

RÉGIMEN JURÍDICO DEL DESPIDO COLECTIVO

Legal regime of collective redundancies

JAVIER GÁRATE CASTRO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Santiago de Compostela

fcojavier.garate@usc.es

Resumen

Entre las instituciones más afectadas por la reforma laboral de 2012 figura la del despido colectivo, sometida a nuevas reglas que conducen a variaciones sustanciales de su régimen jurídico de las que se deja constancia en este estudio doctrinal. Se trata de variaciones que afectan, además de a los aspectos sustantivos del despido colectivo, principalmente los relativos a las causas que lo justifican, sobre las que se introducen importantes cambios tendentes a objetivar su apreciación por parte de los tribunales laborales, a los aspectos relativos al procedimiento a seguir para llevarlo a efecto y al control judicial de la decisión extintiva. Sobre este último extremo se introducen importantes cambios que alcanzan a la calificación y efectos del despido y cuyo tratamiento por parte de la norma estatal, que dista mucho de ser preciso y claro, genera un elevado grado de incertidumbre acerca de las soluciones judiciales sobre los problemas que plantea.

Palabras clave: despido colectivo, crisis de empresa, procedimiento de despido colectivo, control judicial del despido colectivo.

Abstract

Collective redundancy ranks among the most affected institutions during the labour reform of 2012, subject to new rules that have made substantial variations in its legal regime, as this paper shows. They affect, further than substantive aspects of redundancies, the reasons that can justify it, where large changes are made, with an aim of making objective its appreciation by labour courts, modifying also the issues concerning the procedure to implement it and the judicial control of the extinctive decision. Upon this last issue, important changes are made, concerning the qualification and effects of the redundancy and whose regulation by the State norm, far from being precise and clear, generates a high degree of uncertainty about the judicial answers to the problems it poses.

Key words: Collective redundancy, undertaking crisis, procedure of collective redundancy, judicial control of collective redundancy.

SUMARIO

1. Dos precisiones sobre el ámbito de aplicación del despido colectivo.- 2. Concepto de despido colectivo.- 2.1. El elemento causal.- 2.1.1. *Las*

causas económicas.- 2.1.2. Las causas técnicas, organizativas o de producción.- 2.2. El elemento numérico.- 2.3. El elemento temporal.- 3. Procedimiento común.- 4. Calificación y efectos.- 4.1. En el proceso de control «abstracto».- 4.2. En el proceso de control individual¹.

SUMMARY

1. Two precisions on the scope of application of collective redundancies.- 2. Notion of collective redundancy.- 2.1. The causal element.- 2.1.1. Economic reasons.- 2.1.2. Technical, organizational or productive reasons.- 2.2. The numerical elements.- 2.3. The time element.- 3. Common procedure.- 4. Qualification and effects.- 4.1. In the abstract control procedure.- 4.2. In the individual control procedure.

Abreviaturas

Ar.: Repertorio de Jurisprudencia, de Aranzadi; **AS.:** *Aranzadi Social*; **ET.:** Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo; **ILJ.:** Revista *Información laboral. Jurisprudencia*, de Lex Nova; **LC.:** Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal; **LCSP.:** Texto refundido de la Ley de contratos del sector público, aprobado por Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre; **LIS.:** Texto refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social, aprobado por el Real Decreto legislativo 5/2000, de 4 de agosto; **LJS.:** Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social; **LRML.:** Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral; **RDPC.:** Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, aprobado por Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre; **TS.:** Tribunal Supremo, Sala de lo Social.

1. DOS PRECISIONES SOBRE EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL DESPIDO COLECTIVO

Aunque este tipo de despido se declara de forma expresa inaplicable a efectos de la extinción del contrato de trabajo que dé origen a la relación laboral de carácter especial de empleados del hogar², ello responde, en rigor, a la general imposibilidad de que concurren en tal extinción las condiciones a las que el propio legislador supedita el concepto de aquél y, por lo tanto, su empleo. Si se prefiere, la referida inaplicación es natural y no ofrece ninguna particularidad.

Previsión legal de signo opuesto se adopta respecto del personal laboral al servicio de los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público de acuerdo con el art. 3.1 del texto refundido de la Ley de contratos del sector público (LCSP). La disposición adicional vigésima del vigente texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores

²Art. 11.1 del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre.

(ET)³ establece de forma expresa que el despido colectivo es utilizable como vía de extinción de los contratos de trabajo de dicho grupo de trabajadores, despejando así cualquier duda que pudiera existir. Sucede, sin embargo, que ello figura acompañado de la sujeción del despido colectivo en este ámbito a importantes reglas especiales, las cuales alcanzan, principalmente, a las causas y al procedimiento a seguir cuando el personal laboral afectado preste servicios, no en cualesquiera de los entes, organismos o entidades a que se refiere el apartado 1 del art. 3 de la LCSP, sino en alguno de los entes, organismos o entidades comprendidos en la relación del apartado 2 de igual artículo, lo que no es el caso de los trabajadores al servicio de las sociedades mercantiles y fundaciones (del sector público empresarial y fundacional), cuyo despido colectivo se debe considerar, pues, sometido a la regulación general que ofrece el ET y el reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, aprobado por Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre (RPDC)⁴.

2. CONCEPTO DE DESPIDO COLECTIVO

El concepto de despido colectivo es particularmente complejo, pues es el resultado de la suma de dos elementos: uno causal y otro numérico; a ellos se añade, en el supuesto del que cabe denominar despido colectivo «parcial», otro más, de carácter temporal. Es la presencia de tales elementos la que permite entender que se está ante aquél y que, por lo tanto, es preciso seguir el procedimiento específico establecido legalmente para hacerlo efectivo.

2.1. El elemento causal

En primer lugar, para que quepa hablar de despido colectivo es necesario que la extinción aparezca fundada en causas «económicas, técnicas, organizativas o de producción» [arts. 49.1.i) y 51.1, párrafo primero, del ET], erigidas, así, en títulos de la legitimidad de la proyectada actuación del empresario, el cual habrá de aportar la información necesaria que acredite la realidad y entidad de las concretas causas indicadas a los representantes de los trabajadores en la comunicación de apertura del período de consultas previo a la decisión extintiva, así como a los trabajadores, en la comunicación individual de la mencionada decisión⁵.

El hecho de que las extinciones se funden en causas distintas impide apreciar un despido colectivo aunque los trabajadores afectados sean más que aquellos de los que depende el elemento o requisito numérico⁶ y se

³Añadida por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (LRML).

⁴Véase, confirmándolo, art. 34.3 de esta disposición reglamentaria.

⁵Véanse art. 51.2, párrafo cuarto, y 4 del ET, art. 124.11 de la LJS y arts. 3.1.a) y 14.1 del RPDC.

⁶Así, sentencias del Tribunal Supremo (TS) de 26 y 29 febrero 2008 [Información Laboral. Jurisprudencia (ILJ) 397 y 191, respectivamente]: «para la existencia de un despido colectivo no basta, en forma alguna, con el hecho de que varios trabajadores

den también —cabe añadir— las condiciones propias del requisito temporal.

Actualmente, el legislador pretende precisar y objetivar todo lo posible la noción de cada una de las causas señaladas y reducir, con ello, el margen de maniobra de los tribunales laborales a la hora de determinar si concurren o no⁷. Tal es el sentido de los párrafos segundo y tercero del art. 51.1 del ET, de aplicación también al despido objetivo por iguales causas [el del art. 52.c) del ET].

2.1.1. Las causas económicas

De acuerdo con el párrafo segundo del art. 51.1 del ET, «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». Se considerará, «en todo caso», que la disminución es persistente «si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior».

Sobre semejante configuración, reproducida por el art. 1.2 del RPDC, cabe efectuar las siguientes advertencias:

- 1) La «situación económica negativa» en que ha de encontrarse la empresa no tiene el significado de exigir que la medida extintiva garantice la efectiva superación de la crisis; basta con que dicha medida pueda contribuir a ese resultado, como ya tuvo oportunidad de señalar en el pasado el TS, cuando el art. 51.1 del ET (versión anterior a su reforma de 2010) precisaba que la medida extintiva debía contribuir a “superar una situación económica negativa”. Abordando el significado de tal expresión, manifestó entonces aquél que “la experiencia de la vida económica muestra, como tópico o lugar común, que hay crisis que se superan y otras que no pueden serlo, sin que ello signifique, obviamente, que, ante una crisis —total o parcial— que no pueda superarse no quepa recurrir a despidos económicos para poner fin a la actividad de la empresa o para ajustar su plantilla en términos viables”⁸. Pretender que la medida extintiva ha de contribuir, de forma necesaria, a superar la situación económica negativa que afecte a la empresa es incompatible con la previsión del propio art. 51.1 del ET, de un despido colectivo “total” (extinción de los contratos de la “totalidad

hayamos sido despedidos al mismo tiempo, aunque el número de esos trabajadores supere, incluso con holgura, los topes que fija el art. 51.1 del ET, sino que, además, es absolutamente preciso que esos ceses sean debidos a alguna causa económica, técnica, organizativa o de producción».

⁷La actuación del legislador tendente a conseguir el indicado objetivo, clara ya con la reforma del art. 51.1 del ET llevada a cabo por el Real Decreto-ley 10/2010, en la que profundizó la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medida urgente para la reforma del mercado de trabajo, se ha intensificado con las reformas del mismo precepto realizadas por el Real Decreto-ley 3/2012 y la LRML.

⁸Sentencia del TS de 29 septiembre 2008 (ILJ 1089).

- de la plantilla de la empresa”), pues éste no puede entenderse como una forma de superar la crisis.
- 2) La referencia a “pérdidas (...) previstas” muestra que la admisión del despido basado en causa económica ha dejado de exigir que ésta sea actual o, lo que es igual, que la empresa trate de hacer frente, como se deducía de la redacción del art. 51.1 del ET hasta su reforma en 2010, a una situación económica negativa ya existente y no meramente previsible o futura. Con todo, las exigencias relativas a la acreditación de la causa se refuerzan reglamentariamente (art. 4.3 del RPDC) cuando la proyectada actuación extintiva se funde en la indicada previsión de pérdidas. En tal caso, además de aportar la documentación acreditativa establecida con carácter general (en el art. 4.2 del RPDC), el empresario deberá dar cuenta de los “criterios utilizados” para estimar la previsión de pérdidas invocada y presentar un “informe técnico” sobre su “volumen y el carácter permanente o transitorio”; dicho informe se basará en las “cuentas anuales”, los “datos del sector” al que pertenezca la empresa, la “evolución del mercado” y la “posición” de aquélla en él y cualesquiera otras circunstancias que puedan revelar que se está ante una previsión atendible.
 - 3) La expresión “disminución persistente” del nivel de ingresos ordinarios o ventas de la empresa, empleada también como ejemplo de lo que constituye una situación económica negativa, impide que ésta se pueda apreciar ante una disminución meramente ocasional o de breve duración. Aunque cabe entender que es tal la disminución que no se llegue a comprobar en los tres trimestres consecutivos a los que hace referencia el precepto reseñado, a partir del momento en que los alcance pasa a ser obligado considerar, por imperativo legal y a efectos del carácter justificado del despido colectivo (también, en su caso, del despido objetivo) por causa económica, que es persistente. Cumplida la expresada condición, la calificación de la disminución como persistente procede “en todo caso” o, lo que es igual, no admite discusión, lo cual no significa que sólo quepa concluir que el despido esté justificado. A mi juicio, ello pasa a depender entonces del resultado arrojado por la ponderación de otro factor sobre el que la ley guarda completo silencio: el grado en que se presenten inferiores los ingresos ordinarios o las ventas. No parece que haya sido intención del legislador que ese grado, sea alto, medio o bajo, resulte irrelevante a efectos de la determinación de la suficiencia de la causa económica en que se base el despido. Si se comparte que se trata de un factor relevante, el papel del juez conllevaría algo más que la mera comprobación del dato objetivo de la persistencia de la disminución de ingresos o ventas, de modo que podría emitir un fallo contrario a la decisión extintiva de la empresa razonando, por ejemplo, que, a pesar de la realidad de aquella persistencia determinada según el criterio legal, la situación económica negativa invocada para fundar el despido no es suficiente y hace que

- éste se presente como una medida no racional habida cuenta de la escasa entidad de la caída de los ingresos ordinarios o de las ventas.
- 4) Tanto la referencia a las pérdidas actuales o previstas como, por lo que acabo de señalar, a la disminución persistente del nivel de ingresos ordinarios o ventas de la empresa parece que no autorizan a admitir la extinción cuando lo pretendido sea, sin más, el hacer frente a una simple disminución de los beneficios o el lograr el incremento de éstos (ganar todavía más). Por decirlo de otro modo, el proyecto extintivo debe aparecer dirigido, con carácter general, a parar las pérdidas significativas en tiempo e importe que se vengán produciendo, a evitar aquellas igualmente significativas que es notorio que se pueden producir si no se reduce la plantilla o a poner fin a una disminución de los beneficios o ingresos cuya intensidad sea de tal grado, también en tiempo e importe, que amenace con sumir a la empresa en una crisis de mayor profundidad comprensiva de un mayor riesgo de destrucción de empleo.
 - 5) Se aparta de lo expuesto la delimitación de las causas económicas que permiten proceder a despidos colectivos (u objetivos) en las Administraciones públicas y, en concreto, en los entes, organismos y entidades a que se refiere el art. 3.2 de la LCSP (no en los que formen parte, pues, del sector público empresarial y fundacional). Dicha delimitación es la particular contenida en la disposición adicional vigésima del ET: se entenderá que concurren tales causas "cuando se produzca (...) una situación de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de los servicios públicos correspondientes. En todo caso, se entenderá que la insuficiencia presupuestaria es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos". Reproduce los anteriores términos el art. 35.3 del RPDC, que también precisa las circunstancias que conducen a la apreciación, con carácter general, de la insuficiencia presupuestaria.

2.1.2. Las causas técnicas, organizativas o de producción

Según el párrafo tercero del art. 51.1 del ET, cuyos términos reitera el art. 1.2 del RPDC, "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 [por ejemplo, el recurso a fórmulas de descentralización productiva] 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".

Como la extinción por causas económicas, la admisión de la producida por las causas ahora contempladas tampoco requiere una situación de crisis actual. La extinción se puede decidir, con éxito, como medida preventiva de una crisis futura, provocada por las circunstancias, ya presentes y suficientemente acreditadas, definitorias de las causas técnicas, organizativas o de producción invocadas.

En otro orden de cosas, el carácter razonable o, si se prefiere, proporcional de la decisión extintiva fundada en dichas causas no debería dejar de constituir una circunstancia a tener en cuenta por el juzgador a la hora de pronunciarse sobre el ajuste a derecho o la procedencia de aquella decisión. La apreciación de ese carácter en el caso concreto habría de conducir a un fallo en el sentido indicado aunque se aprecie la posibilidad de otra solución también razonable⁹.

En fin, igual que sucede con la apreciación de las causas económicas, la de las causas técnicas y organizativas queda sometida a regla especial cuando se deban utilizar para basar en ellas despidos colectivos (u objetivos) en los entes, organismos u entidades que relaciona el art. 3.2 de la LCSP. A tales efectos, de acuerdo con la ya citada disposición adicional vigésima del ET, con fórmula que reitera el art. 35.3 del RPDC, "se entenderá que concurren causas técnicas, cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de la prestación del servicio público de que se trate y causas organizativas, cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal adscrito al servicio público". Se excluye que el despido colectivo (u objetivo) del personal laboral al servicio de los aludidos entes, organismos u entidades se pueda fundar en causas productivas. Como ya he señalado¹⁰, la posible utilización de éstas se reduce al ámbito del sector público empresarial y fundacional, donde su concepto, igual que el de las causas técnicas, organizativas y económicas, es el que ofrece el art. 51.1 del ET.

2.2. El elemento numérico

El despido colectivo se define, además de por la causa, por el número de trabajadores afectados. En el caso del que cabe denominar despido colectivo "total", derivado del cese asimismo total de la actividad empresarial por las causas ya señaladas, se precisa que los trabajadores afectados sean más de cinco (art. 51.1, párrafo cuarto, del ET), lo que significa que las empresas con cinco o menos trabajadores que cesen de modo total y definitivo en su actividad por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción habrán de amparar su decisión extintiva en el art. 52.c) del ET y seguir los trámites que para el despido objetivo señala el art. 53¹¹. El despido colectivo ahora contemplado se define por el cierre total de la empresa y la extinción de los contratos de todos los trabajadores, que han de ser, al menos, seis. El cierre de uno o varios

⁹Sobre la oportunidad y necesidad de valorar el tipo de decisiones extintivas sometido a examen, igual que cualesquiera otras decisiones organizativas del empresario, a la luz del resultado arrojado por la sujeción al control de su racionalidad, véase J. GÁRATE CASTRO: "Racionalidad y medidas empresariales de gestión del trabajo", en *Crisis, reforma y futuro del Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos en memoria del Profesor Ignacio Albiol Montesinos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 209 y ss.

¹⁰Véase apartado 1.

¹¹Sentencia del TS de 8 marzo 1999 [Repertorio de jurisprudencia de Aranzadi (Ar.) 2117].

centros configura, en su caso, un despido colectivo parcial, sujeto a las reglas que a continuación se indican.

Para el despido colectivo "parcial", el número de trabajadores afectados que se exige no es único, sino que varía en función de la plantilla de la empresa —no del centro—. Dicho número es el de, como mínimo, 10 trabajadores, si la empresa ocupa a menos de 100; el diez por ciento de la plantilla, si la empresa ocupa entre 100 y 300 trabajadores; y 30 trabajadores cuando se trate de una empresa cuya plantilla ascienda a más de 300 (art. 51.1, párrafo primero, del ET). De lo expuesto se deduce que el despido colectivo "parcial" sólo se puede dar en empresas cuya plantilla sea, como mínimo, de once trabajadores. Cuando no impliquen el cierre total de la empresa y se proyecten en empresas de diez o menos trabajadores o no lleguen a los umbrales mínimos de trabajadores afectados que resulten exigibles de acuerdo con la escala legal expuesta, los despidos basados en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, quedan comprendidos en el supuesto extintivo del art. 52.c) del ET y sujetos al procedimiento establecido en el art. 53 de igual texto legal.

Continuando con el despido colectivo parcial, para determinar si se alcanzan o no los referidos umbrales o porcentajes legales de trabajadores afectados el correspondiente cómputo se ha de efectuar:

- 1) Considerando la totalidad de los trabajadores que presten servicios en la empresa en el momento del inicio del correspondiente procedimiento (comunicación escrita a los representantes de los trabajadores de la apertura del período de consultas), cualquiera que sea la modalidad de su relación (común o especial), la duración de su contrato y su categoría o grupo profesional .
- 2) Teniendo en cuenta, como asimiladas a las extinciones proyectadas por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, aquellas otras producidas por iniciativa del empresario, en el período al que ha de figurar referido el cómputo a realizar, "en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador" distintos del término resolutorio y siempre que el número de tales extinciones sea, al menos, de cinco (art. 51.1, párrafo quinto, del ET). La regla no es de fácil comprensión e interpretación, sobre todo en lo que se refiere a la determinación de lo que haya que entender que constituyen extinciones adoptadas por iniciativa del empresario basada en "motivos no inherentes a la persona del trabajador". Desde luego, no son tales y, por lo tanto, no serán computables, además de las ya citadas extinciones por término, los despidos disciplinarios y los debidos a causas objetivas distintas de las comprendidas en las letras c) y e) del art. 52 del ET. Por el contrario, se habrán de computar, entre otras, las extinciones que decida la empresa por cumplimiento de la condición resolutoria pactada que sea ajena a la persona del trabajador (por no concurrir esta circunstancia, habrá que excluir, por ejemplo, la extinción determinada por el hecho de no haber llegado el trabajador al rendimiento al que se hubiera supeditado el

mantenimiento del contrato) y las extinciones por causas objetivas realizadas al amparo de las letras c) y e) del art. 52 ET.

Producidas algunas de las extinciones últimamente mencionadas dentro del período que luego se indicará y en número no inferior a cinco, éstas se tendrían en cuenta a efectos de establecer la concurrencia del elemento cuantitativo analizado, sumándose a las nuevas que se proyecten realizar. Si tal suma alcanza o supera los umbrales numéricos fijados legalmente cabrá hablar de despido colectivo y las aludidas nuevas extinciones, basadas en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, habrán de someterse al procedimiento y a los controles propios de la figura, cualquiera que sea el número de trabajadores afectados por ellas.

2.3. El elemento temporal

También en los casos de despidos colectivos "parciales", se precisa, adicionalmente, la concurrencia de un requisito de índole "temporal": el número de extinciones a computar para establecer la presencia de un despido colectivo ha de quedar comprendido en un período de noventa días (art. 51.1, párrafo primero, del ET), los cuales hay que entender que serán consecutivos y naturales (art. 5 del Código civil). Si en tal período no se alcanza ese número de extinciones, incluyendo las proyectadas, éstas, aun basadas en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, no estarían sometidas a las garantías y al procedimiento que dispone el art. 51 ET¹².

Aunque el legislador no indica cuándo se debe considerar iniciado o cerrado el referido período de noventa días, es razonable considerar que éste es el de los noventa días anteriores al del inicio del procedimiento de extinción o regulación de empleo del que trata el siguiente apartado¹³.

La previa realización, a lo largo de períodos sucesivos de noventa días, de extinciones por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción al amparo de la causa de despido objetivo del art. 52.c) del ET y, por lo tanto, por debajo de los umbrales numéricos propios del despido colectivo, conduce a considerar realizadas en fraude de ley aquellas en las que no aparezcan causas nuevas justificativas. De impugnarse, serán declaradas constitutivas de despido nulo [art. 51.1, párrafo último, del ET y art. 122.2.b) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LJS)].

3. PROCEDIMIENTO COMÚN

¹²Por supuesto, esas extinciones proyectadas pasarían a resultar computables, una vez llevadas a cabo, a efectos de la determinación de la naturaleza de despido colectivo de un futuro proyecto de extinción por iguales causas. Por lo demás, si en el período contemplado hubiese acaecido un despido colectivo, con éste ya se alcanzaría el número de extinciones necesarias para formalizar también como tal, durante aquél, cualquier nuevo proyecto de extinción por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

¹³Véase sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga) de 21 mayo 1997 [Aranzadi Social (AS) 1918], fundamento de derecho cuarto.

Dejando a un lado el cauce especial que rige en el caso de empresas declaradas en concurso¹⁴, así como la regulación particular de que es objeto la materia en el ámbito de las Administraciones públicas y, en concreto, de los entes, organismos y entidades a que se refiere el art. 3.2 de la LCSP¹⁵, la decisión empresarial de realizar un despido colectivo requiere seguir un procedimiento ajustado a lo dispuesto en el art. 51 ET y en su normativa de desarrollo, constituida por los arts. 2 y ss. del RPDC. La inobservancia de tal procedimiento permite la impugnación judicial de despido y constituye una infracción administrativa muy grave [art. 8.3 del vigente texto refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social, aprobado por real decreto legislativo 5/2000, de 4 de agosto (LIS)].

El inicio del procedimiento se produce con la apertura de un período de consultas con los representantes unitarios o sindicales de los trabajadores o, si no existiesen, con la comisión a la que los propios trabajadores hubieran decidido otorgar su representación *ad hoc* (art. 51.2 del ET y arts. 2.1 y 26.3 del RPDC). Dicha apertura se debe comunicar a la contraparte del período de consultas mediante escrito en el que no podrá faltar la consignación de los extremos que se indican a continuación; el anterior escrito habrá de estar acompañado de “toda la información necesaria para acreditar las causas motivadoras del despido colectivo” comprensiva de una “memoria explicativa” de ellas (art. 51.2 del ET) que proporcione a los representantes de los trabajadores datos suficientes para conocerlas y “poder afrontar el período de consultas adecuadamente”¹⁶. Los mencionados extremos versan sobre la “especificación” de las causas, el “número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por el despido” y de los “trabajadores empleados habitualmente en el último año”, los “criterios tenidos en cuenta para la designación” de los primeros y el “período de previsto para la realización de los despidos”. Cuando el procedimiento afecte a más de un centro de trabajo, la información sobre el número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por el despido y de los empleados habitualmente en el último año “deberá estar desglosada por centro de trabajo y, en su caso, por provincia y comunidad autónoma” (art. 3.1 del RPDC).

¹⁴La regulación de dicho cauce es la contenida en el art. 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal (LC), a adaptar de forma conveniente a los cambios introducidos en el art. 51 del ET por la LRML. Según aquél precepto, la resolución del procedimiento a tramitar para proceder al despido colectivo, cuya iniciación corresponde a “la administración concursal, el deudor o los trabajadores de la empresa concursada a través de sus representantes legales” (apartado 2), compete al juez de lo mercantil, que resolverá por auto si acuerda o no la extinción solicitada (la resolución judicial no autoriza la extinción, la acuerda directamente; apartado 7). Contra el citado auto cabe la interposición, ante los órganos jurisdiccionales del orden social, de los recursos previstos en la LJS, entre ellos el de suplicación; la interposición de cualquiera de esos recursos no tiene efectos suspensivos sobre la tramitación del concurso y los incidentes concursales (apartado 8).

¹⁵Véanse arts. 35 y ss. del RPDC.

¹⁶Sentencia del TS de 20 de marzo de 2013.

Del anterior escrito y de la documentación (tanto la común como la específica) que ha de acompañarlo¹⁷ se enviará copia a la autoridad laboral estatal o autonómica competente¹⁸, la cual deberá dar traslado de aquél a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo y recabar, "con carácter preceptivo, informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social" sobre los extremos de la comunicación antes mencionados y "sobre el desarrollo del período de consultas" (art. 51.2, párrafo quinto, del ET y arts. 6.3 y 11 del RPDC). Cuando el procedimiento afecte a empresas no concursadas y a trabajadores con cincuenta y cinco o más años de edad que no tuvieran la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967, la autoridad laboral también remitirá a la administración de la seguridad social copia de la comunicación escrita de la apertura del período de consultas y de la documentación común que debe acompañarla (art. 6.3, párrafo segundo, del RDPC), esto es, la que señala el art. 3 del RPDC.

Con carácter general, la legitimación de las representaciones sindicales para intervenir en las consultas es alternativa a la de los órganos de representación unitaria. Salvo que el procedimiento afecte a varios centros de trabajo, no cabe que ambos tipos de representantes negocien de forma acumulativa. En la actualidad (tras su reforma por el Real Decreto-ley 7/2011, de 10 junio), el ET rompe con su tradicional silencio en el asunto y no duda en atribuir legitimación a las secciones sindicales "cuando éstas así lo acuerden, siempre que tengan la representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los delegados de personal" (art. 51.2, párrafo sexto). Concurriendo el expresado requisito, las secciones sindicales tienen en sus manos el ejercer de interlocutores preferentes y, por lo tanto, impedir la actuación de los representantes unitarios.

En caso de no contar con representantes legales (unitarios o sindicales), los trabajadores podrán atribuir su representación para el período de consultas y la eventual conclusión de un acuerdo a una comisión de un máximo de tres miembros integrada, a su elección, bien por trabajadores de la propia empresa, bien por personas designadas por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca ésta y que cuenten con legitimación para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo que sea de aplicación en ella. También se admite que los aludidos trabajadores puedan optar por atribuir su representación a los representantes legales existentes en otro centro de trabajo de la misma empresa (art. 26.3 del RPDC). La designación de la comisión se deberá realizar en un plazo de cinco días (naturales) a contar desde el inicio del período de consultas. De haber optado los trabajadores por encomendar el nombramiento de sus

¹⁷Véanse arts. 3, 4, 5, y 9.1 del RPDC.

¹⁸El expresado envío se completa con el de la copia del escrito de solicitud de informe a los representantes legales de los trabajadores [el previsto en el art. 64.5.a) y b) del ET] y el de las indicaciones que establece el art. 6.2 del RPDC. La determinación de la autoridad laboral competente constituye la materia objeto del art. 25 del RPDC.

componentes a los referidos sindicatos, la empresa podrá atribuir su representación a la organización empresarial en la que figure integrada (art. 51.2, párrafo sexto, en relación con el art. 41.4, párrafo quinto, del ET; art. 26.5 del RPDC).

Aparte de especificarse cuál debe ser el contenido mínimo de las consultas [posibilidad de evitar o reducir los despidos y de atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados mediante "medidas sociales de acompañamiento", señaladamente de "recolocación" y de "formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad" y, de afectar el despido a más de cincuenta trabajadores, del "plan de recolocación externa a través de empresas de recolocación autorizadas" (art. 51.2 y 10 del ET, en ambos el párrafo primero; arts. 7.1, 8 y 9 del RPDC)] y de establecerse, de forma expresa y sin mayor concreción, el deber de negociar de buena fe durante ellas con vistas a conseguir un acuerdo (art. 51.2, párrafo octavo, del ET), lo que despeja toda duda sobre si implican la apertura de un auténtico procedimiento de negociación, se fija también su duración, sujeta a un plazo máximo de treinta o quince días naturales, según que la empresa ocupe a cincuenta o más trabajadores o cuente con menos de cincuenta (art. 51.2, párrafo primero, del ET; art. 7.4 y 5 del RPDC). Al ser un plazo máximo, cabe dar por finalizadas las consultas sin esperar a su agotamiento, bien por la consecución de un acuerdo con anterioridad, bien por existir conformidad expresa de ambas partes sobre esa finalización anticipada (art. 7.6 del RPDC)¹⁹. Sobre la autoridad laboral pesa el cometido de velar por la "efectividad" del período de consultas, en cuyo cumplimiento podrá remitir a las partes "advertencias" o "recomendaciones" las cuales en ningún caso supondrán la paralización o suspensión del procedimiento; asimismo podrá desarrollar: 1) funciones de asistencia a petición de cualquiera de aquéllas o por propia iniciativa; y 2) "a petición conjunta" de las partes, funciones de mediación tendentes a la solución de los "problemas planteados por el despido colectivo" (art. 51.2, párrafo 10, del ET; art. 10.2 y 3 del RPDC).

Cuando el expediente afecte a varios centros de trabajo, la negociación propia de las consultas se podrá realizar de forma global, con una única comisión negociadora, o separada por centros, con la comisión

¹⁹Aunque la situación legal era entonces distinta, pues el plazo se consideraba "mínimo", cobra hoy mayor sentido la posición de la sentencia del TS de 15 octubre 2007 (ILJ 2119, casación ordinaria), que advierte, en un supuesto de conclusión de las consultas antes del transcurso de dicho plazo, que "lo esencial es la existencia de negociación y su plasmación en un instrumento formal de acuerdo". Así las cosas, éste podría, incluso, preceder o ser simultáneo a la comunicación a la autoridad laboral, no ya de la "apertura" de una negociación que ha concluido, sino de su desarrollo y resultado (en el caso de autos, se consideró ajustada a la ley la cláusula del convenio colectivo que preveía la presentación simultánea del acuerdo y de la solicitud o autorización de extinción que en aquel momento era obligada). Por cierto, esa posibilidad de un acuerdo previo que hace innecesario la apertura formal del período de consultas se contempla de forma expresa por el art. 64.6 de la LC, en relación con los despidos colectivos de empresas en concurso: "el acuerdo suscrito por la administración concursal y los representantes de los trabajadores podrá ser acompañado con la solicitud [de extinción colectiva], en cuyo caso, no será necesaria la apertura del período de consultas".

negociadora que se constituya en cada uno. El sistema que se pretenda seguir es parte de la información a remitir por el empresario a la autoridad laboral junto con la copia de la comunicación escrita de la apertura del período de consultas (art. 6.2 del RPDC); asimismo, debe ser oportunamente puesto de manifiesto por la comisión negociadora (art. 27.2 del RPDC); el momento apropiado es, sin duda, el acto de constitución.

La redacción actual del art. 51 del ET, a diferencia de la anterior, omite toda referencia a si la válida actuación de la comisión negociadora, incluida la adopción del acuerdo final que se pueda alcanzar, precisa, por la parte social, la conformidad de la mayoría de sus componentes. A pesar del silencio legal, se debe entender que continúa siendo así con independencia de que intervengan los órganos de representación unitaria, las secciones sindicales o comisiones supletorias de la ausencia de unos y otras. Conduce a tal conclusión la aplicación supletoria de la mencionada regla de la mayoría prevista de forma expresa en los arts. 40.2 y 41.4 del ET, en relación con los acuerdos durante los períodos de consultas que deben preceder a las decisiones sobre traslados y modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, así como en el art. 64.6 de la LC, en relación con las extinciones colectivas de empresas declaradas en concurso. Despejando las dudas al respecto, dispone de forma expresa la exigencia de la conformidad de indicada mayoría de los componentes de la comisión negociadora el RPDC, que añade que aquélla ha de ir referida a la de los componentes que, "en su conjunto, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados" (art. 28.1). También se ocupa el citado reglamento del cómputo de la mayoría cuando el procedimiento afecte a varios centros de trabajo e intervenga una comisión negociadora formada por representantes de ellos²⁰, así como de la solución que merece el supuesto en que el intervengan tantas comisiones negociadoras como centros de trabajo afectados²¹.

La aplicación supletoria de los arts. 40.2 y 41.4 ET también conduce a considerar que los acuerdos con una comisión negociadora constituida por secciones sindicales precisan, además, que éstas agrupen, en su conjunto, a la mayoría de los representantes unitarios.

La intervención del comité intercentros en sustitución de los comités de empresa y delegados de personal es posible, siempre, claro está, que el convenio colectivo que disponga la creación de dicho órgano le confiera

²⁰Para la atribución de la mayoría (...) se aplicará lo que decida la propia comisión negociadora" y, "de no existir una decisión al respecto, será considerado el porcentaje de representación que tenga, en cada caso, cada uno de sus integrantes" (art. 28.2), lo que pone de relieve que el peso del voto de cada vocal o miembro de la comisión podrá variar en función de la representatividad o audiencia electoral de la representación que lo haya designado.

²¹Se considerará que se alcanzado acuerdo en el período de consultas únicamente en los centros de trabajo donde haya votado a favor del mismo la mayoría de los miembros de la comisión negociadora de cada centro" (art. 28.3).

al respecto la necesaria capacidad de obrar²². Tal intervención o la de un "órgano de naturaleza similar", sobre la que guarda silencio el ET, está prevista en el RPDC, que la presenta como "preferente" cuando la empresa tenga "varios centros de trabajo afectados por el procedimiento" (art. 26.1). De producirse la anterior intervención, es obvio que el acuerdo habrá de ser tomado también por, al menos, la mayoría de los componentes del órgano.

Es fácil llegar a la conclusión de que las postuladas reglas sobre el régimen de adopción de acuerdos son igualmente aplicables al posible acuerdo con la empresa para la sustitución del período de consultas por un procedimiento de mediación o de arbitraje (se refiere a tal posibilidad el art. 51.2, párrafo noveno, del ET y el art. 27.4 del RPDC). No parece discutible que la regularidad de la aceptación de la propuesta del mediador debe conducir a tener por concluido con acuerdo el período de consultas.

La falta de acuerdo durante el período de consultas, definida, en su caso, como se desprende de lo que acabo de apuntar, por la no aceptación de la propuesta realizada por el mediador que se hubiera designado, puede dar lugar a un procedimiento arbitral, si el convenio colectivo lo previese (art. 85.1 del ET); el laudo dictado tendría la misma eficacia y tramitación que el acuerdo al que sustituye, siendo impugnabile por los cauces establecidos para los convenios colectivos (art. 85.1 del ET, en relación con el art. 91.2 de igual texto legal y los arts. 163 y ss. de la LJS)²³. El desacuerdo también se puede someter, si ambas partes de las consultas así lo deciden, a los procedimientos extrajudiciales de solución implantados por acuerdo interprofesional (estatal o autonómico) que resulte aplicable a la empresa de que se trate [puede ser el Acuerdo sobre solución autónoma de conflictos laborales (ASAC V), de 2012 (art. 4º.1.e); también, en los despidos colectivos cuyos efectos no rebasen el ámbito de la comunidad autónoma de Galicia, el Acuerdo interprofesional gallego sobre procedimientos extrajudiciales de conflictos de trabajo, de 2013 (art. 4.1.d)].

Dispone el ET (art. 51.2, párrafo noveno), y lo reitera el RPDC (art. 28.4), que los procedimientos de mediación o arbitraje en el período de consultas se desarrollen "dentro del plazo máximo" señalado para dicho período²⁴, lo cual, dejando a un lado lo discutible de una regla poco ajustada a la realidad, requiere la búsqueda de una solución de equilibrio que permita que la utilización de tales procedimientos no se convierta en algo puramente formal o, si se prefiere, que permita que la celeridad o inmediatez con que quiere la ley que se tramiten aquéllos no impida materialmente su empleo ni perjudique la eficacia o posibilidad de éxito de éste. No me parece que la mencionada regla sea de derecho necesario

²²Véase art. 63.3, párrafo tercero, del ET.

²³Corresponde igual eficacia, tramitación y posibilidad de impugnación al laudo derivado de un arbitraje sustitutivo del período de consultas.

²⁴Cfr. art. 27.4 del RPDC.

absoluto y afecte a la validez del acuerdo de mediación o del laudo arbitral que llegue tras el agotamiento del plazo de que se trata.

Finalizado el período de consultas, la empresa comunicará a la autoridad laboral su resultado. Si se hubiera alcanzado acuerdo o laudo arbitral, la comunicación estará acompañada de su copia íntegra (art. 51.2, párrafo último, del ET; art. 12.1 del RPDC). La autoridad laboral podrá impugnar dicho acuerdo ante la jurisdicción laboral, de oficio o a instancia de parte, al amparo del art. 148.b) de la LJS, cuando aprecie en su conclusión fraude, dolo, coacción o abuso de derecho o cuando estime, a la vista del informe emitido por la entidad gestora de las prestaciones por desempleo, que el objeto de la decisión extintiva pudiera ser «la obtención indebida» de esas prestaciones por parte de los trabajadores afectados (art. 51.6, párrafo segundo, del ET).

Tanto si media acuerdo o laudo como si no, también han de comunicarse a la autoridad laboral, así como a los representantes legales de los trabajadores, la decisión final de despido colectivo adoptada y las condiciones de éste (art. 51.2, párrafo último, del ET; art. 12.1 del RPDC). La correspondiente comunicación ha de tener lugar dentro del plazo máximo de los quince días siguientes «a contar desde la fecha de la última reunión celebrada en el período de consultas» (art. 12.1 del RPDC), transcurrido el cual «se producirá la caducidad del procedimiento» y la imposibilidad de que se puedan hacer efectivos los despidos (art. 12.3 del RPDC).

De las aludidas condiciones del despido forman parte, sin duda, las «medidas de acompañamiento social» que podrá en marcha la empresa, entre las que no puede faltar, si aquél afecta a más de cincuenta trabajadores y la empresa no hubiese sido declarada en concurso, el «plan de recolocación externa a través de empresas de recolocación autorizadas» y diseñado «para un período mínimo de seis meses» (art. 51.10 del ET; art. 9 del RPDC)²⁵. También, en los despidos colectivos parciales, claro está, la relación de los trabajadores afectados y las prioridades de permanencia tenidas en cuenta para su confección. En este sentido, la empresa debe respetar, además de la prioridad legal establecida en favor de los trabajadores que tengan la condición de representantes legales o asimilados, cualquier otra prioridad de igual origen así como las prioridades que pueda conceder el convenio colectivo aplicable o hayan sido pactadas en el propio período de consultas (art. 51.5 del ET; art. 13 del RPDC).

Es razonable entender que la prioridad legal de los trabajadores aforados no es absoluta, de modo que las circunstancias del caso pueden llevar a que sólo resulte de aplicación en relación con los trabajadores no

²⁵Sobre tales empresas, que tienen legalmente la consideración de «agencias de colocación especializadas» en la «recolocación de los trabajadores que resultaran excedentes en procesos de reestructuración empresarial» (arts. 20.2 y 21bis Ley 56/2003, de 16 diciembre, de empleo), véase S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO: *Las intermediación en el mercado de trabajo: análisis y propuestas*, La Ley-Wolters-Kluwer, Madrid, 2012, capítulo II.V.

aforados de igual encuadramiento profesional (los pertenecientes al mismo grupo profesional). Entre las prioridades susceptibles de ser establecidas por convenio colectivo o en el período de consultas, válidas en la medida en que no comporten discriminación, figuran las de los trabajadores con cargas familiares (por ejemplo, la prioridad de aquellos cuya familia tenga la consideración legal de «numerosa», a la cual se refiere el art. 10 de la Ley 40/2003, de 18 noviembre, de protección de familias numerosas), mayores de una determinada edad o con discapacidad (art. 51.5 del ET; art. 13.2 del RPDC). Obedeciendo a motivación objetiva y razonable, no es discriminatoria la utilización del criterio de la edad (selección de los trabajadores próximos a la situación de jubilación) a la hora de determinar qué trabajadores resultarán afectados por la extinción de los contratos²⁶.

Cuando el despido sea decidido, en calidad de empleador, por un ente, organismo o entidad de los mencionados en el art. 3.2 de la LCSP, tendrá prioridad de permanencia, si así lo establece el ente, organismo o entidad de que se trate, "el personal laboral fijo que hubiera adquirido esta condición, de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, a través de un procedimiento selectivo de ingreso convocado al efecto" (disposición adicional vigésima ET, añadida por LRML; art. 41.1 del RPDC).

La jurisdicción competente para conocer de los litigios donde se discuta la procedencia de la selección patronal de algún trabajador es la social y el proceso a seguir el de impugnación individual del despido que regula el art. 124.13 de la LJS.

La expresada comunicación a la autoridad laboral y a los representantes de los trabajadores no extingue los contratos. Como se desprende del art. 51.4 del ET y confirma el art. 14.2 del RPDC, es el último de los pasos previos al acto formal extintivo consistente en la notificación individualizada del despido colectivo en los términos previstos para el despido objetivo en el art. 53.1 del propio ET; esto es, en una comunicación escrita dirigida a cada uno de los trabajadores afectados con expresión de la causa o, mejor, de los hechos en que se base el despido y simultánea puesta a su disposición de una indemnización de importe equivalente a veinte días de salario por cada año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades²⁷. La fecha de efectos del despido

²⁶Sentencia del TS de 17 octubre 2007 (ILJ 1773), contencioso-administrativo.

²⁷Sobre la posibilidad del empresario de dejar de efectuar la puesta a disposición de la indemnización cuando lo impida la causa económica en que se base el despido, véase art. 53.1.b) del ET. Sobre la necesaria entrega de una copia de la mencionada comunicación escrita a los representantes legales de los trabajadores y véanse sentencias del TS de 18 de abril de 2007 (ILJ 726) y 7 de marzo y 8 de noviembre de 2011 (ILJ 880/2011 y 36/2012, respectivamente).

En otro orden de cosas, rechaza que tengan derecho a la indemnización los trabajadores que en el momento de la extinción se encuentren en situación de excedencia voluntaria «común» (la del art. 46.2 del ET), con reincorporación condicionada a la existencia de vacante, la sentencia del TS de 25 octubre 2000 (AS 9676), de Sala general. La doctrina la aplica, más recientemente, la sentencia del TS de 24 junio 2008 (ILJ 947).

deberá ser posterior a los treinta días (naturales) siguientes al de la comunicación a la autoridad laboral de la apertura del período de consultas (art. 51.4 del ET y art. 14.2 del RPDC).

En el caso de despido de trabajadores que presten servicios para una empresa de inserción en calidad de personas en situación de exclusión social, también se deben observar las formalidades previstas en el art. 14.4 Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen jurídico de las empresas de inserción. El incumplimiento de éstas no afecta a la validez de la extinción; constituye una infracción administrativa grave [art. 19bis.1.d) de la LIS].

Se recuerda que el procedimiento descrito difiere del que se ha de seguir en el caso de empresas declaradas en concurso, contemplado en el art. 64 LC, donde es el propio juez de lo mercantil quien acuerda, en su caso, la extinción²⁸. Del aplicable para el despido colectivo del personal laboral al servicio de los entes, organismos u entidades a que se refiere el art. 3.2 de la LCSP se ocupan los arts. 35 y ss. del RPDC.

4. CALIFICACIÓN Y EFECTOS

La decisión extintiva de la empresa y los despidos en que se materialice están sometidos al control de los tribunales laborales, debiéndose distinguir entre el producido a través del que cabe denominar proceso de control *general o abstracto*²⁹ y el llevado a cabo por la vía del proceso *individual*, donde se discutirá sobre la aplicación de aquella decisión a un concreto trabajador afectado. La existencia de ambas vías procesales, a las que se suma, cuando medie acuerdo en el período de consultas, la posibilidad de que la autoridad laboral lo impugne por la vía del proceso de oficio, de conformidad con el art. 148.b) de la LJS, requiere el establecimiento de reglas precisas de articulación. En este sentido:

- 1) La presentación de la demanda por la vía del proceso de control que hemos calificado de abstracto *suspende* el plazo de caducidad de que disponen los trabajadores afectados para el ejercicio de la acción de

Sobre el «salario día» a tomar como módulo de cálculo de la indemnización cuando aparezca probado el salario anual [división del salario anual por 365 o, si el año es bisiesto, 366 días], sentencias del TS de 30 de junio de 2008 (ILJ 928) y 9 de mayo de 2011 (Ar. 4744). Sobre la realización de dicho cálculo computando los días de servicio que sigan al último mes completo como si se hubiese trabajado todo el mes, sentencias del TS de 31 de octubre y 12 de noviembre de 2007 (ILJ 1881 y 2145, respectivamente). De acuerdo con la disposición adicional decimoctava del ET, cuando el trabajador estuviera disfrutando en el momento del despido de una reducción de jornada de las reguladas en los apartados 4bis, 5 y 7 del art. 37 del mismo texto legal o que sea fruto del ejercicio a tiempo parcial de los derechos que reconocen sus arts. 48.4 y 48bis, el salario a tomar como módulo de cálculo de la indemnización «será el que hubiera correspondido» a aquél «sin considerar la reducción de jornada efectuada, siempre y cuando no hubiera transcurrido el plazo máximo legalmente establecido para dicha reducción».

²⁸Véase supra, nota 13.

²⁹A cargo de Sala de lo Social de la Audiencia Nacional o de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, según que el proceso extienda sus efectos a un ámbito territorial superior o no al de una Comunidad Autónoma [párrafo segundo de los arts. 8.1 y 7.a) de la LJS].

impugnación del despido por la vía del proceso individual (art. 124.6, párrafo segundo, de la LJS); asimismo, *suspende* la tramitación de los procesos individuales que ya se hubieran iniciado [art. 51.6, párrafo primero, del ET y art. 124.13.b) de la LJS].

- 2) El proceso de oficio iniciado por la autoridad laboral con *posterioridad* a la presentación de la demanda por la vía del proceso de control abstracto se *suspenderá* hasta la resolución de éste, en el que la autoridad laboral pasa a contar con legitimación para ser parte y la sentencia firme que se dicte tendrá eficacia de cosa juzgada sobre aquél (art. 124.7 de la LJS).
- 3) La sentencia firme dictada en el proceso de control abstracto también despliega efectos de cosa juzgada sobre el proceso individual que estuviese en suspenso o que pueda instar con posterioridad cualquiera de los trabajadores afectados [art. 124.3 y 13.b) de la LJS]. Tales efectos de cosa juzgada se producirán en los términos establecidos por el art. 160.5 de la LJS para el proceso de conflictos colectivos.

Una vez instadas las indicadas vías de control, los efectos de la decisión extintiva y de los despidos producidos pasan a depender de la calificación judicial que merezcan aquélla y éstos. De tal calificación y efectos tratan los dos apartados siguientes. No precisan su reconocimiento judicial los siguientes efectos:

- 1) El pago de la indemnización por importe equivalente a veinte días de salario por cada año de servicio, con un máximo de doce mensualidades³⁰. Dicho importe es mejorable por pacto individual o colectivo. No afecta a la posibilidad de mejora de la indemnización el hecho de que la empresa se encuentre en concurso. Ninguna disposición legal prohíbe que la administración concursal y los representantes de los trabajadores incorporen dicha mejora al acuerdo que puedan conseguir en el período de consultas³¹.

³⁰Véase nota 26.

³¹Resulta clara al respecto la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 12 septiembre 2006 (ILJ 2010, ref. 1653):

«No se contiene en la ley concursal, ni en la normativa estatutaria y de proceso laboral a la que aquélla se remite (...), un linde imposible de ser superado para el monto de la indemnización en estas extinciones (...).

Es cierto que el reconocimiento de estos créditos indemnizatorios superiores no se percibe como algo beneficioso para los restantes acreedores del común deudor, pero entendemos (...) que no existe impedimento legal para ello y que la clara opción legislativa por la solución convenida al promover e incitar la negociación entre la administración concursal y la representación legal [de los trabajadores] (...) apoya el establecimiento de indemnizaciones por encima del mínimo legal (...).

Aceptamos como criterio regulador que la capacidad negociadora de la administración concursal y la representación social esté limitada por el interés común de los deudores (*sic*), pero entendemos que no cabe identificar éste con la constitución de indemnizaciones para los trabajadores que vean extinguidos sus contratos laborales nunca superiores a la contemplada en el artículo 51.8 del ET, ni siquiera en un caso como el que se nos ofrece, en el que se extinguen las relaciones laborales de la totalidad de la plantilla con cese de actividad.

El soporte jurídico de esta conclusión se asienta de modo fundamental en el artículo 64 de la ley concursal, que no limita los posibles ámbitos de la negociación. El precepto no ciñe la

Cuando en el momento de la extinción la empresa cuente con menos de veinticinco trabajadores, el Fondo de Garantía Salarial abonará a los afectados que figuren contratados por tiempo indefinido una parte de la indemnización «en cantidad equivalente a ocho días de salario por cada año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores al año»³². Salvo que medie mejora, la cantidad final a cargo de la empresa queda, pues, en la equivalente a doce días de salario por cada año de servicio.

En trabajador afectado por el impago de la indemnización o disconforme con su importe podrá demandar ante la jurisdicción social el pago o el abono de las diferencias que aprecie (art. 15.2 del RPDC).

- 2) El cumplimiento de las medidas sociales de acompañamiento, entre ellas el «plan de recolocación externa a través de empresas de recolocación autorizadas» que resulte obligado de acuerdo con el art. 51.10 ET³³. El incumplimiento de las aludidas medidas constituye infracción administrativa muy grave (art. 8.14 de la LIS). Sin perjuicio de ello y de la facultad de la autoridad laboral de verificar y, en su caso, requerir a la empresa el cumplimiento del plan de recolocación externa (art. 51.10, párrafo segundo, ET), compete a la jurisdicción social el conocimiento de las pretensiones de los trabajadores reclamando la efectividad de tales medidas (art. 15.3 del RPDC).
- 3) Salvo que los despidos se produzcan en empresas en situación de concurso, la obligación patronal de abonar, en los términos previstos en el vigente texto refundido de la Ley general de la seguridad social, aprobado por real decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio³⁴, las cuotas correspondientes al convenio especial de seguridad social a suscribir a favor de los despedidos que cuenten con 55 o más años de edad y no tuviesen la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967 (art. 51.9 del ET).
- 4) En empresas con beneficios que incluyan entre los despedidos a trabajadores de 50 o más años de edad, la aportación económica al Tesoro Público en los términos legalmente establecidos (art. 51.11 del ET)³⁵. Tales términos varían según que el procedimiento de despido colectivo se haya iniciado con anterioridad o a partir de la entrada en

negociación a la extinción o no de las relaciones laborales y al número de trabajadores afectados; no establece fronteras para ésta contemplando la posibilidad de negociación en su sentido más amplio y sin otro condicionante que la ausencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho para su aprobación judicial».

³²Confirma que el número de trabajadores a computar a la hora de determinar la responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial es el existente en el momento indicado (extinción del contrato), la sentencia del TS de 2 abril 2012 (Ar. 4780).

³³Precisa el precepto que el plan «deberá incluir medidas de formación y orientación profesional, atención personalizada al trabajador afectado y búsqueda activa de empleo» y que su coste de elaboración e implantación «no recaerá en ningún caso sobre los trabajadores».

³⁴En su disposición adicional trigésima primera.

³⁵Sobre la materia véase J. CABEZA PEREIRO: «La aportación económica al Tesoro Público en el caso de despidos colectivos de empresas con beneficios», *Justicia Laboral*, 50, 2012, pp. 15 y ss.

vigor de la LRML (8 de julio de 2012). En el primer caso habrá que estar a lo que establecen los apartados 2 y 3 de la disposición transitoria decimocuarta de dicha ley³⁶; en el segundo, a lo previsto por la disposición adicional decimosexta de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de seguridad social, en la redacción dada por la disposición final cuarta. Uno de la LRML, resultando entonces obligada a efectuar la aportación económica la empresa de más de cien trabajadores o que forme parte de un grupo de empresas que emplee a más de cien trabajadores y que haya obtenido beneficios (ella o el grupo) en los dos ejercicios económicos anteriores³⁷.

4.1. En el proceso de control “abstracto”

Dicho proceso, cuya tramitación tiene carácter de urgente³⁸ y preferente en relación con cualesquiera otros asuntos, salvo los de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas (art. 124.8 de la LJS), puede ser instado:

- 1) Por los *representantes legales de los trabajadores* mediante el ejercicio de la correspondiente acción en el plazo de caducidad de los veinte días hábiles siguientes al del acuerdo (o laudo) alcanzado en el período de consultas o, a falta de tal acuerdo (o laudo), al de la notificación que hubiesen recibido sobre la decisión final de despido colectivo (art. 124.3 y 6 de la LJS)³⁹. Si se hubiera llegado a acuerdo en el período de consultas, los representantes legales de los trabajadores disconformes deberán dirigir su demanda, además de contra la empresa, contra los firmantes de dicho acuerdo (art. 124.4 de la LJS). La legitimación de las secciones sindicales para accionar precisa que éstas cuenten con «implantación suficiente en el ámbito del despido colectivo» (art. 124.1 de la LJS).

La demanda deberá aparecer fundada (art. 124.2 de la LJS) en la inexistencia o insuficiencia de la causa comunicada por la empresa, en la falta del período de consultas o de la entrega (suficiente) de la documentación prevista en el art. 51.2 del ET o en que la decisión

³⁶Concuerdan con los citados apartados los también apartados 2 y 3 de la disposición transitoria primera del 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.

³⁷Sobre el desarrollo reglamentario de la disposición adicional decimosexta de la Ley 27/2011, véase Real Decreto 1484/2012, de 29 de octubre, citado en la nota precedente.

³⁸Entre las manifestaciones de ese carácter urgente figura la inclusión del proceso en la lista de aquellos cuyo inicio está exceptuado del requisito del intento de conciliación preprocesal o de reclamación administrativa previa (cuando el empresario sea una Administración pública o entidad de derecho público dependiente de ella). Aunque los arts. 64.1 y 70.1 de la LJS se refieren a la exclusión a los procesos “relativos a la impugnación del despido colectivo por los representantes de los trabajadores”, su relación con el art. 124.5 de igual texto legal conduce a entender que la exclusión también es de aplicación al proceso instado por la empresa.

³⁹Cfr. art. 43.4 de la LJS.

extintiva se ha adoptado con fraude, dolo, coacción o abuso de derecho o vulnera derechos fundamentales y libertades públicas. En ningún caso sirve de motivo para la interposición de aquella la inaplicación de las prioridades de permanencia (las legales, las establecidas en el convenio colectivo o las pactadas en el período de consultas), las cuales sólo se podrán discutir en el proceso de control individual y dirigiendo la demanda contra la empresa y el trabajador o los trabajadores a los que la primera haya aplicado el beneficio de la prioridad de permanencia [art. 124.13.a) de la LJS].

- 2) Por el propio *empresario* (art. 124.3 de la LJS). Ello requiere que los representantes legales de los trabajadores no hayan atacado judicialmente la decisión extintiva y también, de existir acuerdo en el período de consultas, que la autoridad laboral no haya presentado demanda de oficio impugnándolo. La correspondiente acción habrá de ser ejercitada en el plazo de caducidad de los veinte días hábiles siguientes al de la finalización del ya indicado plazo de que disponen los representantes legales de los trabajadores para el ejercicio de su acción de impugnación. La pretensión ejercitada tendrá como objeto que se declare *ajustada a derecho* la decisión extintiva.

El control abstracto aquí examinado concluirá con un fallo declarando la decisión extintiva *ajustada a derecho, no ajustada a derecho o nula* (art. 124.11 de la LJS). Lo primero cuando quede acreditado que la empresa ha observado el procedimiento de despido colectivo previsto en el art. 51.2 del ET, del que es pieza esencial el desarrollo de un verdadero período de consultas⁴⁰, y la concurrencia de la causa legal invocada en la comunicación extintiva; lo segundo cuando no esté acreditada la concurrencia de dicha causa legal. Por último, el juzgador declarará nula la decisión extintiva cuando aparezca tomada por el empresario: a) sin haber realizado debidamente el período de consultas o entregado la documentación prevista en el citado art. 51.2 del ET (la falta de entrega de la documentación contemplada es tanto la total como la parcial) o, en el caso de empresas declaradas en concurso, sin haber sido acordada por el juez del concurso⁴¹; y b) en vulneración de derechos fundamentales o libertades públicas. A tal declaración de nulidad acompañará la del derecho de los trabajadores afectados a la *reincorporación* a sus respectivos puestos de trabajo en la forma dispuesta en los apartados 2 y 3 del art. 123 de la LJS (derecho a los *salarios de tramitación* en iguales términos que los establecidos para el despido disciplinario; devolución de la indemnización correspondiente al despido colectivo por parte de los trabajadores que ya la hubiesen cobrado, una vez que sea firme la sentencia).

4.2. En el proceso de control individual

⁴⁰Sentencia del TS de 20 de marzo de 2013, citada.

⁴¹Véase párrafo último del art. 64.7 de la LC.

La tramitación de la vía procesal ahora contemplada se remite por el art. 124.13 de la LJS a lo previsto en los arts. 120 a 123 de igual texto legal para la impugnación de la extinción del contrato por causas objetivas. La remisión alcanza, además de al plazo de que dispone el trabajador para el ejercicio de la acción (veinte días hábiles siguientes al de la efectividad del despido), a la calificación del despido impugnado y a los efectos correspondientes a la que se asigne⁴², todo ello con las oportunas adaptaciones, algunas de las cuales son consecuencia de reglas especiales contenidas en el citado art. 124, ya expuestas en el apartado precedente. En concreto, el plazo para el ejercicio de la acción se suspenderá cuando medie demanda instando el proceso de control abstracto de la decisión empresarial (art. 124.6, párrafo segundo, de la LJS) y la sentencia firme dictada en dicho proceso producirá efectos de cosa juzgada sobre el que proceso individual [art. 124.3 y 13.b)].

En virtud de las adaptaciones a las que he hecho referencia:

- 1) Cuando la empresa haya observado el procedimiento formal previsto en el art. 51.2 del ET, el despido será declarado *procedente* o *improcedente* según que haya quedado acreditada o no la concurrencia de la causa legal invocada en la comunicación escrita de aquél. Ello se corresponde, cuando medie proceso de control abstracto, con el fallo que en él declare "ajustada a derecho" o "no ajustada a derecho", respectivamente, la decisión extintiva tomada por la empresa. La declaración de procedencia comporta el derecho del trabajador a consolidar el disfrute de la cantidad que hubiese recibido como indemnización y, en su caso, a obtener el pago de la diferencia producida por el error excusable que pudiera existir entre tal cantidad y la superior que le corresponda⁴³. Por lo que respecta a la declaración de improcedencia, coinciden con lo previsto para el despido disciplinario improcedente los efectos relativos al abono de los salarios de tramitación y a la opción entre la readmisión o el pago de una indemnización; coincide con lo previsto para el despido objetivo de igual calificación el importe de dicha indemnización⁴⁴.
- 2) El despido se calificará de *nulo* [art. 124.13.c) de la LJS], además de por los motivos previstos para el despido objetivo en los apartados a), c), d) y e) del art. 122.2 de la LJS⁴⁵, coincidentes con los que conducen a la nulidad del despido disciplinario, cuando no se haya realizado el período de consultas o entregado la documentación prevista en el art. 51.2 del ET o, en el caso de empresas declaradas en

⁴²Véase art. 53.4 y 5 del ET; también arts. 122 y 123 de la LJS.

⁴³Véanse art. 53.4 del ET y art. 122.3 de la LJS, en ambos el párrafo último.

⁴⁴En su virtud: 1) cuando se opte por la readmisión, una vez firme la sentencia el trabajador deberá devolver, si ya lo hubiese recibido, el importe de la indemnización [art. 123.3 de la LJS y art. 53.5.b) del ET]; y 2) si se opta por la extinción definitiva del vínculo, el trabajador sólo tiene derecho a la diferencia entre lo que hubiese percibido por el concepto al que se acaba de hacer referencia y la cantidad equivalente a la indemnización por despido disciplinario improcedente [resultante de la aplicación del art. 56.1 del ET y, en su caso, de la disposición transitoria quinta de la LMRL].

⁴⁵Concuerda con tales apartados lo dispuesto en el art. 53.4 del ET.

concurso, no figure acordado por el juez del concurso. También cuando no respete la prioridad de permanencia que pudiera corresponder al trabajador afectado en virtud de la ley, el convenio colectivo aplicable o lo acordado en el período de consultas. Desde luego, no respeta la prioridad establecida en el período de consultas el despido de quien no ha sido incluido en la relación de trabajadores afectados pactada en aquél.

Consecuencia de la nulidad es la condena a la *readmisión* y al pago de los *salarios de tramitación*, todo ello en iguales términos que los establecidos para el despido disciplinario, debiendo devolver el trabajador la indemnización que pudiera haber recibido de la empresa⁴⁶.

⁴⁶Véase art. 123.3 de la LJS.