

LAS PARADOJAS DEL DESPIDO COLECTIVO TRAS LA SUPRESIÓN DE LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA

Ana de la Puebla Pinilla

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Madrid

Sumario: 1. La función de la autorización administrativa en los orígenes del despido por «crisis del trabajo». 2. Justificación, funciones y disfunciones de la pervivencia de la autorización administrativa. 3. Reforma del despido colectivo: la desaparición de la autorización administrativa; A) Mantenimiento de la autorización administrativa en los despidos por fuerza mayor; B) El papel residual de la autoridad laboral en el procedimiento de despido colectivo. 4. El procedimiento de despido colectivo tras la reforma. A) Inicio del procedimiento de despido colectivo: exigencias documentales como garantía del adecuado desarrollo del periodo de consultas; B) Problemas en torno a la adecuada constitución del órgano de negociación y la adopción de acuerdos; C) Un problema clásico: a vueltas con el contenido del deber de negociar de buena fe. 5. El deseo y la realidad: simplificación y abaratamiento del despido colectivo frente a incertidumbres e incremento del coste. A) Las debilidades del nuevo procedimiento de despido colectivo: incertidumbres sobre el adecuado desarrollo del periodo de consultas e insuficiencias en la regulación de la causa; B) De nuevo, la prolongación en el tiempo de los procesos de despido colectivo y, además, judicialización de las decisiones extintivas; C) Sobre la pretendida reducción de costes del despido colectivo; D) A modo de conclusión. Nota bibliográfica.

1. LA FUNCIÓN DE LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA EN LOS ORÍGENES DEL DESPIDO POR «CRISIS DEL TRABAJO»

La exigencia de autorización administrativa ha acompañado durante mucho tiempo los procesos de reestructuración empresarial en nuestro país. No solo a las decisiones extintivas o suspensivas. También las decisiones de modificación sustancial de las condiciones de trabajo o de movilidad geográfica estaban sometidas a la previa autorización de la Administración, aunque esta exigencia desaparece,

para las decisiones modificativas y de movilidad, con la reforma llevada a cabo por la Ley 11/1994, de 19 de mayo.

La sujeción de los despidos por causas vinculadas con la «crisis del trabajo» a una previa intervención y autorización administrativa tiene sus orígenes en la Ley de 25 de junio de 1935 y en el Decreto 29 de noviembre de 1935. El art. 12 de la Ley autorizaba al Ministerio de Trabajo para que en los casos de despido parcial de obreros por falta de trabajo pudiera establecer, oído el jurado mixto correspondiente, en lugar de los despidos, la aplicación de turnos de trabajo o la reducción de los días semanales de labor. Esta previsión

llevó al establecimiento de un auténtico procedimiento administrativo para el control previo de las decisiones de despido, que era compatible con el mantenimiento del control posterior de la decisión empresarial por los jurados mixtos en su función jurisdiccional. De esta forma se iniciaba el control administrativo de los despidos económicos. Se trataba inicialmente de un control limitado porque la norma lo autorizaba de forma coyuntural en el contexto de unas «medidas transitorias para remediar el paro obrero», por la propia restricción de su objeto (control de las alternativas, pero no de la existencia de la causa) y por su ámbito, limitado solo a los despidos colectivos (DESDENTADO, 1998).

Durante la dictadura franquista, el control administrativo se estabiliza y generaliza, reflejando el carácter central de la intervención estatal y el predominio de la protección externa de la conservación del contrato. La Ley de Contrato de Trabajo de 26 de enero de 1944 establecía que la extinción del contrato de trabajo por cesación de la industria, comercio o profesión tenía que vincularse a la existencia de crisis laboral o económica, que debía ser autorizada por la autoridad administrativa. Se produjo así una generalización de la intervención administrativa. La autorización era necesaria tanto para los despidos colectivos como para los individuales, afectaba a los ceses parciales y totales, y no quedaba limitada a las crisis laborales o económicas, sino que se exigía también para las extinciones derivadas de fuerza mayor propia (art. 76.6.^a LCT/1944) y de la extinción de la personalidad contratante (art. 76.4.^a LCT/1944). La autorización administrativa se convirtió pues en un elemento esencial y estable en el marco de un sistema abiertamente intervencionista y que contemplaba los despidos económicos como un problema de orden público.

Este sistema se ha mantenido, en su esencia, resistente a los cambios políticos y económicos transcurridos desde entonces (DESDENTADO, 1998). Las reformas introducidas en el sistema de relaciones laborales, y en particular en la regulación del despido no han afectado

sustancialmente a la exigencia de autorización administrativa, por más que los sucesivos cambios normativos hayan ido perfilando y limitando la intervención administrativa y reservando la exigencia de autorización para las decisiones de restructuración empresarial. El RDL 17/1977 introdujo el despido por necesidad de amortizar individualmente un puesto de trabajo, dotando a esta causa de identidad propia al margen de los despidos económicos y eliminando la exigencia de autorización administrativa. La Ley 8/1980 rectificó el paso porque, aunque mantuvo la decisión extintiva empresarial por amortización del puesto de trabajo fuera del alcance de la autorización administrativa, lo reservó solo para empresas de menos de cincuenta trabajadores. La posterior Ley 11/1994 incorporó la distinción entre despidos económicos plurales y colectivos que ha perdurado hasta la actualidad, eliminando la autorización administrativa para los despidos que no superen determinados umbrales numéricos en función de la plantilla de la empresa.

Este esquema que pivota en torno a la autorización administrativa no resultó alterado tampoco como consecuencia de la necesaria trasposición de la Directiva comunitaria en la materia (Directiva 75/126/CEE, de 17 de febrero, modificada por la Directiva 92/56/CEE, de 24 de junio, codificadas posteriormente en la Directiva 98/59/CEE, de 20 de julio). Y ello a pesar de que la norma comunitaria no exige autorización para los despidos por causas económicas y atribuye a la autoridad laboral únicamente la función de colaborar en el proceso y participar activamente en la búsqueda de soluciones a los problemas planteados por los despidos.

La normativa comunitaria otorga un papel fundamental a la intervención de los representantes de los trabajadores y les reconoce derechos de información y consulta en los procesos de despido colectivo que se formalizan a través de un periodo de información y consultas que ha de desarrollarse en tiempo hábil con la finalidad de llegar a un acuerdo. Estas exigencias se cumplían adecuadamente por la regulación del despido colectivo recogida en nuestra nor-

mativa en el que la solicitud a la autoridad laboral debía ir acompañada necesariamente de un periodo de consultas con los representantes de los trabajadores dirigido también a la obtención de un acuerdo (BLASCO, 2009).

2. JUSTIFICACIÓN, FUNCIONES Y DISFUNCIONES DE LA PERVIVENCIA DE LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA

El mantenimiento de la autorización administrativa, que ha pervivido hasta la aprobación del RDL 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, se ha justificado alegando que, desde la perspectiva del trabajador individual, refuerza la garantía del principio de estabilidad en el empleo (VALDÉS, 1994), a la vez que, por otra parte, implica que el legislador concede a este tipo de extinciones una proyección pública puesto que afectan a intereses muy dispares y, por ello, la intervención de la administración en su papel de autorizante de aquéllas permite servir como instrumento de tutela y garantía de los derechos de los trabajadores, de la competitividad empresarial y de los intereses generales (CASAS, 1996).

Sin embargo, lo cierto es que la autorización administrativa resulta extraña como fórmula de resolución de un conflicto que afecta esencialmente a empresario y trabajador. Bajo la forma de autorización administrativa se oculta algo que no corresponde a este concepto. En la técnica autorizatoria pura solo hay una relación bilateral entre la Administración y quien solicita la autorización. Solo en los casos en que la autorización puede afectar a un tercero «al hilo del ejercicio de una actividad de limitación justificada por la salvaguarda de un interés público, se produce como efecto la resolución de una controversia entre particulares» (DESDENTADO DAROCA, 1996). Pero en estos casos la justificación de la intervención de la administración debe residir en

la existencia de un interés público independiente de las partes, que deba ser tutelado por la Administración. En el caso de los despidos colectivos no hay un interés público de esas características que exija la intervención administrativa. La tutela del interés del trabajador en la conservación de su puesto de trabajo corresponde al orden social de la jurisdicción y la del interés general en la conservación del empleo y su no destrucción injustificada al propio legislador.

Desde un punto de vista práctico, la regulación del despido económico ofrecía graves disfunciones que lo hacían ineficiente e inoperativo para gestionar las crisis en la empresa. Esta ineficacia era el resultado de la suma de varios factores. Por una parte, las dificultades para establecer la separación clara entre despidos objetivos por causas empresariales y los despidos colectivos —con los riesgos que derivan de los errores en el procedimiento extintivo seguido—; por otra, por la incertidumbre que deriva del alto grado de indeterminación de los conceptos legales que definen las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Junto a ello, la propia exigencia de autorización administrativa, específica para los despidos colectivos y seña de identidad de los mismos desde su inicial configuración, determinaba a su vez distorsiones y desajustes en términos de tiempo y de costes económicos.

La autorización administrativa de los despidos colectivos tiene un coste en términos de tiempo que resulta incompatible con la celeridad con que deben resolverse los despidos colectivos. La decisión sobre la autorización iba precedida de un procedimiento que comprendía un periodo de consultas —de quince a treinta días—, con trámites de subsanación, informe y resolución y con la posibilidad de suspender las actuaciones para tramitar un proceso laboral de impugnación dentro del expediente. El procedimiento se doblaba con un recurso de alzada que podía durar cuatro meses.

Pero el coste temporal se multiplicaba cuando, terminada la vía administrativa, la decisión administrativa se impugnaba ante el or-

den contencioso-administrativo (DESDENTADO/REDONDO, 2010). Hay ejemplos numerosos que acreditan el despropósito que genera esta regulación al resolver sobre decisiones administrativas que habían autorizado el despido siete, ocho e incluso nueve diez años antes del pronunciamiento judicial. Pero, además, la sentencia del contencioso-administrativo no significaba el punto final del conflicto. La revocación de la autorización administrativa generaba habitualmente nuevos procesos ante el orden social, con sus tres niveles de decisión —instancia, suplicación y casación— para dirimir el derecho de los trabajadores a la readmisión, su derecho a la obtención de los salarios de trámite o el destino de las indemnizaciones percibidas en su momento por la extinción del contrato de trabajo (DE LA PUEBLA, 2008).

El sistema previsto legalmente generaba además problemas de coste, ya no solo en términos de tiempo, sino también en términos económicos. La genérica definición de las causas económicas reducía las posibilidades de predicción del empresario sobre el sentido de la resolución administrativa y ello incentivaba la búsqueda de un acuerdo con los representantes de los trabajadores lo que, a la postre, suponía un incremento de las indemnizaciones y del coste total de la reestructuración empresarial (GARCÍA MURCIA, 1996).

Los efectos de esta situación trascienden además a la configuración de la extinción del contrato pues las rigideces del sistema de extinción se han revelado como una de las principales causas de la excesiva dualización del mercado de trabajo y han favorecido que los ajustes en tiempo de crisis se realicen a través de la destrucción del empleo precario (GOERLICH, 2012). La inseguridad sobre el funcionamiento de las causas del despido y la certeza sobre su enorme coste en términos de tiempo y dinero explican el comportamiento habitual de los empresarios que evitaban el sistema institucional de regulación del empleo y optaban por articular el ajuste de plantillas a través de fórmulas no diseñadas para esta finalidad. Los datos acreditan que durante los últimos años,

en plena crisis económica y con un proceso acelerado de destrucción de empleo, el ajuste se ha producido al margen de las vías legales previstas para los despidos económicos, básicamente a través de la no renovación de los contratos temporales y del despido *expres* (DESDENTADO, 2011). No es extraño por ello que se hubieran suscitado críticas al modelo y propuestas de renovación, algunas intermedias, como la eliminación del recurso de alzada (SALA FRANCO/BLASCO, 2009), otras más contundentes, como la eliminación de la autorización administrativa (DESDENTADO, 2010).

3. REFORMA DEL DESPIDO COLECTIVO: LA DESAPARICIÓN DE LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA

Muchas de estas críticas están, sin duda, en el origen de la reforma tal y como el preámbulo del RDL 3/2012 y de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, se cuidan de señalar apelando especialmente a la necesidad de superar los problemas detectados: «La caracterización del despido colectivo, con un expediente administrativo y posibles impugnaciones administrativas y judiciales, se ha revelado contraria a la celeridad que es especialmente necesaria cuando se trata de acometer reestructuraciones empresariales. 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. Sin embargo, ello se ha hecho muchas veces a costa de satisfacer indemnizaciones a los trabajadores despedidos por encima de la legalmente prevista para este despido. 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».

Partiendo de ese diagnóstico, la reforma, —articulada a través de una nueva redacción del art. 51 ET y completada con la publicación del 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—, incorpora diversas modificaciones en el despido colectivo. Las dos más relevantes remiten, sin duda, a la nueva delimitación de las causas que lo justifican, y la que ahora más importa, la eliminación de la autorización administrativa que solo subsiste en los casos de despidos, suspensión de contratos o reducción de jornada por fuerza mayor.

A) MANTENIMIENTO DE LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA EN LOS DESPIDOS POR FUERZA MAYOR

En el caso de despidos, suspensiones de contrato o reducciones de jornada por fuerza mayor se mantiene la autorización administrativa. No está clara la razón de esta subsistencia aunque se ha señalado que podría vincularse con el interés por controlar los costes que estas situaciones pueden generar para la Administración cuando el Fondo de Garantía Salarial asume el pago inicial de las indemnizaciones (DESDENTADO, 2012).

La regulación del procedimiento conserva elementos de la regulación precedente, como la previsión de un único procedimiento con independencia del número de trabajadores afectados o la inexistencia de periodo de consultas con los representantes de los trabajadores, pero también incorpora modificaciones en el régimen previo.

Hay una novedad importante en relación con el contenido de la resolución administrativa que resuelve la solicitud de la empresa. El art. 51.7 ET señala que la resolución de la autoridad laboral deberá limitarse, en su caso, a

constatar la existencia de fuerza mayor alegada por la empresa. La decisión de extinción, o, en su caso, de suspensión de contratos o de reducción de jornada corresponderá al empresario. El art. 51.7 ET incorpora esta novedad frente a la regulación anterior en la que no se limitaba el alcance de la resolución administrativa. Esta aparentemente mínima modificación podría tener, sin embargo, un significado de más largo alcance. En sintonía con la nueva regulación del despido colectivo, que limita la intervención judicial a la valoración sobre la efectiva concurrencia de las causas alegadas y deja en manos del empresario la decisión sobre las medidas a adoptar, en el caso de fuerza mayor la autoridad laboral se limitará a comprobar la concurrencia de un hecho o circunstancia que merezca tal calificación y el empresario decidirá las medidas a aplicar. Desde esta perspectiva, la resolución administrativa no debería entrar a valorar el alcance de la fuerza mayor y sus efectos sobre las relaciones laborales y mucho menos la adecuación de las posibles medidas que el empresario pretende adoptar, cuyo contenido, además, no parece que deba incluirse en la solicitud de declaración de fuerza mayor a tenor de los arts. 51.7 ET.

En todo caso, conforme dispone expresamente el art. 49.1.h) ET, la fuerza mayor opera como causa de extinción del contrato cuando imposibilita definitivamente la prestación de trabajo, circunstancia que ha de ser debidamente constatada. Ello ha de ser así puesto que la existencia o no de fuerza mayor como causa justificativa del incumplimiento total o parcial de una relación contractual requiere, necesariamente, una relación de causalidad entre la circunstancia constitutiva de la fuerza mayor y el contrato sobre el que proyecta sus efectos. Se confirma así la interpretación que, ya con anterioridad a la reforma, sostenía que «la utilización de la expresión constatar impide, por tanto, cualquier margen de discrecionalidad para la Administración que debe limitarse a efectuar una aplicación correcta de la noción de fuerza mayor» (BLASCO PELLICER, 2009). Será el juez de lo Social, en caso de impugnación del despido ex art. 124 Ley

36/2012, reguladora de la Jurisdicción Social (LJS), el que deberá valorar si la fuerza mayor opera sobre los particulares contratos de trabajo afectados por las medidas extintivas, suspensivas o de reducción de jornada determinando la imposibilidad, temporal o definitiva, de la continuidad de las relaciones laborales.

B) EL PAPEL RESIDUAL DE LA AUTORIDAD LABORAL EN EL PROCEDIMIENTO DE DESPIDO COLECTIVO

En los despidos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, la supresión de la autorización administrativa supone la desaparición de los expedientes de regulación de empleo entendidos como un procedimiento administrativo especial, regulado legal y reglamentariamente como el cauce formal de una serie de actos cuyo fin era conseguir una resolución administrativa autorizatoria de despidos colectivos y otras medidas de reorganización productiva (BLASCO PELLICER, 2012).

Desaparecida la autorización administrativa, el protagonismo del procedimiento de despido colectivo modifica ahora su centro de gravedad que pasa ahora de la Administración al empresario al convertir su decisión en un acto de gestión solo controlable judicialmente. Tal es la práctica de la mayoría de los países de nuestro entorno en los que la autoridad administrativa se limita, en unos casos, a registrar o tomar nota de esos despidos (Gran Bretaña); en otros puede aplazarlos por breve tiempo, con vistas a la adopción de otras medidas (Alemania), y es frecuente que el control del respeto del procedimiento, asegurando los derechos de consulta, o en el caso de Francia, sin examinar las causas alegadas ni la decisión, ejercer un cierto control de las medidas sociales de acompañamiento sobre las que la Inspección de Trabajo puede constatar insuficiencias. También es usual una labor de mediación administrativa en las negociaciones y conflictos entre las partes a causa de estos despidos, como sucede en Italia (RODRÍGUEZ PIÑERO, 2009).

En el nuevo diseño legal del despido colectivo nos encontramos con un procedimiento que pivota en torno a un obligatorio periodo de consultas a cuya conclusión, sea ésta con acuerdo o no, es la empresa la que toma la decisión que considere oportuna. El anterior procedimiento administrativo, dirigido a la obtención de una autorización administrativa, ha sido sustituido por un procedimiento de negociación de un periodo de consultas entre la empresa y los representantes de los trabajadores en el que la participación de la autoridad laboral se mantiene, pero con un alcance muy diverso. El fin de dicho procedimiento no es ya la obtención de una autorización administrativa sino la de servir de cauce a una decisión unilateral del empresario.

Tal situación reposiciona el papel de la Administración (MERCADER/DE LA PUEBLA, 2013). En el nuevo modelo de despido colectivo, sobre la base de que la misma ya no autoriza la decisión empresarial, su intervención tiene por objeto la plena efectividad del periodo de consultas asegurando que las partes negociadoras tengan toda la información necesaria para desarrollarlo con plenas garantías (art. 51.2 ET). Se trata, como ocurre en muchos países de nuestro entorno de un «control blando» sobre la regularidad de un procedimiento entre privados (ALVAREZ DEL CUBILLO, 2009), que, además, opera en el plano de aproximación de las posiciones puesto que se permite que la misma pueda realizar advertencias y recomendaciones aunque las partes no se encuentran obligadas ni a su aceptación ni tampoco siquiera a su consideración formal. Tal afirmación es acorde con la nueva función de la autoridad laboral, que ya no realiza una función de control administrativo previo de la decisión, sino que se limita a recibir la comunicación, comprobar sus requisitos y velar por la efectividad del periodo de consultas.

Esa función de ordenación del proceso, de asistencia y de control del desarrollo del periodo de consultas que corresponde ahora a la autoridad laboral, asistida por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, se revela con claridad en la ordenación que del periodo de

consultas realiza el art. 51 ET y desarrolla con detalle el Reglamento. Su art. 6.4 dispone que «si la comunicación de iniciación del procedimiento de despido colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción no reuniese los requisitos exigidos, la autoridad laboral lo advertirá así al empresario, especificando los mismos, y remitiendo copia del escrito a los representantes de los trabajadores y a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social» y el art. 10 advierte que «la autoridad laboral velará por la efectividad del periodo de consultas pudiendo remitir, en su caso, advertencias y recomendaciones a las partes», añadiendo que «La autoridad laboral 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».

Es importante tener presente que estas actuaciones de auxilio administrativo no constituyen verdaderos y propios actos administrativos y no son por tanto directamente impugnables. Ciertamente tales actuaciones carecen del carácter regulador típico que caracteriza los actos administrativos por lo que las mismas equivalen a lo que se han calificado como requerimientos oficiales de hacer cuando existe una obligación legal previa. Nos encontramos ante una actuación administrativa a la que falta uno de los elementos esenciales del acto administrativo en sentido estricto, esto es, su idoneidad para crear, modificar, extinguir o tutelar una situación jurídica individualizada. Tales intervenciones vienen caracterizadas por el hecho de que las mismas no contribuyen a crear situaciones subjetivas de derecho o deber, lo que implica una inmediata consecuencia de orden procedimental: su irrecurribilidad. Ello significa que el incumplimiento formal de las advertencias no tendrá consecuencias relevantes, sin perjuicio de su posible eficacia a efectos de probar la «resistencia» de alguna de las partes a cumplir con las exigencias del periodo

de consultas, en un posterior proceso judicial de impugnación del despido colectivo. En lógica coherencia con ello, los arts. 6.4 y 10.1 del Reglamento prevén que las advertencias y recomendaciones dirigidas a las partes «no supondrán, en ningún caso, la paralización ni la suspensión del procedimiento».

Junto a estas funciones de facilitación del desarrollo del periodo de consultas, el art. 51.2 ET dispone que la autoridad laboral podrá realizar durante el periodo de consultas y a petición conjunta de las partes, las actuaciones de mediación que resulten convenientes, añadiendo el art. 10.3 del Reglamento que la realización de estas funciones podrán ser realizadas con la asistencia y el apoyo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Esta posible intervención supone una directa implicación de la autoridad laboral en la búsqueda de soluciones y entronca con las previsiones de la Directiva 1998/58/CE que expresamente atribuye a la autoridad pública competente la función de buscar, durante el periodo de consultas, soluciones a los problemas planteados por los despidos colectivos. Se trata de una posibilidad que, al menos hasta el momento, ha sido escasamente utilizada pero en cuya reactivación se implicando la propia Inspección de Trabajo y de Seguridad Social a través de la expresa y directa oferta de dicha posibilidad a los sujetos implicados en los despidos colectivos.

4. EL PROCEDIMIENTO DE DESPIDO COLECTIVO TRAS LA REFORMA

Desaparecida la autorización administrativa, el protagonismo del despido colectivo recae en el periodo de consultas, cuyo adecuado y completo desarrollo resulta ineludible para legitimar la decisión empresarial de despido colectivo.

A estos efectos, el art. 51.2 ET traspone al ordenamiento jurídico español la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio, relativa a la aproximación de las legislaciones de

los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, cuya finalidad es asegurar la información, la consulta y la participación de los trabajadores, que deberá desarrollarse mediante la utilización de mecanismos adecuados y teniendo en cuenta las prácticas vigentes en los diferentes Estados miembros, tal y como dispone la exposición de motivos de la Directiva comunitaria.

La Directiva establece reglas del procedimiento de despido colectivo, consistentes en una obligación de consulta a los representantes de los trabajadores (art. 2) y en una obligación de notificación a la autoridad pública competente de los proyectos de despidos colectivos (arts. 3 y 4). Así, de acuerdo con lo dispuesto en su art. 2.1, «cuando el empresario tenga la intención de efectuar despidos colectivos, deberá consultar, en tiempo hábil, a los representantes de los trabajadores con vistas a llegar a un acuerdo». La Directiva no determina claramente cuál es la naturaleza de la intervención de la representación de los trabajadores sino que, únicamente, de acuerdo con su art. 2.1, se limita a declarar que el empresario «deberá consultar (...) a los representantes de los trabajadores con vistas a llegar a un acuerdo».

Se trata de un enunciado deliberadamente ambiguo con el que se ha querido establecer una fórmula de intervención intermedia entre una mera recepción por el empleador del parecer de los representantes sobre la conveniencia y consecuencias de los despidos y una auténtica negociación colectiva entre las partes sociales (CRUZ VILLALÓN, 1997), de modo que aunque «la consulta únicamente obliga al empresario a atender las sugerencias de los representantes de los trabajadores sobre los despidos y sus consecuencias, como quiera que la misma se encuentra orientada a la obtención de un acuerdo, ello presupone la necesidad de una discusión mínima entre las partes sociales, esto es, un mínimo intercambio de ofertas y contraofertas» (ROQUETA BUJ, 2000).

Dicho período constituye una manifestación propia de la negociación colectiva, como recuerda la STJCE 27-1-2005, Asunto Junk, ya que si no fuera así, la eficacia de los proce-

dimientos de información y la consulta previstas en dicha Directiva, cuyo objeto es que sea posible, «... por una parte, la formulación de propuestas constructivas, al menos, sobre las posibilidades de evitar o de reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias y, por otra parte, la presentación de eventuales observaciones a la autoridad pública competente», devendría imposible. Así lo ha entendido también la Audiencia Nacional en diversos pronunciamientos (SSAN de 28-5-2012, Proc. 81/2012; y de 28-9-2012, Proc. 152/2012), cuando afirma que el período de consultas «se constituye, de este modo, en una clara manifestación de la negociación colectiva, garantizada por los arts. 28.1 y 37.1 CE, que tiene unas finalidades concretas, tales como examinar la concurrencia de las causas alegadas por la empresa y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias y efectos».

Esa asimilación entre periodo de consultas y negociación entre la empresa y los representantes de los trabajadores explica las exigencias que, en relación con la información y documentación que ha de aportar la empresa, las condiciones materiales y temporales en que ha de desarrollarse el periodo de consultas, la determinación de los sujetos legitimados para participar en las mismas o, finalmente, las condiciones necesarias para alcanzar un acuerdo, impone el art. 51 ET y detalla el Reglamento. Y justifica, a la vez, que la interpretación y el grado de exigencia del cumplimiento de estas condiciones estén directamente condicionadas por la necesidad de garantizar el marco adecuado para una efectiva negociación y la eficacia de los acuerdos que puedan alcanzarse.

A) INICIO DEL PROCEDIMIENTO DE DESPIDO COLECTIVO: EXIGENCIAS DOCUMENTALES COMO GARANTÍA DEL ADECUADO DESARROLLO DEL PERIODO DE CONSULTAS

El adecuado cumplimiento de los fines que la norma comunitaria y el art. 51 ET atribuye

al periodo de consultas exige, como condición previa ineludible, que el empresario ponga a disposición de los representantes de los trabajadores toda la documentación pertinente para permitir un desarrollo adecuado del periodo de consultas.

La Directiva comunitaria establece, como ya se ha señalado, la obligación del empresario de «consultar, en tiempo hábil, a los representantes de los trabajadores con vistas a llegar a un acuerdo», teniendo en cuenta que este acuerdo debe versar sobre las «posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias, mediante (...) medidas sociales de acompañamiento destinadas, en especial, a la ayuda para la readaptación o reconversión de los trabajadores despedidos».

La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha entendido que la razón de ser y la eficacia de las consultas con los representantes de los trabajadores requiere que desde el inicio estén decididos los factores que han de tenerse en cuenta en el transcurso de éstas, dado que es imposible llevar a cabo consultas de manera apropiada y de conformidad con sus objetivos sin la determinación de los elementos pertinentes relativos a los despidos colectivos previstos. Dichos objetivos son, a tenor del art. 2, apartado 2, de la Directiva 98/59, evitar las extinciones de contratos de trabajo o reducir su número así como atenuar sus consecuencias, reproduciéndose dichos objetivos en el art. 51.4 ET. Por ello, la Directiva exige que durante el transcurso de las consultas el empresario deberá proporcionar a los representantes de los trabajadores «toda la información pertinente», para que éstos «puedan formular propuestas constructivas» y, especialmente, «comunicarles por escrito» los «motivos del proyecto de despido», el «número y categorías de los trabajadores que vayan a ser despedidos», «número y categorías de los trabajadores empleados habitualmente», periodo en el que vayan a efectuarse los despidos, «criterios para designar a los trabajadores que vayan a ser despedidos» y, en fin, «el método de cálculo de las posibles indemnizaciones por despido».

A estos efectos, recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo vienen subrayando cómo los representantes de los trabajadores tienen derecho a recibir en el periodo de consultas la información pertinente, entendiéndose como tal la que permita que el periodo de consultas alcance el fin propuesto y durante el mismo se produzca una negociación efectiva. Como recuerda la STS 26-11-2012 (Rº 236/2011), reiterando lo ya expresado en la anterior STS 30-6-2011 (Rº 173/2010), «ha de afirmarse que en el precepto legal ni se impone un número mínimo de reuniones ni un contenido concreto de las mismas. Habrá de estarse a la efectiva posibilidad de que los representantes legales de los trabajadores sean convocados al efecto, conozcan la intención empresarial y sus razones, y puedan participar en la conformación de la misma, aportando sus propuestas o mostrando su rechazo. En todo caso, la esencia del procedimiento estriba en la persistencia de la buena fe y la inicial intención de lograr un acuerdo». Y, añade que «un proceso realmente negociador exige una dinámica de propuestas y contrapropuestas, con voluntad de diálogo y de llegar a un acuerdo, lo que obliga a la empresa, como beneficiaria de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de sus empleados e iniciadora del proceso, no sólo a exponer la características concretas de las modificaciones que pretende introducir, su necesidad y justificación, sino que también, en el marco de la obligación de negociar de buena fe, debe facilitar de manera efectiva a los representantes legales de los trabajadores la información y documentación necesaria», exigencia que ha sido reiterada, en relación ya con el despido colectivo, por las SSAN de 28-5-2012 (Proc. 81/2012) y de 28-9-2012 (Proc. 152/2012).

En atención a estas exigencias, los arts. 51.2 ET y 3 del Reglamento identifican el contenido mínimo necesario de la comunicación inicial de la empresa y exigen que la misma vaya acompañada de una memoria explicativa y de toda la información necesaria para acreditar las causas motivadoras del despido colectivo en los términos que reglamentariamente se de-

terminen. Se trata de exigencias generales para cualquiera de las situaciones que justifican causalmente un despido colectivo, esto es, ya se trate de razones económicas o técnicas, organizativas o de producción. Al respecto, como contenido necesario de la comunicación inicial del despido, se exige: a) «La especificación de las causas del despido colectivo, conforme a lo establecido en el art. 1º [art. 3.1 a) del Reglamento] que, en este punto, reitera el tenor literal del art. 51.2 ET; b) la precisa determinación del «número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por el despido» [art. 3.1 b) del Reglamento]. No parece, dado que la comunicación con este contenido ha de presentarse el primer día del procedimiento, cuando se inicia el periodo de consultas, que sea imprescindible precisar con total exactitud los trabajadores que van a resultar afectados siendo lo natural que a lo largo del periodo de consultas pueda variar el número y clasificación profesional de los trabajadores afectados; c) el número y clasificación profesional de los trabajadores empleados habitualmente en el último año; d) el periodo previsto para la realización de los despidos; y, finalmente, e) los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados. A estas exigencias se añade la necesaria aportación, junto con la comunicación inicial, del plan de recolocación externa que exige el art. 51.10 ET a las empresas en las que se lleve a cabo un despido colectivo que afecte a más de 50 trabajadores y de la solicitud a los representantes legales de los trabajadores del informe a que se refiere el art. 64.5.a) y b) ET. A partir de estas exigencias comunes, los arts. 5 y 6 del Reglamento especifican algunas exigencias documentales específicas en función de la causa justificativa del despido colectivo.

Estas disposiciones relativas a la documentación que el empresario debe dirigir a los representantes de los trabajadores son parte esencial del nuevo procedimiento, en la medida en que la información es presupuesto ineludible para que el periodo de consultas alcance sus fines. No en vano el art. 124. 11 LJS prevé la declaración de nulidad del despido colectivo

cuando el empresario no «haya entregado la documentación prevista en el art. 51.2 del Estatuto de los Trabajadores» lo que convierte a esta exigencia del procedimiento en elemento central del mismo.

La verificación de que la empresa ha puesto a disposición de los trabajadores la documentación legalmente exigida y de que la misma ofrece, en cuanto a forma, tiempo y contenido, las condiciones necesarias para asegurar que los representantes de los trabajadores puedan desarrollar adecuadamente su función durante el periodo de consultas, ha constituido uno de los principales objetos de controversia judicial en los primeros pronunciamientos judiciales recaídos en materia de despidos colectivos tras la reforma de su régimen jurídico. En muchos de estos pronunciamientos judiciales se han apreciado defectos u omisiones determinantes de la nulidad del despido colectivo, y se han puesto de manifiesto las dificultades interpretativas que suscitan buena parte de esas exigencias, especialmente a la hora de concretar el detalle o extensión con que han de aportarse los aspectos requeridos.

Cuestiones como la decisión sobre si la exigencia de identificar el número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por el despido incluye la necesidad de identificar nominativamente a los afectados (SAN 21-11-2012, Proc. 167/2012; STSJ Cataluña 23-5-2012, Proc. 107/2012), el análisis de las consecuencias derivadas de la falta de identificación del periodo durante el cual se pondrán en práctica las medidas propuestas (STSJ Madrid 25-6-2012, Proc. 21/2012), la determinación del grado de concreción que la empresa ha de respetar a la hora de identificar los criterios utilizados para seleccionar a los trabajadores (STSJ Madrid 25-6-2012, Proc. 21/2012 y SAN 15-10-2012, Proc. 162/2012) o, en fin, la identificación de la documentación específica que las empresas han de aportar en función de la causa justificativa de los despidos que aleguen (SAN 26-7-2012, Proc. 91/2012; STSJ Madrid 26-5-2012, Proc. 17/2012; STSJ Cataluña, 23-5-2012, Proc. 107/2012), han sido abordadas y resueltas ad casum por la doctrina

judicial, determinando en muchos casos la nulidad del despido colectivo por incumplimiento de las exigencias señaladas.

B) PROBLEMAS EN TORNO A LA ADECUADA CONSTITUCIÓN DEL ÓRGANO DE NEGOCIACIÓN Y LA ADOPCIÓN DE ACUERDOS

La centralidad que en el nuevo modelo de despido colectivo adquiere el periodo de consultas se refleja también en las consecuencias que, sobre la calificación del despido, genera el incumplimiento de las exigencias que al respecto determina el art. 51.2 ET. La elección correcta del ámbito —empresa, centro de trabajo o, incluso, grupo de empresas— en el que ha de desarrollarse la negociación, la adecuada constitución de la comisión negociadora —directamente vinculada con el ámbito de negociación—, o, en fin, las condiciones de adopción de los posibles acuerdos, son elementos determinantes del válido desarrollo del periodo de consultas. La adecuada gestión de estos aspectos genera, sin embargo, numerosas dudas e incertidumbres que ni el art. 51 ET ni el Reglamento resuelven adecuadamente y cuya resolución es imprescindible para eludir los efectos que sobre la calificación del despido colectivo pueden derivar de su incumplimiento (MERCADER/DE LA PUEBLA, 2013).

La determinación del ámbito de afectación del despido colectivo corresponde a la empresa, en cuanto es ésta quien pone en marcha el procedimiento para adoptar la decisión extintiva ante la concurrencia de alguna de las causas legales habilitantes. La empresa es libre para decidir si el despido colectivo afectará únicamente a uno o varios centros de trabajo o si, por el contrario, se proyectará sobre la totalidad de la empresa. No obstante, dicha decisión está condicionada por el ámbito en el que se materializan las causas legalmente exigidas para el despido y, a su vez, condiciona no solo la constitución de la comisión negociadora sino también la adopción de los posibles acuerdos durante el mismo.

El art. 26 del Reglamento atribuye legitimación para intervenir como interlocutores ante la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas a los representantes legales de los trabajadores y añade que «dicha intervención corresponderá a las secciones sindicales cuando éstas así lo acuerden, siempre que tengan la representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los delegados de personal». En caso de ausencia de representantes legales en la empresa, los trabajadores podrán atribuir su representación durante la tramitación del procedimiento a una comisión ad hoc integrada, a elección de los propios trabajadores, bien por trabajadores de la propia empresa elegidos por estos democráticamente, bien por componentes designados por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenece la empresa (art. 26.3 del Reglamento).

La determinación del sujeto con el que la empresa ha de desarrollar el periodo de consultas plantea problemas no solo por la convivencia de representaciones unitarias y sindicales sino también por la posible ausencia de representación unitaria en alguno de los centros de trabajo afectados por el despido colectivo. Para estos últimos casos, el art. 26.2 del Reglamento ofrece una solución cuando señala que: «cuando la empresa tuviera varios centros de trabajo afectados por el procedimiento intervendrá, de manera preferente, el Comité Intercentros o el órgano de naturaleza similar creado mediante la negociación colectiva, si por esta vía tuvieran atribuida esta función». Pero se trata de una solución que, además de plantear problemas aplicativos porque la previsión reglamentaria altera la preferencia legal por la negociación con las representaciones sindicales (SEMPE-RE NAVARO, 2012), está condicionada por la existencia de tales órganos y por la efectiva atribución de competencia al efecto por la negociación colectiva. En otro caso, subsiste el problema de cómo determinar la comisión con la que ha de desarrollarse el periodo de consultas. En principio, la negociación con representantes de tan solo alguno de los centros afectados por el despido colectivo podría devenir nula al no quedar debidamente con-

formada la comisión negociadora, salvo que se hubiera producido una expresa delegación por parte de los trabajadores de estos centros de trabajo en dicha comisión. Se ha admitido, sin embargo, la validez de una comisión integrada únicamente por representantes unitarios de algunos de los centros de trabajo afectados cuando los trabajadores integrantes de dicha comisión no pusieron en cuestión su representatividad (SAN 21-11-2012, Proc. 167/2012), aunque no está claro si la interpretación sería la misma si quienes impugnan el despido por incumplimiento del periodo de consultas son trabajadores de los centros de trabajo no representados en la comisión. La opción por una comisión híbrida, como solución alternativa para estos casos, integrada por representantes unitarios y por representantes elegidos ad hoc en aquellos centros que carecen de representación unitaria, no está prevista legalmente y entraña evidentes dificultades prácticas.

La preferencia legal por la representación sindical constituye una opción que en buena medida puede solventar los problemas señalados pero que tampoco está exenta de problemas. Cuando las secciones sindicales que negocian lo hacen para una empresa con una pluralidad de centros de trabajo, en algunos de los cuales hay representación unitaria y en otros no, cabe plantearse si posible medir la representatividad en el conjunto y deducir de ahí una legitimación global, para el conjunto de la empresa. Esta solución guarda analogía con la que se aplica en la negociación de sector y facilita la negociación en el nivel empresarial, por lo que parece la más sensata; además, «de la misma manera que si se alcanza la mayoría en el global se representa a todos los centros de trabajo, incluso a aquéllos en los que aisladamente considerados no se ha alcanzado, lo mismo debería entenderse respecto de los centros que carecen de instancias representativas» (NORES TORRES/RODRÍGUEZ PASTOR, 2006).

El art. 27.1 del Reglamento contempla además la posibilidad, no prevista en el art. 51 ET, de que en lugar de optar por una negociación global, referida a la totalidad de los

centros de trabajo afectados por la decisión de despido colectivo, se negocie por centros de trabajo. Ello determina la descomposición del procedimiento de despido en tantos periodos de consultas y decisiones extintivas como centros de trabajo existan en la empresa y permite resultados distintos en cada uno de ellos. La posible impugnación de tales decisiones exigiría procedimientos judiciales diferenciados multiplicándose la posibilidad de interpretaciones judiciales distintas respecto de la validez de los diversos periodos de consultas, la legitimidad de cada uno de los acuerdos alcanzados o, lo que plantearía mayores problemas, de la propia concurrencia de las causas. Ello ha determinado que algunos pronunciamientos judiciales hayan rechazado la posibilidad de parcelar la negociación del despido colectivo en tantos procesos de negociación y acuerdos como centros de trabajo afectados existan. La SAN 25-7-2012 (Proc. 109/2012) señaló que «ni la Directiva ni el art. 51ET contemplan la posibilidad de parcelar el proceso de negociación por centros de trabajo, sustanciándose tantas consultas como centros existan, e igual número de posibles acuerdos con contenidos diversos. Presumiendo el sentido común del legislador comunitario y del nacional, cabe interpretar este silencio como la apuesta por un proceso único, con resultado homogéneo para la totalidad de los trabajadores afectados por la decisión extintiva empresarial, y que, por tanto, no quede al albur del específico desarrollo de la negociación y contenido del eventual acuerdo que se consiga según el centro de trabajo de que se trate». Se ha dicho que la negociación por centros choca con lo dispuesto en el art. 124 LJS que solo contempla la impugnación de un único despido colectivo y no prevé fallos diferenciados. Pero no parece imposible aceptar que la empresa inicie diversos procesos de despido en cada uno de sus centros de trabajo, paralela o sucesivamente, cada uno de los cuales se desarrollará autónomamente y será impugnable por separado. Sin perjuicio, por supuesto, de que tal estrategia empresarial persiga precisamente parcelar la negociación con la intención de perjudicar el desarrollo de los periodos de consultas, hurtando a los tra-

bajadores una visión global de la situación que impida a estos efectuar propuestas alternativas y perjudique, con ello, el adecuado desarrollo del periodo de consultas.

Tampoco contemplan, ni la ley ni el Reglamento, el grupo de empresas como ámbito posible de decisión del despido colectivo. Opción que, sin embargo, la doctrina judicial admite sin dudas cuando se trata de un grupo laboral de empresas alegando que «la fragmentación del despido colectivo, dividido artificiosamente en tres partes, pese a que las empresas constituyen un grupo de empresas a efectos laborales, quiebra el principio de buena fe, que les era exigible de conformidad con lo dispuesto en el art. 51-2 ET, puesto que impedía, como reflejan los informes de la Inspección de Trabajo, comprobar cuál era la auténtica realidad empresarial» (SAN 26-7-2012, Proc. 124/2012 y SAN 28-9-2012, Proc. 152/2012). La razón última que lleva a considerar al grupo laboral de empresas como ámbito adecuado y, en su caso, necesario para la tramitación del despido colectivo, remite a la consideración de que estos supuestos patológicos de grupos de empresas entrañan una realidad empresarial única. También en los despidos colectivos es imprescindible identificar al empresario real y, tratándose de un grupo laboral de empresas, sin duda se identifica con éste. De este modo, la noción de grupo trasciende la mera consecuencia vinculada a la imputación de responsabilidades y permite considerar a éste como auténtico y único empresario frente a los derechos de los trabajadores.

La adopción del acuerdo requiere, conforme al art. 28.1 del Reglamento, «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». El problema que puede plantearse es si la referida «mayoría» debe calcularse sobre el número de personas que integran la llamada comisión o sobre la representación que ostentan esas personas, y en concreto si se hará sobre un voto personal o sobre un voto ponderado en relación con lo que representan. La jurisprudencia

mayoritaria ha entendido, incluso en caso de negociaciones de ámbito empresarial, que el término «representaciones» se encuentra referido a las «partes negociadoras» y no a los «miembros de la comisión negociadora» por cada una de las partes y, por tanto, ha venido resolviendo la cuestión en favor del voto proporcional (STS 3-6-2008, R.º 3490/2006). No obstante, el tenor literal de la norma parece evidente, ésta se refiere a «miembros» y no «representantes». Por ello, y a la luz de la consolidada doctrina jurisprudencial existente, es posible entender, atendiendo al postulado del legislador racional, que éste ha optado de manera premeditada por una respuesta distinta de la contemplada para el supuesto contemplado en el art. 89.3 ET. Cabe por tanto entender, dada la peculiar configuración de esta representación, que la nueva regulación hace primar la «composición efectiva» de la comisión sobre la «electiva», primando el voto por «cabezas» sobre el voto basado en porcentajes representativos. Solución que, por otro lado, puede considerarse razonable si atendemos a la necesidad de que, en algunos casos, se adopte un acuerdo por sujetos que actúan, no se olvide, en sustitución de la ausente representación legal de los trabajadores en la empresa y en defensa unitaria de sus intereses.

Cuando se trata de comisiones negociadoras integradas por representantes de varios centros de trabajo, para atribuir la mayoría a efectos de alcanzar el acuerdo, se aplicará lo que decida la propia comisión negociadora, previéndose que «en el caso 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 del Reglamento). Se trata de una previsión que puede plantear especiales problemas en aquellos casos en los que convivan «representaciones híbridas». En estos casos, el establecimiento de un criterio igualitario de voto para todos los centros con independencia del número de representantes existentes en ellos puede producir efectos perversos. Otorgar el mismo valor representativo a los órganos institucionalizados (delegados de personal y comités de em-

presa) que a las representaciones ad hoc puede dar lugar a un evidente déficit representativo. El hecho de que el voto ponderado sea elegido por la norma como criterio supletorio en ausencia de expresa decisión por la comisión puede plantear problemas de difícil solución. Problemática resulta también la previsión reglamentaria que, en sintonía con la admisión de negociación por centros de trabajo, permite que se alcancen acuerdos en algunos centros de trabajo, cuando hayan votado a favor del mismo la mayoría de los miembros de la comisión negociadora, en tanto que en otros no.

C) UN PROBLEMA CLÁSICO: A VUELTAS CON EL CONTENIDO DEL DEBER DE NEGOCIAR DE BUENA FE

El período de consultas es 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. Así, lo establece el art. 51.2 ET al señalar que, «durante dicho periodo, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo». Por su parte, los artículos 7.1 y 20.1 del Reglamento son también concluyentes: «las partes deberán negociar de buena fe». No obstante, el legislador no determina qué ha de entenderse por tal, por lo que la integración en el sistema de normas del citado principio no deja de crear conflictos hermenéuticos por su contenido general e inconcreto.

La buena fe impregna todo el periodo de consultas de modo que el exacto cumplimiento de las exigencias que las normas imponen para su desarrollo ha de ser valorado a la luz del citado principio. Pero más allá del incumplimiento de una obligación específica, como puede ser la falta de entrega de la documentación pertinente o la omisión de datos esenciales en la comunicación inicial, cuyo alcance y consecuencias están expresamente previstas, el problema se plantea cuando la conducta de las partes, teóricamente respetuosa con las exi-

gencias legales, puede afectar a esa exigencia de buena fe.

Los pronunciamientos dictados tras la entrada en vigor de la reforma laboral en esta materia han defendido que no cabe entender existente una verdadera negociación durante el período de consultas si no se aprecia el juego de propuestas y contrapropuestas, puesto que negociar implica estar dispuesto a ceder. En definitiva, el período de consultas ha de realizarse bajo una verdadera voluntad de diálogo, procurando la consecución del acuerdo respecto de todas y cada una de las circunstancias que afecten a la medida propuesta. De este modo, no puede admitirse que dicho período se limite a una mera comunicación escrita por parte de la empresa, a un mero intercambio de pareceres o a una mera propuesta, sino que la misma debe ir acompañada de una precisa, concreta y amplia documentación que posibilite una negociación real.

Reflexiones especialmente importantes incorpora, en este punto, la STSJ Cataluña 26-6-2012 (Rº 8/2012). La misma subraya que lo que caracteriza la buena fe en la negociación colectiva es la lealtad entre las partes. Es por eso que no se tiene que confundir este principio jurídico, normativizado como elemento ético o moral, con el resultado de la negociación. En estos casos, se dice, lo que «es necesario analizar es si la conducta de una de las partes ha pretendido hacer imposible el pacto; o bien ha existido engaño u ocultación; o no ha existido coherencia en el posicionamiento de una de las partes, con cambios repentinos de sus pretensiones (...), o bien se ha efectuado un uso ilegítimo del marco legal». Todo ello dado que, como afirma la STS 3-2-1998 (Rº 121/1997), «el principio de buena fe en la negociación colectiva, expresamente establecido en el propio art. 89 ET, obliga a las partes a ser consecuentes con sus propias posiciones, y no alterarlas sustancialmente de un día para otro». En la medida que la Ley impone a las partes la obligación de negociar —lo que está claro en el periodo de consultas— las partes tienen que intentar lograr un acuerdo, pero esto no deter-

mina que el fracaso en este hito determine la infracción del principio de buena fe.

En suma, en lo que respecta al alcance del deber empresarial de negociar, y de hacerlo conforme al principio de la buena fe, es claro que ello no se traduce en la obligación de aceptar las reivindicaciones de los representantes de los trabajadores y alcanzar un acuerdo, pero sí en la de mostrar una actitud abierta y dialogante en las reuniones que se celebren, escuchar las propuestas de los representantes del personal, valorarlas y darles contestación, explicar las razones de su rechazo, argumentar las propias, etc.

En cualquier caso, el problema esencial es decidir las posibles consecuencias que sobre la calificación del despido derivan de las conductas que implican una infracción de la buena fe, cuestión que dependerá de en qué medida la conducta o el comportamiento reprobado limita o impide el adecuado desarrollo del periodo de consultas, hasta el punto de tener el mismo como no celebrado.

5. EL DESEO Y LA REALIDAD: SIMPLIFICACIÓN Y ABARATAMIENTO DEL DESPIDO COLECTIVO FRENTE A INCERTIDUMBRES E INCREMENTO DEL COSTE

Se ha dicho y repetido ya que el objetivo de la reforma ha sido el de devolver al que debe ser su cauce natural, el despido colectivo, las extinciones fundadas en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, que en los últimos tiempos habían huido del expediente de regulación de empleo hacia otras fórmulas extintivas más caras pero más seguras. El diseño de un procedimiento que prescinda de la autorización administrativa debería permitir eliminar las patologías del sistema precedente que, como se ha visto, habían derivado en una excesiva prolongación de los procedimientos y en un encarecimiento del coste del despido inasumible para las empresas en situación de

crisis. En definitiva, se trataba de diseñar un procedimiento de despido colectivo adecuado y eficiente para afrontar de forma rápida y eficaz la crisis económica en la empresa permitiendo en su caso, a través del ajuste de plantilla necesario, la continuidad de la actividad empresarial.

La experiencia en la aplicación del nuevo modelo legal de despido colectivo es todavía breve pero resulta suficiente para evidenciar ya algunos de los problemas de los que adolece tal diseño que permiten cuestionar el acierto de la opción legal, al menos si se valora desde la perspectiva de los objetivos perseguidos con la reforma. Muchos de los problemas prácticos derivan de la específica configuración del despido colectivo pero otros, como se verá, están vinculados con el marco general regulador de la extinción del contrato de trabajo que también, y no casualmente, ha sido afectado por la reforma de 2012.

A) LAS DEBILIDADES DEL NUEVO PROCEDIMIENTO DE DESPIDO COLECTIVO: INCERTIDUMBRES SOBRE EL ADECUADO DESARROLLO DEL PERIODO DE CONSULTAS E INSUFICIENCIAS EN LA REGULACIÓN DE LA CAUSA

Los pronunciamientos judiciales recaídos en los procesos de despido colectivo tramitados después de la entrada en vigor del RDL 3/2012 han resuelto, en su mayoría, impugnaciones colectivas frente a decisiones extintivas adoptadas por el empresario tras un periodo de consultas finalizado sin acuerdo. El acceso a sentencias que dirimen demandas individuales derivadas de despidos colectivos es todavía escaso, en parte por la previsión legal de suspensión de los procedimientos hasta que se resuelva la demanda colectiva (art. 124. 6 y 124.13 b LJS) y en parte porque tales demandas tienen una tramitación más compleja, primero ante el Juzgado de lo Social y después en recurso de suplicación ante los Tribunales Superiores de Justicia, cuyas sentencias son las que se publi-

citan. Con todo, existen ya pronunciamientos que resuelven este tipo de demandas.

El análisis de estos primeros pronunciamientos revela que los principales problemas de interpretación se han suscitado, en gran medida, en torno al desarrollo del periodo de consultas y al cumplimiento de las obligaciones que al respecto se imponen al empresario. La determinación de si la información suministrada en la comunicación inicial del despido incluye todos los extremos fijados legalmente y lo hace con el detalle y extensión necesarios, si la documentación acreditativa de las causas del despido es suficiente para que los trabajadores adquieran un conocimiento si no pleno sí al menos suficiente de las razones que motivan la decisión extintiva, la valoración de si el comportamiento empresarial a lo largo del periodo de consultas es respetuosa con las exigencias del deber de buena fe o, en fin, si la comisión negociadora se ha constituido adecuadamente, garantizando la adecuada representación de todos los trabajadores potencialmente afectados por el despido y la validez de un eventual acuerdo, ocupan buena parte de los pronunciamientos judiciales. Son cuestiones de importancia no menor pues la apreciación de errores o defectos tiene consecuencias sobre la calificación del despido, determinando su nulidad cuando los incumplimientos apreciados judicialmente constituyan un incumplimiento empresarial de la obligación de entregar la documentación o permitan considerar que vician el periodo de consultas hasta el punto de considerar que éste no se ha realizado.

La aprobación del Reglamento de despidos colectivos puede, no obstante, ayudar a clarificar y resolver muchas de las cuestiones controvertidas, algunas de ellas suscitadas precisamente como consecuencia de las incertidumbres generadas por la peculiar supervivencia del RD 801/2011, aprobado para regular un procedimiento todavía sometido a autorización administrativa. Bien es cierto que el Reglamento vigente no resuelve todos los problemas, incluso puede suscitar algunos nuevos, pero sí aclara cuestiones de difícil solución al amparo exclusivo del art. 51 ET. A

ello se añade la importante y rigurosa tarea que están desarrollando los órganos judiciales del orden social que, a través de estos primeros pronunciamientos, están fijando criterios sobre la composición de las comisiones negociadoras e identificando pautas de actuación y comportamiento que aportan certidumbre y seguridad, no solo a la empresa sino también a la representación de los trabajadores, sobre el contenido del periodo de consultas y las condiciones en que éste ha de desarrollarse.

Por otra parte, también ha generado intensa conflictividad la cuestión del alcance del control judicial sobre las causas del despido. No se trata solo de la comprobación de que efectivamente han quedado acreditadas las circunstancias alegadas por la empresa como fundamento de su decisión extintiva sino, además, que tales circunstancias constituyen causa de los despidos producidos. La definición de las causas que legitiman el despido colectivo ha sido un aspecto donde ha incidido de forma decisiva la reforma llevada a cabo por el RDL 3/2012 y por la Ley 3/2012. El art. 51.1 ET se limita ahora a identificar o definir las circunstancias que permiten constatar la existencia de una causa económica, técnica, organizativa o de producción, incorporando algunas precisiones importantes respecto a la delimitación que anteriormente hacía la norma, precisiones que abundan en la tendencia a objetivizar y flexibilizar el presupuesto habilitante del despido colectivo. A ello contribuye la eliminación de las referencias que la regulación anterior hacía a la exigencia de que el despido contribuyera a superar la situación económica negativa de la empresa, exigiendo con ello que el análisis del despido incluyera la valoración sobre la conexión entre la medida extintiva y el objetivo fijado por la norma. El objetivo del legislador es claro y queda expresado con claridad inequívoca en el preámbulo del RDL 3/2012 y de la Ley 3/2012: «el control judicial de estos despidos debe ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas». Pero esa declaración, como es lógico, no ha impedido que los órganos judiciales aborden el análisis de la concurrencia de las causas y valoren

la legitimidad del despido colectivo desde la perspectiva de la afectación de los contratos de trabajo por la concurrencia de las mismas.

Las consecuencias prácticas de estos cambios normativos han generado ya un interesante debate doctrinal (DESDENTADO, 2012; MERCADER/DE LA PUEBLA, 2013; FALGUERA BARÓ, 2013); y han determinado pronunciamientos judiciales no siempre uniformes. Desde las sentencias que abiertamente declaran que la nueva regulación ha dejado subsistente únicamente la acreditación de la causa alegada pero suprime lo relativo a la conexión funcional (STSJ Madrid 11-6-2012, Proc. 22/212, STSJ Cantabria 26-9-2012, Proc. 2/2012 o STSJ Galicia 6-7-2012, Proc. 12/2012) hasta aquellos que contundentemente exigen «la obligación empresarial de acreditar la concurrencia de relación de funcionalidad, razonabilidad y proporcionalidad entre la causa económica y productiva y las extinciones contractuales» (SAN 18-12-2012, Proc. 257/2012; SAN 4-2-2012, Proc. 167/2012), la variedad de soluciones e interpretaciones es amplia y pone de relieve que, también en este punto, la claridad y certeza perseguidas por el legislador están bien lejos de conseguirse.

Precisamente las dificultades que plantea la valoración de la concurrencia de las causas justificativas del despido colectivo permiten cuestionar abiertamente alguna de las decisiones adoptadas por el legislador en relación con el proceso de despido colectivo, evidenciando una de las principales debilidades del sistema diseñado.

Me refiero ahora a la eficacia que la ley atribuye al acuerdo que, en su caso, se alcance durante el mismo. Una vez superadas las dificultades que, como se ha visto, implica la válida constitución de la comisión negociadora, cumplidas las obligaciones documentales que impone la norma, respetadas las exigencias de negociación de buena fe, planteadas y debatidas medidas alternativas al despido y conseguido el acuerdo, el valor de éste resulta ciertamente limitado. El acuerdo alcanzado en el periodo de consultas del art. 51 ET no goza de la eficacia que atribuyen los arts. 41.4,

47.1 y 82.3 ET a los acuerdos alcanzados con ocasión de decisiones de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, suspensiones de contrato o reducciones de jornada, y de inaplicación de condiciones laborales previstas en Convenio colectivo. Estos preceptos declaran que «cuando el periodo de consultas finalice con acuerdo se presumirá que concurren las causas justificativas» e impiden la impugnación individual o colectiva fundada en la inexistencia o insuficiencia de las mismas. Pero esto no ocurre en el caso del despido colectivo donde la obtención del acuerdo no impide a ninguno de los sujetos legitimados cuestionar la concurrencia de las causas alegadas ni condiciona el análisis que el órgano judicial pueda hacer sobre la suficiencia o no de las mismas. Y ello no parece que favorezca la aplicación pacífica de la decisión consensuada sobre el despido colectivo.

B) DE NUEVO, LA PROLONGACIÓN EN EL TIEMPO DE LOS PROCESOS DE DESPIDO COLECTIVO Y, ADEMÁS, JUDICIALIZACIÓN DE LAS DECISIONES EXTINTIVAS

Es precisamente la judicialización de los despidos colectivos otro de los efectos manifiestos de la reforma. Y esta judicialización, que deriva directamente de la configuración legal del despido, repercute directamente sobre la celeridad, certeza y seguridad que quería atribuirse a las decisiones de despido colectivo.

La supresión de la autorización administrativa se justifica, entre otras razones, en el preámbulo de la Ley 3/2012 por razones de celeridad. Frente a ese problema de la demora y prolongación ineficientes de los expedientes de regulación de empleo ya había actuado la reforma del 2010, sin prescindir de la autorización administrativa. La Ley 35/2010 limitó la duración del periodo de consultas a un máximo de treinta días que quedaba reducido a quince cuando se trataba de empresas de menos de cincuenta trabajadores. Se ponía fin, con esta medida, a una práctica habitual en los expedientes de regulación de empleo

consistente en la prolongación excesiva del periodo de consultas que resultaba claramente ineficiente cuando la situación de la empresa requería una solución inminente. Esa prolongación de la negociación se explicaba por lo imprevisible de la resolución administrativa — que incitaba a las empresas a buscar acuerdos a cualquier precio— y a la propia actuación de la Administración que, favorable siempre al acuerdo, incentivaba la prolongación de las consultas más allá del límite razonable. La ley 35/2010 fijó un plazo perentorio para que las partes busquen el acuerdo, de modo que alcanzado éste sin acuerdo, la decisión sobre el despido quedaba en manos de la Administración. Con la misma finalidad de abreviar la tramitación del despido colectivo, se redujo también, de quince a siete días, el plazo en el que la autoridad laboral competente había de dictar resolución cuando el periodo de consultas había finalizado con acuerdo. Pero quizás el mayor logro, en beneficio de esa reducción temporal de la aprobación y ejecución del expediente, fue la atribución al orden social de la jurisdicción de la competencia para conocer de la impugnación de las resoluciones administrativas (art. 2n Ley 36/2011), satisfaciendo así una demanda largo tiempo reclamada. El procedimiento diseñado en el art. 151.11 LRJS preveía además que la sentencia que dejase sin efecto una resolución administrativa en virtud de la cual se hubieren producido extinciones de la relación de trabajo declarará el derecho de los trabajadores afectados a reincorporarse en su puesto de trabajo, asegurando así la rápida resolución de los conflictos individuales que pudieran derivarse de la anulación de la resolución administrativa.

La reforma de 2012 ha mantenido el carácter de máximo del plazo de treinta o quince días para desarrollar el periodo de consultas. Desaparecida además la necesidad de autorización administrativa, los únicos plazos a respetar para poner en práctica las extinciones acordadas o decididas son los previstos en el art. 51.4 ET y en el art. 53.1.c) ET. El primero exige que haya transcurrido un mínimo de treinta días entre la fecha de la comunica-

ción del inicio del periodo de consultas a la autoridad laboral y la fecha de efectos del despido, plazo que normalmente se habrá consumido precisamente durante el transcurso del periodo de consultas. El segundo remite a los quince días de preaviso que ha respetar el empresario en su comunicación individual a cada trabajador afectado, en virtud de la remisión que el art. 51.1 ET hace a las formalidades del despido objetivo. Son plazos razonables, que además pueden verse reducidos en caso de que no se agote el periodo de consultas. El problema del tiempo resurge, sin embargo, en caso de impugnación de la decisión extintiva.

La supresión de la autorización administrativa ha determinado también la revisión de la LRJS. De la nueva regulación surgen cuatro tipos de impugnaciones: la colectiva, para la que están legitimados las representaciones legales de los trabajadores —todas ellas y no solo las que hayan participado en el periodo de consultas, si bien en el caso de los representantes sindicales se exige que tengan implantación suficiente en el ámbito del despido colectivo (art. 124.1 LJS)—; la individual —que pueden utilizar los trabajadores afectados por el despido (art. 124.13 LJS)—; la de la Administración respecto de los acuerdos alcanzados durante el periodo de consultas (art. 148b LJS) y, finalmente, la del propio empresario —que puede utilizarse cuando ni los representantes de los trabajadores ni la Autoridad Laboral ha hecho uso de su derecho de impugnación—.

Esta nueva regulación procesal es compleja y no resuelve el problema de la demora en la definitiva resolución de las impugnaciones de los despidos. El sistema prevé, dejando al margen la impugnación por la Administración, tres vías impugnatorias sucesivas —la colectiva, la del empresario y las individuales—. Las primeras consumen dos niveles de decisión —instancia y recurso extraordinario— y la última, que normalmente empezarán cuando acaben las otras, tres —instancia, suplicación y en su caso casación para la unificación de doctrina. Demasiado tiempo, se ha dicho, para un despido colectivo (DESDENTADO, 2012).

La judicialización de los despidos colectivos es una consecuencia necesaria de la supresión de la autorización administrativa. Desaparecido el control que efectuaba la autoridad laboral, son los órganos judiciales del orden social los que deben garantizar la legalidad de la medida adoptada por el empresario y la adecuada protección de los derechos de los trabajadores. Pero la regulación del despido colectivo y de su impugnación fomentan la impugnación de las decisiones extintivas.

La impugnación del despido es casi segura cuando el periodo de consultas ha acabado sin acuerdo pues precisamente ese resultado derivará de la no aceptación por los trabajadores de alguno de los presupuestos sobre los que se fundamenta la decisión empresarial. En ese caso, los mismos sujetos que han participado en el periodo de consultas pueden impugnar la decisión extintiva. Pero no solo ellos, pues están legitimados también el resto de representantes de los trabajadores en los términos del art. 124.1 LJS. Y a la demanda colectiva le acompañan inexorablemente las correspondientes impugnaciones individuales. La previsión de suspensión de las demandas individuales de despido o la posibilidad de iniciar el proceso individual tras la sentencia colectiva no hacen sino retrasar la resolución definitiva pues los efectos de cosa juzgada que se atribuyen a la sentencia dictada en el proceso colectivo no impiden que, incluso en caso de desestimación de aquélla, después continúen los procesos individuales cuando se hayan alegado o se aleguen motivos de impugnación que afecten a cuestiones no dirimidas en la sentencia colectiva.

Pero tampoco el acuerdo durante el periodo de consultas permite cerrar con carácter definitivo la decisión de despido colectivo. Y este es uno de los aspectos más criticables de la regulación. No se trata, obviamente, de la posibilidad de que los trabajadores individualmente afectados impugnen su despido por razones vinculadas a la lesión de sus derechos fundamentales, la vulneración de derechos de preferencia o cuestiones vinculadas con la fijación de la indemnización. La amplitud con

que el art. 124.1 LRJS reconoce la legitimación para impugnar el despido colectivo permite que representantes de los trabajadores que no han participado en el periodo de consultas ni, por tanto, en el acuerdo, impugnen la decisión empresarial alegando cualesquiera de los motivos que determinan la declaración judicial de que el despido es nulo o no ajustado a derecho. No es extraño que los sindicatos minoritarios utilicen esta vía de forma poco selectiva para combatir los acuerdos adoptados en el periodo de consultas por los mayoritarios o que algunos de éstos combata lo pactado por los otros (DESDENTADO, 2012). La necesidad de esta vía no está clara, pues la tutela de los trabajadores, ante un acuerdo eventualmente alcanzado en su perjuicio, siempre puede articularse a través de la impugnación por la autoridad laboral.

Pero quizás más importante que ello es que no se han excluido de los motivos de impugnación los referidos a la concurrencia de las causas justificativas del despido. Como ya se ha señalado anteriormente, en el ámbito del despido colectivo la obtención del acuerdo no impide a ninguno de los sujetos legitimados cuestionar la concurrencia de las causas alegadas ni condiciona el análisis que el órgano judicial pueda hacer sobre la suficiencia o no de las mismas. Se suprime así una regla tradicional que había vinculado la actuación de la administración laboral y el enjuiciamiento de los despidos colectivos por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa (CABEZA PEREIRO, 2012, pág. 290). El efecto es evidente: se debilita el acuerdo alcanzado en periodo de consultas, pues este es vulnerable y susceptible de impugnación por sujetos individuales y colectivos. La seguridad que la empresa obtenía, en el marco del expediente de regulación de empleo, aun siendo relativa era eficaz pues, en la práctica, y salvo casos excepcionales, garantizaba la autorización administrativa y salvaguardaba la validez de los despidos decididos a su amparo. La «desvalorización» del acuerdo durante el periodo de consultas reduce así los incentivos para que la empresa busque una salida consensua-

da con los representantes de los trabajadores. La incertidumbre e inseguridad empresarial sobre el resultado del procedimiento, uno de los principales elementos que determinaba la huida del despido colectivo, no solo subsiste tras la reforma sino que se ha incrementado alcanzando ahora también a los casos en que se ha alcanzado un acuerdo.

C) SOBRE LA PRETENDIDA REDUCCIÓN DE COSTES DEL DESPIDO COLECTIVO

Finalmente, hay otro elemento que distorsiona el sistema de extinciones motivadas por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción y que acaba, sumado a los anteriores factores, por convertirlo en un sistema ineficiente. Este factor remite directamente al coste del despido improcedente.

Una de las medidas más rigurosas que incluye la reforma del 2012 ha sido la reducción de la indemnización por despido improcedente. La indemnización de cuarenta y cinco días por año se ha reducido a tan solo treinta y tres días por año topando además la cuantía final en un máximo de veinticuatro mensualidades. La decisión no supone una novedad absoluta pues la progresiva ampliación del contrato para el fomento de la contratación indefinida ya nos había familiarizado con este módulo, por más que el mismo solo estuviera legalmente previsto para el despido objetivo improcedente. Algo similar ocurre con la eliminación de los salarios de trámite en caso de despido improcedente con opción por el abono de la indemnización, que también ha venido precedida por la posibilidad empresarial de beneficiarse de esta reducción del coste del despido improcedente a través del conocido como despido exprés.

La reducción general de la indemnización por despido improcedente no resulta pues sorpresiva. Pero no por ello deja de ser criticable (FERNÁNDEZ LÓPEZ, 2012). La rebaja indemnizatoria tiene lugar en el marco del despido ilícito de modo que se reduce la respuesta sancionadora del ordenamiento ante el

comportamiento antijurídico del empresario y ello supone, en sí mismo, una anomalía en la lógica del contrato (DESDENTADO, 2012).

Las consecuencias son particularmente graves en el despido colectivo. Y ello porque la diferencia entre la indemnización mínima por despido procedente, que no se ha modificado, y la prevista para el despido improcedente se reduce a tan solo trece días, lo que supone una pérdida de la eficacia punitiva del despido improcedente. Esta reducción tiene, además una consecuencia indirecta: la cantidad de referencia para presionar durante el periodo de consultas por un incremento de las indemnizaciones pactadas es ahora mucho más reducida. Aunque no hay datos estadísticos disponibles, es evidente que la cuantía de las indemnizaciones pactadas en los despidos colectivos se ha reducido sensiblemente, y todo hace pensar que este efecto no es consecuencia de la supresión de la autorización administrativa sino que deriva directamente de la reducción del coste del despido improcedente.

Esta reducción de la indemnización por despido improcedente convive, además, con una regulación que no solo ha mantenido inamovible la cuantía de la indemnización del despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción procedente sino que ha incrementado sensiblemente su coste cuando se trata de un despido colectivo.

La cuantía indemnizatoria a abonar por la empresa en caso de despido procedente fundado en las causas mencionadas no se ha modificado, sigue anclado en el módulo de los veinte días por año de servicio con un máximo de doce mensualidades. Pero el coste del despido colectivo no remite únicamente a la cuantía de las indemnizaciones, sino que incluye otras partidas económicas cuya existencia viene determinada desde la propia ley y que contribuyen a encarecer el coste real del despido procedente. Progresivamente, durante los últimos años, se han ido imponiendo una serie de medidas que han de acompañar al despido colectivo y cuyo coste se suma al derivado directamente de las extinciones. El convenio especial en caso de que el despido afecte a tra-

bajadores con cincuenta y cinco o más años de edad, la exigencia de un plan de recolocación externa a través de empresas de recolocación autorizadas cuando el despido afecte a más de cincuenta trabajadores, y la más reciente exigencia de efectuar una aportación económica al Tesoro Público, incorporada por la DA 16 Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, son exigencias que incrementan el coste del despido colectivo, mucho más allá de lo que suponen en sentido estricto las extinciones de contratos.

El art. 51.10 ET impone a las empresas que lleven a cabo un despido colectivo que afecte a más de 50 trabajadores deberá ofrecer a los trabajadores afectados un plan de recolocación externa a través de empresas de recolocación autorizadas. Dicho plan deberá incluir medidas de formación y orientación profesional, atención personalizada a cada trabajador afectado y búsqueda activa de empleo. Según los datos suministrados por ANEPRE, la patronal de las empresas de recolocación, en su página de Internet, los precios para colectivos o grupos industriales están entre los 3.500 y 5.000 euros por cada trabajador, oscilando entre esos topes máximo y mínimo en función «del número de personas afectadas y del tiempo de duración del programa». Si se trata de recolocación individual, los precios oscilan entre los: 12.000 y 24.000 euros por altos directivos; 8.000 y 12.000 en los directivos funcionales; entre 7.000 y 10.000 euros, por recolocar a los mandos intermedios y en el caso de técnicos y administrativos, la tarifa oscila entre 4.500 y 6.500 por persona.

Por su parte, la obligación de hacer una aportación al Tesoro Público, recogida en el art. 51.11 ET y regulada en la DA 16 de la Ley 27/2011 y en el RD 1484/2012, de 29 de octubre, constituye igualmente un importante coste económico. Los motivos para su incorporación remiten al impacto que sobre los propios trabajadores y sobre el mercado de trabajo tiene la expulsión prematura de los trabajadores de más edad. Se trata de un colectivo especialmente afectado por los pro-

cesos de destrucción de empleo y con graves dificultades para reincorporarse al trabajo. Su expulsión del mercado laboral genera, además, un elevado coste para el sistema de protección por desempleo, coste que resulta socialmente inasumible cuando las empresas que prescinden de tales trabajadores lo hacen en un contexto de beneficios. La finalidad de la norma se comparte pero ello no impide advertir el importante coste económico que supone, consecuencia que además se ha agravado con el diseño final que se ha dado a esta aportación al Tesoro Público. A ello hay que añadir que, ciertamente, la aportación al Tesoro Público se configura inicialmente en un contexto legal donde la causa se delimitaba de forma más exigente y se dirige exclusivamente a los despidos que afectan en mayor medida, en términos numéricos, a los trabajadores maduros. Pero lo cierto es que tal medida se ha mantenido y endurecido tras la ampliación de la justificación causal del despido y en un contexto en el que las empresas aprovechan la extinción colectiva para rejuvenecer plantillas, de manera que su potencial de aplicación es amplio.

En su versión inicial, recogida en la DA 16 Ley 27/2011, la exigencia de esta aportación se dirigía a grandes empresas (con más de quinientos trabajadores) que acudan a despidos colectivos habiendo tenido beneficios en los dos ejercicios económicos anteriores, y se limitaba a los despidos que afectaran al menos a cien trabajadores en un periodo de referencia de tres años. La DF 4ª Ley 3/2012 modifica estas condiciones y amplía el ámbito de empresas potencialmente afectadas, al reducir el umbral numérico de trabajadores que ha de tener la empresa de quinientos a cien, incluidas también las que formen parte de grupos de empresas que empleen a ese número de trabajadores, y eliminar la exigencia de que el despido afecte a un número mínimo de trabajadores. Posteriormente, el RDL 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, vuelve a incidir en la regulación de esta medida. Con la finalidad de desincentivar la discriminación

de trabajadores con más edad en el marco de los despidos colectivos, se añade un nuevo requisito de modo que la aportación económica se exige cuando, además de cumplirse las condiciones ya señaladas, el porcentaje de trabajadores despedidos de cincuenta o más años sobre el total de despidos sea superior al porcentaje que los trabajadores de esa edad representan sobre el total de la plantilla de la empresa. Pero, a la vez, se amplía el ámbito de empresas potencialmente afectadas al modificar el requisito de obtención de beneficios permitiendo que también queden incluidas las empresas que obtengan beneficios al menos en dos ejercicios económicos consecutivos dentro de periodo comprendido entre el ejercicio económico anterior al despido colectivo y los cuatro posteriores a dicha fecha.

Esta última previsión tiene una gran importancia pues incide en un aspecto ya presente en la inicial configuración de esta exigencia económica pero que ahora se refuerza. En efecto, la aportación al Tesoro Público no estaba reservada, en la versión inicial de la disposición adicional decimosexta de la Ley 27/2011, exclusivamente a los despidos colectivos fundados en causas técnicas, organizativas o de producción, sino que alcanzaba también a las causas económicas, siempre que éstas remitiesen, desde una situación económica de beneficios, a la disminución persistente del nivel de ingresos o ventas o a la previsión de pérdidas, en los términos de art. 51.1 ET. Ahora, con la versión vigente de la mencionada disposición adicional, la aportación al Tesoro puede también exigirse a empresas que acuden al despido colectivo con una situación económica de pérdidas si en los cuatro ejercicios económicos posteriores al despido se obtuviesen beneficios durante dos ejercicios económicos consecutivos. Esta novedad determina además la imposibilidad para la empresa de cuantificar el coste del despido colectivo, pues parte del mismo, una parte no desdeñable, dependerá de circunstancias no siempre previsibles cuando se ejecuta la decisión extintiva.

El montante de la aportación se calcula tomando en cuenta la cuantía total de las pres-

taciones y subsidios por desempleo abonadas por el Servicio Público de Empleo Estatal a los trabajadores de cincuenta o más años afectados por el despido colectivo y por extinciones del contrato en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador producidos en los tres años anteriores o en el año posterior al inicio del procedimiento de despido colectivo, añadiendo además la cuantía abonada por el Servicio Público de Empleo Estatal por cotizaciones a la Seguridad Social por las prestaciones por desempleo por los trabajadores señalados, y un canon fijo por cada trabajador de los mencionados que haya agotado la prestación por desempleo de nivel contributivo y que comience a percibir el subsidio de desempleo.

La cantidad total así obtenida se modula sin embargo, aplicando un tipo variable en función de diversos factores: El porcentaje de trabajadores afectados de cincuenta o más años sobre el total de trabajadores que han sido objeto de despido colectivo; los beneficios de la empresa y, finalmente, el número de trabajadores de la empresa. Atendiendo a estos factores, el tipo aplicable puede oscilar entre un 60% (en el caso de que el porcentaje de trabajadores afectados mayores de 50 años sea inferior al 15%, el porcentaje de beneficios sobre ingresos sea inferior al 10% y el número de trabajadores de la empresa o del grupo sea superior a 100 e inferior a 1000) y un 100% (cuando el porcentaje de trabajadores afectados mayores de 50 años sea superior al 35%, el porcentaje de beneficios sobre ingresos sea superior al 10% y el número de trabajadores de la empresa o del grupo sea superior a 2000).

En cualquier caso, el coste de la mencionada aportación por cada trabajador implica una suma considerable. En un supuesto simulado, referido a una empresa con 1.500 trabajadores, con 15 % beneficios y 20% de trabajadores mayores de 50 años afectados, en la que, por tanto, el tipo aplicable sería del 90%, el coste por cada trabajador supera los 90.000 € (tomando como referencia un trabajador con 10 años de antigüedad en la empresa, un salario bruto anual de 40.000€, y un hijo me-

nor de 26 años). En este caso, el coste por las prestaciones de desempleo alcanzaría una cantidad próxima a los 48.000€, incluyendo cuantía de la prestación por desempleo más cotizaciones abonadas por el Servicio público de Empleo Estatal, a los que habría que añadir otros 43.000€ en concepto de subsidio de desempleo, incluyendo también la cotización por jubilación durante ese periodo. La indemnización de ese mismo trabajador ascendería a 22.000 € en caso de despido procedente. A esas cantidades habría que añadir la correspondiente al plan de recolocación que, como se comentó, asciende de media a 4250 €. La indemnización de ese mismo trabajador por despido declarado o reconocido como improcedente apenas supera la cantidad de 46.000€.

La diferencia real entre el coste del despido colectivo procedente y el del despido improcedente es, en muchos casos, mucho menor de la que deriva de la mera comparación entre las cuantías indemnizatorias, en algunos casos podría decirse que incluso inexistente. La paradoja es evidente: el despido económico procedente es ahora más caro en tanto que el despido improcedente resulta, a consecuencia de las reformas en la cuantía indemnizatoria y en el régimen de los salarios de trámite, mucho más barato, tanto en términos absolutos como relativos. Con ello se pone de manifiesto una anomalía del sistema que reacciona, por una vía próxima a la sanción económica, ante despidos colectivos en empresas con beneficios que la propia regulación normativa permite. La finalidad de la aportación económica al Tesoro, ya se ha señalado, se justifica por la finalidad de proteger al colectivo de trabajadores maduros, especialmente sensible en un contexto de reestructuración de plantilla, pero, aunque no se diga expresamente, pretende también evitar la socialización del coste que dichas extinciones producen, asumiendo indirectamente una tutela del interés general que antes correspondía a la autoridad laboral.

D) A MODO DE CONCLUSIÓN

El análisis efectuado confirma las anunciadas deficiencias del sistema del despido colec-

tivo. Con el panorama descrito, son pocos los incentivos que el empresario tiene para acudir al despido colectivo. A las dificultades para acreditar la concurrencia de la causa se añaden las consecuencias, en términos de certidumbre sobre la posible calificación del despido, derivadas de la debilidad del procedimiento diseñado y, finalmente, el elevado coste que el despido procedente supone para las empresas en situación de crisis. En este contexto no es extraño que las empresas sigan huyendo del procedimiento de despido colectivo.

Los datos disponibles sobre el comportamiento extintivo de las empresas durante el último año confirman esta tendencia. Las vías de extinción utilizadas siguen siendo las mismas que las que se utilizaban anteriormente.

Por una parte, el recurso a las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada ha experimentado un notable incremento en el último año. En el año 2008, de un total de 6.249 expedientes de regulación de empleo tramitados, poco más del 52% correspondían a expedientes de suspensión o reducción de jornada. La proporción, respecto de un total de 29.958 procedimientos de medidas colectivas en el periodo de enero a noviembre, se eleva a 85% en 2012. Posiblemente, la preferencia empresarial por esta opción deriva de varias razones. Por una parte, por la mejor acogida que, en general, estas medidas tienen entre los trabajadores, lo que favorece el acuerdo con los representantes durante el periodo de consultas y evita, o al menos retrasa, una conflictividad social que se tiene su reflejo, además, en sede judicial donde son prácticamente inexistentes los procesos de impugnación de este tipo de decisiones empresariales. Por otra, por el favorable tratamiento legal que reciben estas fórmulas, apoyadas y subvencionadas públicamente mediante la reducción de la cotización empresarial (vigente para las suspensiones de contratos y reducciones de jornada que se inicien desde el 1 de enero de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2013, conforme al art. 15 Ley 3/2012) y la previsión de que los trabajadores puedan recuperar al menos parcialmente las prestaciones de desempleo con-

sumidas durante tales situaciones en caso de producirse posteriormente su despido (medida aplicable, conforme al 3 RDL 1/2013, a las suspensiones y reducciones producidas entre el 1 de enero de 2012 y el 31 de diciembre de 2013). Finalmente, la opción por estas medidas permite a las empresas eludir de forma inmediata el elevado coste que en cualquier caso, sea procedente o improcedente, supone el despido por causas económicas. La suspensión de los contratos o la reducción de la jornada de trabajo constituye, sin duda, una opción muy favorable a la conservación del empleo y especialmente útil para afrontar situaciones coyunturales. Pero no está claro que la elección de estas fórmulas responda siempre a una situación de crisis transitoria en la empresa. Parece, más bien, que las empresas recurren a la suspensión/reducción como una medida previa al despido, con el efecto de socializar el riesgo empresarial y como una falsa transición a extinciones posteriores de los contratos de trabajo (J. LAHERA, 2012).

La segunda evidencia remite a la continuidad en la preferencia empresarial por determinadas modalidades de extinción. La extinción de contratos temporales sigue predominando. Pero más llamativo resulta el incremento de las extinciones por causas objetivas (más de 10 puntos porcentuales si se comparan los datos de 2007 y de 2012 (hasta septiembre), apreciándose además una clara subida a partir del año 2009). Las razones también son evidentes: la ampliación de las causas justificativas del despido con la reforma del 2012 facilita el recurso a esta modalidad extintiva, la sencillez y agilidad del procedimiento —que no requiere periodo de consultas ni la intervención de la autoridad laboral— garantiza la inmediatez de la decisión empresarial y la seguridad sobre el coste asociado a la extinción, que además no lleva aparejado otros desembolsos económicos, aporta certeza sobre este extremo a la empresa.

Durante el 2012, con los datos disponibles referidos al periodo enero-noviembre, tan solo un 4,5% de las extinciones de contratos de trabajo se han articulado a través de esta vía frente a un 13,3% despidos objetivos y un 47%

de extinciones de contratos temporales. Las empresas, en la medida de lo posible, evitan el despido colectivo y recurren a otras fórmulas extintivas, señaladamente la extinción por causas objetivas, donde la simplicidad del procedimiento y la nueva regulación de la causa sí genera una mayor facilidad y certidumbre sobre los efectos de la extinción y donde, en cualquier caso, el coste en caso de improcedencia resulta previsible y no excesivamente oneroso. No es, desde luego, un resultado satisfactorio. El recurso al despido individual, aunque se indemnice por encima de las previsiones legales para el despido colectivo, hurta a los representantes de los trabajadores su derecho a participar en los procesos de reestructuración de las empresas en defensa del interés colectivo y excluye a los trabajadores afectados de los beneficios asociados al despido colectivo —posibilidad de recurrir a medidas alternativas, inclusión en planes de recolocación o la suscripción por la empresa del convenio especial con la Seguridad Social— incrementados habitualmente a través de las medidas complementarias recogidas en los acuerdos alcanzados durante el periodo de consultas.

El recurso al despido colectivo sigue siendo una opción de uso reducido. Su impacto mediático y social es enorme pero estadísticamente se demuestra que no representan la principal vía de extinción de los contratos de trabajo. Es un comportamiento típico de nuestro sistema de relaciones laborales pero sorprende que la constante se mantenga en el actual contexto de grave crisis económica y tras una reforma de su régimen jurídico que perseguía, como uno de sus objetivos principales, recuperar el despido colectivo como vía natural para la reestructuración de empresas en crisis.

Está claro que la reforma no está consiguiendo los objetivos perseguidos. Si, como entiendo, el despido colectivo debe operar como fórmula para acometer las reestructuraciones empresariales necesarias para asegurar la supervivencia de la empresa o para dar salida a empresas en situación ya irreversible, esto es, cuando concurre una auténtica situación cuya superación justifica el recurso al despido,

el sistema legal y reglamentariamente diseñado resulta excesivamente complejo, plagado de incertidumbres y con un coste económico elevado. En ese contexto, los incentivos para eludir el despido colectivo, favorecidos por la rebaja indemnizatoria en el despido improcedente, son evidentes. Posiblemente, la delimitación tan generosa y objetiva que el legislador ha efectuado de las causas económicas, técnicas,

organizativas o de producción, sin mayores exigencias finalistas, explica las gravosas condiciones económicas que se imponen a la empresa cuando, en determinadas circunstancias, acude al despido colectivo. En definitiva, parece que la necesidad de repensar el despido económico sigue siendo una cuestión pendiente.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., «Informe sobre la regulación del despido en Europa», *Temas Laborales*, nº 99, 2009.
BLASCO PELLICER, A., *Los expedientes de regulación de empleo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

- «Nuevas perspectivas en materia de despido colectivo: aspectos procedimentales», en AA.VV. (Dir. J. Thibault), *La reforma laboral de 2012: nuevas perspectivas para el Derecho del Trabajo*, La Ley, Madrid, 2012.

CABEZA PEREIRO, J., «La supresión de la autorización administrativa en los despidos colectivos», en AA.VV. *Políticas de austeridad y crisis en las relaciones laborales: la reforma de 2012*, Bomarzo, Albacete, 2012.

CASAS BAAMONDE, M.E., «Causalidad del despido colectivo, autorización administrativa y negociación colectiva», *Relaciones Laborales*, nº 19, 1996.

CRUZ VILLALÓN, J., «La aplicación de la Directiva sobre despidos colectivos», *Temas Laborales*, 1997, nº 44.

DESDENTADO BONETE, A., «El despido objetivo económico entre dos reformas: 1994 y 1997», *Actualidad Laboral*, nº 20, 1998.

- «Introducción a un debate. Los despidos económicos en España: el sistema, su crisis y los límites de la reforma», en AA.VV. (Dir. A. Desdentado) *Despido y crisis económica; Los despidos económicos tras la reforma laboral. Un análisis desde el Derecho y la Economía*, Lex Nova, Valladolid, 2011.
- «Crisis y reforma del despido: puntos críticos seguidos de algunas propuestas», *Actualidad Laboral*, nº 11, 2010.
- «Los despidos económicos tras la reforma de la Ley 3/2012. Reflexiones sobre algunos problemas sustantivos y procesales», *Actualidad Laboral*, nº 17, 2012.

DESDENTADO BONETE, A. y REDONDO VALDEÓN, M.D., «Problemas de la regulación de empleo en la jurisprudencia social», en AA.VV. *Jurisprudencia y grandes cuestiones laborales*, Francis Lefebvre, 2010.

DESDENTADO DAROCA, E., «La intervención administrativa en los despidos colectivos», *Relaciones Laborales*, 1996, Tomo I.

DE LA PUEBLA PINILLA, A., «Nuevas señas de identidad para el despido colectivo (Un análisis de la reciente doctrina judicial)», *Justicia Laboral*, nº 33, 2008.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., «La reforma del régimen del despido por la vía de la reducción de sus costes», en AA.VV. *Políticas de austeridad y crisis en las relaciones laborales: la reforma de 2012*, Bomarzo, Albacete, 2012.

GARCÍA MURCIA, J., «Perspectivas jurídicas de la reforma del mercado de trabajo», en AA.VV. (Dir. J.L. Monereo) *La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral*, Universidad de Granada, Granada, 1996.

GOERLICH PESET, J.M., «Contratación laboral, flexibilidad interna y despido: insuficiencias de la regulación y propuestas de reforma», *Papeles de Economía Española*, nº 124, 2010.

- «La extinción del contrato de trabajo en la reforma de 2012: la culminación de una larga evolución», en AA.VV. (Drs. I. García-Perrote y J.R. Mercader), *La regulación del mercado laboral, Un análisis de la Ley 3/2012 y de los aspectos laborales del Real Decreto-Ley 20/2012*, Lex Nova, Valladolid, 2012.

LAHERA FORTEZA, J., «Nuevas perspectivas en materia de suspensión del contrato de trabajo y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción», en AA.VV. (Dir. J. Thibault Aranda) *La reforma laboral de 2012: Nuevas perspectivas para el Derecho del Trabajo*, La Ley, Madrid, 2012.

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

NORES TORRES, L.E. Y RODRÍGUEZ PASTOR, G., «Las partes contratantes del convenio colectivo estatutario», AA.VV. (Drs. Pérez de los Cobos y Goerlich), *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

RODRÍGUEZ-PÍÑERO, M., «Despidos colectivos y autorización administrativa», *Relaciones Laborales*, 2009, I

- ROQUETA BUJ, R., «Aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en cuanto a los despidos colectivos. Directiva 98/59/CE, del Consejo, de 20 de julio», *Actualidad Laboral*, 2000, Tomo I.
- SALA FRANCO, T. y BLASCO PELLICER, A. «la supresión de la autorización administrativa en los expedientes de regulación de empleo: una vía intermedia», *Actualidad Laboral*, nº 8, 2009.
- SEMPERE NAVARRO, A.V., «La reglamentación del Despido Colectivo», *Aranzadi Social*, nº 8, 2012.
- VALDÉS DAL-RE, F., «Intervención administrativa y despidos económicos: funciones, disfunciones y tónica», *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1994.