de empleo expresados en el convenio colectivo, tales como la mejora de la estabilidad en el empleo por la transformación de contratos temporales en indefinidos, la contratación de nuevos trabajadores, el relevo generacional o cualesquiera otras dirigidas a favorecer la calidad del empleo”. De este modo, la disposición adicional 10ª reconocía, en un sentido ejemplificativo y marcadamente

¹⁸⁶³ Véase la valiosa recopilación de jurisprudencia elaborada por SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Evolución y perspectivas de las cláusulas sobre jubilación forzosa”, *op. cit.*, donde se puede apreciar de qué modo los Tribunales, especialmente el Tribunal Supremo, han ido en las últimas décadas acogiendo fórmulas tan flexibles para validar las cláusulas de jubilación forzosa que han reducido al mínimo la justificación en política de empleo y se han admitido incluso cláusulas por el mero acceso a la pensión de jubilación del trabajador afectado.

¹⁸⁶⁴ MONEREO PÉREZ, J. L.: “La garantía de los derechos fundamentales de los trabajadores maduros”, *op. cit.*, pp. 236-239.

¹⁸⁶⁵ Sobre esta cuestión, MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G.: “La discriminación por razón de edad vinculada al momento de la jubilación del trabajador: la objetividad, la razonabilidad y el juicio de proporcionalidad”, *op. cit.*

¹⁸⁶⁶ En MUROS POLO, A.: “Una buena práctica convencional en materia de jubilación forzosa”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, N.º 251, 2022, versión electrónica, se analiza una sentencia del STJ de Madrid de 17 de septiembre de 2021 (JUR 2021, 357239) en la que se aplica una cláusula de jubilación forzosa de un convenio colectivo en la que se reconocen objetivos coherentes y específicos de política de empleo a modo de contraprestación: “la empresa, en este supuesto de extinción del contrato de trabajo, dentro de los seis meses siguientes desde que se produzca, deberá contratar los servicios de dos personas trabajadoras, de los que, al menos, una de ellas, deberá ser contratada por tiempo indefinido o, alternativamente, deberá contratar los servicios de una persona trabajadora y convertir en indefinido el contrato temporal que la empresa ya tuviera suscrito con otra persona trabajadora”.

abierto, cualquier medida destinada a favorecer la calidad del empleo¹⁸⁶⁷, lo cual suponía un alejamiento respecto a la doctrina constitucional de “no amortización del puesto de trabajo”, y actuaba en contra de la idea de reparto del empleo, sin garantizar, por tanto, el “equilibrio virtuoso” de esta medida extintiva¹⁸⁶⁸.

En contra de lo anterior, la reforma de 2021 establece ahora un objetivo de política de empleo claro, conciso y fácilmente demostrable ante una eventual impugnación judicial¹⁸⁶⁹: “la medida deberá vincularse, como objetivo coherente de política de empleo expresado en el convenio colectivo, al relevo generacional a través de la contratación indefinida y a tiempo completo de, al menos, un nuevo trabajador o trabajadora”. En este sentido, con la redacción dada por la Ley 21/2021 a la D.A. 10ª ET, únicamente se permiten las jubilaciones forzosas no solo cuando no se amortice el puesto de trabajo del trabajador jubilado forzosamente, sino cuando, además, el trabajador contratado *ex novo* para cubrir este puesto lo sea en las condiciones de un empleo típico (de carácter indefinido y a tiempo completo)¹⁸⁷⁰. Se retorna, de este modo, a una condicionalidad que recupera el “espíritu” o la “*ratio iuris*” de la interpretación más restrictiva originaria efectuada por el TC en su sentencia 22/1981, de 2 de julio¹⁸⁷¹.

Esta contratación indefinida y a tiempo completo, lo que se conoce como un empleo de calidad o decente¹⁸⁷² para justificar la activación de la jubilación forzosa, encuentra su razón última en garantizar “el relevo generacional”. No obstante, nada se precisa en cuanto a las características de la persona trabajadora que se contrata, como pudiera ser su edad¹⁸⁷³, por lo que la negociación colectiva deberá de desempeñar su papel para determinar las condiciones de la nueva contratación e incluso aprovechar

¹⁸⁶⁷ Según la STS de 4 de mayo de 2017, recud. 2238/2015, se trata de una fórmula que hace referencia a medidas de la más variada naturaleza, como promoción profesional, conciliación de la vida laboral y familiar, implantación de innovaciones tecnológicas, etc., que repercutan en bondad del empleo.

¹⁸⁶⁸ Muy críticos con la redacción de la norma, MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Notas sobre las aportaciones del RD-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, en el sistema pensiones y en la “jubilación forzosa”, *op. cit.*, p. 25.

¹⁸⁶⁹ El TS ya ha determinado que no solo es necesario que el convenio exprese formalmente los objetivos de política de empleo, sino que es obligatorio que se pruebe que dichos objetivos se han cumplido o están en trámite de cumplimiento (STS de 4 de mayo de 2017, recud. 2238/2015).

¹⁸⁷⁰ ESTEVE SEGARRA, A.: “La enésima reforma de la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores”, *op. cit.*, pp. 159 y 160.

¹⁸⁷¹ MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “El acuerdo socio-político tripartito de 2021: la recuperación de la concertación social en el proceso de reforma del sistema de pensiones”, *op. cit.*, p. 29.

¹⁸⁷² MONEREO PÉREZ, J.L. y LÓPEZ INSUA, B.M.: “Despido del trabajador por jubilación forzosa al amparo del convenio colectivo y políticas de empleo y pensiones: un equilibrio difícil en las reformas sociales”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, Vol. 27, 2022, p. 68.

¹⁸⁷³ SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Evolución y perspectivas de las cláusulas sobre jubilación forzosa”, *op. cit.*, reflexiona lo siguiente: “que no se condicione en modo alguno el perfil de la persona permite que sea válida cualquier tipo de contratación (de duración indefinida y a jornada completa), porque la norma asocia relevo generacional a la jubilación de quien posee derecho a percibir el 100% de la pensión y ha cumplido los 68 años de edad. De este modo, estaríamos dentro del diseño legal cuando la contratación se realiza respecto de una persona con más de 68 años pero sin derecho

esta oportunidad para insertar a colectivos vulnerables como personas desempleadas de larga duración o personas con discapacidad¹⁸⁷⁴. El mismo silencio contiene la D.A. 10ª ET en cuanto a que la nueva contratación sea para ocupar el mismo puesto o en un nivel profesional similar al que ocupaba el jubilado forzosamente¹⁸⁷⁵; algo que deberá de ser precisado igualmente por el convenio colectivo.

6.5.2. *Modalidad excepcional*

Una de las pocas medidas que la Ley 21/2021 ha introducido con perspectiva de género¹⁸⁷⁶ es la posibilidad de rebajar la edad de jubilación forzosa de los 68 años a la edad ordinaria de jubilación (65 o 67 años, en función de la cotización previa)¹⁸⁷⁷, siempre que se contrate a una mujer en un sector con una tasa de infrarrepresentación femenina.

Esta medida excepcional (así lo recoge la D.A. 10ª ET), que busca “alcanzar la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres coadyuvando a superar la segregación ocupacional por género”, se enmarca en las denominadas acciones positivas que pueden desarrollar los Poderes Públicos en favor de las mujeres con el fin de “corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres”, según lo previsto en el art. 11.1 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Del mismo modo, el Derecho Social Comunitario, a través del art. 157.4 TFUE, en relación con el art. 3 de la Directiva 2006/54/CE, y el art. 23 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹⁸⁷⁸, posibilita esta acción del Estado tendente a la igualdad efectiva entre hombre y mujer en sectores con infrarrepresentación femenina.

a percibir la pensión completa de jubilación, por más que sociológicamente fuera inexistente el “relevo generacional” ya que saliente y entrante pertenecerían a la misma cohorte etaria”.

¹⁸⁷⁴ GONZÁLEZ COBALEDA, E.: “Los vaivenes legislativos sobre la jubilación forzosa: ¿un instrumento eficaz para la igualdad de género tras la última reforma?”, *op. cit.*, p. 118.

¹⁸⁷⁵ Para MALDONADO MOLINA, J.A.: “Las cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos tras la Ley 21/2021”, *op. cit.*, p. 420 “el reemplazo no es entre puestos de trabajo, sino de un empleo a otro”.

¹⁸⁷⁶ A pesar de que el Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo 2020 dedica una especial recomendación, la diecisiete, a las mujeres y la Seguridad Social, la primera Ley concertada que desarrolla dicho pacto poco o casi nada incide en este sentido. Una crítica en GRAU PINEDA, C.: “La enésima reforma de las pensiones sin perspectiva de género”, entrada en *Net21*, de fecha de 17 de mayo de 2022, disponible en: <https://www.net21.org/la-enesima-reforma-de-las-pensiones-sin-perspectiva-de-genero/> (consultada 15/09/2023). No obstante, la posterior reforma emprendida por el Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones, sí que introduce mayores novedades en materia de igualdad de género.

¹⁸⁷⁷ Cfr.: art. 205.1.a) y D.T. 7ª TRLGSS.

¹⁸⁷⁸ Muy expresivo es el art. 157.4 TFUE: “Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales”.

Se trata, por tanto, de una serie de acciones positivas como medidas igualatorias asociadas a los objetivos del Estado social de Derecho, ya que el artículo 14 de la Constitución Española debe de ser interpretado desde el 9.2, donde se atribuye a los Poderes Públicos el que promuevan las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva (STC 34/1981, de 10 de noviembre)¹⁸⁷⁹. De este modo, se abre la posibilidad de que a través de normas positivas se puedan establecer determinadas disposiciones a favor de las mujeres (colectivo históricamente discriminado) con la finalidad de corregir situaciones patentes de desigualdad por razón de género. Sin embargo, estas acciones positivas deben de respetar dos límites expresados en la Ley Orgánica 3/2007: (i) deben de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso; y (ii) han de ser temporales, aplicables en tanto subsistan dichas situaciones¹⁸⁸⁰. Del análisis de la jurisprudencia del TJUE¹⁸⁸¹ también se podría inferir que las reservas automáticas o fijas en el acceso al empleo a favor de la mujer no son válidas en el ámbito europeo si no existe igualdad de capacitación¹⁸⁸², a lo cual otros autores responden que no son pronunciamientos judiciales extrapolables a la cuestión actual por su específico contexto¹⁸⁸³.

Esta cláusula excepcional de jubilación forzosa puede introducirse en el convenio colectivo, sin que se precise si debe de ser sectorial o si puede ser de empresa o incluso de ámbito inferior¹⁸⁸⁴, siempre que la tasa de ocupación de mujeres trabajadoras por cuenta ajena afiliadas a la Seguridad Social en alguna de las actividades económicas correspondientes al ámbito funcional del convenio sea inferior al 20% del total de personas ocupadas. Para comprobar este extremo, las actividades económicas que se tendrán en cuenta serán los códigos de la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE) en vigor en cada momento, los cuales se hayan indicado en la inscripción del convenio colectivo ante el REGCON, según lo dispuesto por el Real Decreto 713/2010.

¹⁸⁷⁹ Un análisis de la jurisprudencia constitucional en GÓMEZ ORFANEL, G.: “Acciones positivas a favor de la mujer en España: doctrina, jurisprudencia y legislación”, *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, Vol. 9, 2008, pp. 379-402, y en GIMÉNEZ GLUCK, D.: *Una manifestación polémica del principio de igualdad. Acciones positivas y medidas de discriminación inversa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

¹⁸⁸⁰ PERÁN QUESADA, S.: *Derecho Social y Género: El camino hacia la igualdad efectiva en las relaciones sociolaborales*, Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 2014, pp. 76 y siguientes.

¹⁸⁸¹ Un estudio en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: “Concepto y fundamentación jurídica de las acciones positivas y la promoción profesional de las mujeres en la jurisprudencia del TJUE”, *Femeris: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, N.º 2, 2019, pp. 50-69.

¹⁸⁸² Véase, RUEDA MONROY, J.A.: “La virtualidad jurídica de las reservas y preferencias en el empleo a favor de la mujer en el ordenamiento español”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, N.º 4, 2020, versión electrónica.

¹⁸⁸³ CABEZA PEREIRO, J.: “Los cambios en la extinción forzosa del contrato por edad: más adecuación, pero, tal vez, menor utilidad”, *Revista de derecho social*, N.º 96, 2021, p. 83.

¹⁸⁸⁴ Para GODINO REYES, M.: “La jubilación forzosa ordinaria”, en VV.AA., *La encrucijada de las pensiones del sistema español de Seguridad Social. El nuevo Pacto de Toledo y su desarrollo legislativo. VI Congreso Internacional y XIX Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Murcia, Laborum, 2022, p. 626, esta cláusula de jubilación forzosa puede introducirse en cualquier tipo de convenio.

Lejos de lo que pudiera pensarse, la entidad de los sectores con baja tasa de representación femenina (menos de un 20%) no es nada desdeñable. La Memoria del análisis de impacto normativo del Anteproyecto de Ley de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones de 11 de agosto de 2021 ¹⁸⁸⁵, en sus páginas 111 y 112, recoge una serie de actividades económicas en las que la segregación ocupacional es palmaria, afectando a algo más de dos millones y medio de personas trabajadoras en su conjunto.

En este sentido, en la fecha de constitución de la comisión negociadora del convenio, la Administración de la Seguridad Social facilitará la tasa de ocupación de las trabajadoras respecto de la totalidad de trabajadores por cuenta ajena en cada uno de los códigos CNAE correspondientes, los cuales se pretendan incluir junto con el registro del convenio, una vez que sea negociado ¹⁸⁸⁶. Esto tiene sentido pues es en dicho momento inicial en el que los negociadores tienen que decidir si, a la luz de los datos y de la tasa de ocupación femenina, pueden incluir tal cláusula de jubilación forzosa en el convenio colectivo.

En cuanto a la segunda fase, la de la aplicación de la cláusula de jubilación forzosa como vía para luchar contra la segregación ocupacional, la D.A.10ª ET recoge los siguientes tres requisitos:

- i. Que la persona afectada por la extinción reúna los requisitos para tener derecho al cien por ciento de la pensión ordinaria de jubilación contributiva;
- ii. Que en la fecha de efectos de la decisión extintiva concurra la tasa de ocupación inferior al 20% en el CNAE al que esté adscrito la persona afectada por la extinción —a tal efecto, se tendrá en cuenta el CNAE que resulte de aplicación para la determinación de los tipos de cotización para la cobertura de las contingencias por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales—; y
- iii. Que cada extinción contractual en aplicación de esta previsión lleve aparejada simultáneamente la contratación indefinida y a tiempo completo de, al menos, una mujer en la mencionada actividad ¹⁸⁸⁷.

Como se puede observar, el primero de los requisitos no dista de lo exigido para la modalidad “ordinaria” o “general” de jubilación forzosa, ya que también se exige que

¹⁸⁸⁵ Disponible en: <https://transparencia.gob.es/servicios-buscador/contenido/normavigente.htm?id=NormaEV44L0-20212601&lang=en&fcAct=Fri%20Apr%2008%2010:07:38%20CEST%202022>

¹⁸⁸⁶ Con la estadística de “afiliados medios totales” que ofrece el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones en su página web también se podrían calcular, en principio, los correspondientes porcentajes (véase la tabla “afiliados por sexo, CNAE a dos dígitos y régimen”). <https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/Estadisticas/EST8/EST10/EST290/EST291>

¹⁸⁸⁷ Se entiende que esta mujer contratada no debe de reunir ningún requisito adicional especial y que debe de ser contratada para desarrollar sus tareas en el CNAE de referencia. SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Evolución y perspectivas de las cláusulas sobre jubilación forzosa”, *op. cit.*

la persona afectada por la medida de jubilación forzosa pueda acceder al cien por ciento de la pensión contributiva de jubilación, siempre que se cumpla con la edad legal de jubilación (para jubilarse a los 65 años se exige un período de cotización mayor que el requerido para obtener el cien por ciento de la pensión):

AÑO	EDAD	EDAD
2023	65 si 37 años y 9 meses cotizados	66 años y 4 meses si 36,5 cotizados
2024	65 si 38 años cotizados	66 años y 6 meses si 36,5 cotizados
2025	65 si 38 años y 3 meses cotizados	66 años y 8 meses si 36,5 cotizados
2026	65 si 38 años y 3 meses cotizados	66 años y 10 meses si 36,5 cotizados
2027	65 si 38 años y 6 meses cotizados	67 años si 37 cotizados

Fuente: MALDONADO MOLINA, J.A.: “Las cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos tras la ley 21/2021”, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, N.º 161, 2022, p. 421.

En cambio, el segundo y tercer requisito sí que añaden mayores especialidades que diferencian a esta medida de jubilación forzosa de la prevista para los 68 años:

Así, por un lado, se exige que en la fecha de efectos de la decisión extintiva se siga cumpliendo con la tasa de infrarrepresentación femenina del 20%. Además, es necesario que esta tasa se cumpla en el CNAE al que está adscrito la persona afectada por la jubilación forzosa, es decir, en aquel CNAE que corresponda según la actividad principal de la empresa, que será el que se utilice para la determinación de los tipos de cotización para la cobertura de las contingencias de accidente de trabajo y enfermedades profesionales, según lo dispuesto por la disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2007, modificada por la disposición final quinta del RD-ley 28/2018. El problema reside en aquellos supuestos en los que la cotización de la persona trabajadora por razón de la ocupación (Cuadro II, que se refiere al personal en trabajos exclusivos de oficina, representantes de comercio, personal de limpieza, personal de seguridad, etc.) no coincida con la cotización por razón de la actividad económica (Cuadro I), pues en estos supuestos se aplicará la cotización propia del Cuadro II, que no se identifica con ningún CNAE¹⁸⁸⁸. En este sentido, no se podrá jubilar forzosamente a la persona trabajadora en cuestión pues no se estará utilizando el CNAE donde existe la baja representación femenina para calcular la cotización para la cobertura del accidente de trabajo y enfermedad profesional¹⁸⁸⁹.

¹⁸⁸⁸ Regla tercera del apartado dos de la D.A. 4ª de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre: “No obstante lo indicado en la regla anterior, cuando la ocupación desempeñada por el trabajador por cuenta ajena se corresponda con alguna de las enumeradas en el Cuadro II, el tipo de cotización aplicable será el previsto en dicho cuadro para la ocupación de que se trate, en tanto que el tipo correspondiente a tal ocupación difiera del que corresponda en razón de la actividad de la empresa”.

¹⁸⁸⁹ AGUILAR MARTÍN, M.C.: “Pensión de jubilación: medidas de acción en relación a la edad de jubilación para eliminar la brecha de género en la negociación colectiva”, en VV.AA., *La encrucijada de las pensiones del sistema español de Seguridad Social. El nuevo Pacto de Toledo y su desarrollo legislativo. VI Congreso Internacional y XIX Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Murcia, Laborum, 2022, p. 1001.

Asimismo, la doctrina científica se pregunta, ante la indefinición de la norma, si la persona trabajadora afectada por la jubilación forzosa puede o no ser una mujer. Para alguna autora no sería posible jubilar forzosamente a una mujer para contratar a otra ya que no se estaría cumpliendo con el fin de acabar con la segregación ocupacional, que es lo que se pretende precisamente con esta medida excepcional, al ser una mujer sustituida por otra¹⁸⁹⁰. Otros autores defienden, en cambio, que el silencio de la norma no es una cuestión casual, sino que es fruto de una decisión deliberada de las partes sociales y del Gobierno para, aunque se aleje de la teleología de la figura, permitir la extinción del contrato por razón de edad de una mujer o de un hombre, y así evitar la discriminación directa hacia el varón¹⁸⁹¹. Todo ello, al margen de que la negociación colectiva pueda precisar que deba de extinguirse el contrato de un hombre para contratar a una mujer y así elevar la tasa de ocupación femenina en la actividad económica. No obstante, indirectamente la exigencia de que el CNAE de la persona afectada para calcular la cotización por contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales deba de coincidir con el CNAE donde exista la infrarrepresentación femenina resulta acertado, ya que algunas ocupaciones del Cuadro II (personal en trabajos exclusivos de oficina y personal de limpieza en general) tienen una alta presencia femenina y, en principio, estarían blindadas ante la aplicación de la cláusula de jubilación forzosa, aunque se ejerzan en sectores con segregación ocupacional por razón de género.

Por otro lado, la D.A. 10ª ET exige que cada extinción contractual por razón de edad conlleve de forma simultánea (algo que no precisa la jubilación forzosa a los 68 años) una contratación indefinida y a tiempo completo de una mujer (de la que tampoco se precisa edad), esta vez, en la misma actividad en la que esté adscrita la persona trabajadora afectada por la jubilación forzosa¹⁸⁹². Algunos autores argumentan que al no utilizar en esta ocasión el legislador el adjetivo “nuevo” para referirse al trabajador que se contrate, se está abriendo la puerta a que se cumpla este requisito con la conversión de un contrato temporal en indefinido de una mujer que ya trabajaba con anterioridad en la actividad o en el sector de la empresa¹⁸⁹³. Se trata de una cuestión que tendrá que ser detallada por el convenio colectivo aplicable y depurada por la doctrina judicial, aunque parece discutible que se pueda admitir la transformación contractual

¹⁸⁹⁰ BLÁZQUEZ AGUDO, E.M.: *Edad y pensión de jubilación: una oportunidad para hacer sostenible el sistema de la Seguridad Social*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2023, p. 63. De este modo, la autora entiende que los 68 años será la única edad posible para jubilar forzosamente a una mujer pues, en caso contrario, no se estaría cumpliendo con el objetivo de paliar la segregación ocupacional, que justifica la anticipación de la edad forzosa de expulsión del mercado laboral.

¹⁸⁹¹ CABEZA PEREIRO, J.: “Los cambios en la extinción forzosa del contrato por edad: más adecuación, pero, tal vez, menor utilidad”, *op. cit.*, pp. 82 y 83.

¹⁸⁹² Para GODINO REYES, M.: “La jubilación forzosa ordinaria”, *op. cit.*, p. 627: “frente a la contratación en cualquier puesto y actividad de la empresa que constituye regla general como medida de relevo generacional en la jubilación forzosa ordinaria, ahora la contratación ha de producirse precisamente en la actividad en la que existe una infrarrepresentación de la mujer, que se contribuye a corregir con esta medida excepcional de jubilación forzosa”.

¹⁸⁹³ GONZÁLEZ COBALEDA, E.: “Los vaivenes legislativos sobre la jubilación forzosa: ¿un instrumento eficaz para la igualdad de género tras la última reforma?”, *op. cit.*, p. 123.

como una vía para cumplir con esta medida excepcional de jubilación forzosa, ya que, del mismo modo, tampoco resultaría acorde con la finalidad de atajar el problema de la segregación ocupacional¹⁸⁹⁴.

Por último, este segundo apartado de la disposición adicional determina que la decisión extintiva deberá de ser comunicada con carácter previo por la empresa a los representantes legales de los trabajadores y, como es lógico, a la propia persona trabajadora afectada. Una obligación de comunicación que, en principio, solo se aplicaría a la jubilación forzosa como acción positiva de igualdad de género, pero que podría ser útil su extensión al resto de jubilaciones forzosas, habida cuenta de las dudas interpretativas que la aplicación de esta medida extintiva por razón de edad ha generado al respecto¹⁸⁹⁵.

6.5.3. Régimen transitorio

La disposición transitoria novena del Estatuto de los Trabajadores, introducida por la disposición final 1.2 de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, establece la aplicación temporal de las nuevas cláusulas de jubilación forzosa. En concreto, la D.A.10ª ET solo se aplicará a los convenios colectivos suscritos desde el 1 de enero de 2022, con independencia de en qué momento se produzca su entrada en vigor, registro o inicio de las negociaciones. Además, con esta previsión, la de fijar el momento de aplicación de la nueva regulación en la fecha de suscripción del convenio, se quiere dar por cerrada la posibilidad de tener en cuenta otras fechas como la de los acuerdos parciales o la de finalización de las deliberaciones, así como la de la sumisión a consulta o referéndum¹⁸⁹⁶.

De este modo, los convenios colectivos suscritos a partir del 1 de enero de 2022 tendrán que cambiar sus clausulados para recoger, entre otras cuestiones, la nueva política de empleo asociada a la jubilación forzosa: la contratación de un nuevo trabajador con contrato de trabajo indefinido y a tiempo completo. Se abandonan así los amplios elencos de medidas que venían recogiendo los convenios colectivos, tales como la transformación de contratos a tiempo parcial a tiempo completo, de contratos temporales en indefinidos o la suscripción de contratos de relevo¹⁸⁹⁷.

Por otro lado, las cláusulas convencionales de jubilación forzosa suscritas con anterioridad a 1 de enero de 2022 no decaerán automáticamente, sino que permanecerán en vigor hasta pasados tres años de la finalización de la vigencia inicial pactada del convenio colectivo en cuestión (esto es, sin incluir las etapas de vigencia

¹⁸⁹⁴ CABEZA PEREIRO, J.: “Los cambios en la extinción forzosa del contrato por edad: más adecuación, pero, tal vez, menor utilidad”, *op. cit.*, p. 82.

¹⁸⁹⁵ MUROS POLO, A.: “Prolongación de la vida activa y jubilación forzosa: ¿una contradicción de principios?”, en VV.AA.: *Derecho vivo de la Seguridad Social. V Seminario Permanente de Estudio y Actualización URJC-AESSS 2020*, Murcia, Laborum, 2021, p. 140.

¹⁸⁹⁶ SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Evolución y perspectivas...”, *op. cit.*

¹⁸⁹⁷ ESTEVE SEGARRA, A.: “La enésima reforma de la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores”, *op. cit.*, p. 159.

prorrogada o ultraactividad)¹⁸⁹⁸. Régimen transitorio de hasta tres años¹⁸⁹⁹ que, salvo que antes se acuerde un nuevo convenio, concede un plazo razonable a la negociación colectiva para adaptar su regulación a las nuevas reglas, algo que no ocurrió con el régimen transitorio previsto en 2005¹⁹⁰⁰.

6.5.4. Conclusiones en torno a la nueva regulación de la jubilación forzosa en los convenios colectivos

Es innegable que la nueva disposición adicional 10ª del ET, la cual se aplica al empleo en el sector privado y al personal laboral de la Administración —pues la jubilación forzosa del régimen funcional no se ha modificado—¹⁹⁰¹, supone una regulación más coherente en términos de garantizar, al menos de forma parcial, la prolongación voluntaria de la vida laboral del trabajador y, con ello, el sostenimiento de las pensiones públicas.

Si bien es cierto que sería más acertada una derogación total de las cláusulas de jubilación forzosa para cumplir con los estándares del Pacto de Toledo, el carácter consensuado de la presente normativa en sede de concertación social provoca que a raíz de equilibrios y concesiones mutuas se posibilite tanto el ejercicio del envejecimiento activo, como el uso de la medida de la jubilación forzosa, al establecer como suelo mínimo la edad de 68 años, al menos en la modalidad general¹⁹⁰².

También se celebra como muy oportuna la limitación inequívoca de la política de reparto de empleo que justifica la extinción del contrato por razón de edad: la contratación de una nueva persona trabajadora de forma indefinida y a tiempo completo en la empresa. Con tal limitación, muy bien perfilada, se pretende acabar con la anterior práctica de utilizar la jubilación forzosa como una medida de reestructuración “barata”¹⁹⁰³, basada en unos elementos de compensación ambiguos e inespecíficos, que suponía finalmente la amortización de puestos de trabajo. Ahora

¹⁸⁹⁸ SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Evolución y perspectivas...”, *op. cit.*

¹⁸⁹⁹ Régimen transitorio que puede posibilitar la aplicación de la anterior regulación de la jubilación forzosa en importantes sectores, como el de la banca, por un período superior a los tres años si se tiene en cuenta la fecha de fin de la vigencia inicial (c.fr. XXIV Convenio Colectivo del Sector de la Banca, BOE de 30 de marzo de 2021).

¹⁹⁰⁰ MALDONADO MOLINA, J.A.: “Las cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos tras la Ley 21/2021”, *op. cit.*, p. 423.

¹⁹⁰¹ Un estudio en FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y AGRA VIFORCOS, B.: “La jubilación forzosa del personal laboral al servicio de las administraciones públicas (o la antinomia en la negociación colectiva)”, *Trabajo y Derecho*, N.º 85, 2022, versión electrónica. Para una crítica del inmovilismo en la jubilación forzosa de los funcionarios, véase, ESTEVE SEGARRA, A.: “La enésima reforma de la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores”, *op. cit.*, pp. 162-164.

¹⁹⁰² La ampliación de la edad de jubilación forzosa a esta cifra ya se había propuesto con anterioridad por el presente autor en los siguientes trabajos: MUROS POLO, A.: “La paradoja de la jubilación forzosa y...”, *op. cit.*, p. 109 y MUROS POLO, A.: “Prolongación de...”, *op. cit.*, p. 145.

¹⁹⁰³ MONEREO PÉREZ, J.L.: “EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación”, *op. cit.*, pp. 159-216 y LÓPEZ INSUA, B.M.: “El despido colectivo de los trabajadores de edad avanzada”, en VV.AA.: *Envejecimiento activo y vida laboral*, MONEREO PÉREZ, J.L. y MALDONADO MOLINA, J.A. (Dirs.), Granada, Comares, 2019, pp. 409-437.

queda claro qué conlleva la jubilación forzosa para la acción del empresario, una nueva contratación de trabajo típico, que podrá ser fácilmente demostrable y fiscalizable ante los Tribunales en caso de una eventual impugnación judicial.

Y precisamente este último punto, el de la impugnación y la calificación judicial de la extinción injustificada del contrato de trabajo por jubilación forzosa (por no respetar los requisitos de la D.A.10ª ET, señaladamente la política de empleo), ha sido una cuestión sujeta a controversia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en la doctrina judicial. En la mayoría de las ocasiones el despido ha sido declarado improcedente¹⁹⁰⁴, aunque la calificación judicial correcta debería de haber sido la nulidad, habida cuenta de que si no median los requisitos (o una política de empleo coherente), nos encontramos ante un despido por la sola razón de la edad, que resulta claramente discriminatorio¹⁹⁰⁵. Sin embargo, también es cierto que muchos pronunciamientos judiciales han calificado el despido como improcedente a causa de que la parte demandante no ha pretendido la nulidad, por lo que si se hubiera calificado de nulo el despido el Tribunal habría incurrido en incongruencia *ultra petita* (aunque ello no obsta que se hubiera discutido a lo largo de la sentencia esta posible calificación a efectos dialécticos)¹⁹⁰⁶.

A esta valoración equilibrada y positiva de la nueva regulación se une la visión de género que se ha añadido a la jubilación forzosa. Se trata, en definitiva, de una medida que tiene una finalidad legítima, como es paliar la segregación ocupacional por razón de género como vía para garantizar la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres, pero que, sin embargo, depende en su aplicación práctica de la habilidad y sensibilidad de los sujetos negociadores para estimar su implantación¹⁹⁰⁷. En esta línea, autorizada doctrina presagia un escaso recorrido de estas cláusulas “excepcionales” de jubilación forzosa, habida cuenta de los requisitos y la complejidad de la medida¹⁹⁰⁸, lo cual parece ser corroborado por los primeros estudios que se han hecho de la negociación colectiva

¹⁹⁰⁴ La STS de 11 de mayo de 2016 (rec. 2530/2014) entiende la nulidad, aunque la mayoría de las sentencias han declarado el despido improcedente: SSTs de 2 de febrero de 2016 (rec. 1624/2014), de 9 de marzo de 2015 (rec. 651/2014), 28 de abril de 2016 (rec. 3062/2014) o 4 de mayo de 2017 (rec. 2238/2015).

¹⁹⁰⁵ En este mismo sentido: MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Notas sobre las aportaciones...”, *op. cit.*, p. 24.

¹⁹⁰⁶ Análisis de VIVERO SERRANO, J.B.: “Las últimas manifestaciones de la jubilación forzosa por convenio colectivo. Comentario a la STS, 4ª, 11-5-2016, recud 2530/2014”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, N.º 9, 2016, pp. 159-164.

¹⁹⁰⁷ SIRVENT HERNÁNDEZ, N.: “el impacto de género en la reforma del sistema de pensiones: especial referencia a las cláusulas de jubilación forzosa para coadyuvar a superar la segregación ocupacional por razones de género”, *Briefs de la AEDTSS*, entrada de 23 de mayo de 2022, disponible en: <https://www.aedtss.com/el-impacto-de-genero-en-la-reforma-del-sistema-de-pensiones-especial-referencia-a-las-clausulas-de-jubilacion-forzosa-para-coadyuvar-a-superar-la-segregacion-ocupacional-por-razones-de-genero/> (visitada el 1/09/2023).

¹⁹⁰⁸ CABEZA PEREIRO, J.: “Los cambios en la extinción forzosa del contrato por edad: más adecuación, pero, tal vez, menor utilidad”, *op. cit.*, pp. 84 y 85.

sobre la materia¹⁹⁰⁹. Por ello, podría resultar coherente replantearse si es necesario modificar la tasa de infrarrepresentación femenina, en el sentido de ser menos exigente con dicho porcentaje que habilita la inclusión de este tipo de jubilación forzosa en el convenio colectivo de aplicación, para que esta medida tenga una mayor operatividad práctica.

Mayores esperanzas se abren con el V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva, publicado en el BOE de 31 de mayo de 2023, que incluye dentro del capítulo XII, dedicado a la igualdad entre mujeres y hombres, una especial referencia a la jubilación forzosa para luchar contra la segregación ocupacional, al ordenar a los convenios colectivos que establezcan medidas que “favorezcan la contratación de mujeres, de forma especial en sectores, empresas y ocupaciones donde están infrarrepresentadas, para contribuir a la igualdad real y reducir la brecha de género”.

¹⁹⁰⁹ AGUILAR MARTÍN, M.C.: “Pensión de jubilación: medidas de acción en relación a la edad de jubilación para eliminar la brecha de género en la negociación colectiva”, *op. cit.*, pp. 1003 y ss. Aunque también es necesario indicar que se deja fuera, por cuestiones de tiempo, al Acuerdo de modificación del VI Convenio colectivo general del sector de la construcción, publicado en el BOE de 5 de agosto de 2022, y al Convenio colectivo estatal de empresas de seguridad para el periodo 2023-2026, publicado en el BOE de 14 de diciembre de 2022, los cuales introducen la jubilación forzosa “general” y “excepcional” en dichos convenios.

CAPÍTULO 7. LA OBLIGACIÓN DE NOTIFICACIÓN PREVIA EN SUPUESTOS DE CIERRE DE CENTROS DE TRABAJO CON AL MENOS 50 DESPIDOS (ANÁLISIS DE LA D.A. 6ª RPDC)

Una de las últimas novedades normativas que se ha introducido en el procedimiento de despido colectivo es la flamante disposición adicional sexta del RPDC, por medio de la cual se añade una obligación de notificación previa, con una antelación de 6 meses, para aquellas empresas que pretendan cerrar uno o varios centros de trabajo y ello conlleve el despido de 50 o más personas trabajadoras. Un preaviso que deberá de remitirse tanto a la autoridad laboral competente por razón del territorio como, en todo caso, a la autoridad laboral estatal, con copia a las organizaciones sindicales más representativas y a las organizaciones representativas del sector a nivel estatal y autonómico.

Se trata de una medida que persigue compensar en mayor medida el desequilibrio existente en la regulación del despido colectivo para poder encontrar soluciones alternativas o complementarias a los despidos que eviten o palien sus efectos. Desde el Gobierno actual se ha defendido que esta norma ayuda a “buscar alternativas” en materia de despido colectivo y que incluso puede prevenir “muchos despidos colectivos”¹⁹¹⁰. En efecto, la lógica de esta intervención normativa parece caminar en la línea de permitir que las autoridades laborales puedan anticipar las actuaciones necesarias para afrontar los efectos de los despidos y, a la vez, permitir a los sindicatos que puedan ejercer un control sobre los cierres de empresas¹⁹¹¹.

No obstante, se trata de una nueva obligación procedimental que no está exenta de controversia. Por un lado, la norma que se ha escogido para vehicular su

¹⁹¹⁰ PARRA, E.: “El Gobierno asegura que el preaviso de seis meses para despidos colectivos «prevendrá» muchos de ellos”, en *Europapress*, 4 de septiembre de 2023, disponible en: <https://www.europapress.es/economia/laboral-00346/noticia-gobierno-asegura-preaviso-seis-meses-despidos-colectivos-prevendra-muchos-ellos-20230904123437.html> (consultada el 27/12/2023). Según ha defendido el Secretario de Estado de Empleo y Economía Social, “es un preaviso que está destinado a evitar las consecuencias de los despidos colectivos y a prevenir la desindustrialización de nuestro país”.

¹⁹¹¹ GUZMÁN, M.E.; RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y CALVO, J.: “La nueva obligación de preaviso en los despidos colectivos”, *Newsletter de PwC Tax & Legal*, julio de 2023, disponible en: <https://periscopiofiscalylegal.pwc.es/la-nueva-obligacion-de-preaviso-en-los-despidos-colectivos/> (consultada el 1/12/2023).

implementación, la disposición final 3.7 del Real Decreto 608/2023, de 11 de julio, que desarrolla el Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo, podría no resultar adecuada, ya que se trata de una norma reglamentaria que introduce en la regulación legal un trámite adicional que no estaba previsto con anterioridad, lo cual podría dar lugar a un reglamento *ultra vires*¹⁹¹². Además, se critica que la modificación se haya hecho de forma sorpresiva, ya que ni siquiera la Exposición de Motivos del RD 608/2023, cuyo motivo principal es el desarrollo del Mecanismo RED, recoge una mínima referencia a este cambio normativo¹⁹¹³. Dicha novedosa obligación de notificación previa no ha contado, a su vez, con el consenso de los interlocutores sociales, en especial de la patronal, ya que en la negociación de la Reforma laboral de 2021 se optó implícitamente por dejar fuera a la modificación del despido en general y del despido colectivo en particular para poder alcanzar el acuerdo¹⁹¹⁴.

Al margen de estas críticas, muchas de ellas fundadas, la D.A. 6ª RPDC supone una norma bienintencionada, la cual es producto de una legislación anterior que, finalmente, no fue aprobada por el adelanto de las elecciones generales al 23 de julio de 2023. Nos referimos al Anteproyecto de Ley de Industria que preveía el denominado “proceso de reindustrialización” (art. 27) para dos supuestos: por un lado, por pérdida significativa de capacidad industrial, cuando la autoridad laboral competente del despido colectivo hubiera sido la Administración General del Estado; y, por otro lado, cuando hubiera existido afectación a recursos considerados de primera necesidad y/o de carácter estratégico o bien para garantizar su disponibilidad bajo condiciones excepcionales o en casos de emergencia nacional, o en su caso, en el mercado único de la UE.

En síntesis, lo que se pretendía con la fallida nueva Ley de Industria era que las empresas que hubieran decidido emprender dichas medidas de cierre o reducción de la actividad en uno o más centros de trabajo hubieran tenido que comunicarlas con 9 meses de antelación al Gobierno¹⁹¹⁵ para constituir, en su caso, una Mesa de Reindustrialización, que hubiera tenido como fin evitar el despido colectivo o buscar otra serie de soluciones alternativas que hubieran apostado por el mantenimiento del tejido productivo y del empleo y, en última instancia, por la reindustrialización de

¹⁹¹² LÓPEZ CUMBRE, L.: “Despedir colectivamente y avisar con seis meses de antelación”, en *Gómez-Acebo & Pombo*, entrada de 19 de julio de 2023, disponible en: <https://www.ga-p.com/publicaciones/despedir-colectivamente-y-avisar-con-seis-meses-de-antelacion/> (consultada el 15/11/2023). En esta misma posición se sitúa la patronal: LUJÁN, C.: “CEOE recurrirá el preaviso de seis meses para despidos colectivos”, en *Europapress*, 20 de septiembre de 2023, disponible en: <https://www.europapress.es/economia/laboral-00346/noticia-ceoe-recurrira-preaviso-seis-meses-despidos-colectivos-20230920164419.html> (consultada el 15/12/2023).

¹⁹¹³ MERCADER UGUINA, J.R.: “Sobre la indiscutible expansión de la intervención administrativa en las relaciones laborales”, *op. cit.*, pp. 21 y 22.

¹⁹¹⁴ GUZMÁN, M.E.; RODRÍGUEZ-PÍÑERO, M. y CALVO, J.: “La nueva obligación de preaviso en los despidos colectivos”, *op. cit.*

¹⁹¹⁵ El destinatario de la comunicación era la Secretaría General de Industria y PYME, aunque debía de ponerse en conocimiento de la representación legal de los trabajadores dicha comunicación.

la actividad a través de la consecución de un acuerdo en la materia¹⁹¹⁶. Por ello, se trataba de un procedimiento específico y previo que se añadía al procedimiento común del despido colectivo, donde la intervención de la Administración jugaba un papel fundamental, con el objetivo de amortiguar los efectos nocivos que estos procesos de reestructuración tienen sobre los trabajadores despedidos, la economía española en general y sobre el territorio afectado en particular.

Como se puede comprobar, este pretendido “proceso de reindustrialización” se asemejaba al estudiado procedimiento *anti-delocalizzazioni* que prevé la legislación italiana y, por ello, se puede presumir que esta última norma habría actuado como modelo de regulación. No obstante, la norma española difería en aspectos sustanciales del procedimiento específico italiano de despido colectivo, en el sentido de que remitía excesivamente al desarrollo reglamentario en cuestiones clave¹⁹¹⁷ y no establecía sanciones específicas en caso de incumplimiento¹⁹¹⁸. Cabe recordar que el legislador italiano pone a disposición del cumplimiento de la norma una amplia gama de medios para que se respete este “pre-procedimiento” de despido colectivo, ya sea a través de la nulidad de los despidos que se produzcan al margen de este, o bien a través de fuertes sanciones económicas para el caso de que no se presente el plan social obligatorio, este sea defectuoso o no se alcance acuerdo con el banco social.

En efecto, si la anterior obligación de comunicación previa contenida en el Anteproyecto de Ley de Industria quedaba lejos de ser perfecta a la hora de garantizar su implementación, de muchos más interrogantes adolece la actual disposición adicional sexta RPDC¹⁹¹⁹. Analicemos de forma pormenorizada su régimen jurídico para determinar cuáles son las principales dudas interpretativas y en qué aspectos sería necesario un mayor desarrollo por parte del legislador.

¹⁹¹⁶ *Vid.*, art. 30.4 del Anteproyecto de Ley de Industria: “Las funciones de la Mesa de Reindustrialización serán: analizar la información inicialmente presentada, establecer un calendario de actuaciones orientado a revertir la decisión o, alternativamente, iniciar la búsqueda de una propuesta por el mantenimiento de las capacidades industriales, el tejido productivo y el empleo, que minimice los impactos negativos asociados a la decisión, y proponer un acuerdo de reindustrialización de la actividad”.

¹⁹¹⁷ Por ejemplo, se remitía al futuro reglamento para desarrollar la forma, el contenido y las exigencias de la comunicación para iniciar el proceso de reindustrialización (art. 28.3), así como para determinar la composición de la Mesa de Reindustrialización (art. 30.2).

¹⁹¹⁸ No obstante, el CES en su dictamen 2/2023 sobre el Anteproyecto de la Ley de Industria expone que, a pesar de que la Mesa de Reindustrialización puede suponer un mecanismo adecuado para encontrar soluciones que no impliquen automáticamente deslocalizaciones o pérdida de empleos, “el CES opina que la futura ley debería incorporar mejor las líneas generales para el ulterior desarrollo del procedimiento, donde además la redacción actual podría generar controversias con algunos procedimientos laborales”. Además, el CES reivindica el importante papel que debe de jugar en la nueva regulación el impacto de las reestructuraciones sobre el territorio (para evitar la “desertización industrial”) y la necesidad de que las medidas de ayuda a la implantación de empresas industriales españolas en el extranjero se compatibilicen con el mantenimiento de la actividad y el empleo en España.

¹⁹¹⁹ Para MERCADER UGUINA, J.R.: “Sobre la indiscutible expansión de la intervención administrativa en las relaciones laborales”, *op. cit.*, p. 22 esta norma “está cargada de interrogantes”.

Ya se ha determinado con anterioridad el supuesto de hecho que origina la obligación de notificación previa a las autoridades laborales. Con mayor detenimiento se puede indicar que lo que se debe de dar es “la intención” de cerrar uno o varios centros de trabajo, lo cual debe de conllevar, a su vez, “el cese definitivo de la actividad” y el despido de cincuenta o más personas trabajadoras. Por ello, si se produce el cierre del centro de trabajo y se despiden a 50 o más trabajadores pero no existe cesación de la actividad, ya que esta se transfiere a otra unidad productiva, presumiblemente no regirá la obligación de notificación previa en este supuesto. Mayores dudas suscita el traslado de la actividad a una unidad productiva que se sitúe en el extranjero (deslocalización) o en aquellos supuestos en los que el traslado colectivo de trabajadores como consecuencia del cierre del centro de trabajo lleve aparejado resoluciones contractuales indemnizadas del art. 40.1 ET. En este último supuesto, a efectos de la aplicación de la D.A. 6ª RPDC, al no indicarse nada respecto a las extinciones asimiladas ni regir la aplicación de la jurisprudencia del TJUE (doctrina *Pujante Rivera*, *Ciupa* y *Socha*), dicho número de despidos indirectos no entrarían dentro del cómputo de 50 despidos¹⁹²⁰.

En caso de que opere la obligación de notificación previa, deberá de comunicarse la previsión de cierre de los centros de trabajo a la autoridad laboral competente por razón del territorio (*vid.*, art. 25 RPDC) y al Ministerio de Trabajo y Economía Social, a través de la Dirección General de Trabajo. Este preaviso deberá de realizarse a través de los medios electrónicos a los que se refiere la D.A. 2ª RPDC, por lo que si está implicada la autoridad laboral estatal la notificación deberá de hacerse a través del sistema electrónico SERENA. Además, la empresa deberá de remitir copia de la notificación a las organizaciones sindicales más representativas y a las representativas del sector al que pertenezca la empresa, tanto a nivel estatal como de la Comunidad Autónoma donde se ubiquen el centro o centros de trabajo que se pretenden cerrar.

Llama la atención que se haya excluido como destinatarios de la comunicación previa a los posibles futuros negociadores del procedimiento de despido colectivo: a la representación legal-unitaria y sindical en la empresa. Puede ocurrir que los sindicatos que reciban la notificación no coincidan con los que posteriormente negocien el despido colectivo, ya sea el comité de empresa, las secciones sindicales o, en el peor de los casos, la comisión *ad hoc* laboral, por lo que lo más lógico hubiera sido incluir también a los representantes de los trabajadores presentes en la empresa como destinatarios de la comunicación¹⁹²¹. Es más, el art. 64.5 ET establece el derecho de información a la representación unitaria sobre aquellas decisiones empresariales que puedan provocar “cambios relevantes” en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo en la empresa¹⁹²², por lo que los representantes podrán demandar que se les remita

¹⁹²⁰ Sobre esto ya ha reflexionado ROMEL, R.: “La nuova procedura in caso di cessazione di una attività produttiva”, *op. cit.*, pp. 34-40, respecto al nuevo procedimiento italiano de despido colectivo para grandes empresas.

¹⁹²¹ Esto ya fue defendido por ORTEGA LOZANO, P. G.: “Convocatoria de concurso de acceso a plazas de cuerpos docentes universitarios (Profesor Titular de Universidad)”, Universidad de Granada, 2023.

¹⁹²² LÓPEZ CUMBRE, L.: “Despedir colectivamente y avisar con seis meses de antelación”, *op. cit.*

la notificación previa para garantizar su derecho de información (si es que tienen conocimiento de ella).

Esta notificación previa debe de realizarse con una antelación de 6 meses a la comunicación inicial “ordinaria” de despido colectivo que corresponda. Sin embargo, nada precisa la norma reglamentaria en cuanto al contenido de la comunicación o notificación previa, que suponemos que por lógica deberá de pronunciarse sobre el número de personas trabajadoras afectadas, sobre qué centros de trabajo son los afectados por el cierre y sobre la falta de continuidad de la actividad en dichos centros. La D.A. 6ª RPDC no remite al contenido de la comunicación inicial (arts. 2 a 6 RPDC) ni establece a través de qué mecanismos tanto la autoridad laboral como los sindicatos pueden demandar más información¹⁹²³.

La antelación de seis meses, que para algunos autores es ciertamente excesiva¹⁹²⁴, puede justificar la imprecisión de la normativa en cuanto al contenido de la notificación. Si bien es cierto que la empresa puede conocer o prever el cierre del centro de trabajo con tal antelación, también puede ocurrir que esta decisión sea ciertamente embrionaria y no esté suficientemente detallada y perfilada como para elaborar una comunicación como la que se presenta en el inicio del despido colectivo. Se trataría más bien de una suerte de “advertencia o aviso previo de la intención empresarial de acometer una medida extintiva de cierto calado en los próximos meses”¹⁹²⁵. Todo ello no impide que la autoridad laboral, a través del procedimiento administrativo correspondiente, reclame alguna aclaración o precisión al respecto, aunque ciñéndose a los términos estrictos de la norma, sin entrar en cuestiones ajenas al objeto de la notificación previa. Los sindicatos igualmente podrán ejercer esta facultad de solicitud información adicional, ya sea indirectamente a través de los órganos de representación unitaria o a través de los representantes sindicales presentes en la empresa (art. 10.3 LOLS)¹⁹²⁶.

En definitiva, a diferencia del “pre-procedimiento” italiano de despido colectivo, no se establece una delimitación del contenido de la comunicación y ni siquiera se obliga a la empresa a aportar una propuesta de plan social para evitar, reducir o paliar los efectos del despido colectivo. Este último aspecto también resultaría reprochable, ya que parece dejarse en manos de la Administración laboral toda la responsabilidad para encontrar soluciones alternativas o complementarias a los despidos colectivos y, en cambio, se deja a la libre voluntad de la empresa implicarse o no, con más o menos intensidad, en la negociación de dichas medidas.

¹⁹²³ SÁNCHEZ QUIÑONES, L.: “Despido colectivo e información previa. La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de julio de 2023 y la nueva disposición adicional sexta del Real Decreto 1483/2012”, *Diario La Ley*, N.º 10385, 2023, pp. 6 y 7.

¹⁹²⁴ Para LÓPEZ CUMBRE, L.: “Despedir colectivamente y avisar con seis meses de antelación”, *op. cit.*, este plazo de 6 meses para la notificación previa supone “aventurar durante un plazo muy largo de tiempo una serie de vicisitudes, zozobra e inquietudes en la empresa respecto de su cierre o del cierre de alguno o de varios centros de trabajo”.

¹⁹²⁵ SÁNCHEZ QUIÑONES, L.: “Despido colectivo e información previa. La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de julio de 2023 y la nueva disposición adicional sexta del Real Decreto 1483/2012”, *op. cit.*, p. 6.

¹⁹²⁶ *Ibidem*, p. 7.

Una de las mayores dudas que suscita la nueva obligación de notificación previa es la consecuencia jurídica que genera el incumplimiento de esta notificación o su realización en un periodo inferior a 6 meses. La D.A. 6ª RPDC recoge que “[e]n el caso en que no sea posible observar esa antelación mínima, deberá realizarse la notificación tan pronto como lo fuese y justificando las razones por las que no se pudo respetar el plazo establecido”. De este modo, la norma recoge una excepción al cumplimiento de la notificación con 6 meses de antelación que parece referirse a supuestos de despidos colectivos de carácter “precipitado e imprevisto”, aunque deberá de aportarse una razón de peso que lo justifique¹⁹²⁷.

En virtud de lo anterior, la D.A. 6ª RPDC no configura “una obligación absoluta” al admitir excepciones en su cumplimiento¹⁹²⁸. No obstante, al tratarse de derechos de información tanto para la Administración laboral como para los sindicatos resulta claro que las razones que justifiquen la no emisión de la notificación previa deben de tener la suficiente gravedad. El mero interés empresarial en que no se conozca la medida, por lógica, no podrá justificar el incumplimiento. Es más, el reglamento, más que permitir no enviar la notificación previa, lo que permite es retrasarse en el envío, que deberá de producirse “tan pronto como sea posible”. Dada la envergadura de la medida, resulta obvio que la empresa tendrá tomada la decisión de cerrar el centro de trabajo con anterioridad al inicio del procedimiento de despido colectivo y será en este momento cuando tendrá que proceder al cumplimiento de la D.A. 6ª RPDC¹⁹²⁹.

La inseguridad jurídica es máxima cuando se realiza la pregunta de qué ocurre cuando se incumple esta medida, ya que el legislador español no lo ha incluido en la D.A. 6ª RPDC y no ha modificado ni el TRLISOS ni la LRJS. La duda que más atormenta a las empresas que realizan despidos colectivos es si aquí se esconde un nuevo supuesto de nulidad del despido colectivo¹⁹³⁰.

No obstante, difícilmente el incumplimiento de la notificación previa puede dar lugar a la nulidad del despido colectivo, cuando reiteradamente el Tribunal Supremo ha determinado que los supuestos de nulidad deben de ser tasados, y no se ha procedido a la modificación del art. 124 LRJS. En efecto, este último artículo “únicamente” declara la nulidad del despido colectivo “cuando el empresario no haya realizado el período de consultas o entregado la documentación prevista en el artículo 51.2” ET y, como se puede observar, la omisión de la notificación previa no entraría dentro de estos supuestos¹⁹³¹. Es más, el contenido del preaviso ya se contiene dentro de la comunicación inicial (alcance del despido, número de personas trabajadoras afectadas,

¹⁹²⁷ PARRA, E.: “El Gobierno asegura que el preaviso de seis meses para despidos colectivos «prevendrá» muchos de ellos”, *op. cit.*

¹⁹²⁸ GUZMÁN, M.E.; RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y CALVO, J.: “La nueva obligación de preaviso en los despidos colectivos”, *op. cit.*, p. 2.

¹⁹²⁹ *Ibidem*, p. 3.

¹⁹³⁰ MERCADER UGUINA, J.R.: “Sobre la indiscutible expansión de la intervención administrativa en las relaciones laborales”, *op. cit.*, p. 22.

¹⁹³¹ GUZMÁN, M.E.; RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y CALVO, J.: “La nueva obligación de preaviso en los despidos colectivos”, *op. cit.*, p. 4.

cese de la actividad y centros de trabajo afectados), lo cual blindaría frente a una posible causa de nulidad en caso de omisión de notificación previa¹⁹³².

La STJUE de 13 de julio de 2023, C-134/22, en un supuesto análogo, también ha determinado indirectamente que el incumplimiento de la obligación empresarial de entregar copia a la autoridad pública de la comunicación inicial a los representantes de los trabajadores (art. 2.3 Directiva 98/59) no conlleva la nulidad del despido colectivo, ya que tal obligación “no persigue conferir una protección individual a los trabajadores afectados por despidos colectivos”¹⁹³³. Para el TJUE “durante el procedimiento de consulta a los representantes de los trabajadores, no se confiere ningún papel activo a la autoridad pública competente”, a diferencia del papel que le atribuye a la Administración la Directiva en los arts. 3 y 4, cuando se le haya notificado el proyecto de despido colectivo tras las correspondientes consultas.

“Por consiguiente, la transmisión de información a la autoridad pública competente contemplada en el artículo 2, apartado 3, párrafo segundo, de la Directiva 98/59 solo tiene lugar con fines informativos y preparatorios, a efectos de que la autoridad pública competente pueda ejercer eficazmente, en su caso, las prerrogativas que le asigna el artículo 4 de dicha Directiva. Así pues, la finalidad de la obligación de transmitir información a la autoridad pública competente es permitirle anticipar tanto como sea posible las consecuencias negativas de los despidos colectivos considerados, a fin de que pueda buscar eficazmente soluciones a los problemas planteados por tales despidos cuando le sean notificados” (apartado 36).

Añadiendo que “habida cuenta de la finalidad de esa transmisión de información y del hecho de que esta tiene lugar en una fase en la que el empresario se limita a proyectar los despidos colectivos, la actuación de la autoridad pública competente no está encaminada, como puso de manifiesto el Abogado General en el punto 51 de sus conclusiones, a abordar la situación individual de cada trabajador, sino que pretende obtener una visión global de los despidos colectivos considerados” y, por ende, el artículo 2.3 de la Directiva confiere a los trabajadores una protección colectiva y no individual, de lo cual se deduce, según la argumentación del Tribunal de Luxemburgo, que no genera la nulidad del despido colectivo.

En síntesis, si no se modifica la legislación procesal, no parece que el incumplimiento de la obligación de notificación previa pueda acarrear la nulidad del despido colectivo. E incluso es discutible que tal despido pueda calificarse jurídicamente como no ajustado a derecho, ya que esta calificación se destina a aquellos supuestos

¹⁹³² SÁNCHEZ QUIÑONES, L.: “Despido colectivo e información previa. La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de julio de 2023 y la nueva disposición adicional sexta del Real Decreto 1483/2012”, *op. cit.*, p. 7.

¹⁹³³ Un análisis en el mismo trabajo de SÁNCHEZ QUIÑONES, L.: “Despido colectivo e información previa. La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de julio de 2023 y la nueva disposición adicional sexta del Real Decreto 1483/2012”, *op. cit.*

en los que no se haya acreditado la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación extintiva de despido colectivo (art. 124.11 LRJS)¹⁹³⁴.

En cualquier caso, tampoco parece probable que el incumplimiento de la D.A. 6ª RPDC pueda conllevar una sanción administrativa, ya que el TRLISOS no ha sido modificado y las infracciones existentes no casan con este supuesto. Por ejemplo, el art. 8.3 TRLISOS se refiere a casos de despidos colectivos de hecho, es decir, aquellos que se producen sin acudir al procedimiento de despido colectivo previsto en el art. 51 ET, lo cual da a entender que si se realiza el procedimiento, aunque no se haya procedido a la notificación previa de la D.A. 6ª RPDC, no podrá sancionarse administrativamente dicho incumplimiento. El art. 7.7 TRLISOS del mismo modo no sancionaría la omisión de notificación previa, ya que este precepto se refiere a la transgresión de los derechos de información, audiencia y consulta de los representantes de los trabajadores y de los delegados sindicales, sin que se aplique este precepto, en principio, a los sindicatos como tal¹⁹³⁵.

Respecto a la entrada en vigor de esta medida, la disposición transitoria segunda del RPDC, incluida por el RD 608/2023, indica que: “[l]os despidos colectivos y expedientes de regulación temporal de empleo que se hubieran iniciado a la fecha de la entrada en vigor del Real Decreto 608/2023, de 11 de julio, por el que se desarrolla el Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo, se regirán por la normativa vigente en el momento de su inicio”. De este modo, los procedimientos de despido colectivos que se hubieran iniciado con anterioridad al 13 de julio de 2023 (fecha de entrada en vigor del RD 608/2023) no tendrán por qué respetar la obligación de notificación previa, pero, en cambio, todos aquellos procedimientos que conlleven cierres de centros de trabajo y se quieran arrancar con posterioridad a dicha fecha, deberán de realizar el correspondiente preaviso y, con ello, proceder a esperar 6 meses para abrir el proceso de consulta-negociación. Todo ello, como se recogía con anterioridad, sujeto a la posibilidad de justificar la no observancia de la notificación previa por motivos de “precipitación” y “urgencia”.

En conclusión, si bien es cierto que la nueva obligación de la D.A. 6ª RPDC adolece de importantes defectos que se alejan de otras experiencias como la italiana (no se prevé el contenido del preaviso pero, sobre todo, no se articula el deber de presentar plan social ni se han introducido consecuencias claras en materia de incumplimiento que garanticen su aplicación), también es necesario indicar que esta novedosa medida pretende equilibrar en mayor medida el modelo descompensado de despido colectivo.

Se trata de una obligación procedimental que se destina a amortiguar aquellos despidos focalizados en una determinada área geográfica, los cuales pueden provocar no solo pérdidas masivas de empleo, sino destrucción del tejido productivo local,

¹⁹³⁴ GUZMÁN, M.E.; RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y CALVO, J.: “La nueva obligación de preaviso en los despidos colectivos”, *op. cit.*, p. 4.

¹⁹³⁵ *Idem*.

descapitalización social o riesgo de despoblación¹⁹³⁶. En este sentido, por la lesividad de estos despidos colectivos, tanto para los trabajadores afectados como para la sociedad general (o el municipio o región), son necesarias medidas que eviten procesos de “desertización industrial”¹⁹³⁷, como la que aquí se analiza (aun cuando, como se ha indicado, es imperfecta y necesita de mejora).

Asimismo, esta notificación previa puede ser el germen de un procedimiento específico de despido colectivo en caso de deslocalizaciones de empresas, habida cuenta de su inexistencia previa en la regulación española¹⁹³⁸, al margen de otras medidas como el Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización (FEAG), ciertas penalizaciones en materia de devolución de ayudas públicas en determinados sectores¹⁹³⁹ y de devolución de incentivos a la contratación¹⁹⁴⁰. Ahora bien, la D.A. 6ª RPDC debería de precisar que el traslado de la actividad productiva al extranjero no justifica el incumplimiento de la notificación previa, sobre la base de que no se ha producido el cese definitivo de la actividad.

En casos de cierre o reconversión de instalaciones por procesos de descarbonización y transición ecológica también puede ser útil este trámite de preaviso para la que la Administración fomente la participación de la empresa en los convenios de transición justa que prevé el art. 28 de la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética. En este sentido, la empresa deberá de asumir una serie de compromisos a cambio de las medidas de apoyo necesarias para la transición, tales como “[m]edidas fiscales, de financiación, de apoyo a la I+D+i, de digitalización, de emprendimiento, de empleo, de protección social y actividades formativas para incentivar la adaptación de los trabajadores, supeditadas al cumplimiento de los objetivos establecidos en el convenio” (art. 28.3.c) Ley 7/2021).

En definitiva, lo que se busca es ampliar las funciones de la Administración laboral durante estos procesos de despidos colectivos por cierre, aunque sin llegar a la recuperación de la autorización administrativa. El espíritu de la norma consiste en que las autoridades laborales cooperen con la empresa afectada para encontrar soluciones que eviten, reduzcan o palién los efectos del despido colectivo. Ello se sitúa en la línea de la función de “buscadora de soluciones” que la Directiva 98/59 atribuye a la autoridad

¹⁹³⁶ MOLINA NAVARRETE, C.: “La gestión pública de los «erte» (regulación temporal de empleo) y de los «ere» (regulación extintiva) en el autogobierno andaluz: balance y perspectivas pospandemia”, *Temas Laborales*, N.º 160, 2021, p. 179.

¹⁹³⁷ Este término es utilizado por el CES en su dictamen 2/2023 sobre el Anteproyecto de la Ley de Industria.

¹⁹³⁸ Es algo de lo que ya se ha ocupado de resaltar la mejor doctrina BAYLOS GRAU, A.: *Deslocalizaciones de empresas y despidos colectivos*, op. cit., *passim*.

¹⁹³⁹ Para la industria electrointensiva véase el art. 5 del Real Decreto-ley 20/2018, de 7 de diciembre, de medidas urgentes para el impulso de la competitividad económica en el sector de la industria y el comercio en España.

¹⁹⁴⁰ Cfr., disposición adicional segunda del Real Decreto-ley 1/2023, de 10 de enero, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas.

pública ¹⁹⁴¹. Además, esto puede reforzar la doble fase del procedimiento de despido colectivo: por un lado, que se informe de forma adecuada y suficiente con antelación al inicio del proceso de consultas y, por otro lado, que este se produzca con las debidas garantías una vez que se ha tenido tiempo suficiente de estudiar la información y las posibles soluciones alternativas o complementarias al despido colectivo ¹⁹⁴². Podría resultar una forma indirecta de extender el período de consultas, que muchas veces resulta claramente insuficiente en su modalidad ordinaria (30 o 15 días si la empresa tiene menos de 50 trabajadores).

Esperemos que pronto se publique una nueva norma que profundice, mejore y corrija las imprecisiones de la D.A. 6ª RPDC. No se olvide que todavía, por el momento que este trabajo se elabora, está pendiente la elaboración de una nueva Ley de Industria.

¹⁹⁴¹ Aunque en realidad esta función se le atribuye a la autoridad pública una vez que los despidos le son notificados (arts. 3 y 4 Directiva 98/59). Cfr., STJUE de 13 de julio de 2023, C-134/22.

¹⁹⁴² BOHIGUES ESPARZA, M.D.: “La institución jurídico laboral del despido colectivo”, *op. cit.*, p. 28.

CAPÍTULO 8. LA IMPUGNACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO COLECTIVO

8.1. Configuración general de las distintas vías de impugnación judicial: calificación y efectos

Es con la Reforma laboral de 2012 cuando se introduce en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social un nuevo sistema de impugnación de los despidos colectivos para hacer frente al cambio de modelo que supuso la eliminación de la autorización administrativa¹⁹⁴³. En efecto, a través del art. 124 LRJS¹⁹⁴⁴ se configura un complejo¹⁹⁴⁵ entramado de vías de impugnación del despido colectivo que, a rasgos generales, se puede subdividir en dos modalidades: una modalidad de impugnación colectiva por los representantes de los trabajadores (y, subsidiariamente, por el propio empresario) y una impugnación a nivel individual, condicionada a la demanda y sentencia de carácter colectivo.

Se trata de dos vías procesales que se diferencian en diversos aspectos: en cuanto al momento (y orden cronológico) en que pueden ser utilizadas, en los sujetos litigantes, en los órganos de la jurisdicción social competentes, en los distintos objetos del proceso, en los trámites del procedimiento y en los efectos de las respectivas sentencias. Para el Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de septiembre de 2013 (rec. 11/13), “[l]as finalidades que el legislador persigue mediante la construcción de esta compleja maquinaria procesal se pueden reducir a dos, estrechamente relacionadas

¹⁹⁴³ La disposición adicional 15ª de la Ley 35/2010 ya introdujo dentro de la competencia del orden social el conocimiento de las impugnaciones de las resoluciones administrativas dictadas en los expedientes de regulación de empleo y, en concreto, dentro de la modalidad procesal de impugnación de actos administrativos en materia laboral (art. 151 LRJS). Sobre el sistema anterior, véase MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo en el Derecho español. Estudio de su régimen jurídico*, op. cit., pp. 298-306.

¹⁹⁴⁴ Los artículos 51.6 ET y 24 RPDC también remiten indirecta o directamente, de forma respectiva, a la regulación de la modalidad procesal de despido colectivo presente en el art. 124 LRJS.

¹⁹⁴⁵ Para DESDENTADO BONETE, A.: “Problemas procesales del despido colectivo en la doctrina del Tribunal Supremo”, en VV.AA., *El Estatuto de los Trabajadores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Estudios dedicados al Catedrático y Magistrado Don Antonio Martín Valverde*, Madrid, Tecnos, 2015, p. 527, “la impugnación de los despidos colectivos en el artículo 124 LRJS presenta bastante complejidad”.

entre sí: 1) de un lado, se trata de evitar las divergencias de resoluciones judiciales que muy probablemente se hubieran producido de haberse aceptado el enjuiciamiento directo en las impugnaciones de los despidos individuales subsiguientes de todas las cuestiones jurídicas potencialmente implicadas en una decisión de despido colectivo; y 2) de otro lado, se trata de simplificar la labor de los órganos jurisdiccionales mediante una operación de reparto o división del trabajo en la que corresponde de un lado a las Salas de lo Social la resolución prejudicial de los motivos que afectan colectivamente a todos los implicados, y de otro lado a los Juzgados de lo Social la resolución de las restantes cuestiones planteadas por los trabajadores despedidos, a raíz de los sucesivos actos de despido individual adoptados en ejecución del despido colectivo”.

Así, siguiendo esta filosofía de permitir una solución homogénea para las personas trabajadoras afectadas por el despido colectivo, la impugnación colectiva por parte de los representantes de los trabajadores (art. 124.1 LRJS) o por el empresario (art. 124.3 LRJS) paralizará la tramitación de las demandas individuales (art. 124.13 LRJS) y tendrá eficacia de cosa juzgada sobre las cuestiones que ya se hayan analizado en la sentencia colectiva, relegando la impugnación individual a aspectos de carácter individual. Como se tendrá ocasión de analizar a lo largo de las siguientes páginas, será necesario un complejo sistema de coordinación entre sendas vías que dote de coherencia al sistema. No obstante, este sistema se complica aún más con la entrada en escena de la impugnación de oficio por parte de la autoridad laboral (art. 124.7 LRJS) que, a diferencia de lo que ocurre respecto a la impugnación colectiva, no se encuentra coordinada con la impugnación individual¹⁹⁴⁶.

Para garantizar una respuesta unívoca a la impugnación colectiva, que sea, a su vez, de carácter urgente, la norma procesal ha confiado la resolución a las Salas de lo Social, con la finalidad de que pronto exista jurisprudencia sobre el tema en cuestión por la vía del recurso de casación ordinaria¹⁹⁴⁷. De este modo, mientras que la competencia para las demandas individuales reside en los Juzgados de lo Social (art. 6 LRJS), de los procesos de despido colectivo impugnados por los representantes de los trabajadores, por el empresario o por la autoridad laboral conocerá en única instancia: la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia correspondiente, si el despido colectivo no extiende sus efectos más allá de la Comunidad Autónoma en cuestión, o bien la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, si los efectos superan el ámbito territorial autonómico (arts. 7.a) y 8.1 LRJS). Como se indicaba, estas sentencias colectivas serán recurribles en casación ordinaria por mor de los arts. 206 LRJS y 124.11 LRJS.

Además, la norma procesal recoge otra serie de medidas para lograr la mayor celeridad posible en la resolución del proceso colectivo de despido colectivo. En efecto,

¹⁹⁴⁶ AGUSTÍ MARAGALL, J.: “La coordinación entre el proceso colectivo de impugnación y los procesos individuales contra los despidos derivados del despido colectivo”, en VV.AA.: *Tratado de despido colectivo* (GODINO REYES, M., Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 755, donde se critica esta omisión, solo entendible en la línea de minimizar el papel de la autoridad laboral en el despido colectivo.

¹⁹⁴⁷ SÁEZ LARA, C.: *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, op. cit., p. 203.

tal y como indica el art. 124.8 LRJS, la modalidad procesal de impugnación colectiva del despido colectivo tendrá carácter urgente, pues la preferencia en el despacho de estos asuntos será absoluta sobre cualesquiera otros, salvo los de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas¹⁹⁴⁸. Es más, contra las resoluciones de tramitación que se dicten no cabrá recurso, salvo el de declaración inicial de incompetencia. Asimismo, en la idea de imprimir celeridad al procedimiento, para presentar la demanda colectiva no será necesario agotar ninguna de las formas de evitación del proceso contempladas en el Título V del Libro I de la LRJS (art. 124.5 LRJS).

Respecto a las especialidades procesales de la impugnación colectiva del despido colectivo, el art. 124.9 LRJS indica que admitida a trámite la demanda, el Letrado de la Administración de Justicia dará traslado de la misma al empresario demandado y le requerirá para que en el plazo de cinco días presente, preferiblemente en soporte informático, la documentación y las actas del período de consultas y la comunicación a la autoridad laboral del resultado del mismo. En ese mismo requerimiento, el Letrado de la Administración de Justicia 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. Esta notificación de la sentencia colectiva a las personas trabajadoras afectadas tendrá como fin que estas tengan conocimiento de la sentencia para que valoren la impugnación a nivel individual, en virtud de la eficacia de cosa juzgada, e incluso para que conozcan el *dies a quo* del plazo de caducidad de su acción (art. 124.13.b).1ª LRJS)¹⁹⁴⁹.

En caso de que la empresa se niegue a aportar la citada documentación, que será de utilidad al Tribunal para valorar el cumplimiento de los requisitos informativos y de buena fe negocial, o bien se niegue a informar a las personas trabajadoras afectadas sobre el proceso colectivo, el Letrado de la Administración de Justicia 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, y se podrán tener por ciertos a los efectos del juicio posterior los hechos que pretende acreditar la parte demandante. Además de toda la documentación que deberá de remitir el empresario, el Letrado de la Administración de la Justicia, al admitirse la demanda, acordará recabar de la autoridad laboral copia

¹⁹⁴⁸ No obstante, cuando se proceda a la impugnación colectiva por la eventual vulneración de derechos fundamentales o libertades públicas en virtud de la decisión de despido colectivo, la impugnación del despido colectivo gozará de la misma preferencia que cualquier otro acto o decisión que colisione con dichos derechos o libertades, debiéndose decantar la preferencia en la tramitación en estos casos de acuerdo con el orden de entrada de la demanda ante el órgano judicial. BALLESTER LAGUNA, F.: *La impugnación del despido colectivo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 25 y 26.

¹⁹⁴⁹ AGUSTÍ MARAGALL, J.: “La coordinación entre el proceso colectivo de impugnación y los procesos individuales contra los despidos derivados del despido colectivo”, *op. cit.*, p. 763, indica que si la notificación no se puede ejercitar en virtud de incumplimiento empresarial, el *dies a quo* se establecerá en la fecha en que se acredite o se infiera que los trabajadores afectados han podido tener conocimiento de la firmeza de la sentencia colectiva o de la conciliación alcanzada.

del expediente administrativo relativo al despido colectivo, teniendo acceso también el Tribunal, por tanto, al informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Según el art. 124.10 LRJS, en la misma resolución de admisión a trámite, el Letrado de la Administración de Justicia señalará el día y la hora en que haya de tener lugar la celebración del acto del juicio, que deberá producirse 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.

Como muestra también de la celeridad del procedimiento, la sentencia deberá de dictarse con premura¹⁹⁵⁰, dentro de los cinco días siguientes a la celebración del juicio (art. 124.11 LRJS). Asimismo, una vez firme la sentencia, esta deberá de notificarse a las partes, a las personas trabajadoras afectadas que han puesto en conocimiento del órgano judicial un domicilio a efectos de notificaciones y, a su vez, a la autoridad laboral, a la entidad gestora de la prestación por desempleo y a la Administración de la Seguridad Social cuando no hubieran sido parte en el proceso (art. 124.12 LRJS).

La sentencia colectiva, como ya se ha indicado, tendrá eficacia de cosa juzgada sobre los eventuales posteriores procesos de impugnación individual derivados del despido colectivo. En este sentido, la sentencia proveniente de la impugnación colectiva condicionará la calificación judicial y los efectos de los distintos despidos realizados a nivel individual en el procedimiento de despido colectivo.

En primer lugar, si la decisión de despido colectivo se declara ajustada a derecho por sentencia colectiva, ello equivale a que se ha cumplido con el procedimiento de despido colectivo previsto en el art. 51.2 ET y, a su vez, expresa que se ha acreditado la concurrencia de la causa para despedir. Por ello, tales extremos no pueden ser valorados de nuevo a nivel de impugnación individual¹⁹⁵¹ y, en consecuencia, el despido podrá ser declarado: procedente; improcedente, tan solo en el caso de se hayan incumplido los requisitos para la comunicación individual previstos en el art. 53.1 ET¹⁹⁵²; y, en última instancia, nulo si concurren causas específicas de nulidad individualizada, como las previstas en el art. 53.4 ET o por inobservancia de las reglas de prioridad de permanencia en la empresa.

¹⁹⁵⁰ TALÉNS VISCONTI, E.E.: “Artículo 124. Despidos colectivos por causas económicas, organizativas, técnicas o de producción”, en VV.AA.: *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social* (BLASCO PELLICER, Á. Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, p. 810.

¹⁹⁵¹ Además, si ya ha determinado la sentencia colectiva que no existe fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la decisión extintiva de despido colectivo o bien que no existe vulneración de derechos fundamentales o discriminación en su vertiente colectiva y, por ello, el despido colectivo es declarado ajustado a derecho, ello no se podrá alegar con posterioridad en la impugnación individual. *Ibidem*, pp. 817 y 818.

¹⁹⁵² Recuérdese que en los supuestos de despido colectivo no es necesario aportar copia de la comunicación individual a los representantes legales de los trabajadores (entre otras, STS de 7 de abril de 2016, rec. 426/2015).

En segundo lugar, la decisión extintiva será declarada no ajustada a derecho “cuando el empresario no haya acreditado la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación extintiva”. En estos casos, los despidos provenientes del procedimiento de despido colectivo serán declarados como improcedentes, a menos que concurra alguna de las causas de nulidad individuales expuestas con anterioridad. Los efectos de la declaración de improcedencia tras demanda a nivel individual serán los propios de los arts. 53.5 y 56 ET, esto es, la opción por parte del empresario (a menos que el afectado sea representante de los trabajadores) entre o bien la readmisión de la persona trabajadora afectada, más los salarios de tramitación y la devolución de la indemnización percibida; o bien la indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades, que en realidad será de cuantía inferior ya que se procederá a la compensación con la indemnización recibida en la comunicación individual (a salvo de que se inste el control de convencionalidad y la solicitud de una indemnización que sea reparadora y disuasoria según los estándares de la Carta Social Europea revisada).

Por último, la sentencia colectiva declarará nula decisión extintiva “únicamente”¹⁹⁵³: “cuando el empresario no haya realizado el período de consultas”, es decir, cuando se omita por completo este procedimiento por concurrir despido colectivo “de hecho” o porque exista mala fe negocial por parte de la empresa; por no haber entregado la documentación prevista en el art. 51.2 ET, o no se haya entregado por parte del empresario aquella documentación solicitada por el banco social, cuya utilidad o relevancia para la negociación haya sido acreditada¹⁹⁵⁴; cuando no se haya respetado el procedimiento establecido para el despido colectivo por fuerza mayor del art. 51.7 ET o no se haya obtenido la autorización judicial en caso de despido colectivo concursal; y, en último lugar, cuando la medida empresarial se haya efectuado en vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas. En este sentido, la sentencia colectiva declarará el derecho de los trabajadores afectados a la reincorporación en su puesto de trabajo, más el abono de los salarios dejados de percibir, aunque deberán de reintegrar la indemnización recibida junto con la carta de despido (art. 123 LRJS). Al ser posible en estos casos la ejecución directa de la sentencia en virtud del art. 247.2 LRJS¹⁹⁵⁵, las demandas individuales posteriores serán residuales y quedarán destinadas a aquellas

¹⁹⁵³ Esta precisión es introducida por el RD-ley 11/2013, convalidado por la Ley 1/2014, en un intento de aclarar de forma restrictiva las causas de nulidad de los despidos y acabar con el elevado número de nulidades declaradas en los primeros pronunciamientos judiciales tras la Reforma laboral de 2012. DESDENTADO BONETE, A.: “Problemas procesales del despido colectivo en la doctrina del Tribunal Supremo”, *op. cit.*, p. 527.

¹⁹⁵⁴ Entre otras, STS de 20 de octubre de 2021, rec. 87/2021.

¹⁹⁵⁵ El RD-ley 11/2013, posterior Ley 1/2014, ha introducido la posibilidad de que las sentencias colectivas que declaren la decisión de despido colectivo nula sean directamente ejecutables. Sobre los problemas generados en el ámbito procesal en torno a la ejecución de la sentencia colectiva de nulidad del despido colectivo, véase FALGUERA BARÓ, M.Á.: *El control judicial del despido colectivo*, Albacete, Bomarzo, 2016, pp. 166-183.

discrepancias que queden fuera del objeto del procedimiento ejecutorio, como puede ocurrir en relación con los datos individuales declarados en la sentencia colectiva ¹⁹⁵⁶.

8.2. La impugnación por los representantes de los trabajadores

El art. 124.1 LRJS expresa que “la decisión empresarial podrá impugnarse por los representantes legales de los trabajadores”, entendiendo por estos “todos los entes colectivos de representación que la propia norma sustantiva regula y a quienes confiere capacidad de negociación y de suscripción de acuerdos porque, a tales fines, ostentan la representación de los trabajadores” (STS de 18 de marzo de 2014, rec. 114/2013). Por ello, cualquier sujeto colectivo con capacidad de negociar el despido colectivo según el art. 41.4 ET, por remisión del art. 51.2 ET, tendrá en principio legitimación activa en el proceso de despido colectivo.

Naturalmente, el despido colectivo podrá ser impugnado por la representación unitaria (comité intercentros, comité de empresa o delegado/s de personal), excepto si tal representación ha firmado el acuerdo de despido colectivo, aunque si la impugnación se basa en la adopción del acuerdo con fraude, dolo, coacción o abuso de derecho se seguirá manteniendo la legitimación ¹⁹⁵⁷. Asimismo, tales órganos deberán de actuar conforme a las reglas generales de capacidad procesal y para ser parte ¹⁹⁵⁸: el comité de empresa deberá de comparecer por quien legalmente le represente y, a su vez, actuar como órgano colegiado, pues debe decidir el inicio de las acciones judiciales por la mayoría de sus miembros (art. 65.1 ET) ¹⁹⁵⁹; mientras que los delegados de personal, en tanto que se trata de un órgano mancomunado, igualmente deben de adoptar la decisión de impugnación colectiva por la mayoría de sus miembros, sin que se exija unanimidad ¹⁹⁶⁰.

Más allá de los representantes unitarios, también podrán impugnar los “representantes sindicales” (secciones y delegados sindicales o directamente el sindicato), siempre que estos tengan “implantación suficiente en el ámbito del despido colectivo”. La “implantación suficiente” es un concepto jurídico indeterminado que para su mejor comprensión es necesario acudir a la interpretación que han venido realizado los tribunales ¹⁹⁶¹. El Tribunal Supremo, a través de una labor muy casuística, parece asemejar la implantación suficiente con la acreditación de un nivel de afiliación adecuado en el ámbito de afectación del conflicto o con la presencia del sindicato

¹⁹⁵⁶ SÁEZ LARA, C.: *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, op. cit., p. 296.

¹⁹⁵⁷ BALLESTER LAGUNA, F.: *La impugnación del despido colectivo*, op. cit., p. 41.

¹⁹⁵⁸ SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA, J.M.: “El proceso de impugnación del despido colectivo. Legitimación activa y pasiva”, en VV.AA.: *Tratado de despido colectivo* (GODINO REYES, M., Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 562.

¹⁹⁵⁹ STS de 21 de enero de 2016, EDJ 9732.

¹⁹⁶⁰ STS de 25 de febrero de 2015, EDJ 45763.

¹⁹⁶¹ TALÉNS VISCONTI, E.E.: “Artículo 124. Despidos colectivos por causas económicas, organizativas, técnicas o de producción”, op. cit., p. 813.

en la representación unitaria¹⁹⁶². Esta implantación debe de valorarse teniendo en cuenta el “principio de correspondencia”, es decir, la adecuación entre el ámbito del conflicto colectivo y el marco de actuación de los sujetos colectivos, como así ocurre en la legitimación para interponer conflictos colectivos¹⁹⁶³. No obstante, siguiendo la actitud “proactiva” del legislador respecto a la intervención procesal de los sindicatos cuando se produce afectación de intereses colectivos, el Tribunal Supremo también ha determinado la legitimación activa de los sindicatos más representativos a nivel estatal y de sector en el caso de un despido colectivo de hecho donde no existe representación unitaria ni sindical y ni siquiera se ha aclarado la relación laboral de las personas afectadas por tratarse de un despido colectivo en un plataforma digital¹⁹⁶⁴. Por último, al igual que ocurre con la representación legal unitaria, aquellas secciones sindicales o sindicatos que hubieran firmado el acuerdo no podrán impugnar el despido colectivo, a menos que entiendan que concurren vicios en el consentimiento¹⁹⁶⁵.

El art. 124 LRJS no menciona qué ocurre cuando el despido colectivo se negocia con las comisiones *ad hoc* que prevé el art. 41.4 ET. No obstante, se trata de un extremo que ha sido interpretado por el Tribunal Supremo en su sentencia de 18 de marzo de 2014 (rec. 114/2013), en el sentido de admitir la posibilidad de que tales comisiones puedan impugnar colectivamente el despido colectivo¹⁹⁶⁶. Asimismo, la STS de 21 de abril de 2015 (rec. 311/2014) también ha admitido la legitimación activa de aquellas comisiones híbridas que se conforman en caso de que sean varios los centros de trabajo afectados, eso sí, siempre que concurra el acuerdo mayoritario de sus miembros para interponer la demanda (al igual que debe de ocurrir con las comisiones *ad hoc*). En cambio, los trabajadores individualmente considerados están excluidos de la impugnación colectiva del art. 124.1 LRJS¹⁹⁶⁷.

En cuanto a la legitimación pasiva, además de a la empresa afectada que ha realizado el despido colectivo, los representantes también deberán de demandar a los

¹⁹⁶² SSTs de 20 de julio de 2016, EDJ 110881; de 6 de junio de 2011, EDJ 131425; de 19 de julio de 2016, EDJ 140344; de 21 de octubre de 2014, EDJ 237205; 25 de febrero de 2015, EDJ 51861; 24 de junio de 2014, EDJ 166664; de 17 de junio de 2015, EDJ 136116; de 21 de octubre de 2015, EDJ 205862; y de 18 de mayo de 2022, EDJ 586377.

¹⁹⁶³ SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA, J.M.: “El proceso de impugnación del despido colectivo. Legitimación activa y pasiva”, *op. cit.*, pp. 565-567, con cita, entre otras, de la STS de 2 de julio de 2012, rec. 2086/2011, por la que se negó la legitimación activa para interponer demanda de conflicto colectivo sobre un asunto que afectaba a varios centros de trabajo por parte de una sección sindical que no acreditó estar constituida con ámbito de actuación para los diversos centros afectados.

¹⁹⁶⁴ MARTÍNEZ MOYA, J.: “Legitimación activa de los sindicatos para impugnar un despido colectivo de hecho en empresa de reparto a través de plataformas digitales: interpretación de la legitimación procesal en clave constitucional y como presupuesto del proceso”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, N.º 8, 2022, comentando la STS 684/2022, de 20 de julio de 2022, dictada en Pleno.

¹⁹⁶⁵ SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA, J.M.: “El proceso de impugnación del despido colectivo. Legitimación activa y pasiva”, *op. cit.*, p. 568.

¹⁹⁶⁶ Entender lo contrario implicaría que las empresas o centros de trabajo sin representación no tuvieran la capacidad de impugnar las decisiones empresariales extintivas de carácter colectivo, vaciando el derecho a la tutela judicial efectiva desde la perspectiva colectiva. *Ibidem*, pp. 569 y 570.

¹⁹⁶⁷ STS de 18 de marzo de 2014 (rec. 114/2013).

firmantes del acuerdo que pone fin al procedimiento de despido colectivo, en caso de que este exista (art. 124.4 LRJS). Si se trata de un supuesto de grupos de empresas a efectos laborales, será necesario igualmente demandar a las restantes empresas cuando se pretenda la condena solidaria (STS de 18 de marzo de 2014, rec. 114/2013) ¹⁹⁶⁸.

La demanda colectiva deberá de presentarse en el plazo de caducidad de veinte días, aunque el *dies a quo* se fijará en un momento diferente en función de que el procedimiento termine con acuerdo o no ¹⁹⁶⁹. Según el art. 124.6 LRJS, si existe acuerdo la demanda deberá de presentarse en el plazo de veinte días desde la fecha de la conclusión formal de tal acuerdo en el periodo de consultas ¹⁹⁷⁰. Por otro lado, en caso de desacuerdo, el plazo de caducidad empieza a computarse desde la notificación a los representantes de los trabajadores de la decisión empresarial del despido colectivo. En este último supuesto, recuérdese que la empresa tiene un plazo de quince días desde la última reunión en consultas para comunicar su decisión de despido colectivo (art. 51.2 ET y art. 12 RPDC). Una comunicación final que deberá de trasladarse a todas las partes de la comisión representativa de los trabajadores (*v.gr.*: secciones sindicales) ¹⁹⁷¹ y que deberá de ser clara y terminante, poniendo en evidencia su voluntad de despedir ¹⁹⁷². Si no se produce la notificación a los representantes, el *dies a quo* se fijará atendiendo al momento en que se tenga conocimiento de la decisión final del empleador, como por ejemplo cuando se inicien las comunicaciones individuales de despido ¹⁹⁷³. En caso de despidos colectivos de hecho, el plazo de caducidad deberá computarse desde que se produzca la extinción contractual que supere los umbrales del art. 51 ET (STS de 24 de enero de 2020, rec. 148/2019). En definitiva, en condiciones normales de despido colectivo, se recomienda una reacción rápida frente al despido, ya que se trata de un plazo de caducidad de veinte días “estrictos”, en el sentido de que no existe conciliación previa ni suspensión del plazo por este motivo, de modo que el plazo transcurre más rápido incluso que en los despidos individuales ¹⁹⁷⁴.

Los motivos de la demanda en la impugnación colectiva quedan delimitados por el art. 124.2 LRJS. Estos se pueden subdividir ¹⁹⁷⁵ en aspectos relacionados con la forma o procedimiento (cuando no se haya realizado el periodo de consultas o entregado la documentación prevista en el art. 51.2 ET, así como cuando no se haya respetado el procedimiento previsto en el art. 51.7 ET para el despido colectivo por fuerza mayor

¹⁹⁶⁸ TALÉNS VISCONTI, E.E.: “Artículo 124. Despidos colectivos por causas económicas, organizativas, técnicas o de producción”, *op. cit.*, p. 814.

¹⁹⁶⁹ Sobre los problemas aplicativos del plazo de caducidad para la acción colectiva del despido colectivo véase FALGUERA BARÓ, M.Á.: *El control judicial del despido colectivo*, *op. cit.*, pp. 161-165.

¹⁹⁷⁰ SSTs de 19 de marzo de 2014 (rec. 226/2013); de 25 de junio de 2014 (rec. 247/2013); de 22 de abril de 2015 (rec. 14/2014) y de 16 de marzo de 2022 (rec. 249/2021).

¹⁹⁷¹ SAN de 22 de octubre de 2014, número de actuaciones 213/2014.

¹⁹⁷² SAN de 18 de julio de 2014, número de actuaciones 136/2014.

¹⁹⁷³ STSJ de Madrid de 23 de octubre de 2013, número de actuaciones 1530/2013.

¹⁹⁷⁴ TALÉNS VISCONTI, E.E.: “Artículo 124. Despidos colectivos por causas económicas, organizativas, técnicas o de producción”, *op. cit.*, p. 821.

¹⁹⁷⁵ BALLESTER LAGUNA, F.: *La impugnación del despido colectivo*, *op. cit.*, p. 60.

o no se haya obtenido la autorización del despido colectivo por el juez del concurso); por fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la adopción de la decisión extintiva; por vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas¹⁹⁷⁶; y, por último, por falta de concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación escrita, con independencia de que exista acuerdo¹⁹⁷⁷. Lógicamente por esta vía se puede impugnar la realización de despido colectivo de hecho, esto es, al margen del procedimiento de despido colectivo (SSTS de 25 de noviembre de 2013, rec. 52/2013, y de 21 de julio de 2015, rec. 370/2014), aunque si esta pretensión se basa en la extinción de contratos temporales eventualmente fraudulentos, esta situación debe de valorarse de forma individualizada y, por ello, la demanda debe de tramitarse por la modalidad procesal del despido disciplinario o de la extinción por causas objetivas (SSTS de 22 de diciembre de 2016, rec. 10/2016; de 22 de noviembre de 2018, rec. 67/2018; y de 30 de noviembre de 2022, rec. 132/2020).

Ahora bien, como precisa el art. 124.2 LRJS, en ningún caso podrán ser objeto de este proceso las pretensiones relativas a la inaplicación de las reglas de prioridad de permanencia previstas legal o convencionalmente o establecidas en el acuerdo adoptado en el período de consultas (SSTS de 21 de mayo de 2014, rec. 182/2013; y de 23 de septiembre de 2014, rec. 231/2013). Tales pretensiones deberán de ser objeto de impugnación individual, según las reglas previstas en el art. 124.13 LRJS, al igual que el resto de situaciones que tengan una afectación a nivel individual y no colectiva, como supuestos de nulidad por discriminación (STS de 25 de marzo de 2015, rec. 295/2014), irregularidades en materia de la comunicación individual del despido colectivo (STS de 23 de septiembre de 2014, rec. 231/2013) o la falta de abono de la indemnización correspondiente (STS de 22 de junio de 2020, rec. 195/2019).

8.3. La impugnación por la propia empresa

En caso de que no se produzca impugnación colectiva por parte de los representantes de los trabajadores se abre la posibilidad de que el empresario pueda obtener una confirmación judicial de su decisión extintiva, para así evitar la pluralidad de resultados de las eventuales impugnaciones judiciales individuales¹⁹⁷⁸. En efecto, el art. 124.3 LRJS permite esta acción, ciertamente especial y *sui generis*, que posibilita que la empresa pueda plantear una demanda solicitando al juez la convalidación de su decisión de despido, con la finalidad de obtener una sentencia declarativa que despliegue el efecto de cosa juzgada sobre las posibles demandas de despido individuales futuras.

¹⁹⁷⁶ En este motivo de impugnación solo pueden tener cabida pretensiones relativas a vulneraciones de derechos fundamentales que tengan relevancia colectiva, esto es, que afecten a la totalidad del procedimiento y no a una o varias personas trabajadoras en particular. Así ocurre con el diseño de criterios de selección de trabajadores basados sobre motivos discriminatorios por razón de libertad sindical, género o discapacidad. TORMOS PÉREZ, J.A.: "Impugnación jurisdiccional del despido colectivo: especial referencia a los criterios de selección", *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, Vol. 11, N.º 1, 2021, pp. 267 y ss.

¹⁹⁷⁷ SSTS de 13 de julio de 2017 (rec. 25/2017) y de 8 de noviembre de 2017 (rec. 134/2017).

¹⁹⁷⁸ Para ROMERO SÁNCHEZ, I.: *El despido colectivo. Evolución normativa y régimen jurídico*, op. cit., p. 162, la legitimación empresarial activa tiene un carácter subsidiario o de segundo grado.

Una vía de impugnación que se asemeja a la conocida en otro tiempo como “acción de jactancia”¹⁹⁷⁹.

En definitiva, esta modalidad de impugnación prevista en el art. 124.3 LRJS, e introducida de forma novedosa por la Ley 3/2012, busca alcanzar una solución homogénea para las distintas personas trabajadoras afectadas, en defecto de sentencia colectiva a instancia de los representantes de los trabajadores. Con esta medida se pretende aportar seguridad jurídica a la hora de emitir un pronunciamiento general que impida que la ausencia de un criterio unitario sobre la calificación del despido pueda desencadenar en un cúmulo de sentencias contradictorias a nivel individual¹⁹⁸⁰. En otras palabras, a través de esta acción la empresa persigue que se declare la decisión de despido colectivo ajustada a derecho, en el sentido de que se ha cumplido con la causa y con el correspondiente procedimiento, para que posteriormente ello no pueda ser objeto de discusión en cada una de las impugnaciones individuales que se presenten, las cuales tendrán suspendido el plazo de caducidad mientras se sustancie esta especie de “acción de jactancia”¹⁹⁸¹.

En cuanto a las reglas de legitimación activa y pasiva, estas se invierten respecto a la impugnación por parte de los representantes de los trabajadores del art. 124.1 LRJS. Esto es, ostentará la legitimación activa el empleador (o las distintas empresas del grupo si se pretende su corresponsabilidad) y, en cambio, tendrán legitimación pasiva para intervenir en el proceso todos aquellos sujetos que hayan podido impugnar colectivamente el despido colectivo y aun así no lo hayan hecho (representantes unitarios o sindicales con implantación suficiente, comisiones *ad hoc*, híbridas...), con excepción de quienes hayan formado parte del acuerdo¹⁹⁸². No se podrá demandar a las personas trabajadoras individualmente consideradas (STS de 26 de diciembre de 2013, rec. 28/2013), salvo en el supuesto muy excepcional de que estos hayan sido los que negociaron directamente el despido colectivo ante la ausencia de representación y de comisiones *ad hoc* (STS de 23 de marzo de 2015, rec. 287/2014).

El control judicial instado por el empresario de la decisión extintiva cuando no ha existido acuerdo es una cuestión que no ha suscitado controversia, a diferencia de cuando el despido colectivo se produce con el pacto de los representantes de los trabajadores. En este caso, la empresa carece de acción cuando el despido colectivo ha finalizado con acuerdo y no existe ningún sujeto colectivo que se oponga a dicha

¹⁹⁷⁹ Según el *Diccionario panhispánico del español jurídico* de la RAE, acción es jactancia es la “acción que se dirige a obligar a quien, mediante actos, palabras o el mero silencio, pone en duda la existencia de un derecho ajeno a que ejercite en plazo determinado las acciones que le correspondan o, de no hacerlo, mantenga definitivo silencio en cuanto al supuesto derecho”. Para SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA, J.M.: “El proceso de impugnación del despido colectivo. Legitimación activa y pasiva”, *op. cit.*, p. 577, la acción de jactancia tiene su origen en la Ley de Partidas del Rey Alfonso X, sin que la posibilidad de impugnación empresarial que recoge el art. 124.3 LRJS goce en forma plena de las particularidades de dicha acción.

¹⁹⁸⁰ SÁEZ LARA, C.: *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, *op. cit.*, pp. 284 y 285.

¹⁹⁸¹ TALÉNS VISCONTI, E.E.: “Artículo 124. Despidos colectivos por causas económicas, organizativas, técnicas o de producción”, *op. cit.*, p. 811.

¹⁹⁸² BALLESTER LAGUNA, F.: *La impugnación del despido colectivo*, *op. cit.*, p. 144.

medida extintiva, ya que no es posible extender los efectos positivos de cosa juzgada a los procesos individuales cuando no ha existido una contradicción real en el proceso colectivo¹⁹⁸³ (SSTS de 26 de diciembre de 2013, rec. 28/2013; de 22 de diciembre de 2014, rec. 81/2014; y de 1 de marzo de 2016, rec. 189/2015). No obstante, este “cuasiallanamiento” también es de difícil comprobación hasta que no se llegue al juicio, e incluso al trámite de conclusiones, como puede ocurrir si, por ejemplo, el sindicato que no ha firmado el acuerdo se pliega a las peticiones de la demanda en este momento procesal¹⁹⁸⁴.

El art. 124.3 LRJS parece dar a entender que cuando se haya impugnado de oficio por la autoridad laboral el despido colectivo no se podrá interponer impugnación por parte del empresario, habida cuenta de su carácter subsidiario¹⁹⁸⁵. Sin embargo, esta conclusión puede ser rechazada si se acude al apartado séptimo del art. 124 LRJS, donde se recoge que la autoridad laboral podrá ser parte en el proceso incoado por el empresario, cuya sentencia tendrá eficacia de cosa juzgada sobre la impugnación de oficio. De este modo, puede ocurrir que primero tenga lugar la demanda presentada por la autoridad laboral y con posterioridad la denominada “acción de jactancia” del empleador o viceversa, pero en cualquier caso el pleito planteado por el empresario deberá de resolverse antes que la demanda de oficio, suspendiéndose la tramitación de esta última¹⁹⁸⁶.

El plazo de caducidad de 20 días de la acción nace tras el transcurso del plazo para la interposición de la demanda por parte de los representantes de los trabajadores. Esto es, la empresa podrá impugnar su propio despido colectivo en los 20 días siguientes después de que hayan transcurrido 20 días desde la fecha de conclusión del acuerdo o de la notificación de la decisión final de despido colectivo.

8.4. La impugnación por la autoridad laboral

En cuanto a la impugnación por parte de la autoridad laboral del despido colectivo, el art. 51.6 ET reconoce que “la autoridad laboral podrá impugnar los acuerdos adoptados en el periodo de consultas cuando estime que estos se han alcanzado mediante fraude, dolo, coacción o abuso de derecho a efectos de su posible declaración de nulidad, así como cuando la entidad gestora de las prestaciones por desempleo hubiese informado de que la decisión extintiva empresarial pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo” (véase, en el mismo sentido, el art. 148.b) LRJS¹⁹⁸⁷).

¹⁹⁸³ TALÉNS VISCONTI, E.E.: “Artículo 124. Despidos colectivos por causas económicas, organizativas, técnicas o de producción”, *op. cit.*, p. 816.

¹⁹⁸⁴ FALGUERA BARÓ, M.Á.: *El control judicial del despido colectivo*, *op. cit.*, pp. 159-161.

¹⁹⁸⁵ SÁEZ LARA, C.: *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, *op. cit.*, pp. 284 y 285.

¹⁹⁸⁶ BALLESTER LAGUNA, F.: *La impugnación del despido colectivo*, *op. cit.*, p. 150.

¹⁹⁸⁷ “El proceso podrá iniciarse de oficio como consecuencia: (...) b) De los acuerdos de la autoridad laboral competente, cuando ésta apreciara fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión de los acuerdos de suspensión, reducción de la jornada o extinción a que se refieren

De este modo, la legislación sustantiva y procesal reconoce tan solo dos motivos que pueden ser objeto de impugnación por parte de la autoridad laboral (la existencia de vicios en la conclusión del acuerdo o la obtención indebida de prestaciones a causa de inexistencia de situación legal de desempleo), lo cual implica que la sentencia no puede juzgar cuestiones distintas a estas materias¹⁹⁸⁸. Se trata de una vía de control de la legalidad del despido colectivo, subordinada a las demandas planteadas por los representantes de los trabajadores y por la empresa que, como se ha analizado, tendrán eficacia suspensiva y de cosa juzgada sobre el proceso de oficio¹⁹⁸⁹.

Respecto al primer grupo de causas de impugnación, los tribunales han venido entendiendo que el dolo se refiere a aquella conducta voluntaria e intencionada de una de las partes que provoca, con maquinaciones insidiosas, que la otra suscriba un acuerdo que, de no haber mediado aquella conducta antijurídica, no se hubiera producido; que la coacción o intimidación es la utilización de un acto injusto para ejercer sobre el otro una coacción o fuerza moral que es capaz, por la inminencia del daño o por perjuicio que pudiera originar, de influir en el ánimo induciendo a omitir una declaración de voluntad no deseada y contraria a sus propios intereses; que el abuso de derecho es el ejercicio del derecho que se realiza de un modo anormal y que no va dirigido a la satisfacción de un interés legítimo del titular del derecho, sino que se pretende otra cosa distinta que además conlleva un daño a un tercero; y, finalmente, que el fraude de ley vendría determinado por la realización de uno o varios actos productores de un resultado contrario a una ley, que aparece amparado por otra ley dictada con una finalidad diferente¹⁹⁹⁰.

Por otro lado, si la entidad gestora de las prestaciones por desempleo informa a la autoridad laboral de que la decisión de despido colectivo puede tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por desempleo, ante la inexistencia de situación legal de desempleo, la autoridad laboral podrá también impugnar de oficio la decisión empresarial de despedir (aquí no se exige necesariamente que exista acuerdo). En este sentido, la autoridad laboral actúa como garante del interés público, ya que se le otorga a la Administración un papel de control del impacto de la medida sobre el gasto público en relación con la percepción indebida de prestaciones por desempleo¹⁹⁹¹.

El plazo para la impugnación de oficio no viene establecido en la ley procesal, lo cual ha venido suscitando dudas en la doctrina científica. Así, algunos autores han

el artículo 47 y el apartado 6 del artículo 51 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y los remitiera a la autoridad judicial a efectos de su posible declaración de nulidad. Del mismo modo actuará la autoridad laboral cuando la entidad gestora de la prestación por desempleo hubiese informado que la decisión extintiva de la empresa pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados, por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo”.

¹⁹⁸⁸ ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, op. cit., p. 298.

¹⁹⁸⁹ BALLESTER LAGUNA, F.: *La impugnación del despido colectivo*, op. cit., p. 161.

¹⁹⁹⁰ ROMERO SÁNCHEZ, I.: *El despido colectivo. Evolución normativa y régimen jurídico*, op. cit., pp. 179 y 180 con cita en STS de 15 de julio de 1994 o STSJ de la Rioja de 24 de abril de 1992.

¹⁹⁹¹ SÁEZ LARA, C.: *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, op. cit., pp. 88 y 89.

venido defendiendo que se aplique el plazo de caducidad de 20 días para la acción por parte de los representantes de los trabajadores (art. 124.6 LRJS)¹⁹⁹² y, en concreto, que el *dies a quo* sea el día siguiente a la notificación de la comunicación final a la autoridad laboral, siguiendo lo establecido en el art. 51.2 ET y art. 12 RPDC¹⁹⁹³. En cambio, el Tribunal Supremo ha determinado en su sentencia de 21 de enero de 2021 (rec. 118/2020) que el día inicial del cómputo de caducidad de la impugnación de oficio debe de establecerse cuando se cumpla el período de quince días que tiene la ITSS para emitir su informe, el cual comienza tras la comunicación final del despido colectivo enviada a la autoridad laboral.

En cuanto a los sujetos legitimados, la legitimación activa corresponde lógicamente a la autoridad laboral competente que haya intervenido en el procedimiento de despido colectivo (véase el art. 25 RPDC), mientras que la legitimación pasiva recae sobre el empresario y sobre los representantes de los trabajadores firmantes del acuerdo, en el caso de que exista acuerdo y lo que se pretenda sea su nulidad. También se infiere que los trabajadores afectados serán partes legitimadas (algo que no ocurre en la impugnación colectiva o en la acción de jactancia) por el hecho de tener que consignar en la demanda los “datos identificativos de los trabajadores afectados y sus domicilios” (art. 149.1 LRJS) y por mor de que el proceso “se seguirá de oficio, aun sin asistencia de los trabajadores perjudicados, a los que se emplazará al efecto y una vez comparecidos tendrán la consideración de parte, si bien no podrán desistir ni solicitar la suspensión del proceso” (art. 150.2.a) LRJS)¹⁹⁹⁴.

Para evitar contradicción entre diversas sentencias, si se presenta demanda de oficio con posterioridad o con anterioridad¹⁹⁹⁵ a la impugnación de carácter colectiva promovida por los representantes de los trabajadores (o por el empresario), se suspenderá la primera hasta que se resuelva la impugnación colectiva. En este supuesto, la autoridad laboral estará legitimada para ser parte en el proceso incoado por los representantes de los trabajadores o por el empresario, donde podrá sostener que el acuerdo alcanzado en el período de consultas se ha obtenido mediante dolo, coacción, fraude o abuso de derecho o que la decisión extintiva enmascara una obtención indebida de las prestaciones por desempleo. En efecto, la sentencia colectiva, una vez sea firme, tendrá eficacia de cosa juzgada sobre el proceso de oficio pendiente de resolución (art. 124.7 LRJS). Sin embargo, esta solución puede dar lugar a problemas de coordinación si la pretensión esgrimida por los representantes de los trabajadores o por el empresario no coincide en absoluto con la pretensión de la autoridad laboral y, esta última, no se persona en el proceso colectivo o no se le permite plantear *ex novo*

¹⁹⁹² *Ibidem*, p. 282 con cita en CAVAS MARTÍNEZ, F.: “El procedimiento de impugnación del despido colectivo tras la reforma laboral de 2012”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, N.º 2, 2013.

¹⁹⁹³ BALLESTER LAGUNA, F.: *La impugnación del despido colectivo*, op. cit., p. 167.

¹⁹⁹⁴ CAVAS MARTÍNEZ, F.: “La legitimación en el proceso de impugnación del despido colectivo del art. 124 LRJS”, *Revista de Derecho social y empresa*, N.º 9, 2018, pp. 25 y 26.

¹⁹⁹⁵ Es un supuesto que no se da con mucha habitualidad en la práctica pero para el que la Ley no prevé solución, por lo que debe de interpretarse el igual efecto suspensivo de la demanda de oficio en tanto no se resuelva la demanda colectiva. SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA, J.M.: “El proceso de impugnación del despido colectivo. Legitimación activa y pasiva”, op. cit., p. 583.

nuevas cuestiones no suscitadas por las partes con legitimación activa. Para algunos autores quizá hubiera sido más adecuado acudir a la acumulación de procesos y, en concreto, a lo que se establece en el art. 30.1 LRJS: “[s]e acordará también, de oficio o a instancia de parte, la acumulación de procesos que estuvieren 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”¹⁹⁹⁶.

Cabe destacar que la norma procesal no contempla que la impugnación de oficio tenga un efecto suspensivo ni eficacia de cosa juzgada sobre las distintas demandas individuales de despido colectivo. Ahora bien, si se declara como nulo el despido colectivo tras la demanda presentada por la autoridad laboral por concurrir dolo, fraude, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo ello comportará la nulidad de los despidos posteriores al concurrir un vicio grave y relevante de procedimiento que el art. 124 LRJS sanciona también con la nulidad del despido colectivo y sus respectivos efectos de readmisión y abono de lo dejado de percibir. Lo mismo ocurre si se declara la nulidad de la decisión extintiva por tener como objeto la obtención indebida de prestaciones por desempleo¹⁹⁹⁷. Sin embargo, al no estar garantizada la eficacia de cosa juzgada, sobre todo si las demandas individuales se sustancian con anterioridad a la resolución del proceso de oficio, la posibilidad de que existan sentencias contradictorias entre sí está servida, ya que la personación de las personas trabajadoras afectadas en la impugnación de oficio (art. 149 LRJS) o la acumulación de los procesos individuales en curso al procedimiento de oficio (art. 31 LRJS) tampoco están garantizados. Se propone de *lege ferenda* modificar las reglas de coordinación para que la impugnación por parte de la autoridad laboral suspenda la tramitación de los procesos individuales hasta que no recaiga sentencia¹⁹⁹⁸; una opción que ya se prevé con carácter general en el art. 86.4 LRJS, aunque previa petición de ambas partes y siempre que el objeto principal de la impugnación individual vaya a ser resuelto por el proceso de oficio¹⁹⁹⁹.

8.5. La impugnación individual por las personas trabajadoras afectadas

Entre las distintas vías de impugnación que reconoce el art. 124 LRJS, el apartado 13 establece la posibilidad de que los trabajadores a nivel individual puedan impugnar su propio despido, el cual está enmarcado en un procedimiento de despido colectivo. Con ello se busca garantizar la tutela judicial efectiva del trabajador individualmente afectado, ya que en la modalidad de impugnación colectiva no se le reconoce legitimidad activa. Así, la impugnación individual se configura como el mecanismo de

¹⁹⁹⁶ BALLESTER LAGUNA, F.: *La impugnación del despido colectivo*, op. cit., pp. 171 y 172.

¹⁹⁹⁷ SÁEZ LARA, C.: *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, op. cit., pp. 283 y 284.

¹⁹⁹⁸ BALLESTER LAGUNA, F.: *La impugnación del despido colectivo*, op. cit., pp. 169 y 170.

¹⁹⁹⁹ AGUSTÍ MARAGALL, J.: “La coordinación entre el proceso colectivo de impugnación y los procesos individuales contra los despidos derivados del despido colectivo”, op. cit., p. 755.

control judicial de la fase individual del despido, esto es, aquella en la que el empresario, tras el correspondiente acuerdo o decisión empresarial, comunica individualmente a cada persona trabajadora afectada su despido conforme a las reglas del art. 53.1 ET (por remisión del art. 51.4 ET)²⁰⁰⁰. En definitiva, mientras que la impugnación colectiva se dirige a la “decisión de despido colectivo”, esté basada o no en un acuerdo, el objeto de la impugnación individual se circunscribe a la manifestación o concreción de aquella decisión de despido colectivo en un determinado despido (STS de 20 de septiembre de 2013, rec. 11/2013)²⁰⁰¹.

Esta demanda individual promovida por las personas trabajadoras afectadas es el último eslabón de la tramitación procesal del despido colectivo²⁰⁰². En efecto, esta impugnación se sustanciará conforme al procedimiento previsto en los arts. 120-123 LRJS, pero con las especialidades que recoge el art. 124.13 LRJS, habida cuenta de su inclusión en la modalidad procesal del despido colectivo. Se trata de una vía de impugnación de contornos y regulación ciertamente complejos puesto que hay que tener en cuenta hasta cuatro fuentes reguladoras: 1) las especialidades previstas en el art. 124.13 LRJS; 2) la impugnación colectiva regulada en los apartados 1-12 del art. 124 LRJS en virtud de la necesaria coordinación entre ambas impugnaciones; 3) la regulación de la impugnación de la extinción por causas objetivas prevista en los arts. 120-123 LRJS; 4) y la modalidad procesal general del despido disciplinario (arts. 103-113), por remisión del art. 120 LRJS²⁰⁰³.

Atendiendo a esta especial configuración, la demanda individual de despido colectivo deberá de presentarse ante el Juzgado de lo Social (art. 6.1 LRJS), y no ante los Tribunales Superiores de Justicia o la Audiencia Nacional como ocurre en el caso de la impugnación colectiva. Respecto a la competencia territorial y a las reglas que establece el art. 10 LRJS, el Juzgado de lo Social que conocerá de la demanda será, en términos generales, el del lugar de prestación de los servicios o el del domicilio del demandado, a elección del demandante. Las demandas individuales podrán ser objeto de acumulación según las reglas previstas en la LRJS (arts. 25-32). Asimismo, a diferencia de lo que sucede con la impugnación colectiva (art. 124.5 LRJS), para la impugnación individual del despido colectivo sí que será necesario agotar alguna de las formas de evitación del proceso previstas en el título V del libro primero de la LRJS²⁰⁰⁴.

Dicho lo anterior, la impugnación individual deberá de respetar en su tramitación las especialidades que fija el art. 124.13 LRJS, las cuales quedan diferenciadas en función de que haya existido anterior impugnación colectiva o no, dando lugar a dos “submodalidades” de impugnación a nivel individual: la impugnación individual “no

²⁰⁰⁰ TORMOS PÉREZ, J.A.: “Impugnación jurisdiccional del despido colectivo: especial referencia a los criterios de selección”, *op. cit.*, pp. 271 y 272.

²⁰⁰¹ AGUSTÍ MARAGALL, J.: “La coordinación entre el proceso colectivo de impugnación y los procesos individuales contra los despidos derivados del despido colectivo”, *op. cit.*, p. 752.

²⁰⁰² Es expresión de BALLESTER LAGUNA, F.: *La impugnación del despido colectivo*, *op. cit.*, p. 179.

²⁰⁰³ AGUSTÍ MARAGALL, J.: “La coordinación entre el proceso colectivo de impugnación y los procesos individuales contra los despidos derivados del despido colectivo”, *op. cit.*, p. 749.

²⁰⁰⁴ SÁEZ LARA, C.: *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, *op. cit.*, p. 291.

subordinada” (art. 124.13.a) LRJS) y la “subordinada” a la impugnación colectiva (art. 124.13.b) LRJS)²⁰⁰⁵.

La primera de las especialidades se refiere al plazo de caducidad de la acción. De este modo, mientras que en la submodalidad “no subordinada” el plazo de caducidad dará comienzo una vez transcurrido el plazo de caducidad de veinte días para el ejercicio de la acción por los representantes de los trabajadores recogido en el art. 124.6 LRJS; en cambio, cuando se haya impugnado de forma colectiva previamente el despido colectivo, el plazo de caducidad para la impugnación individual comenzará a computar desde la firmeza de la sentencia dictada en el proceso colectivo, o, en su caso, desde la conciliación judicial. En este último caso, se pueden interponer demandas individuales con anterioridad al fin del proceso colectivo, aunque tales demandas tras su admisión serán suspendidas en su tramitación hasta que recaiga sentencia colectiva (STS de 28 de febrero de 2018, rec. 1033/2016)²⁰⁰⁶.

En cuanto a las pretensiones posibles a incluir en las demandas individuales, estas varían en función de que haya existido o no impugnación colectiva previa y, por tanto, eficacia de cosa juzgada. En términos generales, ambas vías de impugnación individual están destinadas principalmente al control de los despidos llevados a cabo por la empresa en la fase individual del despido colectivo y, por lo tanto, se referirán a cuestiones de carácter individual, como son las pretensiones relativas al cumplimiento de los requisitos formales del despido según el art. 53.1 ET (principalmente entrega de la carta de despido e indemnización legal de 20 días por año de servicio), la aplicación discriminatoria o con vulneración de derechos fundamentales de los criterios de selección, su aplicación incorrecta o bien el incumplimiento de las reglas de prioridad de permanencia²⁰⁰⁷, además de todas aquellas causas de nulidad de despido “generales” previstas en el art. 53.4 ET²⁰⁰⁸.

En efecto, el art. 124.2 LRJS excluye del proceso colectivo el estudio del incumplimiento de las reglas de prioridad de permanencia legales, convencionales o previstas en el acuerdo de despido, ya que dicha pretensión deberá de incluirse en la impugnación individual. Es más, el art. 124.13.a).2ª LRJS recoge una regla de litisconsorcio pasivo necesario por la que en estos casos también deberán de ser

²⁰⁰⁵ AGUSTÍ MARAGALL, J.: “La coordinación entre el proceso colectivo de impugnación y los procesos individuales contra los despidos derivados del despido colectivo”, *op. cit.*, pp. 755 y ss.

²⁰⁰⁶ Para TALÉNS VISCONTI, E.E.: “Artículo 124. Despidos colectivos por causas económicas, organizativas, técnicas o de producción”, *op. cit.*, p. 817, el precepto legal no condiciona el ejercicio individual de la acción por despido a la terminación del proceso colectivo, ya que lo que hace es, simplemente, fijar el momento en el que empieza a correr el plazo de caducidad de tal acción.

²⁰⁰⁷ TORMOS PÉREZ, J.A.: “Impugnación jurisdiccional del despido colectivo: especial referencia a los criterios de selección”, *op. cit.*, pp. 273 y 274, donde se destaca que, si bien la aplicación discriminatoria o con vulneración de derechos fundamentales de los criterios de selección o el incumplimiento de las reglas de prioridad de permanencia dan lugar a la nulidad del despido, la aplicación incorrecta de los criterios de selección serán causa de improcedencia del despido.

²⁰⁰⁸ Véase art. 122.2 LRJS, que también se refiere a la nulidad de aquellas extinciones contractuales que se hayan efectuado en fraude de ley, eludiendo las normas establecidas para los despidos colectivos, en los casos a que se refiere el último párrafo del artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores.

demandados aquellos trabajadores que se hayan visto beneficiados por la “preferencia” (prioridad de permanencia) y respecto a los que se considere con mejor derecho. Una regla de litisconsorcio pasivo necesario que solo se refiere a la modalidad de impugnación individual “no subordinada” y que, ante el silencio del legislador²⁰⁰⁹, debe de ser extendida por analogía a la modalidad de impugnación subordinada a la impugnación colectiva previa²⁰¹⁰. En casos de incumplimiento de la prioridad de permanencia el despido será declarado nulo, aunque dicha nulidad “no afectará a las extinciones que dentro del mismo despido colectivo hayan respetado las prioridades de permanencia”²⁰¹¹.

Lógicamente, si no se han analizado previamente las cuestiones de “carácter colectivo” en proceso colectivo, por no haber existido impugnación colectiva, la persona trabajadora a nivel individual puede incluir tales cuestiones en su demanda, tal y como indica el art. 124.13.a) LRJS en su tercera regla específica al expresar que, en estos supuestos, se podrá requerir la nulidad del despido “únicamente cuando el empresario no haya realizado el periodo de consultas o entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores o no haya respetado el procedimiento establecido en el artículo 51.7 del mismo texto legal, o cuando no se hubiese obtenido la autorización judicial del juez del concurso, en los supuestos en que esté legalmente prevista”. De este modo, en ausencia de impugnación colectiva se da la oportunidad a los trabajadores afectados de plantear la nulidad del despido individual por defectos cometidos en la tramitación del despido colectivo²⁰¹² o bien de plantear la improcedencia por falta de concurrencia de la causa aun cuando exista acuerdo²⁰¹³.

En cambio, estas cuestiones de carácter colectivo, en principio, no podrán ser analizadas en proceso individual si ha mediado con anterioridad impugnación colectiva (modalidad de impugnación individual “subordinada”). El art. 124.13.b).2ª indica que “la sentencia firme o el acuerdo de conciliación judicial tendrán eficacia de cosa juzgada sobre los procesos individuales, por lo que el objeto de dichos procesos quedará limitado a aquellas cuestiones de carácter individual que no hayan sido objeto de la demanda formulada a través del proceso regulado en los apartados anteriores”. Por ello, si ya se ha discutido sobre los aspectos procedimentales o formales del despido

²⁰⁰⁹ El RD-ley 11/2013 también ha suprimido la regla de litisconsorcio pasivo necesario respecto a los representantes de los trabajadores en aquellos supuestos en los que se haya alcanzado acuerdo en el periodo de consultas.

²⁰¹⁰ AGUSTÍ MARAGALL, J.: “La coordinación entre el proceso colectivo de impugnación y los procesos individuales contra los despidos derivados del despido colectivo”, *op. cit.*, p. 758. Además, TORMOS PÉREZ, J.A.: “Impugnación jurisdiccional del despido colectivo: especial referencia a los criterios de selección”, *op. cit.*, p. 277, reflexiona sobre la imposibilidad de extender esta regla a la discusión sobre la aplicación de los criterios de selección de las personas trabajadoras afectadas por el despido colectivo.

²⁰¹¹ Con ello se persigue evitar el “efecto contaminante y extensivo” a otras extinciones no vulneradoras del régimen de prioridad de permanencia. BLASCO PELLICER, Á.: *La extinción del contrato de trabajo en la Reforma laboral de 2012*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 115.

²⁰¹² SÁEZ LARA, C.: *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, *op. cit.*, pp. 293 y 294.

²⁰¹³ Este supuesto ya ha sido analizado por la STC 140/2021, de 14 de julio.

colectivo o sobre la causa de la decisión de despedir en proceso colectivo, la acción a nivel individual no podrá dar lugar al análisis de tales aspectos, remitiéndose el Juzgado de lo Social a lo ya decidido por el Tribunal Superior de Justicia o la Audiencia Nacional competente por mor de la eficacia de cosa juzgada.

Mayores dudas suscita si la impugnación individual puede plantear aspectos “colectivos” relacionados con la tramitación del procedimiento de despido colectivo cuando el proceso colectivo se haya limitado en exclusiva, por ser la pretensión, a analizar la concurrencia de la causa y, en consecuencia, haya declarado el despido como ajustado o no ajustado a derecho sin entrar a valorar los aspectos procedimentales. En estos supuestos, la aplicación del art. 124.13.b).2ª parece impedir que se puedan incluir motivos de impugnación de carácter colectivo en la demanda individual que ya pudieron ser planteados por los representantes de los trabajadores, aunque finalmente no fueron objeto de impugnación. Una interpretación que podría estar en línea con la realizada por el TJUE en su sentencia de 16 de julio de 2009, C12/08, pero que, sin embargo, no casa con el significado de la eficacia de cosa juzgada, la cual solo se limita a las cuestiones efectivamente abordadas y resueltas por la sentencia colectiva o acordadas en conciliación²⁰¹⁴.

Como se puede imaginar se trata de una cuestión controvertida, para la cual se ha propuesto una solución intermedia: “que aquello que no pueda discutirse en la acción individual sean los aspectos de procedimiento consustanciales a la función de representación de los organismos conformadores del banco social” (*v.gr.*: composición de la comisión de los representantes, la legitimación para la firma del acuerdo, etc.) pero que, en cambio, sí que puedan alegarse motivos de impugnación relacionados, por ejemplo, con la falta de aportación de documentación o con la no celebración efectiva del período de consultas (con la limitación que conlleva que los representantes de los trabajadores nada hayan discutido sobre la insuficiencia documental o sobre la mala fe negocial)²⁰¹⁵.

²⁰¹⁴ Ampliamente AGUSTÍ MARAGALL, J.: “La coordinación entre el proceso colectivo de impugnación y los procesos individuales contra los despidos derivados del despido colectivo”, *op. cit.*, pp. 763 y ss.

²⁰¹⁵ Sobre la reflexión y propuesta, cfr. FALGUERA BARÓ, M.Á.: *El control judicial del despido colectivo*, *op. cit.*, pp. 154-159.

CONCLUSIONES CRÍTICAS Y PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA*

La responsabilidad “social” en las reestructuraciones empresariales se debe de construir partiendo de la premisa de la garantía legal de la responsabilidad empresarial en los procesos de reestructuración de las empresas²⁰¹⁶. Así, el sistema internacional de garantías multinivel (Convenio 158 OIT, Carta Social Europea revisada y Directiva 98/59/CE) ordena la “procedimentalización” del despido colectivo (señaladamente, información, consultas e intervención de la Administración laboral) como requisito previo y necesario para realizar tal proceso de reestructuración empresarial, de importantes consecuencias en materia social.

En este sentido, aunque la decisión de despido colectivo resida en el empresario, la normativa internacional prevé un procedimiento específico conformado por un derecho de información y de consultas con los representantes de los trabajadores, dirigido a la negociación y el acuerdo sobre medidas alternativas o complementarias al despido colectivo, junto con una intervención administrativa más o menos intensa en función de la norma en cuestión (de una simple notificación a una intervención proactiva en la búsqueda de soluciones, como reconoce la Directiva comunitaria). Con estos instrumentos jurídicos internacionales lo que se pretende es, por tanto, condicionar la decisión empresarial, pues se le impone a la empresa el deber de negociar no solo el número de extinciones que propone sino, lo que es más importante, aquellas medidas sociales que tiendan a evitar o reducir la entidad del despido colectivo o, cuanto menos, a mitigar sus efectos negativos sobre los trabajadores despedidos²⁰¹⁷.

Siguiendo los planteamientos de la reestructuración jurídica y socialmente responsable, la empresa debe de tener en cuenta en la medida de lo posible una serie de intereses sociales, más allá de sus legítimos intereses económicos, para acomodar la plantilla de trabajadores a las necesidades del mercado. En las operaciones de reestructuración el empresario debe de hacerse responsable de las posibles externalidades negativas que pueda ocasionar su decisión tanto a los mismos

²⁰¹⁶ MONEREO PÉREZ, J.L.: *Empresa en reestructuración y ordenamiento laboral*, Granada, Comares, 2006, *passim*.

²⁰¹⁷ SERRANO GARCÍA, J.M.: “El plan social obligatorio para las reestructuraciones socialmente responsables”, *op. cit.*, pp. 208 y 209.

trabajadores, al territorio o a la sociedad en general, en especial en materia de la sostenibilidad de las finanzas públicas. Con ello no se pretende limitar la libertad de empresa en su búsqueda del máximo beneficio empresarial, sino hacerla compatible con los intereses y derechos en conflicto.

En la regulación de los despidos colectivos, considerados como la figura de despido más traumática, confluyen precisamente numerosos intereses: el derecho a la libre actividad económica o de reorganización productiva; el derecho al trabajo, en su modalidad del derecho a la estabilidad en el empleo; así como una serie de intereses generales que son tutelados por la Administración Pública. De este modo, el coste del despido colectivo no solo se proyecta sobre los trabajadores que ven extinguidos sus contratos de trabajo (por su pérdida de sustento y por la falta de posibilidad de reinserción en el mercado laboral), sino que, además, también se traslada a la sociedad en general en forma de pérdida de capacidad productiva o industrial y de competitividad, al igual que en forma del incremento del coste para las arcas públicas (por pérdida de cotizaciones y aumento del gasto en prestaciones por desempleo).

Un cumplimiento riguroso de la normativa internacional como requisito y condición *sine que non* para articular la reestructuración socialmente responsable es más necesario que nunca para no incurrir en los errores y las medidas “anti-crisis” ineficientes del pasado: la facilitación del despido frente a otro tipo de medidas de flexibilidad interna consensuadas. Este enfoque del garantismo jurídico es esencial para ofrecer nuevas respuestas a los retos que se plantean en un futuro casi inmediato y, a la vez, para garantizar la competitividad empresarial y el progreso económico y social.

Al margen de las distintas crisis que estén por llegar, los cambios que va a traer consigo la Cuarta Revolución Industrial debido a la transformación, la robotización, la brecha digital y la automatización del trabajo, sobre todo en el corto-medio plazo, unido a la urgente transición verde y al proceso de descarbonización hacia modelos más sostenibles, hacen necesario que se replanteen los modelos de flexibilidad orientados a la búsqueda del máximo rendimiento empresarial. Además, el avance tecnológico ha reavivado “viejos conocidos” problemas de la globalización, como las deslocalizaciones, que ahora se hacen potencialmente extensibles a otros sectores no industrializados, como el sector servicios (en concreto, de las TIC). Por último, el sostenimiento del empleo en la población madura se ha convertido en los últimos años en un objetivo absolutamente prioritario si se quiere hacer frente al progresivo envejecimiento poblacional, que pone en riesgo la misma sostenibilidad del sistema de pensiones. De lo que se trata es, en definitiva, de compatibilizar el desarrollo tecnológico y económico con el trabajo decente o “con derechos” de la OIT.

Ante estos retos, no queda más que ofrecer un planteamiento de la reestructuración empresarial desde un enfoque de flexiseguridad garantista y ofensivo en el sentido ya defendido por la Comisión Europea²⁰¹⁸, aunque reforzado por normas

²⁰¹⁸ Según indica la Comisión Europea en el Libro Verde *Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas* (Bruselas, 18.7.2001 COM(2001) 366 final): “reestructurar desde un punto de vista socialmente responsable significa equilibrar y tener en cuenta los intereses y preocupaciones de todos los afectados por los cambios y las decisiones. En la práctica, la forma

jurídicas vinculantes. Si bien las reestructuraciones empresariales pueden ser positivas (y muchas veces necesarias), es también cierto que suelen conllevar los efectos negativos apuntados, para cuya mitigación es necesario que todos los agentes implicados en el conflicto (empresa, trabajadores y Administración) intervengan para negociar y encontrar soluciones equilibradas, preventivas, proactivas y ofensivas, en el sentido de que exista una programación y acompañamiento, en especial desde lo público, para que la medida más traumática, en este caso el despido colectivo, sea la medida a adoptar en última instancia.

Se trata, así, de instaurar un sistema jurídicamente articulado de reestructuraciones en función de las necesidades empresariales y sociales, con apoyo de la Administración, a través de un diálogo continuo, activo, permanente y preventivo orientado hacia la maximización de los intereses de las partes que permita, por un lado, el sostenimiento del empleo (en la misma o distinta empresa) y, por otro lado, la adaptación de la empresa al mercado competitivo, en la lógica de la “flexiseguridad negociada ofensiva”²⁰¹⁹. Lo contrario ocurre, en cambio, cuando el empresario puede optar preferentemente por medidas de flexibilidad externa, sin tener en cuenta otras “vías de salida” negociadas con los trabajadores, o cuando no existen los mecanismos legales o incentivos suficientes para que el empresario prevea medidas de reestructuración ofensivas y la única solución que resta ante la dramática situación es el despido.

En estas operaciones de reestructuración empresarial debe de desempeñar un papel fundamental la formación. Los cambios anudados a la transición digital y verde, junto con una mayor necesidad de recualificación en la población trabajadora madura, hacen necesario que los despidos colectivos deban de incluir procesos formativos como una medida social de acompañamiento que garantice la empleabilidad y la recolocación de las personas trabajadoras afectadas. Una formación que debe de estar guiada hacia la obtención de las nuevas competencias digitales y verdes que requiere el nuevo mercado de trabajo.

Con base en lo anterior, cabe preguntarse si la regulación española en materia de reestructuración laboral y, en concreto, en materia de despido colectivo aporta las garantías reforzadas o resortes jurídicos suficientes para que trabajadores, empresa y Estado negocien y acuerden soluciones alternativas o complementarias al despido, tal y como ordena la normativa internacional. Se trata, así, de averiguar si el Derecho nacional garantiza, sobre todo desde el control judicial y administrativo, el cumplimiento del procedimiento de consulta-negociación, el cual tiende a configurar al despido colectivo como una medida de *ultima ratio*.

es a menudo tan importante como el fondo para el éxito de las reestructuraciones. En particular, conviene buscar la participación y la implicación de todos los afectados mediante una información y una consulta abiertas. Además, la reestructuración debe prepararse bien identificando los riesgos más importantes, calculando todos los costes directos e indirectos de las estrategias y medidas alternativas, y evaluando todas las opciones que permitirían reducir los despidos necesarios”.

²⁰¹⁹ MONEREO PÉREZ, J.L.: “La intervención administrativa en los despidos colectivos”, *op. cit.*, p. 271.

Teniendo en cuenta el marco internacional podría llegar a decirse que la regulación nacional del despido colectivo es aparentemente respetuosa con el sistema de garantías multinivel, ya que el empresario y los trabajadores afectados tienen que negociar medidas alternativas o complementarias al despido colectivo y la Administración laboral en teoría interviene como mediadora o “buscadora” de soluciones. No obstante, a raíz del proceso de flexibilización al que se ha visto sometido la regulación del despido en los últimos tiempos, en una idea no demostrada de que la protección frente al despido es la causante de las deficiencias del mercado, la doctrina científica más autorizada afirma que el modelo actual del despido colectivo acaba por favorecer en la práctica preferentemente la “expulsión” de los trabajadores en supuestos de crisis y de reorganización del sistema productivo²⁰²⁰.

Tras las últimas reformas laborales, especialmente con la de 2012, la ordenación normativa del despido colectivo se encuentra descompensada pues se favorece más los intereses de la empresa y se promociona menos el propio contenido de las consultas: la negociación de medidas que eviten, reduzcan o amortigüen los efectos del despido. Si bien no se puede llegar a decir, al menos en el plano formal, que la regulación española de despido colectivo incumple la normativa internacional, sí que se puede afirmar que se limita a un cumplimiento de mínimos (en algunos supuestos dudoso), que impide configurar al despido colectivo como una medida de reestructuración jurídica y socialmente responsable.

La primera de las razones que refuerza lo anterior es que el Derecho español no prevé una preferencia legal de medidas de flexibilidad interna frente al despido y, en concreto, frente al despido colectivo. En otras palabras, la norma laboral no ordena u otorga expresamente prioridad entre las distintas medidas de reestructuración empresarial externas e internas, ya que la elección entre unas u otras se sitúa en la discrecionalidad del empresario, siempre que concurran las causas respectivas, las cuales son ciertamente similares, ambiguas y amplias. Así lo ha venido interpretando la jurisprudencia, con pequeños matices. En efecto, a pesar de que la Reforma laboral de 2021 ha reformulado los ERTE, sobre la base de la exitosa experiencia de la COVID-19, y ha introducido el mecanismo RED, en una vocación de promocionar y fomentar la adopción anticipada de este tipo de medidas frente al despido, en el Estatuto de los Trabajadores no se ha dispuesto finalmente una referencia clara y explícita que configure al régimen del despido como medida de *ultima ratio*.

En segundo lugar, con la Reforma laboral de 2012 se ha sustituido el antiguo plan de acompañamiento social para empresas de al menos 50 trabajadores, que debía de entregarse junto con la comunicación inicial, por un plan de recolocación externa que ahora solo opera para los despidos colectivos que afecten a más de 50 trabajadores. Sorprende que el contenido mínimo de las consultas sea la negociación de medidas sociales de acompañamiento, pero no se obligue al empresario a entregar una propuesta de medidas alternativas o complementarias al despido en la documentación inicial, sobre todo si esta obligación se ha sustituido por un plan de recolocación externa a

²⁰²⁰ MONEREO PÉREZ, J.L.: “El despido colectivo tras las sucesivas reformas laborales”, *op. cit.*, pp. 204 y ss.

contratar con una empresa privada, en el que existe cierto consenso científico de su ineficacia a causa del mero cumplimiento formal y aparente por mor de una deficiente y vaga regulación.

Entre las críticas más frecuentes²⁰²¹ al plan de recolocación externa se encuentra su escasa o nula negociación; el carácter genérico o ambiguo del mismo; la falta de mecanismos de control y supervisión en la implementación del plan; la “guerra de precios” existente en el mercado de los servicios de recolocación habida cuenta de los laxos controles para operar como agencia de recolocación, etc. Todo ello redunda en una absoluta desconfianza de los trabajadores afectados y de sus representantes en el plan de recolocación externa y, lo más importante, en la escasa eficacia de esta medida. El marco normativo no impone las garantías suficientes para impedir que se produzca el cumplimiento aparente (“recolocación de papel”), y a un menor coste, de esta obligación legal, sin importarle el objetivo final: la recolocación de los trabajadores afectados por procedimiento de despido colectivo.

En tercer lugar, la excesiva flexibilización de las causas, posibilitando despidos colectivos por pérdidas previstas o por disminuciones de ingresos o ventas, no ha hecho sino incrementar el poder unilateral del empleador en su decisión de despedir, debilitando, a su vez, el poder de negociación de los trabajadores y desincentivando la adopción de acuerdos a favor de verdaderas fórmulas de flexibilidad negociada o consensuada. La opción del art. 41.4 ET por las comisiones *ad hoc* integradas por los propios trabajadores también coadyuva a la disminución del poder de negociación del banco social. Por no hablar de la mayor dificultad con la que cuentan los representantes de los trabajadores en aquellos despidos colectivos encuadrados en el grupo empresarial, a pesar de los esfuerzos que ha hecho la jurisprudencia por elaborar la doctrina del grupo empresarial a efectos laborales.

La última de las razones que podría explicar el actual modelo descompensado de despido colectivo, es el escaso papel que asume la Administración laboral en el procedimiento de despido colectivo. En efecto, la Reforma laboral de 2012 suprimió la autorización administrativa y aparentemente concedió a la autoridad laboral unas facultades más amplias en materia de advertencia, recomendación, asistencia o mediación durante el período de consultas, aunque ello no ha sido trasladado a la práctica, salvo en algunas ocasiones. La norma no contiene las suficientes garantías reforzadas para asegurar la efectiva intervención administrativa: las advertencias carecen de carácter vinculante; no se obliga necesariamente a que la autoridad laboral realice propuestas o recomendaciones durante la consulta-negociación; solo se posibilita la mediación por petición conjunta de las partes en conflicto; o bien no puede impugnar generalmente el acuerdo si este no contiene medidas sociales de acompañamiento. Además, la labor de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social

²⁰²¹ Para PÉREZ CAPITÁN, L.: *El despido colectivo y las medidas de suspensión y reducción temporal de jornada*, op. cit., el plan de recolocación externa es uno de los mayores fracasos de la Reforma laboral de 2012. En este sentido crítico también se muestran MOLINA NAVARRETE, C.: “La gestión pública de los “ERTE...”, op. cit., pp. 178 y 181 y MOLINA HERMOSILLA, O.: *La conformación del nuevo sector para la prestación de servicios de recolocación...*, op. cit., *passim*.

durante el despido colectivo, más allá del informe, no es muy incisiva²⁰²², aunque también es cierto que cuenta con unos medios humanos y materiales insuficientes. A su vez, la ITSS elabora su informe cuando ya ha finalizado el procedimiento de consultas y, aunque ya se remite a las partes tras la modificación introducida en el RPDC por el RD 608/2023, no puede levantar acta de infracción al empresario para el caso de que no negocie ninguna medida social de acompañamiento.

Por todo ello, se puede llegar a concluir que nos encontramos ante un modelo descompensado, orientado hacia la maximización del beneficio empresarial y a la extinción del contrato de trabajo con una mínima garantía, cuando no inexistente, sobre la negociación de las medidas sociales de acompañamiento. Buena prueba de ello es que parece haber un sentir mayoritario en la jurisprudencia y doctrina judicial, por el cual la ausencia de negociación de medidas alternativas o complementarias al despido colectivo o bien la falta de presentación del plan de recolocación externa no conllevan la nulidad del despido colectivo, ya que estos, a pesar de ser el contenido mínimo de las consultas, no se encuentran dentro del deber de información del art. 51.2 ET.

Cuestión distinta es que esto suponga un indicio de mala fe negocial que, junto con otros hechos, acarree la nulidad del despido colectivo. Sin embargo, ha sido una crítica reiterada por la doctrina científica la escasa atención que se le ha prestado por parte de los sujetos negociadores a otras medidas alternativas o paliativas del despido colectivo que no hayan consistido en el incremento de la indemnización legal de despido y en la negociación de bajas voluntarias incentivadas, sobre todo a través de prejubilaciones²⁰²³. Si bien sería necesario un cambio cultural de calado en la sociedad española para que se opte por otro tipo de soluciones, también es cierto que la actual regulación del despido colectivo no favorece ni incentiva la adopción de acuerdos sobre medidas de flexibilidad interna o de acompañamiento durante las consultas del despido colectivo.

Junto con lo ya expuesto, otro de los aspectos más críticos a resaltar de la regulación del despido colectivo es su alejamiento respecto a los estándares del Derecho Social comunitario. La deficiente transposición de la Directiva 98/59 al ordenamiento jurídico español viene transformando, por la vía de la interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la aplicación de los elementos esenciales del despido colectivo diseñados en la norma interna y, en algunas ocasiones, hasta la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así, podría afirmarse que prácticamente

²⁰²² Del Informe anual de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de 2021 se desprende que, de 1078 actuaciones en materia de despido colectivo, no se ha levantado ninguna infracción en acta, se han elevado 6 requerimientos y solo se han realizado 5 mediaciones y consultas. Los datos para el año 2020 no difieren: ninguna infracción en acta, 11 requerimientos y 4 mediaciones y consultas de 1027 actuaciones.

²⁰²³ SERRANO GARCÍA, J.M.: “El plan social obligatorio para las reestructuraciones empresariales socialmente responsables”, *op. cit.*; TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: “Las medidas de acompañamiento social y los planes de recolocación externa en los despidos colectivos tras la reforma de 2012”, *op. cit.*; NAVARRO NIETO, F.: “Medidas sociales de acompañamiento y mantenimiento del empleo”, *op. cit.*

todo el “núcleo duro”²⁰²⁴ del régimen jurídico del despido colectivo ha sido revisado desde Luxemburgo (el concepto de trabajador computable, la plantilla computable, el elemento causal, el cuantitativo-numérico, el temporal e incluso el centro de imputación normativa).

Estas frecuentes divergencias entre la norma comunitaria y la nacional, a falta de una intervención legislativa decidida en sede interna, genera una sensación de incertidumbre e inseguridad jurídica entre los operadores jurídicos (y entre las empresas), algunas veces por pronunciamientos excesivamente inconcretos o ambivalentes del Tribunal de Justicia, y en otras ocasiones por las interpretaciones forzadas que tienen que realizar los Tribunales españoles ante el difícil encaje legal del art. 51.1 ET en la Directiva 98/59²⁰²⁵.

A la vista de lo recogido hasta el momento, resulta ciertamente necesario articular una serie de cambios legislativos en la regulación del despido colectivo para que se cumpla verdaderamente con la normativa internacional y, a su vez, se fomente la reestructuración jurídica y socialmente responsable. Así, resulta obligado reforzar la implicación preventiva y proactiva que tienen que desempeñar los trabajadores, la empresa y el Estado en la búsqueda de soluciones en las reestructuraciones empresariales en general y en el despido colectivo en particular, para que este último deje de ser una medida empresarial plenamente normalizada. En esta labor propositiva, también resulta necesario acudir a experiencias normativas de otros ordenamientos jurídicos, como aquí es el caso italiano, para comprobar de qué otros modos se pueden equilibrar los intereses en conflicto, aunque siempre con las debidas cautelas cuando se pretende trasladar la norma extranjera al Derecho nacional.

Asimismo, la construcción de elementos basales e imprescindibles para la conformación del despido colectivo a la luz del Derecho comunitario no puede quedar en exclusiva a merced de interpretaciones judiciales de los tribunales españoles, mejor o peor apoyadas en el principio de interpretación conforme. Se requiere una intervención del legislador que corrija las deficiencias de nuestro modelo y los adecúe a la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo y, en definitiva, a la Directiva 98/59.

Teniendo en cuenta estos dos extremos, la necesidad de reforzar el despido colectivo como una medida de reestructuración jurídica y socialmente responsable, así como la obligada adecuación de la norma nacional a la Directiva 98/59, se recogen las siguientes propuestas de *lege ferenda* (sin perjuicio de otras posturas críticas expuestas a lo largo del trabajo), las cuales pueden ser tomadas en consideración en una futura (y obligada) reformulación del art. 51 ET y de su desarrollo reglamentario, incluso en el marco de la construcción de un “Estatuto de los Trabajadores para el siglo XXI”:

1) Es ineludible partir de una reorganización de las distintas medidas de reestructuración empresarial o de flexibilidad, tanto internas como externas, en la

²⁰²⁴ Así lo expresa PÉREZ DEL PRADO, D.: “El Tribunal de Justicia y el despido colectivo español: una relación compleja”, *op. cit.*, p. 514.

²⁰²⁵ PÉREZ CAMPOS, A.I.: “La labor creadora de derecho del TJUE en la configuración de los despidos colectivos”, *op. cit.*, p. 109.

idea de que se ordenen y prioricen los distintos instrumentos entre sí con base en la gravedad de las causas o su carácter estructural o coyuntural. Con ello se persigue introducir una suerte de preferencia legal de medidas de flexibilidad interna ante situaciones coyunturales e impedir en estas situaciones del recurso al despido, que solo estaría justificado por causas estructurales y, por ende, de último recurso.

En este sentido, aunque la Reforma laboral de 2021 no ha trastocado el modelo de regulación general del despido colectivo, durante la negociación de dicha reforma sí que estuvo encima de la mesa la posibilidad de incluir una preferencia en el ET a favor de lo que hoy es el Mecanismo RED del art. 47.bis ET. En uno de sus borradores se introdujo tal preferencia sobre las extinciones por causas empresariales (despidos colectivos y objetivos individuales o plurales), en el sentido de que para acudir al despido el empresario debía de “motivar suficientemente” que el citado Mecanismo RED era “inviable para resolver de modo proporcionado y razonable la situación” en la que se encontraba la empresa. A pesar de que al final no se optó por su incorporación, esta previsión normativa puede suponer un adecuado modelo para emprender futuras modificaciones legales que vayan en la línea del fomento de la flexibilidad interna frente al despido, aunque siempre teniendo en cuenta los intereses de la conservación y viabilidad de la organización empresarial. En una mirada al Derecho italiano, si bien es cierto que la obligación de *repechâge* (o de recolocación) en principio está pensada para el *licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, lo cual sitúa a este como una medida de *extrema ratio*²⁰²⁶; la regulación itálica del despido colectivo sí que contiene otras referencias que hacen pensar en una adopción cuasi obligatoria o reforzada con carácter previo al procedimiento de despido colectivo de medidas de flexibilidad interna. Así, se prevé que el empresario tenga que justificar en la comunicación inicial los motivos técnicos, organizativos y productivos por los que no es posible adoptar medidas idóneas que remedien la situación y eviten, en todo o en parte, el despido colectivo (art. 4.3 Legge 223/1991).

A este cometido también puede contribuir la reformulación de las causas empresariales para despedir, positivando alguna de las respuestas ofrecidas por los tribunales con base en el control de razonabilidad. Quizá debería de perder protagonismo en la causa económica de despido la existencia de pérdidas previstas (de dudosa prueba) o la disminución persistente del nivel de ingresos o de ventas (que no tienen por qué conllevar disminución de beneficios) y establecer de *lege ferenda* la obligación de que la empresa justifique el despido con base en situaciones económicas negativas de carácter estructural —sin llegar por supuesto a situaciones de pérdidas irrecuperables—, de las que se deduzca la razonabilidad de la decisión extintiva y el número de despidos.

De igual modo, las causas técnicas, organizativas o productivas de despido deberían de obedecer a dificultades no meramente coyunturales, presentes o ciertamente previsibles, que impidan el buen funcionamiento de la empresa y que

²⁰²⁶ Sobre esta consideración, cfr., CARINCI, M.T.: “L’obbligo di «ripercaggio» nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo di tipo economico alla luce del *Jobs Act*”, *Rivista Italiana di Diritto del lavoro*, N.º 2, 2017, pp. 203-240.

contribuyan a mejorar la competitividad o la buena marcha de la empresa, justificando la razonabilidad de la medida y el número de despidos propuestos. Especial mención cabe realizar respecto al despido por causas técnicas en un mundo cada vez más digitalizado y automatizado, por el que más allá de probar el excedente de mano de obra que genera el cambio tecnológico introducido en la empresa, se debe de justificar que ello contribuye a la mejora de la productividad, redundando en la calidad del producto o servicio ofrecido y, en definitiva, refuerza la competitividad empresarial, y no, en cambio, se justifica en el mero ahorro de costes o incremento del beneficio, como puede ocurrir con la automatización de determinadas actividades complementarias como son las tareas administrativas. De lo que se trata es de exigir al empresario en el despido por causas técnicas, organizativas o productivas, que el mismo no obedezca en exclusiva a su mera conveniencia empresarial ni se deba a actos unilaterales de la empresa (un freno que ya se está imponiendo desde la jurisprudencia y que se debería de incluir en la legislación).

2) Es igualmente necesario reformular la negociación de las medidas sociales de acompañamiento durante la consulta-negociación del despido colectivo. Como ya se ha comentado, la ordenación normativa no cuenta con los resortes jurídicos suficientes para garantizar una verdadera negociación de medidas alternativas o complementarias al despido colectivo durante la fase de consultas, sobre todo en las pequeñas y medianas empresas que quedan excluidas incluso de la aplicación del plan de recolocación externa obligatorio²⁰²⁷ (aun cuando este tampoco funciona adecuadamente).

Por ello, en la idea de reforzar dicha obligada negociación es necesario que se obligue al empresario a presentar una propuesta de medidas sociales de acompañamiento junto con la comunicación inicial, como así se establecía en anteriores regulaciones. Este cambio legal resulta imprescindible ya que, si el contenido mínimo de las consultas debe de versar sobre la negociación de tales medidas, no se entiende por qué no se obliga al empresario a entregar una propuesta de medidas sociales de acompañamiento. Así, este documento-propuesta será el que marque el camino de las propuestas y contrapropuestas durante la consulta-negociación (al igual que será controlado por la autoridad laboral y la ITSS al pertenecer a la comunicación inicial). Si se acude a la legislación italiana de despido colectivo, el art. 4.3 *Legge* 223/1991 prevé como contenido de la comunicación inicial que debe de entregar el empresario a los representantes de los trabajadores una serie de medidas programadas para afrontar las consecuencias sobre el plano social de la decisión empresarial.

Asimismo, también se propone ampliar la duración del período de consulta-negociación de forma escalonada tanto para empresas de menos de 50 trabajadores como de mayor tamaño (o en función del número de despidos), ya que ello supone un adecuado mecanismo para negociar verdaderas medidas sociales de acompañamiento, sobre todo cuando se trata de despidos por causas técnicas, organizativas o productivas

²⁰²⁷ En este mismo sentido se pronuncia LÓPEZ INSUA, B.M.: “Quiebra, concurso y medidas laborales de supervivencia empresarial”, en VV.AA., *Medidas de reestructuración interna empresarial desde la perspectiva jurídico-laboral: las relaciones de trabajo post-COVID-19 y recientes reformas*, ORTEGA LOZANO, P.G. y GUINDO MORALES, S. (Dirs. y Coords.), Murcia, Laborum, 2022, p. 199.

en las que no existe una situación económica negativa²⁰²⁸. Las consultas que se pueden producir en 15 o 30 días naturales, con un número reducido de encuentros entre la patronal y el banco social, no parecen coadyuvar a que se encuentren soluciones alternativas o complementarias al despido colectivo. Basta como ejemplo acudir a la legislación italiana que prevé un período de 75 días —comprendiendo la fase sindical (45 días) y administrativa (30 días) de las consultas—, que se reduce a la mitad en caso de despidos de menos de 10 trabajadores. En efecto, la duración de las consultas en el despido colectivo español puede resultar insuficiente para la negociación de verdaderas medidas sociales de acompañamiento, a menos que las partes no opten voluntariamente por ampliar el plazo de consultas-negociación (o el empresario renuncie al plazo máximo establecido por ley).

Junto con lo anterior, también resultaría adecuado introducir en la regulación española mayores pasarelas entre la figura del ERTE o el Mecanismo RED (arts. 47 y 47.bis ET) y el despido colectivo. Esto es, a diferencia de lo que ocurre en la ley italiana, que en todo momento mantiene una relación directa entre la *cassa integrazione guadagni* y el despido colectivo —ya sea como vía de acceso²⁰²⁹ a este último o como medida alternativa al despido con la negociación, por ejemplo, de un contrato de solidaridad—, en la norma laboral española ambas figuras suspensivas y extintivas aparecen como dos compartimentos estancos, ya que no existen referencias cruzadas en la ordenación normativa de sendos mecanismos. De hecho, el art. 8 RPDC cuando detalla las medidas sociales de acompañamiento ni siquiera contiene una mención específica respecto a la posibilidad de suspender el contrato o reducir la jornada como una medida curativa del despido colectivo.

En consecuencia, desde la perspectiva de la reestructuración socialmente responsable y el fomento de la negociación de medidas sociales de acompañamiento es absolutamente necesario introducir mayores referencias cruzadas o una mayor compatibilización entre sendas figuras, para lo cual resulta ineludible que si se negocia un ERTE o Mecanismo RED con el objetivo de recolocar externamente a los trabajadores excedentes, en vez de acudir al procedimiento de despido colectivo o como paso previo, se reconozca la debida excepción al compromiso de mantenimiento del empleo en la D.A. 44ª TRLGSS si efectivamente se produce la recolocación en una tercera empresa en un determinado periodo de tiempo²⁰³⁰. Ello es especialmente

²⁰²⁸ La doctrina ya ha indicado que no parece adecuado que se deriven las mismas consecuencias para los despidos por causas económicas que para los despidos por causas técnicas, organizativas o productivas. *Vid.*, DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “El despido por causas empresariales”, *op. cit.*, p. 181.

²⁰²⁹ La jurisprudencia del Tribunal Supremo español se ha limitado a reconocer la posibilidad de que un ERTE venga sucedido por un despido colectivo en el caso de que la causa justificativa sea diferente o si es la misma que haya habido un agravamiento (entre otras, STS de 16 de diciembre de 2021, rec. 210/2021). *Cfr.*, MONZÓN PÉREZ, H.: “Del ERTE al despido colectivo: análisis práctico”, en ORTEGA LOZANO, P.G. y GUINDO MORALES, S. (Dirs. y Coords.), *Viabilidad de las empresas, mantenimiento del empleo y medidas de flexibilidad externa en la reestructuración empresarial*, Granada, Comares, 2022, pp. 271-285.

²⁰³⁰ La disposición adicional 44ª TRLGSS no reconoce como excepción al compromiso de mantenimiento del empleo por exoneración de cuotas a la Seguridad Social durante el ERTE o el Mecanismo RED la extinción del contrato y la recolocación del trabajador en una tercera empresa.

grave en el caso del Mecanismo RED en su modalidad sectorial ya que, si este se activa por el declive estructural del sector, no se entiende cómo no se ha habilitado alguna fórmula de cumplimiento alternativo del compromiso de empleo o alguna excepción a su cumplimiento, si el fin principalmente de este mecanismo es garantizar la transición profesional de las personas trabajadoras afectadas hacia otros trabajos (o más bien sectores). De este modo, aunque la persona trabajadora haya sido reubicada en otra empresa de distinto sector, incluso con un contrato de trabajo indefinido, si no ha transcurrido el plazo de 6 meses se habrá incumplido la cláusula de mantenimiento del empleo y el empresario deberá de devolver las cuotas exoneradas por el respectivo trabajador, con el recargo e intereses de demora correspondientes.

En virtud de lo anterior, se deben de retomar las negociaciones en sede de concertación social para encontrar la fórmula por la que la recolocación de la persona trabajadora afectada no suponga el incumplimiento de la cláusula de salvaguarda del empleo. Durante la fase de elaboración de la Reforma laboral de 2021 ya se propuso que si el trabajador afectado por ERTE o Mecanismo RED bonificado era recolocado en una tercera empresa, la empresa de origen no debía de devolver las cuotas exoneradas pero sí que debía de pagar el 50% de la cuantía de la indemnización por despido improcedente al FOGASA, quien se haría cargo de la indemnización que le hubiera correspondido al trabajador en su empresa de origen si se producía el despido en la nueva empresa²⁰³¹. En cualquier caso, también se puede estudiar la introducción de otras alternativas al despido colectivo en la legislación española, como la cesión temporal de trabajadores entre empresas ante situaciones de crisis empresarial, como así se reconoce en la normativa italiana con el *distacco* o en el Derecho alemán con la figura del *Leiharbeit*²⁰³².

3) Respecto al plan de recolocación externa, ya se han comentado sus deficiencias, las cuales lo han convertido en una “recolocación de papel”. Para atajar esta situación se deberían de introducir las siguientes especificaciones en la normativa laboral²⁰³³: indicar expresamente la obligación de negociar en las consultas el plan; detallar qué contenido mínimo debe de contener el plan de recolocación externa propuesto por el empresario, sin incurrir en definiciones genéricas o vagas e incluyendo objetivos concretos, como el número de sesiones a realizar; desarrollar el tipo de formación requerida, incluyendo una especial referencia a la capacitación

GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P.: “La respuesta anticipada del legislador al riesgo de crisis de empleo: el nuevo mecanismo red de flexibilidad y estabilización del empleo”, *Labos*, N.º extraordinario “La reforma laboral de 2021”, 2022, pp. 105 y 106.

²⁰³¹ Información en prensa: ALONSO, C.: “El Gobierno cargará un extra a empresas en ERTE por ‘colocar’ a sus trabajadores”, de fecha de 9 de noviembre de 2021, en *La Información*, disponible en: <https://www.lainformacion.com/economianegocios-y-finanzas/reforma-laboral-empresas-erte-extra-colocar-trabajadores/2852919/> (consultada el 20/07/2023).

²⁰³² SALA FRANCO, T. y ESTEVE SEGARRA, A.: “La regulación de la extinción del contrato de trabajo”, *op. cit.*, p. 320.

²⁰³³ Alguna de estas propuestas están presentes en el informe SÁNCHEZ TORRES, E.; BEL ANTAKI, J.; GINÈS I FABRELLAS, A. y ZELICH, M.: *Informe sobre planes de recolocación. Los servicios de recolocación en la práctica: ¿cómo mejorar su efectividad?*, *op. cit.*, *passim*.

en competencias digitales o para la transición ecológica²⁰³⁴; exigir que el empresario incluya el coste del plan en la información a suministrar a los representantes o someter la elección de la agencia de recolocación a acuerdo; crear comisiones *ad hoc* para que se vigile el cumplimiento y la implementación del plan de recolocación externa; integrar garantías reforzadas en la recolocación de los trabajadores maduros a través de una comunicación individual del plan aunque la persona se haya acogido a la prejubilación²⁰³⁵, acciones específicas en materia de empleabilidad y una mayor duración del servicio de recolocación²⁰³⁶; incrementar los requisitos para las agencias de recolocación, sobre todo en materia de personal cualificado, con el fin de depurar el mercado y profesionalizar el sector; perseguir aquellas prácticas de competencia desleal entre agencias de recolocación, en especial respecto a las ETT; intensificar el control por parte del servicio público de empleo a través de la remisión de información detallada sobre las actuaciones realizadas, el nivel de recolocación efectiva, el tiempo requerido para ello y el número de trabajadores que no han encontrado nuevo empleo²⁰³⁷; así como fomentar la colaboración público-privada en la recolocación de las personas afectadas por despido colectivo de una vez, donde el Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización para Trabajadores Despedidos (FEAG) puede desempeñar un importante papel. También podría resultar acertado que se atenúen las exigencias para acudir al plan de recolocación externa, para lo cual se podría tomar como referencia el tamaño de la plantilla y no el número de despidos (se podría recuperar el límite de 50 trabajadores en plantilla), e incluso hacerlo obligatorio cuando se trate de despidos colectivos por causas técnicas, organizativas o productivas en empresas con beneficios (y que desarrollen procesos de automatización y/o robotización) o bien en aquellos supuestos en los que se incluyan a trabajadores maduros.

Resulta coherente con los planteamientos de la reestructuración socialmente responsable y con el cumplimiento del fin de la consulta-negociación que se conceda un mayor protagonismo a los planes de recolocación externa en los despidos colectivos. Así, los planes de recolocación externa, siempre que se basen en un servicio de calidad, que no venga marcado por el mero cumplimiento formal y la búsqueda del menor coste, pueden suponer una herramienta adecuada para gestionar con éxito

²⁰³⁴ DE FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, C.: “Revisión de los planes de recolocación externa de un despido colectivo en el marco del proceso de digitalización de la economía”, *op. cit.*, p. 864 indica que por lo general los programas de recolocación no suelen contemplar la transformación digital de la persona trabajadora despedida.

²⁰³⁵ La Instrucción 2/2023, de 23 de mayo, de la *Secretaria de Treball* de la *Generalitat de Catalunya*, comprueba este extremo.

²⁰³⁶ GUERRERO VIZUETE, E.: “El plan de recolocación externa de los trabajadores excedentes: «un nuevo instrumento de lucha contra el desempleo»”, pp. 97 y 98.

²⁰³⁷ En cualquier caso, un mayor control por parte de la autoridad laboral es el que propugna la Instrucción 2/2023, de 23 de mayo, de la *Secretaria de Treball* de la *Generalitat de Catalunya*, a la hora de comprobar que la agencia de recolocación tenga la capacidad necesaria para desempeñar los servicios requeridos a través de la remisión de una ficha informativa tras la finalización del proceso de recolocación, en la que se incluyan datos como: el nombre de las personas adscritas al plan, de las que han recibido formación, de las que han sido recolocadas y una descripción de las medidas llevadas a cabo.

las recualificaciones o transiciones profesionales. Los planes de recolocación externa pueden ayudar a afrontar los retos que plantea la transición digital (y verde) y el progresivo envejecimiento poblacional, para los cuales se hace necesario basar las respuestas en la formación, sobre todo en competencias digitales, para acceder a los empleos del mañana. Con este fin, la actividad de recolocación debe de contar con el apoyo y la colaboración de los servicios públicos de empleo pero, sobre todo, debe de contar con una implicación proactiva y preventiva de los sujetos negociadores, actuando la negociación colectiva como un elemento dinamizador para gestionar dichas transiciones (como así parece apuntar el V AENC²⁰³⁸).

4) En cuanto al papel que debe de desempeñar la autoridad laboral en el procedimiento de despido colectivo y, en concreto, respecto a la búsqueda de soluciones a los problemas planteados por los despidos colectivos, sería necesario que se posibilitara que dicho poder público pudiera prorrogar el plazo en el que no pueden surtir efecto los despidos. En efecto, el art. 4.3 de la Directiva 98/59/CE abre la posibilidad de que la autoridad laboral prorrogue este plazo y lo amplíe hasta 60 días en total (e incluso facultades de prórroga más amplias). Ello puede resultar útil para que la Administración laboral presente y negocie medidas sociales en aquellos despidos colectivos que, por su entidad, puedan afectar a un número considerable de trabajadores o afectar gravemente a una determinada zona geográfica. Además, también se estima oportuno que se posibilite la mediación de la autoridad laboral por petición de una de las partes, y no por petición conjunta, para así poder evitar los vetos y que la Administración pueda desempeñar de forma más fácil su función de “buscadora” de soluciones.

Junto con las anteriores peticiones de reforma, es también necesario resaltar una cuestión fundamental: la función proactiva de la Administración que se diseña en la Directiva 98/59 difiere de la dispuesta en el ordenamiento jurídico español. El art. 4 de la Directiva concede un plazo de 30 días (ampliable o sujeto a reducción) para que la autoridad pública busque soluciones a los problemas planteados por los despidos, pero desde la notificación del “proyecto de despido colectivo”, esto es, desde la comunicación final a la Administración. Como ha reconocido la STJUE de 13 de julio de 2023 (C-134/22), “durante el procedimiento de consulta a los representantes de los trabajadores, no se confiere ningún papel activo a la autoridad pública competente”, ya que este se ejecuta tras la comunicación de la decisión empresarial de despido y el fin de las consultas. Como se puede observar, esta construcción no casa con la regulación española, fruto de una nueva deficiente transposición, ya que la facultad proactiva de la autoridad laboral y de la ITSS, con los límites ya apuntados, se concede durante las consultas y no tras su finalización, lo cual también tiene repercusión sobre el plazo en el que no pueden llevarse a cabo los despidos, ya que mientras en la Directiva los 30 días se computan desde la comunicación final a la autoridad laboral, el art. 51.4 ET lo

²⁰³⁸ Véase las aportaciones que realiza el V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva en materia de formación y cualificación profesional (capítulo V), instrumentos de flexibilidad interna (capítulo IX) y transición tecnológica, digital y ecológica (capítulo XVI).

establece desde la comunicación de apertura de las consultas (un plazo ciertamente más reducido, que debería de corregirse por modificación legal).

Por ello, quizá sería más adecuado reformular el procedimiento de despido colectivo para conceder un mayor protagonismo a la Administración, sin retornar a la fase de autorización administrativa, pero tras la finalización del período de consultas (y sin perjuicio de que esta supervise, incentive y garantice el verdadero cumplimiento de la consulta-negociación). El procedimiento italiano de despido colectivo, con mayor sintonía respecto a la Directiva comunitaria, establece una doble fase por la que, en primer lugar, se llevan a cabo unas consultas con los representantes de los trabajadores y, con posterioridad, se produce la intervención de la Administración laboral, sobre todo si las consultas han finalizado sin acuerdo, ya que es aquí cuando la autoridad convoca a las partes para realizar un nuevo examen tanto de las causas como de las medidas alternativas o complementarias al despido colectivo y formula propuestas con el fin de alcanzar el acuerdo (cumpliendo la función mediadora o de buscadora de soluciones). Quizá esta regulación pueda servir como modelo para corregir las deficiencias de la intervención administrativa durante el despido colectivo y, a la vez, adaptar mejor la norma nacional a la Directiva comunitaria.

5) La función de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de igual modo resulta clave en la vigilancia y control del cumplimiento del procedimiento de despido colectivo. Así, el informe que este organismo elabora es de suma importancia para la valoración judicial posterior del despido, habida cuenta de la importante especialización y cualificación técnica de quienes lo redactan y de su intermediación tanto con el procedimiento como con los agentes intervinientes. Es por ello que debe de potenciarse el informe de la ITSS, en el sentido de que sea este quien constate si concurre la causa alegada por el empresario, si se ha entregado la documentación pertinente, si se han negociado o no las medidas sociales de acompañamiento durante las consultas o, del mismo modo, si el plan de recolocación externa obligatorio presentado es adecuado, suficiente y acorde a los requisitos legales y reglamentarios. En este sentido de revalorización del papel que debe de asumir la ITSS en el procedimiento de despido colectivo se encuentra la modificación introducida por la Ley 3/2023 de Empleo, la cual hace un llamamiento a recuperar la importancia del control causal y, en última instancia, del control de legalidad de la medida extintiva. Asimismo, la notificación del informe a las partes por mor del art. 10.4 RPDC también puede contribuir a relanzar su valor, sobre todo en la construcción de impugnaciones judiciales. En cualquier caso, debería de introducirse una infracción administrativa específica en el TRLISOS ante casos de falta de presentación del plan de acompañamiento social en la comunicación inicial si este finalmente se reincorpora a la normativa de despido colectivo, como aquí se propone.

6) En cuanto al control judicial, en la línea de potenciar la reestructuración jurídica y socialmente responsable, debería de incluirse una referencia expresa en el art. 124 LRJS por la que se establezca la nulidad del procedimiento de despido colectivo en casos de falta de información en materia de medidas sociales de acompañamiento o falta de presentación del plan de recolocación externa obligatorio en la comunicación

inicial, así como en casos de ausencia de verdadera negociación de medidas sociales de acompañamiento e incluso del plan. No se trata de que en cualquier caso el despido sea declarado nulo si no se negocian medidas alternativas o complementarias al despido, de lo que se trata es de que el empresario justifique muy bien por qué ello no ha sido posible, como puede ocurrir a causa de la situación económica de la empresa o si estas medidas ya se han llevado a cabo con anterioridad en la empresa y el despido colectivo es inevitable. En cualquier caso, la norma procesal también debería de articular un mecanismo específico para que los trabajadores reclamen el cumplimiento de las medidas alternativas o complementarias al despido que se hayan negociado u ofrecido por el empresario, así como de los servicios de recolocación externa obligatorios, a través de una vía dotada de urgencia y agilidad, similar a la de la impugnación colectiva del art. 124 LRJS²⁰³⁹.

7) De forma complementaria a todo lo anterior, resulta obligado establecer en la negociación colectiva de las reestructuraciones empresariales un sistema integrado de garantías legales a favor de la flexibilidad negociada. La “procedimentalización” del proceso decisorio con participación de los trabajadores se presenta como la manera más idónea de objetivar las necesidades de reestructuración empresarial²⁰⁴⁰, para lo cual es necesario implantar un esquema propio de la democracia deliberativa en la empresa, conducente al establecimiento de relaciones que otorguen más prioridad a la cooperación que al conflicto abierto, generalmente a través de procesos de “negociación de gestión empresarial” y con un ambiente renovado de lo conocido como “democracia industrial”²⁰⁴¹.

Una de las medidas más criticadas que redundan en el menoscabo del poder de negociación de los trabajadores durante las consultas-negociación del despido colectivo (o de otras medida de flexibilidad de carácter colectivo) es la posibilidad reconocida en el art. 41.4 ET de constituir comisiones *ad hoc* conformadas por los propios trabajadores de la empresa, en defecto de representación legal-unitaria o sindical. Dichas personas trabajadoras que intervengan en la negociación del despido colectivo no tendrán presumiblemente la formación ni la preparación adecuada para llevar a cabo este complejo procedimiento y, a su vez, estarán más expuestas a las presiones del empresario, sobre todo si se tiene en cuenta que no tienen garantizada la prioridad de permanencia en la empresa, como así se les reconoce a los representantes de los trabajadores. Por ello, se propone reformar la norma para que se otorgue prioridad a las comisiones *ad hoc* sindicales, esto es, a las integradas por los sindicatos más representativos, siguiendo la experiencia de la legislación de emergencia de la pandemia²⁰⁴², frente a las comisiones *ad hoc* laborales o aquellas formadas por los

²⁰³⁹ Ello se defiende en GUERRERO VIZUETE, E.: “El plan de recolocación externa de los trabajadores excedentes: «un nuevo instrumento de lucha contra el desempleo»”, *op. cit.*, pp. 97 y 98.

²⁰⁴⁰ MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo...* *op. cit.*, p. 152.

²⁰⁴¹ MONEREO PÉREZ, J.L.: *Empresa en reestructuración ... op. cit.*, p. 248.

²⁰⁴² Artículo 23 del RD-ley 8/2020: “En el supuesto de que no exista representación legal de las personas trabajadoras, la comisión representativa de estas para la negociación del periodo de consultas estará integrada por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la

trabajadores de la empresa, las cuales solo se podrán conformar en defecto de las primeras.

Respecto a la problemática de los grupos de empresa en relación con el despido colectivo, se propone que se aborde su regulación expresa de una vez, más allá de los deberes documentales que ya rigen para los grupos empresariales “mercantiles”. Para el cometido de regular estos supuestos, que para nada son ya excepcionales, se pueden tomar dos opciones: o bien integrar los criterios “adicionales” elaborados por la jurisprudencia en la norma en cuanto a la conformación del grupo empresarial a efectos laborales (como ya se hizo con los criterios de la cesión ilegal incluidos en el art. 43 ET); o bien directamente integrar en el procedimiento de despido colectivo al grupo como tal, por su mera existencia, como unidad negocial y de referencia²⁰⁴³. De cualquier modo, se requiere una adaptación de la normativa de despido colectivo a esta realidad empresarial, debiendo de especificarse: cuál es el ámbito de afectación de la causa, que deberá de ser a nivel del grupo en su conjunto si se trata de causa económica; quiénes son los sujetos negociadores, a través de una reformulación del art. 41.4 ET; qué información y consultas deben de seguirse, si se opta por establecer un procedimiento determinado; quién ostentará la legitimación activa y pasiva en la impugnación del despido colectivo; cómo debería de articularse la recolocación interna de los trabajadores en otras empresas del grupo si se negocia este extremo como medida social de acompañamiento, etc. No obstante, se trata de una cuestión que, por su envergadura y posible afectación a empresas que tengan su sede en otros países, quizá deba de quedar resuelta a nivel comunitario, al menos en sus aspectos esenciales, a través de una reforma de la Directiva 98/59.

8) Es igualmente necesario que el legislador intervenga y corrija las deficiencias de nuestro modelo de regulación de despido colectivo respecto a la Directiva comunitaria y a la interpretación dada por su órgano jurisdiccional. A los efectos del despido colectivo, se debería de ampliar el concepto de trabajador computable, dando cabida a becarios y a consejeros de sociedades siguiendo la noción comunitaria de persona trabajadora, así como se debería de aclarar cómo se calcula la plantilla habitualmente empleada respecto a las contrataciones efectuadas con carácter temporal²⁰⁴⁴. En el ámbito temporal, el cómputo de los 90 días en sentido bidireccional tras la doctrina *Marclean*, si bien ha tenido buena acogida por parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, también sería necesario trasladar este esfuerzo interpretativo *pro actione* a la norma positiva, estableciendo los parámetros a partir de los cuales puede iniciarse el plazo de caducidad de la acción de despido.

empresa y con legitimación para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación. La comisión estará conformada por una persona por cada uno de los sindicatos que cumplan dichos requisitos, tomándose las decisiones por las mayorías representativas correspondientes”.

²⁰⁴³ Esto es lo que propone BLASCO JOVER, C.: “La inexcusable reforma del despido colectivo para integrar al grupo de empresas como ámbito de referencia”, *op. cit.*, pp. 586 y ss.

²⁰⁴⁴ Véase el apartado 2.2.3.c) del capítulo segundo, parte III, donde ya se ha precisado cuáles pueden ser las posibles alternativas.

Uno de los aspectos de la norma española que más fricciones genera con la Directiva 98/59 es el propio concepto de despido colectivo desde la perspectiva causal y cuantitativo-numérica, elemento trascendental en su conformación. El TJUE ya ha mantenido que, más allá de la causa empresarial justificativa, dentro del despido colectivo deben de incluirse todos aquellos despidos “efectuados” por el empresario, sin el consentimiento del trabajador, con base en uno o varios motivos no inherentes a la persona del trabajador (distinguiéndolos de las extinciones asimiladas “a iniciativa” del empresario, pero con el consentimiento del trabajador, que solo se tienen en cuenta a efectos del cómputo del resto de despidos y siempre que los primeros alcancen la cuantía de 5 o más). Frente a ello, el art. 51.1 ET en su primer párrafo reconoce unos despidos por causas empresariales ETOP como “ordinarios”, donde parecen ya tener cabida otros despidos por motivos no inherentes al trabajador, sobre todo si se trata de despidos fraudulentos o despidos colectivos “de hecho”, y en el penúltimo párrafo se reconocen otras extinciones asimiladas, siempre que su número sea de, al menos, cinco (una limitación que contradice a lo dispuesto en la Directiva comunitaria y que ya ha sido corregida por la STJUE *Pujante Rivera*, a la espera de modificación legal).

La confusión existente en el panorama español entre lo que deben de ser los despidos en sentido estricto y las extinciones asimiladas es palmaria, fruto de la deficiente transposición e incluso de los giros interpretativos del Tribunal de Luxemburgo. A pesar de la importancia en la distinción de ambas figuras, en el Derecho interno se conserva una cierta tendencia a incluir en la extinción asimilada todo lo que no sea despido por causas ETOP²⁰⁴⁵. Esto, sin embargo, no es correcto a la luz de la interpretación amplia del TJUE en torno a los despidos en sentido estricto, sobre todo porque se les estaría aplicando de forma errónea a estas otras extinciones la limitación de 5 despidos, propia de la extinción asimilada (por no hablar de su exclusión de las garantías del procedimiento de despido colectivo, que es de más difícil aplicación según los supuestos)²⁰⁴⁶.

En este sentido, el art. 51.1 ET debería de reformularse para, al margen de reconocer las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas como justificativas del despido, ampliar el concepto de despido colectivo a todas aquellas extinciones computables a la luz de norma comunitaria y de la interpretación del Tribunal de Luxemburgo (despidos improcedentes, ya sean disciplinarios o por cualquier causa objetiva, reconocidos en sede judicial o administrativa o por sentencia firme; extinciones de contratos temporales fraudulentos por sentencia, reconocimiento

²⁰⁴⁵ SALA FRANCO, T.: “Balance jurisprudencial acerca del concepto legal de despido colectivo y del cómputo de las extinciones contractuales producidas en un periodo de 90 días”, *op. cit.*, p. 162.

²⁰⁴⁶ Piénsese, por ejemplo, en 4 despidos realizados por causas ETOP y 7 despidos disciplinarios reconocidos o declarados improcedentes en una empresa de menos de 100 trabajadores, los cuales no alcanzarían los umbrales del despido colectivo al ser considerados los despidos disciplinarios como extinciones asimiladas y regir el límite de cinco despidos para proceder a su cómputo. En cambio, con la interpretación comunitaria todos los despidos serían considerados despidos en sentido estricto y, por ende, podrían computarse, superando el umbral de 10 despidos para la conformación del despido colectivo. Cfr., BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Despido colectivo y cómputo de afectados: (posibles nuevos) desajustes internos con la Directiva 98/59”, *op. cit.*, *passim*.

o vía indiciaria de irregularidades en la contratación; desistimiento empresarial durante período de prueba, que no se deba a la capacidad del trabajador...) ²⁰⁴⁷, sin que se les aplique el límite de 5 despidos por cumplir con las condiciones de despidos en sentido estricto (esto es, efectuados por el empresario, sin el consentimiento del trabajador, y por motivos no inherentes a su persona). Dentro de esta categoría también deberían de incluirse los despidos indirectos de los arts. 40 y 41 ET, la dimisión provocada del art. 50 ET e incluso en sí mismo los traslados y las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, sobre todo si son de carácter individual o plural, tras la doctrina del TJUE contenida en los asuntos *Pujante Rivera*, *Ciupa* y *Socha*, que concilia la realidad material con la jurídica puesto que las empresas suelen utilizar estas dos formas “directas e indirectas” para proceder al despido ante la confianza de que la persona trabajadora afectada no acepte la modificación sustancial realizada. De este modo se estaría cumpliendo con la interpretación comunitaria que camina hacia un procedimiento de regulación de empleo que absorbe a todos los despidos efectuados por el empresario por motivos no inherentes a los trabajadores con la finalidad de pactar planes sociales ²⁰⁴⁸.

En cualquier caso, queda la duda de qué debe de entenderse por “extinciones asimiladas”, esto es, aquellas realizadas a iniciativa del empresario por motivos no inherentes a la persona del trabajador, pero con su consentimiento, las cuales solo deben de ser consideradas como criterio corrector del cómputo de los umbrales del despido colectivo, siempre que se realicen al menos cinco despidos en sentido estricto. En este sentido, debería de procederse a una reforma de la normativa interna para incluir en este cómputo de extinciones asimiladas a las bajas voluntarias incentivadas (ya sea a través de prejubilaciones o no) y a las extinciones por mutuo acuerdo ante cualesquiera procesos de reestructuración o de reorganización empresarial, siempre que no se aprecie afán fraudulento a la hora de esquivar el procedimiento de despido colectivo ya que nos encontraremos, entonces, ante despidos en sentido estricto y, alcanzado el umbral, ante despidos colectivos de hecho.

Otro de los elementos que no ha sido adecuadamente transpuesto al ordenamiento jurídico español es la unidad de referencia, ya que, mientras la Directiva se refiere al centro de trabajo, el art. 51.1 ET configura a la empresa como centro de imputación normativa. Tras la sentencia *Rabal Cañas* del TJUE, que admitió el doble cómputo entre centro de trabajo o empresa según beneficie al efecto útil de la Directiva, la jurisprudencia española ha tenido que realizar un esfuerzo hermenéutico a través del principio de interpretación conforme (algo forzado) para encajar la opción del centro de trabajo en la normativa interna de despido colectivo. Sería necesario, por ende, una reforma normativa que introduzca expresamente en la legislación interna esta posibilidad de doble cómputo: por un lado, reconociendo a la empresa como centro de imputación normativa general (“unidad preferente de cómputo”), por facilitar en mayor medida el cumplimiento de los umbrales del despido colectivo en nuestro tejido

²⁰⁴⁷ LAHERA FORTEZA, J.: “Nueva configuración del despido colectivo”, *Trabajo y Derecho*, N.º 34, 2017, p. 11, versión digital.

²⁰⁴⁸ LAHERA FORTEZA, J.: *Reformas y retos laborales*, Madrid, Ediciones Cinca, 2023, pp. 95 y 96.

productivo (y en nuevas actividades desarrolladas por plataformas digitales); y, por otro lado, conformando al centro de trabajo como “alternativa residual o complementaria”, en defecto de la unidad de referencia-empresa²⁰⁴⁹.

La norma también debería de precisar qué elementos en materia de plantilla computable, número de despidos y ámbito temporal es exigible a la nueva unidad de cómputo del centro de trabajo. Una posible solución²⁰⁵⁰ podría ser trasladar los umbrales de la empresa en su conjunto a la unidad centro de trabajo, sin exigir que dicho centro deba de tener más de 20 trabajadores (como así viene requiriendo la jurisprudencia del TS, en una labor creativa)²⁰⁵¹. Es más, a este doble cómputo empresa-centro de trabajo es necesario añadir un tercer escalón: el grupo de empresas como unidad de referencia, siempre que se cumplan los criterios jurisprudenciales “adicionales” (a falta de intervención normativa en otro sentido). En cualquier caso, la norma debería de excluir de forma expresa que los despidos tomados en consideración en una unidad de referencia para conformar el despido colectivo pueden entrar dentro del cómputo del otro centro de imputación normativa.

9) Dentro de la consideración de reestructuración jurídica y socialmente responsable debe de ocupar un papel relevante la selección adecuada de los trabajadores afectados por el despido colectivo, en el sentido de intentar seleccionar a aquellos que tengan menos dificultades en su reinserción laboral. La política de expulsión de trabajadores maduros a través de jubilaciones anticipadas involuntarias, prejubilaciones, bajas incentivadas o, en general, la fijación de criterios de selección en función de la mayor edad de las personas trabajadoras, complementados con mejoras voluntarias e incrementos indemnizatorios, no supone un mecanismo de reestructuración responsable pues ello va en contra de la misma sostenibilidad de las pensiones públicas, además de que se pueden dar verdaderas situaciones de discriminación por razón de la edad. La vulnerabilidad del colectivo de trabajadores maduros en el mercado de trabajo provoca que, una vez que son despedidos, se vean abocados a engrosar las listas del desempleo de larga duración y dependan de prestaciones públicas hasta la llegada de la jubilación. La Seguridad Social no puede estar al servicio de estas operaciones de reestructuración empresarial, mucho menos de empresas con altos beneficios que expulsan del mercado laboral a personas trabajadoras por su condición de edad, a pesar

²⁰⁴⁹ MOLERO MARAÑÓN, M.L.: “La ineludible reforma del despido colectivo en su ámbito de referencia”, *op. cit.*, p. 50.

²⁰⁵⁰ En cambio, LAHERA FORTEZA, J.: “Nueva configuración del despido colectivo”, *op. cit.*, p. 10, versión digital, propone un doble cómputo empresa-centro de trabajo, aunque este último sujeto a un ámbito temporal de 30 días para centros de trabajo de más de 20 personas trabajadoras.

²⁰⁵¹ Si se admite el límite de más de 20 trabajadores en plantilla en el centro de trabajo puede darse el caso de que una empresa de cincuenta trabajadoras que despidiera a 10 de estos de un mismo centro o de distintos centros de trabajo tenga que llevar a cabo despido colectivo pero, en cambio, una empresa de 500 trabajadores pueda realizar 29 despidos y, con ello, pueda cerrar un centro de trabajo de 19 y otro de 10 personas, sin que se considere despido colectivo, pues recuérdese que la jurisprudencia ha determinado que el cierre de centro de trabajo no equivale al cierre de empresa que reconoce el art. 51.1 ET. De lo contrario, si no se impone este límite de plantilla en el centro de trabajo, la empresa de gran tamaño deberá de realizar un procedimiento de despido colectivo en sendos centros de trabajo.

de que todavía se encuentran en condiciones de trabajar, ya que el sistema público debe de quedar para cubrir verdaderas situaciones de necesidad originadas en los ciudadanos.

Ante esta problemática, se podrían introducir criterios legales en la selección de trabajadores afectados por procedimiento de despido colectivo, más allá del colectivo de trabajadores con prioridad de permanencia en la empresa —que, a falta de acuerdo, se ciñe a los representantes de los trabajadores—, al menos, en defecto de criterios acordados en sede negocial. En este sentido, se podría tomar como referencia el modelo italiano que incluye la ancianidad como un “criterio social” a tener en cuenta en la designación de los trabajadores (favoreciendo su permanencia en la empresa), de carácter subsidiario a lo que se haya establecido en la negociación colectiva o en el acuerdo de las consultas. No obstante, se podría ir más allá y reconocer a las personas trabajadoras maduras como integrantes del colectivo de personas con derecho de prioridad permanencia en la empresa por mandato legal²⁰⁵², sin que se haga depender dicha inclusión de la negociación o del acuerdo colectivo, pues es cierto que la mayoría de las expulsiones de trabajadores maduros en operaciones de reestructuración empresarial se realizan en connivencia con el banco social.

En cualquier caso, la nueva regulación de la jubilación forzosa prevista en la D.A. 10ª ET, además de ofrecer una ordenación más equilibrada entre los intereses de las partes, puede actuar en cierto modo como un elemento que reduzca la intensidad de los despidos de trabajadores maduros. La constancia por parte de las empresas de que van a poder extinguir los contratos de trabajo a una cierta edad, que se sitúa en la modalidad general en los 68 años, y sin coste alguno, puede favorecer el mantenimiento del empleo de estos trabajadores maduros en las operaciones de reestructuración hasta el cumplimiento de la citada edad²⁰⁵³.

En esta finalidad, es igualmente necesario que se mejoren los instrumentos normativos que desincentivan la selección de trabajadores maduros en el despido colectivo, como es el convenio especial con la Seguridad Social (art. 51.9 ET) o la aportación económica al Tesoro Público (art. 51.11 ET). Así, por un lado, la aportación económica al Tesoro Público debería de simplificarse y agilizarse; debería de dirigirse a todas las empresas que tengan un mínimo de 50 trabajadores, habida cuenta del exiguo número de empresas que en España tienen más de 100 trabajadores en plantilla; y deberían de destinarse todos los fondos obtenidos con esta medida a sufragar los gastos de políticas activas de empleo dirigidas a la recolocación de los trabajadores maduros. En cuanto al convenio especial con la Seguridad Social del art. 51.9 ET sería necesario

²⁰⁵² La inclusión de los trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad en el derecho de prioridad de permanencia en un sentido equiparable a los representantes de los trabajadores se defiende en FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: “Interrelación de medidas que tienen por objeto atenuar los efectos de procesos de reestructuración de empresas”, en VV.AA., *Reestructuraciones empresariales: Comunicaciones del XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2021, pp. 831 y 832.

²⁰⁵³ A ello parece apuntar, con cierto escepticismo, CABEZA PEREIRO, J.: “Los cambios en la extinción forzosa del contrato por edad: más adecuación, pero, tal vez, menor utilidad”, pp. 71 y 85.

que se aclare su naturaleza jurídica, en tanto que crédito laboral o de Seguridad Social, en beneficio de facilitar la exigencia del cumplimiento por parte del empresario. Lo más adecuado es que, una vez que el convenio especial quede suscrito, se trate de una obligación de Seguridad Social que, por tanto, pueda ser susceptible de reclamación de deuda por la TGSS, incluso por la vía de apremio. Además, también es necesario igualar las edades de fin de aportación empresarial con las edades destinadas a la jubilación anticipada involuntaria, para que el empresario contribuya, al menos, hasta que el trabajador pueda acceder a dicha modalidad de jubilación anticipada.

En fin, más allá de estas medidas, lo que realmente resulta imprescindible es que las garantías de empleabilidad de los trabajadores maduros afectados por procedimientos de despido colectivo se refuercen y salvaguarden para conseguir su recolocación en el menor tiempo posible y en las mejores condiciones. Para ello, la formación, junto con otras actividades de intermediación laboral y orientación profesional, debe de ser la piedra angular en estos procesos de reestructuración, la cual se puede articular, como ya se ha defendido, desde planes de recolocación externa serios, personificados, adaptados y enfocados en la recualificación y transición profesional de este colectivo vulnerable.

10) La nueva obligación de notificación previa en supuestos de cierre y cese definitivo de la actividad ante despidos de cincuenta o más personas trabajadoras, prevista en la D.A. 6ª RPDC, es una medida que, si bien es bienintencionada, está plagada de incertidumbres y de lagunas que son necesarias de salvar. Esta obligación de notificación previa, a pesar de que está basada en el denominado “proceso de reindustrialización” contenido en el decaído Anteproyecto de Ley de Industria, no obstante, ha dejado fuera buena parte de sus contenidos (aun cuando este tampoco era perfecto) y se ha centrado en un mero preaviso de seis meses a las autoridades laborales y sindicatos de la intención del cierre.

Las deficiencias que presenta dicha nueva obligación son numerosas: desde la elección de la técnica legislativa (la vía reglamentaria para introducir una obligación “sustantiva” de información), la exclusión de los futuros sujetos negociadores del despido colectivo como destinatarios de la notificación previa, hasta el silencio de la norma en cuanto al contenido de la comunicación. Es más, la D.A.6ª RPDC no prevé la obligación de presentar un plan social junto con la notificación, lo cual da a entender que se deposita en exceso la responsabilidad de buscar medidas alternativas o complementarias al despido en la Administración, mientras que a la empresa se le aligera o desprende de esta carga. Pero lo que resulta más grave es que no se haya procedido a una modificación de la LRJS ni del TRLISOS en cuanto a las consecuencias del incumplimiento de la comunicación de la intención de cierre, pudiendo ello convertir a esta nueva obligación en “papel mojado”.

Basta mirar al “pre-procedimiento” italiano de despido colectivo para grandes empresas por cierre, previsto en la *Legge* 234/2021, para comprobar las mayores garantías de las que nuestra ordenación normativa adolece, como el bloqueo de despidos hasta que se agote este procedimiento previo al despido colectivo “común”

(con la sanción de nulidad); y, lo más importante, la obligatoriedad de presentar un plan social por parte del empresario que limite las pérdidas ocupacionales y económicas que pueda causar el cierre y cese de la actividad, en la línea de lo que viene siendo la responsabilidad social corporativa y la reestructuración responsable. Último elemento, el del plan social, que viene reforzado por las importantes sanciones que se imponen por la vía del *ticket di licenziamento* en caso de falta de presentación, presentación defectuosa e incluso no suscripción del plan.

Más allá de estas críticas, es cierto que la nueva D.A.6ª RPDC puede suponer un “banco de pruebas” para que posteriormente se instaure una regulación más detallada, y dotada de las suficientes garantías, en supuestos de despidos colectivos de cierta entidad, cuyo cierre y cese de centros de trabajo pueda tener una afectación relevante sobre el nivel de empleo a nivel local o territorial. En cualquier caso, puede ser el germen de futuros procedimientos de despido colectivo adaptados a deslocalizaciones y dirigidos a paliar los efectos sociales destructivos que tales procesos de “desertización industrial” provocan sobre áreas geográficas determinadas²⁰⁵⁴. Es más, la D.A.6ª RPDC también puede ser el precedente de una oportuna herramienta de preaviso para que Administración, empresa, sindicatos y representantes de los trabajadores colaboren e ideen los mecanismos adecuados de acompañamiento ante procesos de transición verde y de descarbonización.

En efecto, lo que se busca con esta nueva obligación procedimental —además de consagrar y promover la función proactiva de la Administración, en sintonía con la Directiva 98/59—, es reforzar la doble fase de la que se compone la consulta-negociación en el procedimiento de despido colectivo. Por un lado, se busca que el deber informativo empresarial se ejerza de forma adecuada y con antelación suficiente al inicio del proceso de consultas y, por otro lado, que posteriormente la negociación en consultas se produzca con las debidas garantías, una vez que el banco social ha tenido el tiempo suficiente de estudiar y analizar la información y las posibles soluciones alternativas o complementarias al despido colectivo²⁰⁵⁵.

Los nuevos retos que plantea la Cuarta Revolución Industrial y el cambio climático, acrecentados en un mundo globalizado o interconectado, hacen necesario que se deba promover una implicación ofensiva, proactiva y preventiva de todos los agentes implicados en el conflicto (trabajadores, empresarios y Estado), con el fin de encontrar soluciones alternativas o complementarias al despido colectivo. Soluciones que radiquen en una mejora de la productividad, la innovación y el trabajo decente, para garantizar una transición digital y verde que sea justa. De lo contrario, pueden ser devastadores los potenciales efectos de una regulación del despido colectivo que principalmente permita incrementar la indemnización (“tutela indemnizatoria”) o expulsar a trabajadores maduros del mercado de trabajo, aunque incrementando los costes (apartados 9 y 11, art. 51 ET), sobre todo si la destrucción de empleo se focaliza en determinadas zonas geográficas, ahondando en el problema de la despoblación.

²⁰⁵⁴ Sobre esta cuestión destaca el trabajo de BAYLOS GRAU, A.: *Deslocalizaciones de empresas y despidos colectivos*, op. cit, *passim*.

²⁰⁵⁵ BOHIGUES ESPARZA, M.D.: “La institución jurídico laboral del despido colectivo”, op. cit., p. 28.

En este sentido, la adaptación permanente de las empresas a través de medidas sociales de acompañamiento y, en concreto, a través de acciones formativas (“tutela empleativa”) debe de jugar un papel fundamental para garantizar recualificaciones y transiciones ocupacionales justas, sin dejar a nadie atrás, para lo cual el Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo (art. 47-bis ET) puede actuar como una medida adecuada alternativa al despido colectivo, si se corrigen los desajustes aquí apuntados.

En definitiva, es necesario que el renovado plan de acompañamiento social se inserte en una lógica de “negociación colectiva gestional” o “participativa”, por medio de la cual se trate de conciliar la racionalidad económica y la racionalidad social en una dirección de codecisión negocial de los procesos de reestructuración y de crisis empresariales²⁰⁵⁶. Para ello es igualmente necesario un cambio de modelo que supere la competencia basada en reducción de costes del factor trabajo y se centre en una competitividad por el conocimiento, la calidad y la innovación en la empresa. A ello contribuye la conocida como “flexibilidad ofensiva”, que busca la implicación de los trabajadores en la productividad y calidad del producto a cambio de diversas garantías y ventajas laborales; persigue la participación proactiva y preventiva de todos los agentes implicados en el conflicto (empresa, trabajadores y Estado); otorga preferencia a la estabilidad laboral, la modernización de la tecnología y la formación profesional; así como se construye sobre la negociación colectiva supraempresarial, sin excluir la concertación social ni el convenio de empresa, este último como vía de singularización de las condiciones y de la organización del trabajo.

²⁰⁵⁶ Una propuesta elaborada originalmente por MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, op. cit., pp. 101 ss. y explícitamente pp. 106-114.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRIL LARRÁINZAR, M.P.: *Información, consulta y negociación en el despido colectivo*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2016.
- AGUILAR GONZÁLEZ, M.C.: “Desempleo de larga duración, colectivos vulnerables y la reformulación de las políticas activas de empleo”, en *Lan Harremanak*, N.º 46, 2021.
- AGUILAR MARTÍN, M.C.: “Pensión de jubilación: medidas de acción en relación a la edad de jubilación para eliminar la brecha de género en la negociación colectiva”, en VV.AA., *La encrucijada de las pensiones del sistema español de Seguridad Social. El nuevo Pacto de Toledo y su desarrollo legislativo. VI Congreso Internacional y XIX Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Murcia, Laborum, 2022.
- AGUSTÍ MARAGALL, J.: “La coordinación entre el proceso colectivo de impugnación y los procesos individuales contra los despidos derivados del despido colectivo”, en VV.AA.: *Tratado de despido colectivo* (GODINO REYES, M., Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- “La mayor exigencia informativa en la comunicación de despido por causas objetivas y en la justificación de la concreta afectación individual (ex art. 53.4 et)”, *Jurisdicción social: Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, N.º 207, 2020, pp. 26-35.
- AIBAR BERNAD, J.: “Las medidas de naturaleza socio-laboral comprendidas en el Plan Nacional de Recuperación y Resiliencia de Italia”, *Trabajo y Derecho*, N.º 98, 2023.
- ALBI, P.: “La reforma Monti-Fonero e i licenziamenti collettivi”, *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” .IT*, N.º 161, 2012.
- ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, Navarra, Aranzadi, 2015.
- ALES, E. y D’AVINO, E.: “Italy”, en VV.AA.: *Restatement of Labour Law in Europe Volume III: Dismissal Protection*, edición a cargo de WAAS, B., publicada por C.H.Beck, Hart y Nomos, 2023, pp. 565-621.
- ALFONSO MELLADO, C.L.: “Las reformas laborales de 2012: una valoración inicial”, en VV.AA., *Reforma laboral 2012. Últimas reformas laborales y de Seguridad Social* (ALFONSO MELLADO, C.L. y RODRÍGUEZ PASTOR, G.E., Dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- ALFONSO MELLADO, C.L. y FABREGAT MONFORT, G.: *Negociación en la empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

- ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A.: “Negociación colectiva y flexibilidad interna: la flexibilidad interna negociada”, en VV.AA.: *El sistema de negociación colectiva en España: estudio de su régimen jurídico*, MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, M.N. y TOMÁS JIMÉNEZ, N. (Coords.), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2013.
- “El papel de otras agencias y entidades en la colocación”, en VV.AA.: *La política y el Derecho del empleo en la nueva sociedad del trabajo. Libro homenaje a la profesora Rosa Quesada Segura*, Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2016.
- ALTÉS TÁRREGA, J.A., BLASCO PELLICER, Á. y NORES TORRES, L.E.: *El despido objetivo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.
- ÁLVAREZ CUESTA, H.: “Buenas prácticas convencionales frente a despidos por causas tecnológicas”, en VV.AA., *Reestructuraciones empresariales: Comunicaciones del XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2021, pp. 789-806.
- “Transición energética y políticas de empleo verde: el caso de la minería del carbón en el noroeste de España”, *Labos*, Vol. 3, N.º 3, 2022.
- “La formación en los nuevos yacimientos de empleo (empleos digitales, verdes) con especial atención a la perspectiva de género”, en *Lan Harremanak*, N.º 49, 2023.
- ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A.: “Los acuerdos de reestructuración en empresas sin representantes unitarios de los trabajadores”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, N.º 67, 2002, pp. 111-127.
- “Informe sobre la regulación del despido colectivo en Europa”, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, N.º 99, 2009.
- ANCOS FRANCO, H. y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “Marco normativo de la responsabilidad social empresarial”, en VV.AA.: *La responsabilidad social de las organizaciones*, SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. (Dir.) y GRAU RUIZ, M.A. (Coord.), Madrid, Editorial Grupo 5, 2013.
- ANDIÓN JIMÉNEZ, C.: “Sindicatos, representantes y comisiones en la adopción de medidas laborales de flexibilidad externa”, en ORTEGA LOZANO, P.G. y GUINDO MORALES, S. (Dirs. y Coords.), *Viabilidad de las empresas, mantenimiento del empleo y medidas de flexibilidad externa en la reestructuración empresarial*, Granada, Comares, 2022.
- APARICIO ALDANA, R.K. y UBILLÚS BRACAMONTE, R.E.: “El despido ad nutum como medida inconstitucional de reestructuración laboral”, *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, N.º 10, 2014.
- ARAGÓN GÓMEZ, C.: “El convenio especial con la seguridad social en los despidos colectivos que afecten a trabajadores maduros”, en VV.AA.: *Reestructuraciones empresariales. Comunicaciones del XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2021.
- ARAGÓN MEDINA, J.; ROCHA SÁNCHEZ, F.; FUENTE SANZ, L. DE LA.: *Los planes sociales en los procesos de reestructuración de empresas en España*, Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2010.
- ARAGÜEZ VALENZUELA, L.: “El papel de los representantes de los trabajadores y la negociación colectiva ante la toma automatizada de decisiones empresariales mediante algoritmos digitales”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, N.º 1, 2023, pp. 127-153.

- ARIAS DOMÍNGUEZ, Á.: “Tres años de reforma del despido colectivo: ¿ha conseguido su propósito el legislador?”, Madrid, Dykinson, 2014.
- AZAGRA SOLANO, M.: “La comunicación del despido individual vinculado al despido colectivo”, en VV.AA., *Tratado de despido colectivo* (MARTÍN GODINO, R., Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- BALLESTER LAGUNA, F.: *La impugnación del despido colectivo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- BARRIOS BAUDOR, G.L.: “El regreso de la jubilación forzosa”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, N.º 3, 2019.
- BARRETO, C.; GUNDKE, R. y KRILL, Z.: *The cost of job loss in carbon-intensive sectors: Evidence from Germany*, OCDE, 2023.
- BARROS GARCÍA, M.: “¿Continúa vigente la «doctrina del vínculo» tras la modificación de la Ley de Sociedades de Capital?”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, N.º 41, 2015.
- “La aportación económica al Tesoro por despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, N.º 49, 2018.
- BASCÓN MARÍN, J.: “La política activa de empleo y los colectivos vulnerables en un contexto de escasez de oportunidades de empleo”, *Cuadernos de Gobierno y Administración Pública*, Vol. 10, núm. 1, 2023.
- BAYLOS GRAU, A.P.: “La desconstitucionalización del trabajo en la reforma laboral del 2012”, en VV.AA.: *La flexibilidad interna y los despidos colectivos en el sistema español de relaciones laborales*, Barcelona, Huygens, 2014.
- *Deslocalizaciones de empresas y despidos colectivos*, Albacete, Bomarzo, 2022.
- BAZ RODRÍGUEZ, J.: “El despido colectivo en las empresas de grupo. Viejos y nuevos problemas, tras el cambio de modelo normativo (2012-2014)”, *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, N.º 1, 2015.
- “El impacto de la transformación digital en la financiación de la Seguridad Social. (De la «cotización de los robots» a la búsqueda de mecanismos innovadores de financiación en la era de la inteligencia artificial)”, en VV.AA., *Las transformaciones de la Seguridad Social ante los retos de la era digital. Por una salud y Seguridad Social digna e inclusiva*, Murcia, Laborum, 2023.
- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Ley 3/2012, desistimiento y derecho al trabajo”, en VV.AA.: *Constitución Española y Relaciones Laborales ante el actual escenario social y económico*, Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2013.
- “Reformas laborales y «asiatización» de las condiciones de trabajo: el tránsito (inacabado) hacia el nuevo paradigma de las relaciones laborales”, *IUSLabor*, N.º 3, 2014, versión digital.
- “Valor social del trabajo y el despido injustificado «agravado»: la indemnización complementaria a la legal tasada como instrumento de «disuasión marginal»”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, N.º 1, 2022.
- BENAVENTE TORRES, M.I.: “Las comisiones *ad hoc* en los períodos de consulta/negociación”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, N.º 124, 2014, pp. 121-156.
- BINI, S.: “Contributo allo studio del demansionamento del lavoratore in Italia”, *Diritto delle Relazioni Industriali*, N.º 1, 2016, pp. 211-238.

- “Formación y mecanismo RED: Transiciones justas en el prisma del nuevo modelo «Industry 5.0»”, en VV.AA.: *Digitalización, recuperación y reformas laborales. Comunicaciones del XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2022.
- BLASCO JOVER, C.: “La inexcusable reforma del despido colectivo para integrar al grupo de empresas como ámbito de referencia”, en VV.AA., *Reestructuraciones empresariales: Comunicaciones del XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2021.
- BLASCO PELLICER, A.: *Los expedientes de regulación de empleo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.
- *La extinción del contrato de trabajo en la reforma laboral de 2012*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- “El despido colectivo”, en VV.AA., *La extinción del contrato de trabajo* (SALA FRANCO, T., Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.
- BLÁZQUEZ AGUDO, E.M.: *Edad y pensión de jubilación: una oportunidad para hacer sostenible el sistema de la Seguridad Social*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2023.
- BODAS MARTÍN, R.: “Las causas del despido colectivo: causas económicas”, en VV.AA., *Tratado de despido colectivo* (GODINO REYES, M., Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- “La documentación pertinente en los despidos colectivos por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción”, en *Lan Harremanak*, N.º 35, 2017.
- BOHIGUES ESPARZA, M.D.: “La institución jurídico laboral del despido colectivo”, *Lex Social, Revista de Derechos Sociales*, Vol. 13, N.º1.
- BONOMO, M.; D’ONOFRIO, E.; MARESCA, A. y ORLANDO, A.: “Crisi occupazionali e misure alternative ai licenziamenti collettivi”, *Lavoro Diritti Europa. Rivista nuova di Diritto del lavoro*, N.º 3, 2021, versión digital.
- BRUN, S.: “Trasformazione dei tempi di lavoro ed esigenze organizzative dell’impresa”, *Rivista italiana di Diritto del lavoro*, N.º 2, 2011, pp. 1-27, versión digital.
- CABEZA PEREIRO, J. y CARDONA RUBERT, M.B.: “Introducción. La discriminación de las personas mayores en el ámbito laboral. Los estereotipos en el empleo, la ocupación y las condiciones de trabajo”, en AA.VV., *La discriminación de las personas mayores en el ámbito laboral*, Fundación HelpAge Internacional España, Madrid, 2022.
- CABEZA PEREIRO, J.: “La supresión de la autorización administrativa en los despidos colectivos”, *Revista de Derecho Social*, N.º 57, 2012
- “La flexibilidad interna y su regulación en España, una reflexión en clave crítica de la Reforma Laboral del 2012”, en VV.AA.: *Flexibilidad interna e innovación en la empresa*, LANDA ZAPIRAIN, J.P. (Coord.), Madrid, Dykinson, 2013.
- “La última jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en torno a la Directiva de despidos colectivos: un problema de conceptos y de políticas legislativas”, *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, N.º 10, 2015, pp. 81-96.
- “El concepto de trabajador en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Documentación laboral*, N.º 113, 2018, pp. 45-58.
- “Los cambios en la extinción forzosa del contrato por edad: más adecuación, pero, tal vez, menor utilidad”, *Revista de derecho social*, N.º 96, 2021.

- CAIRÓS BARRETO, D.M.: “El futuro de Europa y su nuevo «código normativo social»: el Plan de acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales”, en *Trabajo y Derecho*, N.º 82, 2021.
- CANALDA CRIADO, S.: “Transición socialmente justa y procesos de reestructuración empresarial en clave verde”, en *Documentación laboral*, N.º 128, 2023.
- CARINCI, M.T.: “L’obbligo di «ripescaggio» nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo di tipo economico alla luce del *Jobs Act*”, *Rivista Italiana di Diritto del lavoro*, N.º 2, 2017, pp. 203-240.
- “El rediseño constitucional de la tutela contra el despido individual en Italia”, *Trabajo y Derecho*, N.º 60, 2019, pp. 14-30.
- CASADO CASADO, L.: “El nuevo Pilar Europeo de Derechos Sociales: ¿hacia un fortalecimiento real de la dimensión social de la Unión Europea?”, en *Revista de Investigações Constitucionais*, N.º 2, 2019, pp. 375-404. DOI: 10.5380/rinc.v6i2.61813.
- CASAS BAAMONDE, M.ª E.: “Causalidad del despido colectivo, autorización administrativa y negociación colectiva”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, N.º 19, 1996.
- “Mediación, arbitraje y períodos de consultas”, *Relaciones Laborales*, N.º 4, 2013, versión electrónica.
- “Unidades de cálculo de los umbrales numéricos del despido colectivo, el centro de trabajo y la empresa y extinciones contractuales computables. Los efectos de la sentencia del Tribunal de Justicia *Rabal Cañas* en la regulación del despido colectivo por el Estatuto de los Trabajadores”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, N.º 4, 2015.
- CALVO GALLEG0, F.J.: “Responsabilidad social y relaciones laborales en España”, *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, N.º 64, 2010.
- CAVAS MARTÍNEZ, F. y SEMPERE NAVARRO, A.V.: “La delimitación del contrato de trabajo en la jurisprudencia unificada del Tribunal Supremo”, en VV.AA.: *Las fronteras del contrato de trabajo en la jurisprudencia*, SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir.) y MALDONADO MONTOYA, J.P. (Coord.), Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2020, pp. 109-205.
- CAVAS MARTÍNEZ, F.: “El procedimiento de impugnación del despido colectivo tras la reforma laboral de 2012”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, N.º 2, 2013.
- “La legitimación en el proceso de impugnación del despido colectivo del art. 124 LRJS”, *Revista Derecho Social y Empresa*, N.º 9, 2018.
- “Los expedientes de regulación temporal de empleo por COVID-19. Una apuesta institucional para la preservación del empleo en tiempos de pandemia”, en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, N.º 1, 2020.
- “Los expedientes de regulación temporal de empleo (ERTES) como respuesta a la crisis del COVID-19”, en FERRANDO GARCÍA, F.M. (Dir.): *El escudo social frente a la pandemia: análisis jurídico y propuestas para una legislación social más justa*, Albacete, Bomarzo, 2021.
- CEGARRA CERVANTES, F.: “El convenio especial de la seguridad social en los despidos colectivos que afecten a personas trabajadoras de cincuenta y cinco o más años: un examen de su procedencia en los casos de situación preconcursal”, en VV.AA.: *Reestructuraciones empresariales. Comunicaciones del XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2021.

- *La protección jurídica de las personas maduras en los despidos colectivos. Especial referencia a la aportación al Tesoro Público*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2022.
- CERVERA SOTO, T. y CID BABARRO, C.: *El despido colectivo. Claves prácticas y análisis jurisprudencial*, Valladolid, Lex Nova, 2016.
- CHACARTEGUI JÁVEGA, C.: “El concepto de «Transición Justa» para la OIT. Análisis del VI Informe «Lograr una transición justa hacia economías y sociedades medioambientalmente sostenibles para todos», presentado a la Conferencia Internacional del Trabajo 111ª reunión (2023)”, en *Trabajo y Derecho*, N.º 103, 2023.
- CHARRO BAENA, P. y GUERRERO JAREÑO, R.: “La jubilación forzosa y la gestión de la diversidad generacional en la empresa: ¿dos conceptos antagónicos?”, en *VVAA: Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible: III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, ORTIZ CASTILLO, F. (Ed.), Tomo II, Murcia, Laborum, 2019.
- COLOMBO, D.: “Licenziamento collettivo dei manager”, *Diritto & Pratica del Lavoro*, N.º 5, 2015, pp. 285-289.
- COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA: *Libro Verde. Reestructuración y previsión del cambio: ¿qué lecciones sacar de la experiencia reciente? De 2012* [Bruselas, 17.1.2012. COM (2012) 7 final. SEC (2012) 59 final).
- COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES: *Marco de Calidad de la UE para la Anticipación del Cambio y la Reestructuración de 2013* [/* COM/2013/0882 final */].
- COMISIÓN EUROPEA: *Stocktaking report on the application of the EU Quality Framework for anticipation of change and restructuring*, 2018.
- CONDE RUIZ, J.I.: “Los retos del factor de sostenibilidad de las pensiones: presente y futuro”, *Documentación Laboral*, N.º 99, 2013.
- CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE ESPAÑA, *La situación sociolaboral de las personas de 45 a 64 años de edad*, Informe 02/2014.
- CORREA CARRASCO, M.: “Autonomía colectiva y reestructuraciones empresariales no extintivas”, en *VV.AA.: Reestructuraciones empresariales. XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2021.
- CORTI, M. y SARTORI, A.: “La riforma delle politiche passive e attive del lavoro. La nuova CIG, l'avvio di gol e il lancio del piano nuove competenze”, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, N.º 2, 2022, pp. 65-79.
- CREMADES CHUECA, O.: *El modelo de responsabilidad laboral en los grupos de empresas: una anatomía crítica*, Madrid, Ediciones Cinca, 2021.
- Criterio Operativo N.º 105/2023 sobre actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada.
- CRUZ VILLALÓN, J.: “La aplicación de la Directiva sobre despidos colectivos”, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, N.º 44, 1997, pp. 27-71.
- “Hacia una nueva concepción de la legislación laboral”, *Temas laborales*, N.º 115, 2012, pp. 13-53.

- “Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía” *Temas laborales*, N.º 138, 2017.
- “Suspensiones y reducciones de la jornada laboral. Lo que hemos aprendido de la reforma laboral 2021”, *Labos*, Vol. 4, N.º 1, 2023.
- CUESTA, J.: “El Ministerio de Trabajo en la II República Española (1931-1939)”, *Sociología del Trabajo*, N.º 99, 2021, pp. 185-203.
- DE CASTRO MARÍN, E.: *Despido colectivo “de hecho”. Aspectos controvertidos en la aplicación práctica del art. 51.1 ET*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2018.
- DE LA CASA QUESADA, S.: “Las empresas de recolocación («outplacement») y nuevos derechos del trabajador a la prevención del desempleo”, *Trabajo: Revista iberoamericana de relaciones laborales*, N.º 20, 2007, pp. 137-168.
- DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “El despido por causas empresariales”, en VV.AA.: *Reestructuraciones empresariales. XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2021.
- “Las paradojas del despido colectivo tras la supresión de la autorización administrativa”, *Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, N.º 13, 2013, pp. 129-154.
- “El nuevo régimen de reducción de jornada y de suspensión de contratos por causas ETOP y por fuerza mayor. Una apuesta por la estabilidad y la formación en el empleo”, en *Labos*, N.º extraordinario 0, 2022.
- DE LA TORRE GARCÍA, C.; MARTÍN JIMÉNEZ, R.; SAN MARTÍN MAZZUCONI, C. y MARURI PALACÍN, I.: *Reestructuraciones de empresas y responsabilidad social. Planes sociales, medidas alternativas y políticas de acompañamiento*, Madrid, Cinca, 2010.
- DE LA VILLA GIL, L.E.: “Comisiones laborales y comisiones sindicales. Una sorpresa escondida en la reforma laboral de 2010”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, N.º 23, 2011, pp. 1-27.
- “El acuerdo de finalización del periodo de consultas. Naturaleza y contenido posible”, en GODINO REYES, M. (Dir.), *Tratado de despido colectivo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- DEL REY GUANTER, S.: “La fase previa al periodo de consultas: La comunicación de la intención de iniciar un proceso de despido colectivo y la solicitud de designación de la comisión representativa de los trabajadores”, en VV.AA.: *Tratado de despido colectivo*, GODINO REYES, M. (Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- DE FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, C.: “Revisión de los planes de recolocación externa de un despido colectivo en el marco del proceso de digitalización de la economía”, en *Reestructuraciones empresariales: Comunicaciones del XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2021.
- DE MOZZI, B.: “Questioni introduttive in tema di licenziamento collettivo nel c.d. Jobs Act”, *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” .IT*, N.º 353, 2018.
- DE VICENTE PACHÉS, F. y MATEU CARRUANA, M. J.: *Las agencias de colocación mediante la forma jurídica de empresa de economía social*, Granada, Comares, 2012.
- DESDENTADO BONETE, A. y DESDENTADO DAROCA, E.: *Grupos de empresas y despidos económicos*, Valladolid, Thomson-Reuters-Lex Nova, 2014.

- DESDENTADO BONETE, A.: “Los despidos económicos tras la reforma de la Ley 3/2012. Reflexiones sobre algunos problemas sustantivos y procesales”, *Actualidad Laboral*, N.º 17, 2012.
- “Marked by invalidations. The consultation period in collective redundancies”, *Spanish Labour Law and Employment Relations Journal*, N.º 1-2, 2015.
 - “Problemas procesales del despido colectivo en la doctrina del Tribunal Supremo”, en VV.AA., *El Estatuto de los Trabajadores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Estudios dedicados al Catedrático y Magistrado Don Antonio Martín Valverde*, Madrid, Tecnos, 2015.
 - “La delimitación legal del despido colectivo. El despido colectivo de hecho”, en VV.AA.: *Tratado de despido colectivo*, GODINO REYES, M. (Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- DÍAZ AZNARTE, M.T.: “La mediación y el arbitraje como vías de gestión de la conflictividad laboral”, *Temas Laborales*, N.º 140, 2017.
- ERCILLA GARCÍA, J.: *La robotización como “causa técnica” de despido objetivo*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2020.
- ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: “Reflexiones preeliminares y críticas sobre las reestructuraciones empresariales y su proyección en el ámbito laboral”, en VV.AA., *Las reestructuraciones empresariales: un análisis transversal y aplicado*, Madrid, Ediciones Cinca, 2015.
- “Artículo 35”, en VV.AA.: *Comentario a la Constitución Española. 40 aniversario 1978-2018: Libro-homenaje a Luis López Guerra*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.
- ESPOSITO, M.; GAETA, L.; ZOPPOLI, A. y ZOPPOLI, L.: *Diritto del lavoro e sindacale*, Turín, Giappichelli, 2021.
- ESTEBAN LEGARRETA, R.: “El deber empresarial de realizar aportaciones al tesoro público por el despido de trabajadores de cincuenta o más años mediando beneficios. Un análisis de datos y finalidades”, en AA.VV., *Finding Solutions for a Post-Crisis Society: 1st International Virtual SBRLab Conference*, Tarragona, Universitat Rovira i Virgili, 2015.
- ESTEVE SEGARRA, A.: “La enésima reforma de la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores”, *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, N.º Extraordinario sobre La reforma laboral de 2021, 2022.
- FALGUERA BARÓ, M.A.: “El acuerdo en el periodo de consultas”, en VV.AA., *XXVI Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva organizadas por la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos*, Madrid, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2013.
- *El procedimiento del despido colectivo y el desarrollo del periodo de consultas: criterios judiciales*, Albacete, Bomarzo, 2015.
 - *El control judicial del despido colectivo*, Albacete, Bomarzo, 2016.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: “Automatización y empleo: la «Paradoja de Polanyi» revisitada”, en *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum*, N.º 1, 2021.
- “Capítulo IX. Procedimientos de regulación temporal de empleo (art. 47 ET)”, en VV.AA.: *La reforma laboral de 2021: estudio técnico de su régimen jurídico*, Murcia, Laborum, 2022.
 - “La flexibilidad interna en el contexto del despido colectivo”, en VV.AA.: *Medidas de flexibilidad interna como alternativa y solución en un nuevo derecho del trabajo garantista: estudio de flexibilidad funcional, temporal, espacial, sustancial y suspensiva en un marco de reformas laborales*, MONEREO PÉREZ, J.L.; GORELLI HERNÁNDEZ, J. y ALMENDROS GONZÁLEZ, M.Á. (Dir.), Granada, Comares, 2022, pp. 757-780.

- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y AGRA VIFORCOS, B.: “La jubilación forzosa del personal laboral al servicio de las administraciones públicas (o la antinomia en la negociación colectiva)”, *Trabajo y Derecho*, N.º 85, 2022, versión electrónica.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: “Fallecimiento del empresario sin sucesión hereditaria y despido colectivo a la luz de la Directiva 98/59/CE (STJCE 323/08, Asunto Rodríguez Mayor)”, *Noticias de la Unión Europea*, N.º 321, 2011.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, A.: “Medidas para fomentar el empleo y el autoempleo de los mayores de 45 años”, en AA.VV., *Los trabajadores maduros: entre el trabajo y la jubilación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.
- FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, S.: “La vuelta de las cláusulas de jubilación forzosa a los convenios colectivos”, en VV.AA.: *Por una pensión de jubilación adecuada, segura y sostenible*, Murcia, Laborum, 2019.
- FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: *El convenio especial. Una respuesta al futuro de las prestaciones de la Seguridad Social*, Navarra, Lex Nova. Thomson Reuters, 2013.
- “Interrelación de medidas que tienen por objeto atenuar los efectos de procesos de reestructuración de empresas”, en VV.AA., *Reestructuraciones empresariales. Comunicaciones del XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2021.
- “Protección por desempleo en tiempos de COVID-19”, en FERRANDO GARCÍA, F.M. (Dir.): *El escudo social frente a la pandemia: análisis jurídico y propuestas para una legislación social más justa*, Bomarzo, Albacete, 2021.
- FERNÁNDEZ PRIETO, M.: *Empleabilidad e intermediación laboral: novedades y alcance en la Ley 3/2023*, en *Revista Justicia y Trabajo*, N.º extraordinario, 2023.
- FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A.: “Evolución histórica de la exigencia de autorización administrativa en los despidos colectivos”, *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, N.º 33, 1994.
- GALA DURÁN, C.: “Una aproximación al despido colectivo como medida de reestructuración empresarial tras las últimas reformas laborales”, *Revista de Derecho Social y Empresa*, N.º 0, 2014.
- GAMBACCIANI, M.: *Impresa e lavoro: il nuovo bilanciamento nei licenziamenti collettivi*, Roma, Roma Tre Press, 2017.
- GARCÍA BLASCO, J. y ÁLVAREZ GIMENO, R.: “Supervisión y reclamaciones: especial referencia al Comité Europeo de Derechos Sociales (artículo C y protocolo de 1991, y artículo C y protocolo de 1995)”, en VV.AA.: *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, MONEREO PÉREZ, J.L. y MONEREO ATIENZA, C. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2017.
- GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: “La extinción de la relación laboral en la Ley 11/1994, de 19 de mayo”, *Actualidad Laboral*, N.º 30, 1994.
- GARCÍA GONZÁLEZ, G.: “La recepción de la Carta Social Europea en el ordenamiento español: aspectos jurídicos, políticos e institucionales (1978-2018)”, *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, N.º 137, 2018.

- GARCÍA MURCIA, J.: “Las causas de despido colectivo: causas técnicas, organizativas y de producción”, en VV.AA.: *Tratado de despido colectivo*, GODINO REYES, M. (Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- GARCÍA-NEBLE NEBLE, A.: *La forma de los despidos por crisis: desde la Ley de Jurados Mixtos de 1931 hasta la Ley del Estatuto de los Trabajadores de 1980*, Tesis doctoral leída el 9 de febrero de 2016 en la Universidad de Huelva, bajo la dirección de la Profesora María Fernanda Fernández López.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “El principio de correspondencia representativa como límite en la negociación de empresa”, en VV.AA.: *Anuario laboral 2015: doctrina científica, casos prácticos y doctrina administrativa*, Valladolid, Lex Nova, 2015.
- “Despidos colectivos (Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998)”, en VV.AA., *Derecho social de la Unión Europea: aplicación por el Tribunal de Justicia* (CASAS BAAMONDE, M.E. et al., Dirs.), Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2023.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., y MERCADER UGUINA, J.R.: “La iniciación del procedimiento de despido colectivo por los grupos patológicos: algunos extraños efectos”, *Revista de Información Laboral*, N.º 1, 2015.
- “La protección de los trabajadores frente al despido en la historia de la OIT”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, N.º 147, 2020, pp. 325-351.
- GARCÍA RODRÍGUEZ, B.: “La fase previa al periodo de consultas. La designación de la comisión representativa de los trabajadores”, en VV.AA.: *Tratado de despido colectivo*, GODINO REYES, M. (Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- GARCÍA ROMERO, B.: “La menor indemnización pactada para los trabajadores mayores de 60 años afectados por un despido colectivo no constituye una discriminación por razón de edad”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, N.º 2, 2023, versión digital.
- GARRIDO PALACIOS, M.Á.: *Control de convencionalidad y Derecho del trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.
- GARRIDO PÉREZ, E.: “Los acuerdos de reestructuración empresarial, con especial atención a los derivados de despidos colectivos, suspensión y reducción de jornada”, en *Temas Laborales*, N.º 120, 2013.
- GIL ALBUQUERQUE, R.: “La fase previa al periodo de consultas: la comunicación de inicio del periodo de consultas a la representación de los trabajadores y a la autoridad laboral”, en VV.AA.: *Tratado de despido colectivo*, GODINO REYES, M. (Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- GIL Y GIL, J.L.: “Trabajo decente y reformas laborales”, *Revista Derecho Social y Empresa*, N.º 7, 2017.
- GIMÉNEZ GLUCK, D.: *Una manifestación polémica del principio de igualdad. Acciones positivas y medidas de discriminación inversa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P.: “La respuesta anticipada del legislador al riesgo de crisis de empleo: el nuevo mecanismo red de flexibilidad y estabilización del empleo”, *Labos*, N.º extraordinario “La reforma laboral de 2021”, 2022, pp. 97-110.
- GODINO DE FRUTOS, M.: “La indemnización por despido improcedente ante la Carta Social Europea revisada: control de convencionalidad y posible reforma legislativa”, *Trabajo y Derecho*, N.º 98, 2023.

- GODINO REYES, M.: “El periodo de consultas. El valor de las propuestas de las partes durante el periodo de consultas y la eventual vinculación a las mismas para la decisión final en caso de finalización sin acuerdo”, en GODINO REYES, M. (Dir.), *Tratado de despido colectivo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 350-370.
- “La jubilación forzosa ordinaria”, en VV.AA., *La encrucijada de las pensiones del sistema español de Seguridad Social. El nuevo Pacto de Toledo y su desarrollo legislativo. VI Congreso Internacional y XIX Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Murcia, Laborum, 2022.
- “El despido colectivo de hecho y las bajas voluntarias incentivadas: un paso decisivo. Comentario a la STS 3812/2023, de 19 de septiembre”, *Revista de Derecho Laboral vLex*, N.º 10, 2023.
- GOERLICH PESET, J.M.: *La extinción del contrato de trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994.
- “La reforma de la extinción del contrato de trabajo”, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, N.º 107, 2010.
- “Los grupos de sociedades en la jurisprudencia social reciente: puntos críticos”, *Revista de información laboral*, N.º 5, 2014.
- GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.: “La intervención de la Inspección de Trabajo en los despidos colectivos”, en VV.AA.: *Tratado de despido colectivo*, MARTÍN GODINO, R. (Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 483-514.
- GÓMEZ ABELLEIRA, F.J. y DÍAZ ZAFORAS, D.: “La construcción judicial del concepto de despido colectivo por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Europeo*, N.º 57, 2016.
- GÓMEZ MUÑOZ, J.M.: *Derecho del trabajo, libre competencia y ayudas de Estado*, Monografías de Temas laborales, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales-Mergablum, 2007.
- GÓMEZ ORFANEL, G.: “Acciones positivas a favor de la mujer en España: doctrina, jurisprudencia y legislación”, *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, Vol. 9, 2008, pp. 379-402.
- GÓMEZ SALADO, M.Á.: *La cuarta revolución industrial y su impacto sobre la productividad, el empleo y las relaciones jurídico-laborales: desafíos tecnológicos del siglo XXI*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021.
- GONZÁLEZ COBALEDA, E.: “Mayores: la lenta evolución de las políticas de empleo y el auge de la discriminación por edad”, en AA.VV. (GÓMEZ SALADO, M.Á. et al., Dirs.), *El empleo de los colectivos vulnerables en el marco de la transformación tecnológica. Una aproximación jurídico-social*, Granada, Comares, 2022.
- “Los vaivenes legislativos sobre la jubilación forzosa: ¿un instrumento eficaz para la igualdad de género tras la última reforma?”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, N.º 2, 2023.
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.: “Los desajustes actuales oferta-demanda en el mercado de trabajo español”, *Cuadernos del Mercado de Trabajo*, N.º 10, 2023.
- GONZÁLEZ DE PATTO, R.Mª.: “El modelo español de despido colectivo: puntos críticos a la luz de la jurisprudencia comunitaria y su contradictoria recepción en la doctrina judicial”, *Estudios financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, N.º 401-402, 2016, pp. 71-100.
- “El TJUE y el proceso de revisión del régimen jurídico de despido colectivo: ¿«héroe» o «villano»?”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, N.º 5, 2019.

- “El impacto de la reciente jurisprudencia comunitaria en el régimen jurídico español de despido colectivo”, en VV.AA.: *Impacto sobre la legislación laboral española de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: XXXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, MOLINA NAVARRETE, C. (Coord.), Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2019, pp. 165-206.
- GONZALEZ-POSADA MARTINEZ, E.: “La configuración del despido colectivo en el Estatuto de los Trabajadores”, *Actualidad Laboral*, N.º 2, 1995.
- “El despido colectivo: causas y procedimiento”, en VV.AA., *El despido en España tras la reforma laboral (2012-2014)* (VALDÉS DAL-RÉ, F. y MURCIA CLAVERÍA, A., Dirs.), Madrid, Francis Lefebvre, 2018.
- GOÑI SEIN, J.L.: “El nuevo modelo normativo de despido colectivo implantado por la Ley de reforma laboral de 2012”, *Documentación Laboral*, N.º 95-96, 2012.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Sostenibilidad de la Seguridad Social: perspectivas y propuestas de actuación”, en VV.AA.: *Nuevas tecnologías y trabajo sostenible*, MARÍN ALONSO, I. e IGARTUA MIRÓ, M.T. (Dir.) y SOLÍS PRIETO, C. (Coord.), Murcia, Laborum, 2020.
- “Extinciones pandémicas: el despido en la era COVID-19”, en *Trabajo y Derecho*, N.º 81, 2021, pp. 1-21, versión digital.
- GRAU RUIZ, M.A. y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “Presentación”, en VV.AA.: *La responsabilidad social de las organizaciones*, SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. (Dir.) y GRAU RUIZ, M.A. (Coord.), Madrid, Editorial Grupo 5, 2013.
- GUALDA ALCALÁ, F.J. y GUALDA ALCALÁ, M.: *La aplicación del despido colectivo por la doctrina judicial*, Albacete, Bomarzo, 2016.
- GUERRERO VIZUETE, E.: “El plan de recolocación externa de los trabajadores excedentes: «un nuevo instrumento de lucha contra el desempleo»”, en VV.AA., *Políticas de Empleo* (CABEZA PEREIRO, J. y FERNÁNDEZ PROL, F., Coords.), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2013.
- GUINDO MORALES, S.: *Caracterización jurídica y causas del despido objetivo en la normativa, doctrina y jurisprudencia tras las recientes reformas laborales*, Granada, Comares, 2020.
- GUTIÉRREZ COLOMINAS, D.: “El centro de trabajo como unidad de referencia física subsidiaria para el cálculo de las extinciones de los despidos colectivos”, *IUSlabor*, N.º 2, 2015.
- GUTIÉRREZ VELASCO, I.: “El «trabajador europeo» se pone en forma”, *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, N.º 19, 2016.
- HERRERA DUQUE, M.J.: “El período de consultas: el contenido y valor de las actas elaboradas durante el periodo de consultas”, en GODINO REYES, M. (Dir.), *Tratado de despido colectivo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- Instrucció 2/2023, de 23 de maig, de la secretaria de treball, sobre els plans de recol·locació obligatoris en els acomiadaments col·lectius de més de 50 persones treballadores*, disponible en: https://treball.gencat.cat/web/.content/07_-_relacions_laborals/enllacos/instruccio_plans_de_recol_signed.locacio_maig_2023_signed.pdf (visitada el 15/12/2023).
- JIMENA QUESADA, L.: “La Carta Social Europea como instrumento de democracia social en Europa y en España”, en JIMENA QUESADA, L. (Coord.), *Escritos sobre derecho europeo de los derechos sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- “El Comité Europeo de Derechos Sociales: valor jurídico de sus resoluciones”, en *Documentación laboral*, N.º 125, 2022.

- JIMENA QUESADA, L. y SALCEDO BELTRÁN, C.: “Carta Social Europea, despido y control de convencionalidad: la odisea por alcanzar el reconocimiento de los derechos y sus garantías navegando en las procelosas aguas de las instancias superiores (excusatio non petita...)”, *Lex Social, Revista De Derechos Sociales*, N.º 1, 2022.
- JURADO SEGOVIA, Á.: “Robotización/automatización y despido objetivo por causas técnicas (Art. 52 c ET)”, *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, N.º 3, 2020.
- LACOMBA PÉREZ, F.R.: “Las interferencias de la externalización de actividades en la causa y razonabilidad del despido colectivo. Comentario a la STS (sala de lo social) de 20 de noviembre de 2015 (R. N.º. 104/2015)”, *IusLabor*, N.º 1, 2016.
- LAHERA FORTEZA, J.: “Nueva configuración del despido colectivo”, *Trabajo y Derecho*, N.º 34, 2017.
- *Reformas y retos laborales*, Madrid, Ediciones Cinca, 2023.
- LARENZ, K.: *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, edición al cuidado de J.L. MONEREO PÉREZ, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2002.
- LILLO PÉREZ, E.: “Consideraciones sobre la prioridad aplicativa del convenio de empresa y medidas de flexibilidad interna frente a los despidos colectivos”, en VV.AA.: *Balance crítico de la reforma laboral*, GUTIÉRREZ VELASCO, I. (Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 75-94.
- LÓPEZ BALAGUER, M.: “Las agencias de colocación”, en VV.AA.: *Medidas de protección y políticas de formación y contratación para los desempleados*, ROQUETA BUJ, R. (Dir.) y TATAY PUCHADES, C. (Coord.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 657-692.
- “La intermediación laboral en la nueva Ley de Empleo”, en AA.VV., *Empleo y protección social, XXXIII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ponencias, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2023.
- LÓPEZ CABALLERO, Á.: *Reestructuraciones socialmente responsables*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.
- LÓPEZ CUMBRE, L.: *La prejubilación*, Madrid, Civitas, 1998.
- “Capítulo 9. La prejubilación”, en VV.AA.: *Tratado de Derecho de la Seguridad Social. Tomo II*, MONEREO PÉREZ, J.L. et al. (Dirs.), Murcia, Laborum, 2017, pp. 37-60.
- LÓPEZ INSUA, B.M.: “La protección frente al despido de los trabajadores mayores como elemento para la sostenibilidad de las pensiones”, *e-Revista Internacional de la Protección Social*, N.º 1, Vol. 3, 2018, pp. 74-108.
- “El despido colectivo y los trabajadores de edad avanzada”, en VV.AA.: *Envejecimiento activo y vida laboral*, MONEREO PÉREZ, J.L. y MALDONADO MOLINA, J.A (Dirs.), Granada, Comares, 2019, pp. 409-437.
- “La cotización a la seguridad social como instrumento de recuperación empresarial ante el impacto económico y social ocasionado por la pandemia del COVID-19”, en *Revista española de Derecho del trabajo*, N.º 235, 2020.
- “Quiebra, concurso y medidas laborales de supervivencia empresarial”, en VV.AA., *Medidas de reestructuración interna empresarial desde la perspectiva jurídico-laboral: las relaciones de trabajo post-COVID-19 y recientes reformas*, ORTEGA LOZANO, P.G. y GUINDO MORALES, S. (Dirs. y Coords.), Murcia, Laborum, 2022.

- “El plan de recolocación externa para los trabajadores afectados en despidos colectivos”, en VV.AA.: *Viabilidad de las empresas, mantenimiento del empleo y medidas de flexibilidad externa en la reestructuración empresarial*, ORTEGA LOZANO, P.G. y GUINDO MORALES, S. (Dirs. y Coords.), Granada, Comares, 2022, pp. 89-110.
- LOREA, L.: *Licenziamento collettivo, gruppi di imprese e tutele dei lavoratori*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2021.
- MALDONADO MOLINA, J.A.: “Trabajadores maduros y pensionistas productivos. El envejecimiento activo laboral”, en: VVAA: *Envejecimiento activo y vida laboral*, MONEREO PÉREZ, J.L., y MALDONADO MOLINA, J.A. (Dirs.), Granada, Comares, 2019.
- “La reforma de la Pensión de Jubilación en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, N.º 30, 2022, pp. 63-89.
- “Las cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos tras la Ley 21/2021”, *Temas laborales*, N.º 161, 2022.
- MAMMONE, G.: “Capitolo V. La regolazione dei licenziamenti collettivi: itinerari legislativi ed orientamenti giurisprudenziali”, en VV.AA.: *Il licenziamento collettivo in Italia nel quadro del Diritto dell’Unione Europea*, a cargo de COSIO, R; CURCURUTO, F y FOGLIA, R., Milán, Giuffrè Editore, 2016, pp. 111-149.
- MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: “El régimen del despido colectivo en el ordenamiento europeo: contrastes y fricciones con el ordenamiento español”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, N.º 127, 2017.
- MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, Madrid, Tecnos, 2017.
- MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: “El derecho social de la Unión Europea. Reflexiones a propósito del sistema de fuentes”, *LA LEY Unión Europea*, N.º 8, 2013.
- “Despidos colectivos de trabajadores de edad avanzada y protección social: entre la discriminación y la eficiencia”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, N.º 430, 2019, pp. 15-51.
- MARTÍNEZ FONS, D.: *Libre competencia y Derecho del Trabajo*, Madrid, La Ley, 2006.
- MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M.Á.: “Despido colectivo y «despidos indirectos». Perspectivas española, italiana y francesa a la luz de la jurisprudencia del TJUE”, *Trabajo y Derecho*, N.º 85, 2022.
- MARTÍNEZ GIRÓN, J.: “El cumplimiento por España de los artículos 2 y 3 del protocolo adicional de 1988 a la Carta Social Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, N.º 137, 2018.
- MARTÍNEZ MOYA, J.: “Legitimación activa de los sindicatos para impugnar un despido colectivo de hecho en empresa de reparto a través de plataformas digitales: interpretación de la legitimación procesal en clave constitucional y como presupuesto del proceso”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, N.º 8, 2022.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: *Facultades extintivas del empresario en la era Covid*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. y RODRÍGUEZ CARDO, I.: “Las «prohibiciones» de despido por la invasión de Ucrania: fines, funciones, similitudes con las medidas Covid y articulación con la legislación estructural”, *Labos*, Vol. 3, N.º 2, 2022, pp. 51-75.

- MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornadas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- MERCADER UGUINA, J.R.: “El desconcertante mundo de los grupos “laborales” de empresas y sus nuevas formulaciones jurisprudenciales”, en AA.VV.: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, 2015.
- “El periodo de consultas: la intervención de la autoridad laboral durante el periodo de consultas”, en VV.AA.: *Tratado de despido colectivo*, MARTÍN GODINO, R. (Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 401-434.
- *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
- *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.
- MERINO SEGOVIA, A., “Las discriminaciones más comunes de las personas mayores en el trabajo”, en AA.VV., *La discriminación de las personas mayores en el ámbito laboral*, Fundación HelpAge Internacional España, Madrid, 2022.
- MILLÁN MORO, L.: “Tribunal de Justicia de la Unión Europea -- TJUE - Sentencia del Tribunal de Justicia de 15.1.2014 (Gran Sala) - Association de médiation sociale, asunto C-176/12, «Política social - Directiva 2002/14/CE - Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea - Artículo 27 - Sujeción de la constitución de órganos representativos del personal a ciertos umbrales de trabajadores empleados - Cálculo del número de trabajadores empleados - Normativa nacional contraria al derecho de la Unión - Función del juez nacional». Eficacia directa versus primacía”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, N.º 49, 2014.
- MIMMO, G.: “Il licenziamento collettivo”, en VV.AA.: *Il licenziamento*, a cargo de DI PAOLA, L., Milán, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, pp. 327-388.
- MINISTERIO PARA LA TRANSICIÓN ECOLÓGICA Y EL RETO DEMOGRÁFICO: *Estrategia de transición justa*, 2019.
- MIÑARRO YANINI, M.: “La flexibilización del despido colectivo por la Ley 3/2012 y su incidencia en la formulación de las causas justificantes: voluntad liberalizadora versus límites jurídicos y función judicial”, *Relaciones laborales*, N.º 19-20, 2012.
- “Una nueva dimensión de las políticas de mercado de trabajo: qué es y cómo se fomenta el «empleo verde»”, en VV.AA., *Cambio climático y derecho social: claves para una transición ecológica justa e inclusiva*, Universidad de Jaén, 2021.
- “Las pretendidas «transiciones gemelas» ecológica y digital: en particular, su impacto en el empleo y los procedimientos de adaptación”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, N.º 156, 2023.
- MOLERO MARAÑÓN, M.L.: “La ineludible reforma del despido colectivo en su ámbito de referencia”, *Documento laboral*, N.º 111, 2017.
- MOLERO MARAÑÓN, M.L. y VALDÉS DAL-RÉ, F.: *Derechos de información y consulta y reestructuración de empresas*, Granada, Comares, 2014.
- MOLINA HERMOSILLA, O.: *La conformación del nuevo sector para la prestación de servicios de recolocación. Balance y análisis de experiencias surgidas en el ámbito de los planes de recolocación externa*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2014.

- MOLINA NAVARRETE, C.: “«Grupo de empresas» y despidos colectivos: disfunciones prácticas de la distinción entre usos «patológicos» y «fisiológicos»”, *Actualidad Laboral*, N.º 7, 2014.
- “Despido colectivo y derecho de huelga. La invención judicial del «esquirolaje interno indirecto» [Diálogo con la Sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de abril de 2015, rec. núm. 354/2014 (Grupo Coca-Cola)]”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, n.º 388, 2015, pp. 189-195.
 - “La cuestión prejudicial y ¿El fin de los tribunales de «última palabra»? : Experiencias de tutela del contratante débil”, *La Ley*, N.º 9008, 2017.
 - “Actualidades y críticas del Convenio OIT n. 158 en los derechos europeos: ¿el renacer del sentido del límite jurídico a la libertad (de empresa) en favor de la seguridad (en el empleo)?”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, N.º especial de conmemoración del Centenario de la OIT, 2019, pp. 124-180.
 - “La gestión pública de los «erte» (regulación temporal de empleo) y de los «ere» (regulación extintiva) en el autogobierno andaluz: balance y perspectivas pospandemia”, *Temas Laborales*, N.º 160, 2021, pp. 151-188.
 - “Protección contra el despido injusto en la Carta Social Europea: nueva aurora de su sinergia con el Convenio 158 OIT”, en SALCEDO BELTRÁN, C. (Dir.), *La Carta Social Europea. Pilar de recuperación y sostenibilidad del modelo social europeo. Homenaje al Profesor José Vida Soria*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 145-196.
 - “El despido por causas empresariales: claves para una interlocución crítico-constructiva”, en VV.AA.: *Reestructuraciones empresariales. XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ponencias*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2021.
 - “Despido y control de convencionalidad: ¿el Tribunal Supremo «abre la veda» de la indemnización disuasoria? A propósito de las Sentencias del Tribunal Supremo 268/2022, de 28 de marzo, y 270/2022, de 29 de marzo”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, N.º 469, 2022.
 - *La nueva pensión de jubilación, pública y privada, tras las últimas reformas. Entre suficiencia y sostenibilidad financiera*, Madrid, La Ley, 2022.
- MOLL NOGUERA, R.: “La dimensión laboral interna de la Responsabilidad Social Empresarial y el Derecho del Trabajo”, *Revista Internacional y Comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*, N.º 1, 2017.
- MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.) et al.: *Manual de Derecho administrativo laboral*, Madrid, Tecnos, 2016.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y MALDONADO MOLINA, J.A.: “Igualdad y no discriminación por razón de edad y derechos de los mayores”, en AA.VV. (MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L., Dirs.), *El sistema Universal de los Derechos Humanos*, Comares, Granada, 2014.
- “Derecho de las personas con edad avanzada a la protección social (Artículo 23)”, en VV.AA.: *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa: el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dirs.), Granada, Comares, 2017.
- MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dirs. y Coords.): *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Ed. Comares, 2012.
- *El Sistema Universal de Derechos Humanos*, Granada, Comares, 2014.

- *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Comares, 2017.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C.: *El modelo de regulación jurídico laboral de los grupos de empresas. Una propuesta de reforma*, Granada, Comares, 2002.
- “El derecho al trabajo, la libertad de elección de profesión u oficio: principios institucionales del mercado de trabajo (artículo 35.1 CE)”, en MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M.N. (Dir. y Coords.): *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Granada, Comares, 2002.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y CASTILLO BLANCO, F.A. (Dir. y Coords.): *Reestructuración de las Administraciones Públicas: Aspectos Administrativos y Laborales*, Granada, Ed. Comares, 2015.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y DE VAL TENA, Á.L.: “Configuración jurídica de la relación especial del personal de alta dirección”, en VV.AA.: *El régimen jurídico del personal de alta dirección (aspectos laborales y de Seguridad Social)*, MONEREO PÉREZ, J.L. y DE VAL TENA, Á.L. (Dir.), Granada, Comares, 2010.
- MONEREO PÉREZ, J. L. y GUINDO MORALES, S.: “El despido colectivo fundado en causas económicas”, *Derecho de las relaciones laborales*, N.º 9, 2018.
- “¿Se convertirán finalmente los ERTES en despidos colectivos y despidos objetivos por causas empresariales? Expedientes de Regulación Temporal de Empleo y RD-ley 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo”, en *Jurisdicción Social*, N.º 215, 2020.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, Cizur Menor (Navarra), Ed. Aranzadi, 1997.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: *La sostenibilidad de las pensiones públicas: Análisis de la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del factor de sostenibilidad y del índice de revalorización del sistema de pensiones de la seguridad social*, Madrid, Tecnos, 2014.
- “El pilar europeo de los derechos sociales”, en *La Ley Unión Europea*, N.º 49, 2017, versión digital.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y LÓPEZ INSUA, B.M.: “La garantía internacional del derecho a un «trabajo decente»”, *Revista española de derecho del trabajo*, N.º. 177, 2015.
- “Las fronteras del contrato de trabajo en el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada)”, en VV.AA.: *Las fronteras del contrato de trabajo en la jurisprudencia*, SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir.) y MALDONADO MONTOYA, J.P. (Coord.), Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2020, pp. 207-242.
- “Despido del trabajador por jubilación forzosa al amparo del convenio colectivo y políticas de empleo y pensiones: un equilibrio difícil en las reformas sociales”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, Vol. 27, 2022.
- MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M^a. N.: “Despido nulo”, en VV.AA.: *Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), Granada, Comares, 2014.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G.: “Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y su cómputo para el despido colectivo en caso de posterior extinción contractual (Sentencias del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 2017, asunto C-429/16: Ciupa y otros y, C-149/16: Socha y otros)”, *LA LEY Unión Europea*, N.º 54, 2017.

- “La discriminación por razón de edad vinculada al momento de la jubilación del trabajador: la objetividad, la razonabilidad y el juicio de proporcionalidad”, *LA LEY Unión Europea*, N.º 58, abril 2018.
 - *Los grupos de empresas en el Derecho del trabajo*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2021.
 - “Despido colectivo y Derecho Social Comunitario: La reinterpretación en el método del cómputo del factor temporal de los despidos colectivos: criterio amplio a través del período continuo anterior/posterior”, *LA LEY Unión Europea*, N.º 89, 2021.
 - “Los modelos de flexibilidad empresarial y jurídico-laboral”, en MONEREO PÉREZ, J.L.; GORELLI HERNÁNDEZ, J. y ALMENDROS GONZÁLEZ, M.Á. (Dir.), *Medidas de flexibilidad interna como alternativa y solución en un nuevo Derecho del trabajo garantista. Estudio de la flexibilidad funcional, temporal, espacial, sustancial y suspensiva en un marco de reformas laborales*, Granada, Comares, 2022, pp. 1-31.
 - “Mecanismo RED de flexibilidad interna y garantía de estabilización del empleo (artículo 47 bis del Estatuto de los trabajadores y disposiciones concordantes)”, *Temas laborales*, N.º 161, 2022.
 - “El despido colectivo y el Derecho social comunitario”, en ORTEGA LOZANO, P.G. y GUINDO MORALES, S. (Dir. y Coord.), *Viabilidad de las empresas, mantenimiento del empleo y medidas de flexibilidad externa en la reestructuración empresarial*, Granada, Comares, 2022, pp. 165-248.
 - *Fundamentos del derecho social de la Unión Europea. Configuración técnica y estudio sistemático del marco normativo regulador*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2022.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Notas sobre las aportaciones del RD-ley 28/2018, de 28 de diciembre, en el sistema de pensiones y en la «jubilación forzosa»”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, N.º 18, 2019.
- “La protección social en la emergencia. Entre el ensayo, precipitación y búsqueda de soluciones en tiempos de incertidumbre”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, N.º 23, 2020.
 - *La pensión de jubilación*, Murcia, Laborum, 2020.
 - “El Pacto de Toledo 25 años después (A propósito del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2020)”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, N.º 25, 2020.
 - “El acuerdo socio-político tripartito de 2021: la recuperación de la concertación social en el proceso de reforma del sistema de pensiones”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, N.º 28, 2021.
- MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M.N. y VILA TIerno, F.: *Manual de Derecho del Trabajo*, Granada, Ed. Comares, 2022.
- MONEREO PÉREZ, J.L.; FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.; MALDONADO MOLINA, J.A.; GARCÍA VALVERDE, M.D.: *La participación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas. Estudio sistemático y crítico de la Ley 31/2006, de 18 de octubre*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2007.
- MONEREO PÉREZ, J.L.; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Aproximación al contenido laboral de la ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la ley concursal: apostando por la lógica «preventiva», «reestructuradora» y «conservativa» de la empresa y del empleo”, *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, N.º 5, 2022, pp. 11-35.

- “La reforma del derecho del empleo: notas sobre la ley 3/2023, de 28 de febrero, de empleo”, *Revista crítica de relaciones de trabajo. Laborum*, N.º 7, 2023.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, M.N.: “Forma y procedimiento del despido disciplinario. El despido nulo”, en AA.VV.: *Comentarios a las Leyes laborales. La Reforma del Estatuto de los Trabajadores*, BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.), Tomo II, Madrid, Edersa, 1994.
- “Despido Nulo”, en MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.), *Modalidades de extinción del contrato de trabajo: Análisis de su régimen jurídico*, Granada, Comares, 2014.
- “Las políticas de formación profesional: su centralidad para el derecho al trabajo decente y la inclusión social”, en *Temas Laborales*, N.º 160, 2021.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y MUROS POLO, A.: “La función jurídica e institucional de los procedimientos autónomos de solución de conflictos colectivos laborales: especial referencia a la mediación en el VI ASAC”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, N.º 9, 2021, versión digital.
- “La indemnización por despido improcedente ante la interpretación de la Carta Social Europea Revisada: análisis de las reclamaciones colectivas presentadas por UGT y CC OO”, *La Ley Unión Europea*, N.º 117, 2023.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y PERÁN QUESADA, S.: “Configuración y sentido político-jurídico y técnico-jurídico”, en VV.AA.: *El trabajo decente*, Granada, Comares, 2018.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: “Aspectos laborales de los grupos de empresas”, *Revista española de derecho del trabajo*, N.º 21, 1985.
- *Las reconversiones industriales en el Derecho del Trabajo*, Granada, Universidad de Granada, 1988.
- “La Carta Comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores”, *Revista española de derecho del trabajo*, N.º 56, 1992.
- *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Madrid, Civitas, 1992.
- *El despido colectivo en el ordenamiento interno y comunitario*, Madrid, Civitas, 1994.
- *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico jurídica del Derecho del Trabajo*, Madrid, Ed. Civitas, 1996.
- *El Nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica del Derecho Flexible del Trabajo*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1996.
- *Teoría jurídica de los grupos de empresas y derecho del trabajo*, Granada, Comares, 1997.
- “El derecho social en el umbral del siglo XXI: la nueva fase del derecho del trabajo”, *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, N.º 2, 2000.
- “Capítulo I. Protección contributiva. Configuración jurídica general”, en VV.AA.: *Comentario sistemático a la legislación reguladora de las pensiones*, MONEREO PÉREZ, J.L. y GARCÍA NINET, J.I. (Dirs.), Granada, Comares, 2004.
- *Empresa en reestructuración y ordenamiento laboral*, Granada, Comares, 2006.
- “Ciclos vitales y Seguridad Social: trabajo y protección social en una realidad cambiante”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, N.º Extra 74, 2008, pp. 49-134.
- *La protección de los derechos fundamentales. El Modelo Europeo*, Albacete, Bomarzo, 2009.

- “ERES, prolongación de la vida activa y edad de jubilación”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, N.º 1 Extra, 2010.
- “Nuevas formas de organización de la empresa, entre centralización y descentralización (I). La empresa en transformación permanente”, *Relaciones laborales*, N.º 1, 2011.
- “Artículo 30. Protección en caso de despido injustificado”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dirs. y Coords.), *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012.
- “Artículo 27. Derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dirs. y Coord.): *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de los Trabajadores*, Granada, Comares, 2012.
- *El despido colectivo y sus elementos configuradores tras las recientes reformas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.
- “El régimen jurídico de los despidos colectivos después de la reforma de 2012”, *Temas laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social*, N.º 115, 2012.
- *Ciudadanía y derechos de las personas mayores*, Granada, Comares, 2013.
- “El constitucionalismo social europeo: un marco jurídico-político insuficiente para la construcción de la ciudadanía social europea”, en *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, N.º 160, 2013, pp. 17-62.
- “Teoría jurídico-política de la democracia y crisis de la constitución social”, en RAMOS QUINTANA, M.I. y ROJAS RIVERO, G. (Coords.), *Transformaciones del Estado Social y Derecho del Trabajo*, Granada, Comares, 2014, pp. 117-148.
- “¿Qué sentido jurídico-político tiene la garantía del derecho «al trabajo» en la «sociedad del riesgo»?”, *Temas laborales*, N.º 126, 2014.
- “La intervención administrativa en los despidos colectivos”, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, N.º 125, 2014.
- “El despido colectivo tras las sucesivas reformas laborales”, en MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.), *Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, Granada, Comares, 2014.
- “El despido colectivo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su incidencia en el Derecho Interno”, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, N.º 130, 2015.
- “Derecho a la protección en caso de despido (Artículo 24 de la Carta Social Europea Revisada)”, en VV.AA.: *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, MONEREO PÉREZ, J.L. y MONEREO ATIENZA, C. (Dirs. y Coords.), Granada, Comares, 2017.
- “Derechos a la información y consulta en los procedimientos de despido colectivo (Artículo 29 de la Carta Social Europea Revisada)”, en VV.AA.: *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, MONEREO PÉREZ, J.L. y MONEREO ATIENZA, C. (Dirs. y Coords.), Granada, Comares, 2017.

- “Tratamiento jurídico-laboral de la transmisión de empresa: funciones y disfunciones ante los «casos difíciles» en la jurisprudencia reciente”, *Trabajo y Derecho*, N.º extra 5, 2017, versión digital.
 - “Los principios del sistema jurídico internacional multinivel de garantía de los derechos fundamentales”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, N.º 45, 2017.
 - *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2017.
 - “Pilar Europeo de Derechos Sociales y sistemas de Seguridad Social”, en *Lex social. Revista de los derechos sociales*, N.º 2, 2018, versión digital.
 - *La dignidad del trabajador: dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*, Murcia, Laborum, 2019.
 - “Repensar críticamente el modelo de regulación de la pensión de jubilación”, en VV.AA., *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible*, Laborum, Murcia, 2019.
 - “La garantía de los derechos fundamentales de los trabajadores maduros”, en: VV.AA.: *Envejecimiento activo y vida laboral*, MONEREO PÉREZ, J. L. y MALDONADO MOLINA, J. A. (Dirs.), Granada, Comares, 2019, pp. 197-286.
 - “Por un nuevo pacto social garantista de los derechos fundamentales para afrontar la crisis y la recuperación”, en *Revista de Estudios Jurídico-Laborales y de Seguridad Social*, N.º 1, 2020.
 - “Francisco Largo Caballero (1869-1946): Ministro de trabajo y previsión en la IIª República Española”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, N.º 28, 2021.
 - “La garantía de los derechos sociales en la Carta Social Europea como ‘Constitución Social’ de la Europa amplia”, en *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, N.º 4, 2022.
 - “El valor jurídico de la Carta Social Europea revisada y su significación”, en *Documentación laboral*, N.º 125, 2022.
- MONTOYA MEDINA, D.: “Nuevas relaciones de trabajo, disrupción tecnológica y su impacto en las condiciones de trabajo y de empleo”, *Revista de Treball, Economia I Societat*, núm. 92, 2019.
- MONZÓN PÉREZ, H.: “Del ERTE al despido colectivo: análisis práctico”, en ORTEGA LOZANO, P.G. y GUINDO MORALES, S. (Dirs. y Coords.), *Viabilidad de las empresas, mantenimiento del empleo y medidas de flexibilidad externa en la reestructuración empresarial*, Granada, Comares, 2022, pp. 271-285.
- MORENO GENÉ, J.: “El nuevo Estatuto del personal investigador predoctoral en formación: aspectos jurídico-laborales y de Seguridad Social”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, N.º 147, 2019, pp. 77-114.
- MORENO ROMERO, F.: *Trabajadores de mayor edad en la política institucional de la Unión Europea: entre políticas de empleo, pensiones y sistema productivo*, Granada, Comares, 2016.
- MORENO VIDA, M.N.: “Del contrato eventual por circunstancias de la producción al contrato temporal por razones productivas”, en VV.AA.: *La reforma laboral de 2021. Estudio técnico de su régimen jurídico*, MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Dirs.) y ORTIZ CASTILLO, F. (Coord.), Murcia, Laborum, 2022, pp. 55-90.

- “La concepción de Fernando Valdés Dal-Re sobre el canon de constitucionalidad, la fuerza vinculante de los convenios colectivos, el contenido esencial del derecho al trabajo en su vertiente individual y la protección del trabajador frente a los despidos sin justa causa. A propósito de su voto particular a la STC 8/2015 sobre la constitucionalidad de la Reforma Laboral de 2012”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum y Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum*, N.º 3 especial homenaje a Fernando Valdés-Dal Ré, 2023.
- MUROS POLO, A.: “El despido objetivo por causas técnicas y la automatización robótica de procesos, a debate”, en I. MARÍN y M.T. IGARTUA (Dirs.), *Nuevas tecnologías y trabajo sostenible*, Murcia, Laborum, 2020.
- “La paradoja de la jubilación forzosa y el envejecimiento activo”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, N.º 26, 2021, pp. 93-98.
 - “Prolongación de la vida activa y jubilación forzosa: ¿una contradicción de principios?”, en VV.AA.: *Derecho vivo de la Seguridad Social. V Seminario Permanente de Estudio y Actualización URJC-AESSS 2020*, Murcia, Laborum, 2021.
 - “Digitalización de la economía y despido tecnológico: riesgos y propuestas”, en VV.AA., *Empresa, economía y derecho. Oportunidades ante un entorno global y disruptivo*, Madrid, Dykinson, 2022.
 - “Una buena práctica convencional en materia de jubilación forzosa”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, N.º 251, 2022.
 - “El nuevo régimen jurídico de las cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos tras la Ley 21/2021, de 28 de diciembre”, en VV.AA., *Derecho vivo de la Seguridad Social* (G.L. BARRIOS BAUDOR y G. RODRÍGUEZ INIESTA, Dirs.), Murcia, Laborum, 2022.
 - “Medidas sociales de acompañamiento alternativas o complementarias al despido colectivo: sus deficiencias y potencialidades en el ordenamiento jurídico español”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, N.º 1, 2023, pp. 221-267.
 - “Seguridad social, ERTE y Mecanismo RED como instrumentos idóneos para acompañar las transiciones profesionales hacia los empleos del mañana”, en VV.AA.: *Las transformaciones de la Seguridad Social ante los retos de la era digital. Por una salud y Seguridad Social digna e inclusiva. VII Congreso Internacional y XX Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Murcia, Laborum, 2023.
 - “Impacto de las nuevas tecnologías en la protección del desempleo”, en VV.AA., *Los sistemas de protección social ante la incidencia de la disrupción digital* (MONEREO PÉREZ, J.L. y MALDONADO MOLINA, J.A., Dirs. y VIDA FERNÁNDEZ, R. y MUROS POLO, A., Coords.), Granada, Comares, 2023.
- NATULLO, G.: *Il licenziamento collettivo. Interessi procedure tutele*, Milán, F. Angeli, 2004.
- NAVARRO NIETO, F.: *Los despidos colectivos*, Madrid, Civitas, 1996.
- “El despido colectivo, novedades normativas y balance jurisprudencial”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, N.º 7, 2013.
 - “Medidas sociales de acompañamiento y mantenimiento del empleo”, en VV.AA.: *Reestructuraciones empresariales. XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2021.

- NIETO ROJAS, P.: “La adopción de acuerdos por la representación legal. Tensiones derivadas de la pluralidad de sujetos legitimados”, *Documentación Laboral*, N.º 109, 2017, pp. 197-211.
- NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: “La eficacia de las directivas y la responsabilidad del Estado por su incumplimiento”, en VV.AA., *Derecho social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia* (CASAS BAAMONDE, M.E. et al., Dirs.), Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2023.
- NORES TORRES, L.E.: *El período de consultas en la reorganización productiva empresarial*, Madrid, CES, 2000.
- OBSERVATORIO DE LAS OCUPACIONES: *Informe del Mercado de Trabajo de los Mayores de 45 años. Estatal. Datos de 2022*.
- OFICINA NACIONAL DE PROSPECTIVA Y ESTRATEGIA DEL GOBIERNO DE ESPAÑA (Coord.), *España 2050: Fundamentos y propuestas para una Estrategia Nacional de Largo Plazo*, Ministerio de la Presidencia, 2021.
- OLARTE ENCABO, S.: “El VI Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales: consolidación y avances”, *Temas Laborales*, N.º 154, 2020.
- “Brecha digital, pobreza y exclusión social”, *Temas laborales*, N.º 138, 2017.
- OLIVERA MASSÓ, P.: “Un seísmo llamado Balkaya. Su impacto en el régimen jurídico de los Administradores de las sociedades de capital”, *Diario La Ley*, N.º 8966, Sección Tribuna, 2017.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Nota sobre el Convenio núm. 158 y la Recomendación núm. 166 sobre la terminación de la relación de trabajo*. 2009.
- ORTEGA LOZANO, P.G.: “El despido colectivo en el ordenamiento interno y comunitario. Interpretación valorativa y discrecional en el juicio de razonabilidad: los conceptos jurídicos indeterminados”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, N.º 7, 2017.
- “Racionalidad económica, rentabilidad empresarial y funciones no jurisdiccionales del intérprete de la norma en el actual modelo extintivo: críticas y propuestas a la luz de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”, *Revista de Información Laboral*, N.º 5, 2018.
- *Poderes empresariales y resolución del contrato de trabajo por incumplimiento del trabajador. España e Italia*, Granada, Comares, 2020.
- *Medidas de flexibilidad externa colectiva en la reestructuración de empresas consecuencia del covid-19. Cuestiones prácticas a propósito del despido colectivo*, Granada, Comares, 2021.
- “Criterios delimitadores del personal directivo como relación laboral de carácter especial: la recíproca confianza en el vínculo”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, N.º 4, 2022.
- “Convocatoria de concurso de acceso a plazas de cuerpos docentes universitarios (Profesor Titular de Universidad)”, Universidad de Granada, 2023.
- “Trabajadores maduros y su papel en la Sociedad 4.0”, en VV.AA. (MONEREO PÉREZ, J.L., y MALDONADO MOLINA, J.A., Dirs.), *Los sistemas de protección social ante la incidencia de la disrupción digital*, Comares, Granada, 2023.

- ORTIZ GONZÁLEZ-CONDE, F.M.: “Seguridad Social y despidos colectivos”, en VV.AA.: *Viabilidad de las empresas, mantenimiento del empleo y medidas de flexibilidad externa en la reestructuración empresarial*, ORTEGA LOZANO, P.G. y GUINDO MORALES, S. (Dirs.), Granada, Comares, 2022, pp. 403-422.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: “El Derecho del trabajo frente a las transformaciones de la empresa”, en VV.AA.: *Impacto laboral de las redes empresariales*, SANGUINETI RAYMOND, W. y VIVERO SERRANO, J.B. (Dirs.), Granada, Comares, 2018.
- PAZ ARES, C.: “Ad imposibilia nemo tenetur (o por qué recelar de la novísima jurisprudencia sobre retribución de administradores)”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, N.º 2, 2009.
- PENSABENE LIONTI, G.: “El despido colectivo ante el proceso de reforma en Italia y España”, en VV.AA., *El estatuto de los trabajadores 40 años después. XXX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2020, pp. 1557-1574.
- PERÁN QUESADA, S.: *Derecho Social y Género: El camino hacia la igualdad efectiva en las relaciones sociolaborales*, Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 2014.
- PÉREZ-BUSTAMANTE, J. y LÖWHAGEN, F.: “Las ayudas para la reestructuración empresarial”, en VV.AA., *El Derecho de la competencia en tiempos de crisis*, Madrid, Marcial Pons, 2010.
- PÉREZ CAMPOS, A.I.: “La labor creadora de derecho del TJUE en la configuración de los despidos colectivos”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, 2022.
- PÉREZ CAPITÁN, L.: *El despido colectivo y las medidas de suspensión y reducción temporal de jornada*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2020.
- PÉREZ DEL PRADO, D.: “El Tribunal de Justicia y el despido colectivo español: una relación compleja”, en VV.AA., *Reestructuraciones empresariales: Comunicaciones del XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2021.
- PETRONE, I.: “Riformate le norme «anti-delocalizzazione»: sanzioni più gravose e procedura più lunga. Intanto il Tribunale di Trieste blocca la delocalizzazione”, *Diritti & Lavoro Flash*, N.º 6, 2022, pp. 17-20.
- PONS CARMENA, M.: *Derecho administrativo laboral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.
- POQUET CATALÁ, R.: “Cuarta revolución industrial, automatización y afectación sobre la continuidad de la relación laboral”, *Ars Iuris Salmanticensis*, Vol. 8, N.º 1, 2020.
- *Análisis de la actual configuración del despido colectivo*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2021.
- PRECIADO DOMÈNECH, C.H.: *El despido en la Carta Social Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Albacete, Bomarzo, 2023.
- RAMOS QUINTANA, M.I.: “La flexibilidad interna en la reforma laboral: medidas temporales y permanentes para apoyar a las empresas y sostener el empleo ¿una opción prioritaria frente al despido?”, *Trabajo y Derecho*, N.º 87, 2022, versión digital.
- RUBIO RUBIO, L. y RUBIO HERRERA, R.: “Envejecimiento activo: su significado y fundamento actual. Teorías y estereotipos sobre el envejecimiento”, en AA.VV. (MONEREO PÉREZ, J.L. y MALDONADO MOLINA, J.A., Dirs.), *Envejecimiento activo y vida laboral*, Comares, Granada, 2019.

- QUARANTA, M.: “Il nuovo tabù ai tempi del Covid: dallo Statuto dei Lavoratori al blocco dei licenziamenti”, en VV.AA.: *Mezzo secolo dallo statuto dei lavoratori. Politiche del diritto e cultura giuridica II*, a cargo de ESPOSITO, M; LUCIANI, V. y ZOPPOLI, A., Nápoles, Editoriale Scientifica, 2021, pp. 133-142.
- RENGA, S.: *La tutela del reddito*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022.
- RÍOS MESTRE, J.M.: *Despido colectivo y concurso de acreedores*, Madrid, Civitas, 2012.
- RIVAS VALLEJO, P. (Dir.): *Discriminación algorítmica en el ámbito laboral*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2022.
- RIVERA SÁNCHEZ, J.R.: “El despido colectivo: causas, procedimiento y efectos”, en VV.AA., *Reforma laboral 2012. Últimas reformas laborales y de Seguridad Social* (ALFONSO MELLADO, C.L. y RODRÍGUEZ PASTOR, G.E., Dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- RIVERO LAMAS, J.: “La crisis económica y los despidos colectivos por causas de funcionamiento de la empresa”, en VV.AA.: *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la década de los 80*, Zaragoza, Universidad de Zaragoza, 1983.
- RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: “Gestión laboral algorítmica y poder de dirección: ¿hacia una participación de los trabajadores más intensa?”, *Revista Jurídica de Asturias*, N.º 45, 2022, pp. 157-172.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L.: *Negociación colectiva, igualdad y democracia*, Granada, Comares, 2016.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *La intermediación en el mercado de trabajo: análisis y propuestas*, Madrid, La Ley, 2012.
- “Despidos colectivos”, en MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.), *Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, Granada, Comares, 2014.
- “Los agentes intermediadores a la luz de la Ley 3/2023, de Empleo. Antecedentes y perspectivas desde la colaboración público-privada”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, N.º 66, 2023.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: “La reforma de las directivas sobre reestructuración empresarial”, *Relaciones laborales: revista crítica de teoría y práctica*, N.º 1, 1999.
- “Responsabilidad social empresarial, derecho del trabajo y crisis económica”, en VV.AA.: *La responsabilidad social empresarial: un nuevo reto para el Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 53-83.
- “Entre el Mal menor y el daño insostenible: el despido colectivo y los trabajadores de edad”, en VV.AA.: *Personas de edad avanzada y mercado de trabajo: entre el envejecimiento activo y la estabilidad presupuestaria*, ÁLVAREZ CORTÉS, J.C. y CALVO GALLEGU, F.J.; Dir. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. (Coords.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “La calificación como trabajador y el concepto de despido en la Directiva 98/59”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, N.º 1, 2016.
- RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P.: “El despido por motivos económico-productivos en el ordenamiento italiano: funciones y disfunciones”, en VV.AA.: *La regulación del despido en Europa. Régimen formal y efectividad práctica*, CRUZ VILLALÓN, J. (Ed.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 167-227.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E.: “La eficacia de las medidas de acompañamiento en la gestión del cambio: el ejemplo «Coca Cola España»”, *Documentación Laboral*, N.º 109, 2017.

- “El despido colectivo frente a la flexibilidad interna”, *Revista de derecho social*, N.º 79, 2017, pp. 37-62.
- ROJO TORRECILLA, E.: “El impacto de la jurisprudencia del tribunal de justicia de la UE en la regulación de los despidos colectivos: sobre el concepto de trabajador, los derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores, y la intervención, y límites de la autoridad administrativa laboral”, *Documentación laboral*, N.º 111, 2017, pp. 11-39.
- “Caso Alcoa Inespal. Un conflicto social explicado a través de una sentencia y dos autos, que son algo más que resoluciones judiciales”, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, N.º 2, 2021.
- ROQUETA BUJ, R.: *La selección de los trabajadores afectados por los despidos colectivos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- *Los expedientes de regulación temporal de empleo. Incluye las medidas excepcionales en relación a los ERTes por causas relacionadas con la COVID-19*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.
- “Problemas vinculados a la extinción de contratos de trabajo en las administraciones públicas”, *Labos*, N.º 1, 2023, pp. 112-129.
- ROMEI, R.: “La nuova procedura in caso di cessazione di una attività produttiva”, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, N.º 1, 2022, pp. 29-53.
- ROMERO SÁNCHEZ, I.: *El despido colectivo. Evolución normativa y régimen jurídico*, Granada, Comares, 2017.
- RUEDA MONROY, J.A.: “La virtualidad jurídica de las reservas y preferencias en el empleo a favor de la mujer en el ordenamiento español”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, N.º 4, 2020.
- RUESGA BENITO, S.M. y FUJII GAMBERO, G.: *El trabajo en un mundo globalizado*, Madrid, Pirámide, 2004.
- SÁEZ LARA, C.: “Espacios y funciones de las empresas de recolocación”, *Temas laborales*, N.º 107, 2010, pp. 337-373.
- *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, Valencia, E. Tirant lo Blanch, 2015.
- SALA FRANCO, T.: “Las cláusulas de jubilación forzosa en la negociación colectiva: una larga historia probablemente inacabada”, *Revista de Información Laboral*, N.º 8, 2018.
- “Balance jurisprudencial acerca del concepto legal de despido colectivo y del cómputo de las extinciones contractuales producidas en un periodo de 90 días”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, N.º 455, 2021.
- SALA FRANCO, T. y ESTEVE SEGARRA, A.: “La regulación de la extinción del contrato de trabajo”, en VV.AA.: *Propuestas para un debate sobre la reforma laboral*, Madrid, Francis Lefebvre, 2018.
- SALCEDO BELTRÁN, C.: “La supervisión de la Carta Social Europea mediante el sistema de informes: Su idoneidad para la determinación de un estándar común de protección de los derechos sociales”, en HOLGADO GONZÁLEZ, M. y PÉREZ ALBERDI, M.R. (Dirs.), *Descentralización, poder y derechos sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.
- “La Carta Social Europea y el procedimiento de reclamaciones colectivas: un nuevo y excepcional escenario en el marco legislativo laboral”, *Trabajo y Derecho*, N.º 91, 2022, pp. 1-36, versión digital.

- “Las indemnizaciones por despido injustificado y el art. 24 de la Carta Social Europea revisada: no hay dos condenas (Finlandia e Italia) sin tres (Francia)”, *Lex Social, Revista De Derechos Sociales*, N.º 1, 2022.
- SALGUERO MOLINA, P.: *La responsabilidad social en la crisis y reestructuración de empresas*, Gramada, Comares, 2016.
- SÁNCHEZ QUIÑONES, L.: “Despido colectivo e información previa. La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de julio de 2023 y la nueva disposición adicional sexta del Real Decreto 1483/2012”, *Diario La Ley*, N.º 10385, 2023.
- SÁNCHEZ TORRES, E.; BEL ANTAKI, J.; GINÈS I FABRELLAS, A. y ZELICH, M.: *Informe sobre planes de recolocación. Los servicios de recolocación en la práctica: ¿cómo mejorar su efectividad?*, ESADE (IEL) – LHH, 2015.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: “Concepto y fundamentación jurídica de las acciones positivas y la promoción profesional de las mujeres en la jurisprudencia del TJUE”, *Femeris: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, N.º 2, 2019.
- SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA, J.M.: “El proceso de impugnación del despido colectivo. Legitimación activa y pasiva”, en VV.AA.: *Tratado de despido colectivo* (GODINO REYES, M., Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- SAN MARTÍN MAZZUCONI, C.: *El nuevo reglamento de los despidos colectivos*, Cizur Menor (Navarra), Ed. Civitas, 2012.
- SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “Dimensión laboral de la responsabilidad social”, en VV.AA.: *La responsabilidad social de las organizaciones*, SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. (Dir.) y GRAU RUIZ, M.A. (Coord.), Madrid, Editorial Grupo 5, 2013.
- “El concepto de trabajador en el contexto de la protección flexible del derecho del trabajo en la Unión Europea (1)”, *La ley Unión Europea*, N.º 50, 2017.
- “Hacia el concepto de trabajador en el Derecho de la Unión Europea, en especial, en la política propiamente dicha”, *Foro Nueva Época*, N.º 1, 2017.
- “Concepto comunitario de trabajador, subordinación y normas de competencia judicial. STJUE (Sala Primera) de 11 de abril de 2019 (asunto C-603/17)”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, N.º 3, 2019.
- SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. y DE FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, C.: “Despido colectivo y unidad de referencia (I). La transposición de la Directiva 98/59/CE y el margen de apreciación de los derechos nacionales”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, N.º 194, 2017.
- “Despido colectivo y unidad de referencia (II). La transposición de la Directiva 98/59/CE y el margen de apreciación de los derechos nacionales”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, N.º 196, 2017.
- “Nulidad de despido colectivo por vulneración de la libertad sindical: ausencia de negociación real de medidas de flexibilidad interna y oferta individual en masa”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, N.º 2, 2019.
- SANZ SÁEZ, C.: “¿Cabe suscribir un Convenio Especial con la Seguridad Social cuando la empresa que tramita un expediente de regulación de empleo está incurso en procedimiento concursal? (Con ocasión STS, Sala de lo Contencioso, de 15 de febrero de 2018)”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, N.º 16, 2018.

- SCHWAB, K.: *La cuarta revolución industrial*, Barcelona, Editorial Debate, 2016.
- SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Una primera reflexión sobre la jubilación “flexible”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, N.º 12, 2002.
- “Control individual de la causa del despido colectivo pactado (Caso Ayuntamiento de Ciempozuelos)”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, N.º 8, 2021.
 - “Evolución y perspectivas de las cláusulas sobre jubilación forzosa”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, N.º 250, 2022.
- SERRANO GARCÍA, J.M.: *El plan social en los despidos colectivos*, Valladolid, Lex Nova, 2002.
- “El plan social obligatorio para las reestructuraciones empresariales socialmente responsables”, *Temas laborales*, N.º 99, 2009, pp. 205-236.
- SERRANO FALCÓN, C.: “Colocación e intermediación: el modelo legal vigente en España”, en VV.AA.: *La política y el Derecho del empleo en la nueva sociedad del trabajo. Libro homenaje a la profesora Rosa Quesada Segura*, Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2016.
- “Las políticas activas de empleo para las personas de edad madura en la Industria 4.0”, en AA.VV. (MONEREO PÉREZ, J.L. y MALDONADO MOLINA, J.A., Dirs.), *Envejecimiento activo y vida laboral*, Comares, Granada, 2019.
- SERRANO OLIVARES, R.: “Grupos de empresas a efectos laborales y cash pooling”, *IUSLabor*, N.º 1, 2014.
- SOBRINO GONZÁLEZ, G.M.: “Régimen jurídico de las agencias de colocación”, *Temas laborales*, N.º 110, 2011, pp. 43-72.
- SOLÀ I MONELLS, X.: “La intervención pública en el marco de normativas creadas “ad hoc” para determinados supuestos de reestructuración empresarial”, en VV.AA., *La intervención pública en los procesos de modificación y reestructuración empresarial* (PÉREZ AMORÓS, F. y ROJO TORRECILLA, E., Dirs.), Albacete, Bomarzo, 2012.
- “La conformación de la comisión representativa del periodo de consultas. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2015 (Recurso 139/2014)”, *IUSLabor*, N.º 3, 2015.
 - “La afectación prioritaria de los trabajadores de mayor edad en el despido colectivo”, *Anuario IET*, Vol. 3, 2016.
- SOLANS LATRE, M.: *El ejercicio de la legitimación para negociar convenios colectivos*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2004.
- SPEZIALE, V.: “La nueva regulación en Italia del contrato indefinido a “tutela creciente” entre el Derecho y el Economicismo y los imperativos constitucionales”, *Temas laborales*, N.º 131, 2015, pp. 13-64.
- TALÉNS VISCONTI, E.E.: “Artículo 124. Despidos colectivos por causas económicas, organizativas, técnicas o de producción”, en VV.AA.: *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social* (BLASCO PELLICER, Á. Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.
- TATARELLI, M.: *Il licenziamento individuale e collettivo*, Padova, Cedam, 2006.
- TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: “Las medidas de acompañamiento social y los planes de recolocación externa en los despidos colectivos tras la reforma de 2012”, *Revista de Derecho Social*, N.º 64, 2013, pp. 61-86.

- “Las medidas de acompañamiento social en los procesos de reestructuraciones de empresas”, en VV.AA.: *Reestructuraciones empresariales. XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2021.
- TORMOS PÉREZ, J.A.: “Impugnación jurisdiccional del despido colectivo: especial referencia a los criterios de selección”, *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, N.º 1, 2021, pp. 275-278.
- *Los criterios de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.
- TRILLO GARCÍA, A.R.: “El convenio especial con la seguridad social por el despido de mayores de 55 años”, en VV.AA.: *Tratado de despido colectivo*, GODINO REYES, M. (Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 967-1014.
- UBILLÚS BRACAMONTE, R.E.: *Grupos de empresas en el ámbito laboral: delimitación conceptual y reestructuraciones*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2017.
- USHAKOVA, T.: “El despido colectivo en el derecho de la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, N.º 162, 2014.
- “De la máquina al trabajador y viceversa. Un ensayo sobre la implicación de las nuevas tecnologías en el mundo laboral”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, N.º 1, 2018.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Los despidos por causa económica”, en VV.AA.: *La reforma del mercado laboral*, VALDÉS DAL-RÉ, F. (Dir.), Valladolid, Lex Nova, 1994.
- “La reforma de la intermediación laboral”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, N.º 2, 2010, pp. 221-249.
- “La regulación del despido en España. Teoría e ideología de sus debates”, en VV.AA.: *El régimen de despidos en Italia y España: una comparación de los ordenamientos jurídicos*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017.
- VARESI, P.A.: “Una nuova stagione per le politiche attive del lavoro. Le prospettive tra azioni dell’Unione europea e riforme nazionali”, *Diritto delle Relazioni Industriali*, N.º 1, 2022, pp. 75-113.
- VENDITTI, L.: “Il licenziamento collettivo riformato”, en VV.AA.: *Il regime dei licenziamenti in Italia e Spagna: ordinamenti a confronto. El régimen de despidos en Italia y España: una comparación de los ordenamientos jurídicos*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017, pp. 391-422.
- VIDA FERNÁNDEZ, R.: “Despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el sector público”, en VV.AA.: *La reforma laboral de 2021: Estudio técnico de su régimen jurídico*, MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Dirs.) y ORTIZ CASTILLO, F. (Coord.), Murcia, Laborum, 2022, pp. 431-448.
- “Nuevos riesgos, nuevos instrumentos de protección social: de las rentas condicionadas a la renta básica universal”, en VV.AA., *Los sistemas de protección social ante la incidencia de la disrupción digital* (J.L. MONEREO PÉREZ y J.A. MALDONADO MOLINA, Dirs.), Granada, Comares, 2023.
- VILA TIerno, F.: *La negociación colectiva como instrumento de flexibilidad interna en la empresa. Reflexiones tras cinco años de la última Reforma Laboral*, Granada, Comares, 2017.

- “A vueltas con la indemnización adicional en caso de despido...”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, N.º 6, 2023.
- VILA TIerno, F. y MONTES ADALID, G.M.: “Cómputo bidireccional del número de trabajadores afectados en supuestos de extinción. A propósito de la sentencia del TJUE de 11 de noviembre de 2020”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, N.º 58, 2021.
- VILLAR CAÑADA, I.M.: “Capítulo XIII. Expedientes de regulación de empleo, trabajadores de edad avanzada y principio de igualdad: la sentencia del Tribunal Constitucional 66/2015, de 13 de abril de 2015”, en VV.AA.: *La protección por desempleo en España*, Laborum, Murcia, 2015.
- VIVERO SERRANO, J.B.: “Las últimas manifestaciones de la jubilación forzosa por convenio colectivo. Comentario a la STS, 4ª, 11-5-2016, recud 2530/2014”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, N.º 9, 2016.
- VOSS, E.: *Revisión de la reestructuración, la anticipación del cambio y la participación de los trabajadores en un mundo digitalizado – informe para la CES –*, Febrero de 2016.
- VV.AA.: *La aplicación práctica de la reforma laboral. Un estudio de la ley 3/2012 y de los reales decretos-leyes 4/2013 y 5/2013*, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R. (Dirs.), Valladolid, Ed. Lex Nova, 2013.
- VV.AA.: *Información algorítmica en el ámbito laboral. Guía práctica y herramienta sobre la obligación empresarial de información sobre el uso de algoritmos en el ámbito laboral*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, mayo de 2022.
- ZUMALACÁRREGUI PITA, L.: “El periodo de consultas: la constitución de la comisión negociadora”, en VV.AA.: *Tratado de despido colectivo*, GODINO REYES, M. (Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 232-258.

WEBGRAFÍA

- ALONSO, C.: “El Gobierno cargará un extra a empresas en ERTE por ‘colocar’ a sus trabajadores”, de fecha de 9 de noviembre de 2021, en *La Información*, disponible en: <https://www.lainformacion.com/economianegocios-y-finanzas/reforma-laboral-empresas-erte-extra-colocar-trabajadores/2852919/> (consultada el 20/07/2023).
- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “(Más) ‘Precisiones’ sobre concepto de ‘despido colectivo’ a la luz del TJUE (STJUE 11.11.15)”, Blog: *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, entrada de 11 de noviembre de 2015, disponible en: <https://ignasibeltran.com/2015/11/11/mas-precisiones-sobre-concepto-de-despido-colectivo-a-la-luz-del-tjue-stjue-11-11-15/> (visitada en 15/08/2020).
- “Despido colectivo y selección de trabajadores: ¿La «edad» es un criterio no discriminatorio? (STC 66/2015)”, en Blog: *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, entrada de 12 de junio de 2015, disponible en [https://ignasibeltran.com/2015/06/12/despido-colectivo-y-seleccion-de-trabajadores-la-edad-es-un-criterio-no-discriminatorio-stc-662015/#:~:text=14%20CE\),.caso%20evidente%20de%20actuaci%C3%B3n%20discriminatoria.](https://ignasibeltran.com/2015/06/12/despido-colectivo-y-seleccion-de-trabajadores-la-edad-es-un-criterio-no-discriminatorio-stc-662015/#:~:text=14%20CE),.caso%20evidente%20de%20actuaci%C3%B3n%20discriminatoria.) (visitada el 15/10/2022).
 - “Reducción de contrata impuesta por pliego y despido objetivo procedente de la contratista entrante”, Blog: *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, entrada de 14 de marzo de 2017, disponible en: <https://ignasibeltran.com/2017/03/14/reduccion-de-contrata-impuesta-por-pliego-y-despido-objetivo-procedente-de-la-contratista-entrante/> (consultada el 16 de enero de 2024).
 - “Criterios TJUE *Rabal Cañas*, Rivera Pujante, Ciupa y Socha: ¿son aplicables a despidos colectivos del sector público?”, entrada de 9 de octubre de 2017, disponible en: <https://ignasibeltran.com/2017/10/09/criterios-tjue-rabal-canas-rivera-pujante-ciupa-y-socha-son-aplicables-a-despidos-colectivos-del-sector-publico/> (consultada el 10/01/2024).
 - “Despido colectivo y trabajadoras embarazadas (caso Porras Guisado)”, en Blog: *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, entrada de 24 de febrero de 2018, disponible en: <https://ignasibeltran.com/2018/02/24/despido-colectivo-y-trabajadoras-embarazadas/> (consultada el 15/12/2022).
 - “¿Un ERTE es una ‘modificación sustancial’ computable a los efectos del despido colectivo?”, en Blog: *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, entrada de 8 de junio de 2020, disponible en: <https://ignasibeltran.com/2020/06/08/un-erte-es-una-modificacion-sustancial-computable-a-los-efectos-del-despido-colectivo/> (visitada el día 28/08/2020).

- “Despido colectivo y cómputo de afectados: (posibles nuevos) desajustes internos con la Directiva 98/59”, Blog: *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, entrada de 12 de junio de 2017, disponible en: <https://ignasibeltran.com/2017/06/12/despido-colectivo-y-computo-de-afectados-posibles-nuevos-desajustes-internos-con-la-directiva-9859/> (visitada el día 2/09/2020).
 - “Despido colectivo, cómputo del período de 90 días y la regla del compás (y, ¿el fin de la caducidad de 20 días?): a propósito de la STJUE 11/11/20 (C-300/19), *Marclean Technologies*”, Blog: *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, entrada de 16 de noviembre de 2020, disponible en: <https://ignasibeltran.com/2020/11/16/despido-colectivo-computo-del-periodo-de-90-dias-y-la-regla-del-compas-y-el-fin-de-la-caducidad-de-20-dias-a-proposito-de-la-stjue-11-11-20-c%e2%80%911300-19-marclean-technologies/> (visitada el 4/08/2022).
 - “Método de cómputo del plazo de 90 días en el despido colectivo: ¿es plenamente compatible con la Directiva 98/59?”, Blog: *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, entrada de 14 de febrero de 2017, disponible en: <https://ignasibeltran.com/2017/02/14/metodo-de-computo-del-plazo-de-90-dias-en-el-despido-colectivo-es-plenamente-compatible-con-la-directiva-9859/> (visitado el 2/09/2020).
 - “Automatización y despido objetivo (STS/10 Las Palmas 23/9/19)”. En Blog: *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, entrada de 9 de octubre de 2019, disponible en: <https://ignasibeltran.com/2019/10/09/automatizacion-y-despido-objetivo-sjs-10-las-palmas-23-9-19/> (visitada el 10/01/2024).
 - “¿Las bajas voluntarias deben computar a los efectos del despido colectivo? (nueva cuestión prejudicial del TSJ Baleares)”, Blog: *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, entrada de 20 de septiembre de 2022, disponible en: <https://ignasibeltran.com/2022/09/20/las-bajas-voluntarias-deben-computar-a-los-efectos-del-despido-colectivo-nueva-cuestion-prejudicial-del-ts-j-baleares/> (consultada el 19/01/2024).
 - “Despido disciplinario, audiencia previa *ex art. 7* Convenio 158 OIT y ampliación de la demanda”, Blog: *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, entrada de 27 de marzo de 2023, disponible en: <https://ignasibeltran.com/2023/03/27/despido-disciplinario-audiencia-previa-ex-art-7-convenio-158-oit-y-ampliacion-de-la-demanda/> (visitada el 10 de abril de 2023).
- BOFFI, D. y DE MENECH, L.: “Misure più stringenti per evitare la chiusura di aziende e licenziamenti collettivi”, *JD Supra*, entrada de 29 de septiembre de 2022, disponible en: <https://www.jdsupra.com/legalnews/misure-piu-stringenti-per-evitare-la-6178858/> (visitada el 18 de febrero de 2023).
- “Comunicado de CEOE y CEPYME tras la aprobación de la enmienda que repone el control de las causas en los despidos colectivos”, disponible en: <https://www.ceoe.es/es/ceoe-news/laboral/comunicado-de-ceoe-y-cepyme-tras-la-aprobacion-de-la-enmienda-que-repone-el> (visitada 5/12/2023).
- COMO, E.: “Italia: “¡Sublevémonos!”. GKN, un conflicto ejemplar”, *Sinpermiso. República y socialismo, también para el siglo XXI*, entrada de 29 de septiembre de 2021, disponible en: <https://www.sinpermiso.info/textos/italia-sublevemonos-gkn-un-conflicto-ejemplar> (visitada el 20 de febrero de 2023).
- CONCLUSIONES ADOPTADAS POR EL CONSEJO EUROPEO durante los días 17, 18, 19, 20 y 21 de julio de 2020, presupuesto 2021-2027 y fondo de recuperación Unión Europea: <https://www.consilium.europa.eu/media/45124/210720-euco-final-conclusions-es.pdf>

- DESDENTADO BONETE, A.: “Muerte de la empresa y extinción del contrato de trabajo: ¿un enigma jurídico?”, en *El Derecho.com*, entrada de 19 de julio de 2018, disponible en: <https://elderecho.com/muerte-la-empresa-extincion-del-contrato-trabajo-enigma-juridico> (visitada el 5/01/2024).
- DESDENTADO BONETE, A.: “Problemas de aplicación del derecho social europeo. Del caso Telefónica Móviles al caso Zardoya Otis”, en *El Derecho.com*, entrada de 16 de marzo de 2017, disponible en: <https://elderecho.com/problemas-de-aplicacion-del-derecho-social-europeo-del-caso-telefonica-moviles-al-caso-zardoya-otis> (consultada el 25/01/2024).
- GOERLICH PESET, J.M.: “¿Crisis de la «teoría del vínculo»? STJUE de 5 de mayo de 2022”, Blog: *El foro de labos*, entrada de 25 de mayo de 2022, disponible en: <https://www.elforodelabos.es/2022/05/crisis-de-la-teoria-del-vinculo-stjue-de-5-de-mayo-de-2022/> visitada el 8 de agosto de 2022.
- “El control de convencionalidad ante el Tribunal Supremo: sentencias de 28 y 29 de marzo de 2022”, Blog: *El foro de Labos*, entrada de 11 de mayo de 2022, disponible en: <https://www.elforodelabos.es/2022/05/el-control-de-convencionalidad-ante-el-tribunal-supremo-sentencias-de-28-y-29-de-marzo-de-2022/#:~:text=En%20palabras%20de%20la%20otra,%2C%20evitando%20la%20inseguridad%20jur%C3%ADdica%E2%80%9D>. (consultada el 15/03/2023).
- “La nueva regulación del informe de la Inspección de Trabajo en los despidos colectivos: apuntes críticos”, Blog: *El Foro de Labos*, entrada de 13 de julio de 2023, disponible en: <https://www.elforodelabos.es/2023/07/la-nueva-regulacion-del-informe-de-la-inspeccion-de-trabajo-en-los-despidos-colectivos-apuntes-criticos/> (visitada el 11/12/2023).
- GORDO GONZÁLEZ, L.: “¿Existirán trabajadores por cuenta ajena en el futuro? La necesidad de desarrollar un Estatuto de los Trabajadores para el Siglo xxi (...y para el xxii)”, en Blog: *El Foro de Labos*, entrada web del 20 de diciembre de 2022, recuperada de: <https://www.elforodelabos.es/2022/12/existiran-trabajadores-por-cuenta-ajena-en-el-futuro-la-necesidad-de-desarrollar-un-estatuto-de-los-trabajadores-para-el-siglo-xxi-y-para-el-xxii/> (visitada 15/12/2023).
- GRAU PINEDA, C.: “La enésima reforma de las pensiones sin perspectiva de género”, entrada en *Net21*, de fecha de 17 de mayo de 2022, disponible en: <https://www.net21.org/la-enesima-reforma-de-las-pensiones-sin-perspectiva-de-genero/> (consultada 15/09/2023).
- GUZMÁN, M.E.; RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y CALVO, J.: “La nueva obligación de preaviso en los despidos colectivos”, *Newsletter de PwC Tax & Legal*, julio de 2023, disponible en: <https://periscopiofiscalylegal.pwc.es/la-nueva-obligacion-de-preaviso-en-los-despidos-colectivos/> (consultada el 1/12/2023).
- LANBIDE: *Plan de transición y mejora*, noviembre de 2021, p. 27, disponible en: https://www.lanbide.euskadi.eus/contenidos/informacion/informacion_corporativa/es_def/adjuntos/Lanbide-Hobetzen-_cast.pdf
- LANBIDE: “1,2 millones de financiación europea para reforzar el programa Aukeraberri”, disponible en: <https://www.lanbide.euskadi.eus/noticia/-/noticia/2022/1-2-millones-de-financiacion-europea-para-reforzar-el-programa-aukeraberri/>
- LLORENTE & CUENCA: “La judicialización del despido colectivo: riesgo añadido en la reputación corporativa”, Madrid, junio de 2017, disponible en: https://ideas.llorenteycuenca.com/wp-content/uploads/sites/5/2017/06/170627_DI_informe_judicializacion_ESP1.pdf visitada el 1/12/2023.

- LÓPEZ CARBONELL, M.C.: “Las bajas voluntarias incentivadas”, *El Derecho.com*, entrada 11 de noviembre de 2016, disponible en: <https://elderecho.com/las-bajas-voluntarias-incentivadas> visitada el 1/09/2020.
- LÓPEZ CUMBRE, L.: “El despido colectivo de hecho”, en *Análisis GA&P*, Septiembre 2015, disponible en <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2018/03/despido-colectivo-de-hecho.pdf> visitada 12/06/2019.
- “Intervención de la autoridad laboral en los despidos colectivos. Criterio europeo”, *Análisis GA&P*, diciembre de 2016, disponible en: <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2018/03/intervencion-de-la-autoridad-laboral-en-despidos-colectivos-criterio-europeo.pdf> (visitada el 2 de noviembre de 2022).
 - “Negociación «en masa» y de forma individualizada con los trabajadores afectados por un despido colectivo”, en *Publicaciones de Gómez-Acebo & Pombo*, entrada de 26 de noviembre de 2020, disponible en: <https://www.ga-p.com/publicaciones/negociacion-en-masa-y-de-forma-individualizada-con-los-trabajadores-afectados-por-un-despido-colectivo/> (visitada el 25 de octubre de 2022).
 - “Disolución empresarial y ¿despido «automático» de la plantilla?”, en *Análisis Gómez-Acebo & Pombo*, diciembre de 2020, disponible en: https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2020/12/Disolucio%CC%81n_empresarial_despido.pdf (visitada el 4/01/2024).
 - “El «control» de los despidos colectivos por la inspección de trabajo y seguridad social”, *Publicaciones Gómez-Acebo & Pombo*, entrada de 10 de marzo de 2023, disponible en: <https://www.ga-p.com/publicaciones/el-control-de-los-despidos-colectivos-por-la-inspeccion-de-trabajo-y-seguridad-social/> (visitada el 1/12/2023).
 - “Despedir colectivamente y avisar con seis meses de antelación”, en *Gómez-Acebo & Pombo*, entrada de 19 de julio de 2023, disponible en: <https://www.ga-p.com/publicaciones/despedir-colectivamente-y-avisar-con-seis-meses-de-antelacion/> (consultada el 15/11/2023).
- LUJÁN, C.: “CEOE recurrirá el preaviso de seis meses para despidos colectivos”, en *Europapress*, 20 de septiembre de 2023, disponible en: <https://www.europapress.es/economia/laboral-00346/noticia-ceoe-recurrira-preaviso-seis-meses-despidos-colectivos-20230920164419.html> (consultada el 15/12/2023).
- MCKINSEY GLOBAL INSTITUTE: *Generative AI and the future of work in America*, disponible en: <https://www.mckinsey.com/mgi/our-research/generative-ai-and-the-future-of-work-in-america>
- MÁRQUEZ PRIETO, A.: “Autonomía colectiva y reestructuración sectorial en la transición ecológica”, *Ponencia presentada en las XL Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales ‘40 años de propuestas jurídicas sobre empleo, negociación colectiva y solución de conflictos laborales en Andalucía’*, disponible en: <https://www.juntadeandalucia.es/sites/default/files/2023-11/Ponencia%20Antonio%20M%C3%A1rquez.pdf> (consultada el 10/01/2024).
- MARTÍNEZ ASO, M. y PARRA NÚÑEZ, S.: “El control del despido colectivo y la ineludible función social de la ITSS. Hablan las Inspectoras Mercedes Martínez Aso y Silvia Parra Núñez”, en Blog: *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, entrada de 13 de marzo de 2023, disponible en <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2023/03/el-control-del-despido-colectivo-y-la.html> (visitada el 30 de marzo de 2023).

- MERCADER UGUINA, J.R.: “Despido de una administrativa cuyo trabajo ha sido sustituido por un Robot: ¿es posible poner Puertas al Campo?”, en el blog: *El Foro de Labos*, entrada de 1 de octubre de 2019, disponible en: <https://www.elforodelabos.es/despido-de-una-administrativa-cuyo-trabajo-ha-sido-sustituido-por-un-robot-es-posible-poner-puertas-al-campo/> (visitada el 10/01/2024)
- MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “La Reforma Laboral de 2021: elogio de la sensatez”. Blog: *El Foro de Labos*, entrada de 30 de diciembre de 2021, disponible en: https://www.elforodelabos.es/la-reforma-laboral-de-2021-elogio-de-la-sensatez/?utm_source=mailpoet&utm_medium=email&utm_campaign=las-ultimas-newsletter-total-entradas-de-nuestro-blog_5
- Nota de prensa de 22 de junio de 2020: “12º INFORME #TUEDADESUNTESORO: Mayores de 55 años en el mundo laboral”, disponible en: <https://fundacionadecco.org/wp-content/uploads/2020/06/Descarga-la-NDP-del-Informe-TuEdadEsUnTesoro.pdf> (visitada el 2 de noviembre de 2023).
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Las normas de la OIT y la COVID-19. Preguntas frecuentes. Disposiciones fundamentales de las normas internacionales del trabajo pertinentes en el contexto de brote de COVID-19*. Disponible en: https://www.ilo.org/global/standards/WCMS_739939/lang-es/index.htm
- PARRA, E.: “El Gobierno asegura que el preaviso de seis meses para despidos colectivos «prevendrá» muchos de ellos”, en *Europapress*, 4 de septiembre de 2023, disponible en: <https://www.europapress.es/economia/laboral-00346/noticia-gobierno-asegura-preaviso-seis-meses-despidos-colectivos-prevendra-muchos-ellos-20230904123437.html> (consultada el 27/12/2023).
- PÉREZ DEL PRADO, D.: *¿Cómo de prioritarios son los colectivos de la nueva Ley de Empleo?*, en el Blog: *El foro de Labos*, entrada de 14 de marzo de 2023, disponible en: <https://www.elforodelabos.es/2023/03/como-de-prioritarios-son-los-colectivos-de-la-nueva-ley-de-empleo/> (visitada el 20 de septiembre de 2023).
- Programa de recualificación y recolocación en empresas de Euskadi del Servicio Vasco de Empleo - Lanbide, denominado *AukerabeRRi*, <https://www.lanbide.euskadi.eus/destino/-/aukeraberri/>
- RETTORI, A.: “Delocalizzazioni: i numeri e le leggi. Collettivo GKN vs Stato”, *Paginauno. Rivista di approfondimento politico e culturale*, entrada de 20 de abril de 2022, disponible en: <https://rivistapaginauno.it/delocalizzazioni-numeri-leggi-collettivo-gkn-stato/> (visitada el 15/02/2023).
- ROJO TORRECILLA, E.: “Despidos colectivos y TJUE. Cómputo de las extinciones no inherentes a la persona del trabajador. La relación entre los arts. 40, 41, 50 y 51 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Nota a la sentencia de 11 de noviembre (asunto C-422/14). Aplicación de la doctrina del TJUE por el TS”, Blog: *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, entrada de 14 de noviembre de 2015, disponible en: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/11/despidos-colectivos-y-tjue-computo-de.html> visitada en 16/08/2020.

- “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ¿héroe o villano? A propósito de la autorización administrativa para proceder a un despido colectivo (en Grecia) como una limitación a la libertad de empresa. Notas a la sentencia del 21 de diciembre (C-2011/15) y amplio recordatorio (muy crítico) de las conclusiones del abogado general”, Blog: *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, entrada de 22 de diciembre de 2016, disponible en: <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2016/12/el-tribunal-de-justicia-de-la-union.html> (consultada 1/12/2023).
 - “Despidos colectivos. Computo bidireccional de los 90 días: ni hacia atrás, ni hacia delante, sino ambos. Examen del litigio que ha dado lugar a la sentencia del TJUE de 11 de noviembre de 2020 (asunto C-300/19)”, Blog: *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, entrada de 13 de noviembre de 2020, disponible en: <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2020/11/despidos-colectivos-computo.html> visitada el 4/08/2022.
 - “Responsabilidad de las entidades gestoras de la Seguridad Social por el incumplimiento empresarial de abono de cuotas en convenio especial tras despido colectivo. Una nota a la sentencia del TSJ de Galicia de 15 de febrero de 2019”, en su blog: *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, entrada de 20 de febrero de 2019, disponible en: <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2019/02/responsabilidad-de-las-entidades.html> (consultada el 15 de julio de 2017)
- SANGUINETI RAYMOND, W.: “La reforma laboral de 2021 y el espíritu de nuestro tiempo”. Blog: El Blog de Wilfredo Sanguinetti: un espacio compartido de reflexión laboralista desde las dos orillas, entrada de 5 de enero de 2022, disponible en: <https://wilfredosanguinetti.wordpress.com/2022/01/05/la-reforma-laboral-de-2021-y-el-espiritu-de-nuestro-tiempo/> (vistada el 1 de diciembre de 2023)
- SIRVENT HERNÁNDEZ, N.: “el impacto de género en la reforma del sistema de pensiones: especial referencia a las cláusulas de jubilación forzosa para coadyuvar a superar la segregación ocupacional por razones de género”, *Briefs de la AEDTSS*, entrada de 23 de mayo de 2022, disponible en: <https://www.aedtss.com/el-impacto-de-genero-en-la-reforma-del-sistema-de-pensiones-especial-referencia-a-las-clausulas-de-jubilacion-forzosa-para-coadyuvar-a-superar-la-segregacion-ocupacional-por-razones-de-genero/> (visitada el 1/09/2023).
- TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: “El alcance del análisis por parte de la Inspección de Trabajo de la concurrencia de las causas empresariales en los despidos colectivos tras la Ley 3/2023, de Empleo”, *Briefs AEDTSS*, 21, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2023. Disponible en: <https://www.aedtss.com/el-alcance-del-analisis-por-parte-de-la-inspeccion-de-trabajo-de-la-concurrencia-de-las-causas-empresariales-en-los-despidos-colectivos-tras-la-ley-3-2023-de-empleo/> (visitada el 15 de marzo de 2023).
- UGT: “Los daños de la reforma laboral de 2012. Datos de su impacto negativo sobre el empleo y los salarios”, Servicio de Estudios de la Confederación, 15 de octubre de 2019, versión digital disponible en: https://www.ugt.es/sites/default/files/danyos-de-la-reforma-laboral-de-2012-ugt_0.pdf (visitada el 8/10/2021).
- WORLD ECONOMIC FORUM: *El informe sobre el Futuro del Empleo 2023*, disponible en: <https://es.weforum.org/publications/the-future-of-jobs-report-2023/digest/>

La institución del despido colectivo necesita un replanteamiento de su modelo regulador. En un entorno productivo cada vez más competitivo y cambiante a causa de la globalización y la doble transición digital y verde, unido a un progresivo envejecimiento poblacional, resulta ineludible que se instauren garantías suficientes para construir reestructuraciones jurídicas y socialmente responsables. Tal y como ordena el sistema internacional de garantías multinivel, el cumplimiento riguroso (y no formal) del procedimiento de despido colectivo orientado a la negociación de medidas alternativas o complementarias al despido, junto con una labor de promoción del poder público, es el presupuesto de base para evitar que esta medida traumática se desligue de los correspondientes amortiguadores sociales, en la idea de que el despido colectivo se configure como una medida de *ultima ratio*. Es este el propósito del presente trabajo de investigación que, a través de un estudio jurídico-crítico del modelo normativo, pretende ofrecer soluciones de *lege ferenda*, sin dejar de lado al otro elemento medular de la regulación despido colectivo: su problemático encaje en la Directiva comunitaria 98/59, a causa de su deficiente transposición a la norma nacional.

Esta monografía persigue ser útil para toda aquella persona que se quiera aproximar a la “procedimentalización” del despido colectivo, desde una perspectiva internacional e interna, siempre desde un enfoque crítico para intentar arrojar luz a una institución muchas veces oscura, como es el despido colectivo.



Alejandro Muros Polo es doble graduado en Derecho y ADE, así como dispone de un Máster en Derecho de los Negocios y es Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad de Granada en virtud de su tesis doctoral, “El despido colectivo en un marco de reestructuración jurídica y socialmente responsable”, con calificación Cum Laude y mención de doctorado internacional. Forma parte del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada desde el año 2020 tras la obtención de la beca del Ministerio de Universidades FPU, la cual le ha permitido desempeñar su labor docente en el citado departamento. Ha realizado una estancia de investigación en la Universidad de Nápoles Parthenope.

Es miembro del Grupo de Investigación SEJ 184 “Derecho del Trabajo, Relaciones Laborales y Seguridad Social”, por medio del cual ha realizado numerosas publicaciones en revistas y editoriales de prestigio, tanto a nivel nacional como internacional. Sus principales líneas de investigación son: despido colectivo y otras medidas de reestructuración empresarial; jubilación forzosa; tiempo de trabajo y guardias localizadas; protección por desempleo y políticas activas de empleo; esquirolaje tecnológico... En su trayectoria académica ha asistido y ha participado en diversos congresos, jornadas y seminarios de carácter investigador, presentando comunicaciones y ponencias, así como ha formado parte de diversos encuentros de innovación docente, en un afán por mejorar la docencia universitaria.

Actualmente también es responsable de tareas de indexación y de redes sociales de las dos revistas científicas de la Editorial Laborum: la *Revista de Derecho de la Seguridad Social* y la *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*.