

EL NUEVO PROCEDIMIENTO DE DESPIDO COLECTIVO TRAS EL REGLAMENTO DE DESARROLLO. ALGUNAS REFLEXIONES

MIGUEL ÁNGEL MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA

*Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y
de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla*

EXTRACTO

Palabras Clave: Despido colectivo, reglamento desarrollo, reforma

En octubre de 2012 se ha aprobado el Reglamento que desarrolla el procedimiento para llevar a cabo un despido colectivo. Se trata de una norma extensa y prolija, que invita a la reflexión y a su análisis. Ya la norma antecesora de 2011, en el periodo de convivencia con un art. 51 ET reformado y despojado de la autorización administrativa, había dado lugar a algunos pronunciamientos jurisprudenciales de interés, no especialmente abordados por la doctrina iuslaboralista por su carácter reciente.

El estudio que se presenta pretende analizar algunas cuestiones problemáticas de la nueva norma y aportar luz sobre su posible interpretación y solución.

Se parte de que la norma es o puede ser conocida por el lector, de ahí que se haya centrado el comentario sólo en las cuestiones que se han considerado más relevantes. En especial, en lo relativo al periodo de consultas, en donde la regulación reglamentaria se exploya, como no podía ser de otro modo, teniendo en cuenta la importancia dada por el legislador a esta fase del procedimiento de despido colectivo.

ABSTRACT

Key Words: Redundancy, Legal Reform, 2012

In October of 2012 has been approved the regulation which develops the procedure to carry out a collective dismissal or redundancies. It is an extensive and detailed regimen that invites reflection and analysis. The standard predecessor of 2011, during the period of cohabitation with the article 51 ET –refurbished and stripped of the administrative authorization–, had resulted in some jurisprudential pronouncements of interest, not specifically addressed by the doctrine by his recent character iuslaboralista.

The study presented aims to analyse some problematic issues of the new standard and bring light on its possible interpretation and dispute.

It is part of the Law is or can be known by the reader; hence the comment has focused only on issues that have been considered most relevant. In particular, as regards the period of consultation, where statutory regulation speaks, how it could be otherwise, taking into account the importance given by the legislator to this phase of the collective dismissal procedure.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. PERIODO DE CONSULTAS
 - 2.1. ÁMBITO DE LAS CONSULTAS: GLOBAL O POR CENTROS DE TRABAJO
 - 2.2. DESARROLLO Y DURACIÓN DEL PERIODO DE CONSULTAS
 - 2.3. DOCUMENTACIÓN A APORTAR Y CONTENIDO DEL PERIODO DE CONSULTAS
 - 2.4. SUSTITUCIÓN DEL PERIODO DE CONSULTAS
3. FUNCIONES DE LA AUTORIDAD LABORAL Y DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL
4. FINALIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO Y NOTIFICACIÓN DE LOS DESPIDOS
5. PARTICULARIDADES DE LOS DESPIDOS COLECTIVOS EN EL ÁMBITO DE UNA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
6. A MODO DE CONCLUSIÓN: ¿ESTAMOS ANTE UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO?

1. INTRODUCCIÓN

Recientemente ha sido aprobado el Reglamento que establece el procedimiento a seguir para los despidos colectivos tanto en la empresa privada como en el sector público¹. Se trata de una norma que ha llegado con cierto retraso, lo que había dado lugar a una situación peculiar: la convivencia de un despido colectivo sin autorización administrativa con un Reglamento de desarrollo establecido para despidos sometidos a dicha autorización². El Gobierno trató, mediante una Orden Ministerial³, de aclarar las posibles confusiones, pero, aun así, se esperaba con gran interés la norma a la que este estudio se refiere.

No se pretende, como el lector tendrá enseguida ocasión de comprobar, un estudio exhaustivo de la misma ni el comentario de todas sus fases. Se trata de diferenciar las cuestiones que consideramos más oscuras o de mayor complejidad y ofrecer nuestro punto de vista sobre ellas, junto a las aportaciones que también han hecho la jurisprudencia y la doctrina.

Se parte del procedimiento previsto para la empresa privada, ubicado en el capítulo I del Título I de la norma, para, en un momento final, hacer algunas observaciones a los despidos colectivos en la Administración Pública, a los que se refiere el Título III del Reglamento.

¹ RD 1483/2012, 29–10, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada (en adelante: RDDC).

² RD 801/2011, 10–6, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos.

³ Orden ESS/487/2012, 8–3, sobre vigencia transitoria de determinados artículos del Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos, aprobado por Real Decreto 801/2011, de 10 de junio.

2. PERIODO DE CONSULTAS

No es algo nuevo en el procedimiento de despido colectivo: formaba parte de los antiguos Expedientes de Regulación de Empleo. Pero ahora se convierte, en ausencia de la autorización administrativa, en el único medio que tienen los trabajadores para la defensa de la plantilla ante la propuesta empresarial de despido colectivo.

La Exposición de Motivos del RDDC señala “su importancia de primer orden en la nueva regulación”, al tiempo que indica que su efectividad deberá conjugarse “con la necesaria celeridad y agilidad de los procedimientos demandados por las empresas”.

2.1. Ámbito de las consultas: global o por centros de trabajo

Un problema de partida importante se plantea en relación con el ámbito que deben tener las consultas para un despido colectivo: si éstas deben celebrarse con carácter global para toda la empresa o si cabe que se negocie separadamente por centros de trabajo.

El nuevo reglamento sigue el mismo planteamiento que su antecesor en el sentido de posibilitar tanto la negociación global como la fragmentaria por centro de trabajo. Ésta segunda opción queda plasmada en los arts. 6.2, 27.2 y 28.3 RDDC.

La cuestión problemática radica en que la jurisprudencia ha venido señalando que no es posible la negociación separada por centros de trabajo, siendo necesario que la empresa lleve a cabo una negociación global. Así, una resolución judicial tachó de *ultra vires* el reglamento anterior en este punto, por considerar que se vaciaba la fuerza de la negociación colectiva, apoyándose en los siguientes argumentos⁴:

⁴ SAN núm. 90/2012, 25-7 (AS\2012\1674), FD 4º. Así se señala que el nuevo procedimiento exige una negociación global, lo que no ocurría con la situación a la que se refería el RD 801/2011, en donde la autorización administrativa podía contener pronunciamientos diversos: “debe tenerse en cuenta que la misma (la disposición reglamentaria 801/2011) se pensó para un procedimiento que culminaba con una decisión de la autoridad administrativa, a la que el citado reglamento habilitó para dictar resoluciones parcialmente estimatorias; es decir, podía autorizar despidos en unos centros de trabajo y no en otros (art. 14.4 y 15.2 RD 801/2011). Así, en el caso que nos ocupa, podría haber autorizado el despido en Álava y Vizcaya, y no en Navarra. Pero esta opción de autorización administrativa parcial no es trasladable a la resolución judicial que culmina el proceso de impugnación de despido colectivo”. Otras Sentencias posteriores que siguen este mismo criterio –si bien todavía en referencia al RD 801/2011– son: SAN núm. 137/2012, 16-11 (JUR\2012\369735), FD 3º y SAN núm. 142/2012, 21-11 (JUR\2012\384238), FD 3º. Vale la pena transcribir parte de lo sostenido en SAN núm. 137/2012: “De acuerdo con esta doctrina, la negociación por centros impuesta por la demandada, dando lugar a acuerdos indi-

Primero. La Directiva sobre despido colectivo⁵ y el art. 51.2 ET no contemplan la posibilidad de parcelar el proceso de negociación por centros de trabajo.

Segundo. El art. 124 LJS considera un fallo unitario y no mixto: “la decisión empresarial sólo puede ser ajustada a Derecho, no ajustada a Derecho, o nula. En definitiva, el legislador sigue en la norma procesal su propia concepción unitaria y homogénea del despido colectivo tal como lo regula el art. 51 ET, que ha de recibir, por tanto, una solución judicial de la misma naturaleza”.

Tercero. El hecho de que sea la AN la que conozca de estos despidos cuando afectan a centros de varias Comunidades Autónomas, en lugar de haber optado por reglas competenciales ajustadas a cada centro de trabajo.

Cuarto. La salvaguarda de la impugnación por los trabajadores con carácter individual (es decir: de su derecho a la tutela judicial efectiva), ya que la sentencia dictada en un proceso de impugnación colectiva del despido posee efectos de cosa juzgada respecto a los procesos individuales.

El nuevo reglamento, como hemos indicado, mantiene un planteamiento similar por lo que debiera ser considerado *ultra vires* en este punto. De momento, no ha habido ningún pronunciamiento judicial que así lo haya declarado para la nueva norma, pero, aplicando la jurisprudencia anterior, ésta debiera ser la solución al problema. Resulta más protector que la negociación se haga de manera conjunta para toda la empresa, porque se trata de una reestructuración que, aun afectando a parte de la plantilla, tiene su repercusión en la totalidad de trabajadores de la misma. El art. 51.2 ET se refiere a un periodo de consultas con los representantes legales de la empresa y no por centros de trabajo. Y, lógicamente, mayor fuerza negociadora tendrán los trabajadores si realizan las consultas con carácter unitario, que si se hace fragmentariamente.

Esa declaración de *ultra vires* a que nos referimos exigiría un replanteamiento de los interlocutores del periodo de consultas, ya que siempre sería necesaria la constitución de una comisión negociadora para toda la empresa. Si en el convenio colectivo, existe la figura del Comité Intercentros, éste debe ser el órgano adecuado. En caso contrario, habría que pactar su constitución o el de una comisión negociadora *ad casum*, integrada por representantes de todos los

vidualizados tan sólo en algunos de ellos, en ciertos casos alcanzados con representantes unitarios y en otros con comisiones ad hoc, es contraria a lo dispuesto en el art. 51.2 ET, y por elementales razones de coherencia y convicción, la Sala debe mantener su criterio. Además, en este caso se observa con especial claridad hasta qué punto la tramitación de un despido colectivo por centros degrada las garantías para los trabajadores, puesto que convierte a los centros de trabajo en rivales entre sí, parcela y, consecuentemente, merma la fuerza negociadora de los representantes de los trabajadores, y hace de mayor debilidad a algunos afectados frente a otros”.

⁵ Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos (DOCE L 225/16, de 12 de agosto de 1998).

centros de trabajo, y no sólo de los afectados por el despido. Ésta debiera tener un número de representantes adecuado que posibilitara una negociación ágil.

En relación con la representación de trabajadores en aquellos centros que carezcan de representantes legales, se acude a la comisión “ad hoc”, similar a la prevista para las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo de carácter colectivo. El reglamento se remite a lo previsto en el art. 41.4 ET, si bien detalla con precisión la constitución. Se ha planteado la cuestión de qué sucede si comunicado por la empresa la intención de celebrar periodo de consultas para un despido colectivo, el centro sin representación no la designa en el plazo que tiene señalado para ello. La doctrina entiende, y nosotros nos sumamos a esta opinión, que el periodo de consultas se tendrá por celebrado⁶. Así puede deducirse de lo indicado por la norma reglamentaria, cuando señala “que la falta de designación no impedirá la continuación del procedimiento” (art. 26.4 *in fine* RDDC).

2.2. Desarrollo y duración del periodo de consultas

Otro de los aspectos llamativos de la nueva norma es la prolijidad con que detalla el número de reuniones que deben celebrarse durante el periodo de consultas. Éstas, como es sabido, tienen una duración general diversa en función del número de trabajadores de la empresa.

Ahora la norma detalla, como decimos, el calendario de reuniones⁷. Una regulación impositiva de este aspecto, creemos que merecería ser tachada también de *ultra vires*, ya que el art. 51.2 ET no detalla en absoluto estos pormenores y puede considerarse un atentado al derecho de negociación colectiva y a la libertad de las partes para reunirse cuándo lo vean oportuno. Pese a que se pueda considerar tuitiva de la posición de los trabajadores, en cuanto obligaría al empresario a tener que celebrarlas, no parece el mejor camino para un desarrollo de la negociación natural y fluido. La cuestión no va más allá porque, finalmente, el legislador opta por darle carácter dispositivo a la regula-

⁶ Monereo Pérez entiende que, si no se designa ninguna comisión, “el trámite debe darse por evacuado y el empresario obrar en consecuencia, puesto que la falta de consultas no le es imputable” (cfr. *El despido colectivo y sus elementos configuradores tras las recientes reformas*, Edit. Tirant lo blanch, Valencia 2012, pg. 68). Coincide con él Blasco Pellicer, quien afirma que “las consultas no pueden celebrarse por lo que... el período debe ser amortizado, sin perjuicio de que la decisión final empresarial no pueda tener efecto hasta transcurridos treinta días desde la comunicación empresarial de inicio” (cfr. “La extinción del contrato de trabajo en el RDL 3/2012: aspectos sustantivos, procesales y de Seguridad Social”, en VVAA, *La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 3/2012*, Edit. Tirant lo blanch, Valencia 2012, pg. 173).

⁷ La escasa regulación de las consultas fue criticada en su día por Navarro Nieto, F., *Los despidos colectivos*, Edit. Civitas y Junta de Andalucía, Madrid 1996, pg. 174.

ción, permitiendo que las partes se organicen como estimen mejor. De todos modos, la redacción del artículo puede inducir a una cierta confusión cuando dice que “a la apertura del periodo de consultas se fijará un calendario de reuniones a celebrar dentro del mismo, *que respetará lo establecido en este artículo*, si bien las partes podrán acordar de otra forma el número de reuniones e intervalos entre las mismas” (art. 7.2 RDDC).

Por otro lado, el legislador subraya la importancia de que las partes negocien de buena fe (arts. 51.2 ET y 7.1 RDDC). Es numerosa la jurisprudencia que ha declarado nulo el despido colectivo por considerar que ha faltado este aspecto en la negociación: bien porque se trataba de un grupo de empresas a efectos laborales, que se ocultaba tras una o dos empresas del grupo⁸, bien porque la empresa negoció separadamente con los trabajadores fuera de la comisión negociadora, bien porque la empresa planteó una única opción a negociar, sin admitir ningún tipo de planteamiento alternativo, etc. Por todas ellas, vale la pena citar lo que indica una resolución judicial, que, respecto a las consultas, señala que tiene que haber un verdadero proceso negociador “caracterizado por su dinámica de concesiones recíprocas o de construcción de soluciones y opciones consensuadas. Quien se acerca a la mesa de consultas de un expediente de regulación de empleo con una única posibilidad sobre la mesa, la suya, no negocia porque no intercambia valor alguno, ni efectúa concesiones, ni ofrece opciones. Sencillamente se limita a tratar de cumplir formalmente un trámite, el del periodo de consultas o de negociación, y tal comportamiento no constituye una negociación de buena fe, máxime cuando ni tan siquiera se ponen sobre la mesa los documentos contables legalmente exigidos para que la parte afectada pueda conocer las causas”⁹.

La agilidad que se quiere tenga el período de consultas aparece reflejada en que no hay que agotar los plazos si las partes alcanzan un acuerdo, por ejemplo, tras la primera reunión. Lo que no se entiende bien es que la terminación del periodo pueda tener lugar por decisión común de las partes, en cualquier momento, pese a que no hubieran alcanzado acuerdo y no hubiera concluido el

⁸ La doctrina iuslaboralista ha prestado atención a la problemática de los grupos de empresas. Así, puede consultarse: Baz Rodríguez, J., *Las relaciones de trabajo en la empresa de grupo*, Edit. Comares, Granada 2002; Fernández López, M^a. F., “El empresario como parte del contrato de trabajo: una aproximación preliminar”, en obra coordinada por ella misma, *Empresario, contrato de trabajo y cooperación entre empresas*, Edit. Trotta, Madrid 2004; y Monereo Pérez, J. L., y Molina Navarrete, C., *El modelo de regulación jurídico laboral de los grupos de empresas. Una propuesta de reforma*, Edit. Comares, Granada 2002.

⁹ STSJ Madrid 30-5-2012, núm. 415/2012 (AS\2012\1672), FD 2º. Otros ejemplos, en relación con los supuestos enumerados, pueden verse en SAN 26-7-2012 (Sentencia núm. 91/2012, AS\2012\1678), SAN 25-7-2012 (Sentencia núm. 90/2012, AS\2012\1674) y STSJ Cataluña 13-6-2012 (Sentencia núm. 15/2012, JUR\2012\257822).

plazo del periodo de consultas. Si, como el legislador ha mantenido insistentemente, éste es el elemento clave del procedimiento, sorprende ahora que las partes puedan decidir rehusar tenerlo; que es lo que parece dar a entender el legislador cuando dice: “Igualmente, las partes, de común acuerdo, podrán en cualquier momento dar por finalizado el período de consultas, por entender que no resulta posible alcanzar acuerdo alguno, debiendo comunicarlo expresamente a la autoridad laboral” (art. 7.6 RDDC). Se ha de entender, a nuestro juicio, que, al menos, habrá tenido que celebrarse una primera reunión para que esa terminación del periodo pueda aceptarse por la autoridad laboral.

2.3. Documentación a aportar y contenido del periodo de consultas

La documentación a aportar al inicio del periodo de consultas viene señalada tanto en el art. 51.2 ET como en el art. 3 RDDC. Son aspectos claros si bien algunos de ellos merecen ser comentados.

En primer lugar, el periodo previsto para la realización de los despidos debe estar determinado adecuadamente. Alguna resolución judicial señala que no basta con señalar simplemente el *dies a quo*¹⁰.

En segundo lugar, se exige claridad en los criterios empleados para identificar a los trabajadores que serán objeto de despido, si bien no se exige la relación nominal de los mismos. No cabe por ello un criterio genérico, como ha señalado la jurisprudencia¹¹.

En tercer lugar, se plantea la duda de la importancia que debe darse al informe que debe emitir la representación legal de los trabajadores (art. 64.5.a) ET). Alguna resolución judicial¹² no lo considera motivo para la declaración de nulidad del despido colectivo pero el reglamento lo menciona expresamente en la documentación común a presentar (art. 3.3 RDDC).

La documentación específica, según la causa alegada, aparece descrita con carácter eminentemente técnico (arts. 4 y 5 RDDC). Resulta clara y entendemos que no merece más comentario.

¹⁰ STSJ Madrid, 25-6-2012 (AS\2012\1773).

¹¹ V. STSJ Cataluña, 23-5-2012, FD 5º, y SAN 26-7-2012, FD 7º. Un ejemplo de tal criterio genérico, rechazado por la Sala, puede verse en la STSJ Madrid, 25-6-2012 (AS\2012\1773), en la que la empresa alega como tal “un criterio de idoneidad acorde con la estructura productiva y organizativa que requiere la empresa, criterio valorado a través de la cadena de mando” (FFDD 18º y 19º). Un criterio muy alejado del que puede verse en la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Navarra, 5-6-2012 (AS\2012\1673), en donde se exponen hasta ocho criterios de determinación, que van desde el absentismo hasta la autonomía, pasando por la disciplina, responsabilidad, iniciativa, cooperación, aprendizaje y habilidades.

¹² STSJ Galicia, 6-7-2012 (AS\2012\1677).

Si nos centramos ahora en el contenido del periodo de consultas, éste se concreta en las llamadas “medidas sociales de acompañamiento”, que descriptivamente se definen como “medidas de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad” (art. 7.1 RDDC).

Hay que distinguir la recolocación interna de los trabajadores, que forma parte de esas medidas sociales, de la recolocación externa, que la llevan a cabo empresas de recolocación autorizadas. Éstas, las recolocaciones externas integran un Plan con ese mismo nombre, obligatorio para “las empresas que lleven a cabo un despido colectivo de más de cincuenta trabajadores” (art. 9 RDDC). Pero ello no impide que pueda ser materia del periodo de consultas de despidos colectivos que afecten a un número menor de trabajadores, si bien, en este caso, no tendrá el carácter obligatorio que tiene el Plan.

Cabe valorar positivamente la sustitución del Plan de acompañamiento social, a que se refería la norma reglamentaria anterior, por la división que hace ahora el RDDC entre “medidas sociales de acompañamiento” y “plan de recolocación externa”.

Es el art. 8 del RDDC el que ofrece una lista no cerrada de cuáles pueden ser esas medidas sociales de acompañamiento, distinguiendo dos bloques: medidas “para evitar o reducir los despidos” (art. 8.1 RDDC) y medidas “para atenuar las consecuencias en los trabajadores afectados” (art. 8.2 RDDC). De ahí que podamos concluir que las medidas tienen una doble misión: evitar el despido o buscar soluciones al despido ya inevitable.

Entre las primeras –medidas para evitar los despidos– encontramos todas las fórmulas relativas a lo que se ha dado en llamar “flexibilidad interna” en la empresa. Como novedad, la posible inaplicación o “descuelgue” de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable, tal como permite el art. 82.3 ET.

Ya en un segundo bloque –medidas para atenuar los efectos del despido– encontramos las que citara el anterior reglamento, junto a la concesión al trabajador de un derecho de reingreso preferente si se producen vacantes del mismo o similar grupo profesional al suyo, que, quizás, deba entenderse con relación a cualquier grupo profesional, fuera o no el suyo, siempre y cuando dispusiera de la cualificación profesional necesaria. Desaparecen las medidas “para hacer posible la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial”, mencionadas en el anterior reglamento¹³. El nuevo procedimiento agiliza y evita afectar a todo lo que pueda referirse al modo de gestión empresarial.

Es muy probablemente éste –el art. 8 RDDC– un artículo de importancia capital en el periodo de consultas, ya que éstas deben ir encaminadas a reducir

¹³ Art. 9.4 RD 801/2011.

los despidos y sus efectos. Las del primer bloque parecen más cercanas a las posibilidades de la empresa. Las del segundo bloque presentan mayor dificultad para su puesta en práctica. Una empresa en situación de crisis puede no ser capaz de organizar el reciclaje de sus trabajadores, salvo que lo externalice, lo cual conduce también a un coste económico que habrá de soportar. La letra e) relativa a las medidas compensatorias por gastos de movilidad geográfica parece una medida más propia del primer bloque que de este segundo. Alguna medida no resulta especialmente clara, como la mencionada en la letra d) (también del segundo bloque): “Promoción del empleo por cuenta propia como autónomos o en empresas de economía social, siempre que no persigan la continuidad de la prestación laboral o de los trabajadores afectados hacia la misma empresa mediante contratos de obras o de servicios o tipos contractuales análogos que tengan por fin la elusión en fraude de ley de las obligaciones dimanantes del contrato de trabajo”.

Respecto del plan de recolocación externa, obligatorio para aquellas empresas en los que el despido colectivo afecte, al menos, a cincuenta trabajadores, sólo subrayar que éste deberá llevarse a cabo por empresas de recolocación autorizadas, de las cuales trata la Ley de Empleo y un Reglamento propio¹⁴.

2.4. Sustitución del periodo de consultas

De manera parca, el art. 51.2 ET señala que “el empresario y la representación de los trabajadores podrán acordar en cualquier momento la sustitución del periodo de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para dicho periodo”.

El reglamento se refiere a esta opción en el art. 28.4, que hace referencia, en particular, a los procedimientos de mediación o arbitraje “regulados en los acuerdos sobre solución extrajudicial de conflictos laborales de nivel estatal o de nivel autonómico”. Puede sorprender que, con la importancia dada por el

¹⁴ V. arts. 20.2 y 21 bis Ley 56/2003, 16–12, Empleo. Art. 2.2 RD 1796/2010, 30–12, por el que se regulan las agencias de colocación: “Las empresas de recolocación son agencias de colocación especializadas en la actividad destinada a la recolocación de las personas trabajadoras que resultaran excedentes en procesos de reestructuración empresarial, cuando aquélla hubiera sido establecida o acordada con las personas trabajadoras o sus representantes en los correspondientes planes sociales o programas de recolocación, y estarán sometidas al régimen legal y reglamentario general establecido con carácter general para las agencias de colocación”. Sobre dichas agencias, *in extenso*, v. el interesante estudio de Gala Durán, C., “Crisis, reestructuración empresarial y regulación de las empresas de recolocación de trabajadores: ¿una oportunidad perdida?”, *Revista de Derecho Social*, nº 56, octubre–diciembre 2011, pgs. 103–120.

legislador al periodo de consultas, se permita ahora, en cualquier momento, su sustitución por un sistema de composición externo. No es lo mismo, ciertamente, la mediación que el arbitraje. La figura del mediador casa mejor con una ayuda al periodo de consultas. La figura del árbitro elimina la negociación y deja en manos de un tercero la solución de la controversia. Parece acertada la ubicación que hace el RDDC de esta posibilidad al final del periodo de consultas, tras el intento de las partes por alcanzar un acuerdo. La norma señala, al igual que el ET, que “el procedimiento de mediación o arbitraje deberá desarrollarse dentro del plazo máximo de duración establecido para la consulta con los representantes de los trabajadores”. Lo que no queda claro es qué plazo va a tener el mediador o el árbitro en caso de que se hayan llevado a cabo con anterioridad unas consultas frustradas: ¿sólo dispondrá del resto del tiempo que quede por agotar? ¿O debe entenderse que comienza a computar de nuevo el periodo de consultas? Nos inclinamos por esta segunda opción, por la complejidad que tienen estos asuntos y, de este modo, dejar al árbitro –si es éste el procedimiento de composición elegido– un tiempo prudencial para poder estudiar con detenimiento la documentación disponible¹⁵.

3. FUNCIONES DE LA AUTORIDAD LABORAL Y DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

La función a desempeñar por la autoridad laboral en este nuevo procedimiento cambia considerablemente respecto de la que tenía en el antiguo, en donde debía autorizar o denegar la solicitud empresarial de despido colectivo.

Ahora, tal como señala el art. 51.2 ET, se trata de velar por que el periodo de consultas se lleve a cabo de un modo adecuado. Y es aquí donde se centran las nuevas funciones de la autoridad laboral, que aparecen descritas en el artículo 10 RDDC. De lo que allí se expone cabe destacar lo siguiente:

Primero. Se prevé una comunicación fluida entre las partes que celebran las consultas y la autoridad laboral. Ésta puede realizar las advertencias y recomendaciones que estime convenientes, al tiempo que recibe también las observaciones que las partes le quieran hacer llegar. La autoridad laboral actúa como

¹⁵ En sentido similar se pronuncia Monereo Pérez: “No se entiende por qué en estos supuestos se siguen imponiendo los plazos máximos, dado que las partes –por la complejidad de la situación– podrían acordar que el procedimiento autónomo se alargara más allá en el tiempo. Por otra parte, es posible que el plazo se encuentre ya muy avanzado y no exista el tiempo necesario para el desarrollo del procedimiento alternativo. Es por ello que puede entenderse que el plazo debería computar desde que se produce el acuerdo de acogerse a la mediación o al arbitraje, pues previamente puede que no ha existido un auténtico periodo de consulta–negociación” (cfr. *El despido colectivo...*, pg. 98).

tercero imparcial que canaliza todas las observaciones a ambas partes implicadas en el procedimiento. Pero lo que no debe olvidarse es que el legislador no quiere que el proceso se detenga porque pueda faltar alguna documentación legalmente establecida. Hay una opción preferencial por la agilidad y por la posibilidad de subsanar *a posteriori* lo que haya podido omitirse en un momento previo (art. 6.4 RDDC)¹⁶.

Segundo. Se le encomiendan a la autoridad laboral funciones de mediación, si las partes así lo solicitan, y de asistencia, en este caso con mayor libertad de actuación. Puede ser interesante traer aquí a colación lo que prevé la Directiva de despidos colectivos. En efecto, ésta señala que, durante el plazo que dura el procedimiento, la autoridad pública competente buscará soluciones a los problemas planteados por los despidos colectivos considerados (art. 4.2). Parece ser una llamada a la intervención autónoma, que se identifica con esa asistencia a que se refiere el art. 10 RDDC. Es decir, el legislador español opta por un papel de ayuda por parte de la autoridad laboral, pero no impositivo de lo que finalmente las partes deben hacer. De ahí que la mediación se contemple sólo “a petición conjunta de las partes” (art. 10.3 RDDC). Para estas funciones de mediación y asistencia, la autoridad laboral podrá requerir la colaboración de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Por otro lado, y centrándonos ahora en la función de este último órgano, el reglamento le atribuye la elaboración de un informe sobre el contenido de la comunicación inicial del periodo de consultas y el desarrollo del mismo (art. 11.2 RDDC).

Se plantea la cuestión de cuándo debe emitirse el informe y qué papel juega hasta entonces la Inspección. La norma estatutaria no es especialmente clara, ya que, por un lado, señala que “recibida la comunicación (se refiere a la de inicio del periodo de consultas), la autoridad laboral... recabará, con carácter precep-

¹⁶ Como observa Goerlich Peset, “ante un eventual desarrollo anómalo de las consultas, la autoridad laboral puede formular “advertencias y recomendaciones” al respecto (artículo 49 LISOS) como paso previo al ejercicio de las facultades sancionadoras si los incumplimientos se consolidaran malogrando las finalidades del periodo de consultas. Téngase en cuenta en este último sentido que no ha sufrido modificación alguna el artículo 7.7 LISOS que configura como infracción grave “la transgresión de los derechos de información, audiencia y consulta de los representantes de los trabajadores y de los delegados sindicales, en los términos en que legal o convencionalmente estuvieren establecidos”. Es más, esta facultad de vigilancia se ha extendido a las medidas de acompañamiento impuestas legalmente (artículo 51.10 ET) o que hayan sido asumidas por el empresario en el marco del procedimiento: el nuevo artículo 8.14 LISOS configura como infracción muy grave su incumplimiento” (cfr. “La extinción del contrato de trabajo en la reforma de 2012: la culminación de una larga evolución”, en García-Perrote Escartín, I., y Mercader Uguina, J. R., *La regulación del Mercado Laboral. Un análisis de la Ley 3/2012 y de los aspectos laborales del Real Decreto-ley 20/2012*, Edit. Lex Nova, Valladolid 2012, pg. 360).

tivo, informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre los extremos de la comunicación a que se refiere los párrafos anteriores y sobre el desarrollo del periodo de consultas”. Y a continuación, afirma que “el informe deberá ser evacuado en el improrrogable plazo de quince días desde la notificación a la autoridad laboral de la finalización del periodo de consultas...” (art. 51.2). Por su parte, el reglamento señala que una vez que la autoridad laboral ha recibido la comunicación de la decisión empresarial de despido colectivo, “dará traslado de la misma a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social... a efectos de la emisión del preceptivo informe” (art. 11.1 RDDC). Luego se plantea la duda de cuándo comienza a intervenir la Inspección de Trabajo y Seguridad Social: si es en el momento final, cuando el empresario comunica su decisión a la autoridad laboral, o antes, durante el periodo de consultas.

A nuestro juicio, la forma de conciliar ambos preceptos la da el art. 6, apartados 3 y 4 RDDC: la autoridad laboral debe recabar el informe cuando se le comunica el inicio del periodo de consultas, dando traslado de la documentación que acompaña a dicha comunicación, lo que permite ya la intervención de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, con su función de vigilancia y también de asesoramiento y mediación. Otra cosa distinta es cuándo debe emitir su informe, en cuyo caso hay que acudir bien al art. 51.2 ET bien al art. 11.2 RDDC, que señalan un plazo improrrogable de quince días desde la finalización del periodo de consultas y su consiguiente comunicación de término por el empresario a la autoridad laboral, tal como prescribe el art. 12.1 RDDC.

De este modo, durante el periodo de consultas, la Inspección de Trabajo debe comprobar también si el escrito de comunicación de inicio del procedimiento reúne los requisitos exigidos (documentación común, memoria explicativa y, en su caso, plan de recolocación externa); de no ser así, lo comunicará a la autoridad laboral para que lo advierta al empresario (art. 6.4 RDDC). Hay, de algún modo, una duplicidad de funciones, porque de esto también debe ocuparse la autoridad laboral. Quizás el legislador confíe más en la eficacia de la Inspección como instrumento de apoyo de dicha autoridad y por su mayor cercanía al escenario donde se desarrolla el periodo de consultas.

También durante este periodo deberá velar por que no se produzca fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo¹⁷. De apreciar tales vicios de consentimiento, no vemos objeción para que lo comunique a la autoridad laboral lo antes posible, sin necesidad de esperar a la confección del informe y sin perjuicio de que quede constancia también en éste. En relación

¹⁷ No siempre la versión de la Inspección de Trabajo es aceptada por los Tribunales. Así, un ejemplo de rechazo de la misma en la que se ponía de relieve la inadecuación de las consultas en STSJ Galicia núm. 4389/2012, 19-7 (AS\2012\1888), FD 3º. La Sala entendió que no procedía esa apreciación, pues se había llevado a cabo la recolocación de trabajadores.

con un posible fraude consistente en la connivencia entre empresario y trabajadores para la obtención de prestaciones por desempleo, el reglamento señala que “así se hará constar en el informe, para su valoración por la entidad gestora de las prestaciones por desempleo” (art. 11.4 RDDC). De este modo, aunque no lo diga expresamente la norma, hay que entender que el informe emitido por la Inspección de Trabajo debe llegar a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo. ¿En qué momento? Entendemos que una vez haya llegado a la autoridad laboral. Ésta deberá remitirlo a la entidad gestora de la prestación por desempleo y ésta se pronunciará –no indica la norma en qué plazo, pero se entiende que con la máxima celeridad posible– sobre el posible fraude, que podrá dar lugar a la impugnación del acuerdo por la autoridad laboral (art. 51.6 ET).

4. FINALIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO Y NOTIFICACIÓN DE LOS DESPIDOS

El empresario debe comunicar a la autoridad laboral competente, en el plazo máximo de quince días desde la fecha de la última reunión del periodo de consultas, el resultado del mismo. Tanto si se ha alcanzado acuerdo como si no, debe proceder a dicha comunicación. Si hay acuerdo, remitirá copia del mismo. Si no lo hay, comunicará su decisión final a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral, junto con las condiciones del despido (art. 12.1 RDDC). Transcurrido ese plazo sin que se haya producido la comunicación empresarial, el procedimiento de despido colectivo se entiende que ha caducado, lo que conllevará la necesidad de iniciar un nuevo procedimiento (art. 12.4 RDDC).

La cuestión que se suscita en este momento es qué naturaleza tiene ese acuerdo que ha podido alcanzar el empresario con la comisión negociadora del despido colectivo. Siguiendo a un autor de la doctrina, lo podemos calificar de “pacto colectivo de reorganización”, que forma parte de la heterogénea categoría de los pactos o acuerdos colectivos de empresa. En ningún caso, puede ser calificado de convenio colectivo estatutario¹⁸.

En cuanto a la notificación de los despidos, ésta deberá hacerse de modo individual a los trabajadores afectados, siguiendo los requisitos formales establecidos para el despido objetivo (art. 14.1 RDDC). alguna resolución judicial no considera necesario que el empresario justifique en la carta de despido los

¹⁸ Monereo Pérez, J. L., *El despido colectivo...*, pgs. 78–79.

criterios de selección utilizados para seleccionar al trabajador, sin perjuicio de que éste pueda solicitarlos a la empresa¹⁹.

Tanto el art. 51.4 ET como el art. 14.2 RDDC señalan que “en todo caso, deberán haber transcurrido como mínimo treinta días entre la fecha de la comunicación de la apertura del periodo de consultas a la autoridad laboral y la fecha de efectos del despido”. Se trata de un plazo a respetar haya habido o no acuerdo en el periodo de consultas²⁰. Se salvaguarda así que la autoridad laboral haya tenido ocasión de conocer el expediente y de recibir el informe de la Inspección de Trabajo así como la valoración, en su caso, de la entidad gestora de las prestaciones por desempleo.

Puede resultar un plazo excesivamente amplio si las consultas no han tenido lugar por entender las partes que no era posible alcanzar acuerdo alguno, o si el acuerdo se ha alcanzado al inicio del periodo de consultas. Entendemos que en tales casos podrían ser suficientes quince días desde la comunicación del empresario a la autoridad laboral de la finalización sin acuerdo de las consultas. En otros casos, el plazo puede resultar breve. Nos referimos al supuesto en que las consultas han tenido una duración de treinta días –al tener la empresa más de cincuenta trabajadores–. La autoridad laboral debe recibir el informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Quizás debiera ampliarse en quince días, alcanzando así una duración total de cuarenta y cinco días. No obstante, es probable que el legislador desee imponer de nuevo la línea de la agilidad en la tramitación y permitir la comunicación de los despidos sin perjuicio de que la autoridad laboral pueda, posteriormente, impugnar el despido, en caso de fraude, dolo, coacción, abuso de derecho o falta de buena fe.

La Directiva de despidos colectivos parece también favorable a plazos más amplios. Así, señala que “en la medida en que el plazo inicial previsto (se refiere a los treinta días que median desde la comunicación de inicio de consultas hasta la fecha de notificación individual de despidos) sea inferior a sesenta días, los Estados miembros podrán conceder a la autoridad pública competente la facultad de prorrogar el plazo inicial hasta sesenta días después de la notificación, cuando los problemas planteados por los despidos colectivos

¹⁹ Sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Navarra, 5–6–2012, que señala que “el derecho de defensa y a la tutela judicial efectiva que ampara a todo trabajador afectado por una decisión extintiva queda suficientemente salvaguardado con la posibilidad legal que tiene de solicitar la aportación como prueba de los criterios de valoración que se hubieran utilizado por la empresa, o el resultado de las encuestas de valoración de personal, y asimismo con la posibilidad de aportar al proceso indicios que pongan de manifiesto que la elección del trabajador que reclama está fundada en un trato discriminatorio o en la vulneración de cualquier derecho fundamental...” (FD 4º).

²⁰ No tiene carácter dispositivo (Cfr. Blasco Pellicer, A., *op. cit.*, pg. 177).

considerados corran el riesgo de no encontrar solución en el plazo inicial” (art. 4.3). El legislador español ha hecho caso omiso de esta posibilidad²¹.

5. PARTICULARIDADES DE LOS DESPIDOS COLECTIVOS EN EL ÁMBITO DE UNA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Quizás sea ésta una de las novedades más importantes en el nuevo reglamento, al desarrollar la DA 20ª ET, introducida por la Ley 3/2012, que prevé claramente y sin ambages la posibilidad de que el personal laboral de una Administración Pública pueda verse afectado por un despido colectivo. Se zanja así cualquier tipo de duda, que había llegado a dar lugar a cierta discusión doctrinal sobre si era posible que se diera este despido en el ámbito de lo público²². Pues bien, el reglamento dedica su Título III a las “Normas específicas de los procedimientos de despido colectivo del personal laboral al servicio de los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público”. Concretamente, se centra en lo que debe entenderse por Administración Pública, según el art. 3.2 de la Ley de Contratos del Sector Público. Será en estos órganos donde se producirán las especialidades, mientras que aquellos otros entes públicos que no se identifiquen de este modo con la Administración Pública seguirán el mismo procedimiento previsto para la empresa privada.

Nos limitaremos a algunas observaciones del procedimiento contenido en la norma:

Primero. En el contexto de las causas de despido, llama la atención que no aparece en el reglamento mencionada la causa productiva, que sí aparece en la DA 20ª ET; muy probablemente porque se entiende que no es propia de una Administración Pública, cuya misión es el servicio público y actuar sin ánimo de lucro, pero que sí puede contemplarse en aquella otra parte de sector público que actúa con criterios empresariales.

Segundo. A la hora de computar el número de trabajadores necesarios para que resulte aplicable el procedimiento de despido colectivo, se tendrá en cuenta “la totalidad del personal laboral contratado en el ámbito correspondiente con arreglo al Estatuto de los Trabajadores o normativa dictada en su desarrollo” (art. 35.2 RDDC). No se considerará, por tanto, al personal funcionario.

Tercero. No se identifica la autoridad laboral a la que hay que comunicar la tramitación del despido. Ha de entenderse aplicable el art. 25 RDDC. Surge

²¹ Muy crítico con el alejamiento de la normativa española respecto de la Directiva comunitaria se manifiesta Cabeza Pereiro, J., “La supresión de la autorización administrativa en los despidos colectivos”, *Revista de Derecho Social*, nº 57, enero-marzo 2012, pgs. 188-193.

de este modo la duda de cuál sería dicha autoridad si el despido afecta al propio ente que ejerce de autoridad laboral.

Cuarto. Aparece un nuevo ente, que es el órgano de Función Pública, que cumple un papel supervisor y de autorización en los despidos colectivos. Se trata del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas o autoridad equivalente en el ámbito de las Comunidades Autónomas. Supone un elemento extraño si comparamos este procedimiento con el propio de la empresa privada y si tenemos en cuenta que dicho órgano emite un informe vinculante para poder efectuar los despidos, lo que se traduce en una autorización administrativa, si bien la norma habla de “requisito”. Por otro lado, el informe se justifica como requisito de garantía en relación con “acuerdos, convenios, pactos o instrumentos similares de los que puedan derivarse costes u obligaciones en materia de personal a su servicio”. Su ausencia supondrá la nulidad del procedimiento (art. 47.1 RDDC). Parece claro que se pretende así un control sobre las indemnizaciones que se puedan pactar en el periodo de consultas.

Quinto. El plan de recolocación externa lo ha de llevar a cabo el Servicio Público de Empleo, ya sea estatal o autonómico, según el Ente a que se refiera el despido. Alguna opinión doctrinal ha criticado esta diferencia de trato respecto a los despidos colectivos en la empresa privada²³.

Sexto. El despido colectivo en las Entidades Locales aparece más simplificado que en el resto de las Administraciones Públicas. No se menciona el informe vinculante del órgano de Función Pública (art. 48 RDDC). Muy probablemente, el legislador apunta a que sea en este ámbito donde mayores despidos colectivos se vayan a producir.

Séptimo. Nada se dice de la comunicación individual de los despidos. Se aplicará, por la remisión al procedimiento de despido colectivo en la empresa privada que el propio reglamento establece, el régimen del despido objetivo.

²² A favor de la posibilidad de despidos colectivos en la Administración Pública: Cruz Villalón, J., “Los expedientes de regulación de empleo en las Administraciones Públicas”, *Revista de Derecho Social*, nº 49/2010, Edit. Bomarzo, pgs. 17–40. En contra, Gualda Alcalá, F. J., *La reforma del despido objetivo y colectivo en la Ley 35/2010. Análisis para la defensa del derecho a la estabilidad en el empleo*, Edit. Bomarzo, Albacete 2011, pgs. 105–117.

²³ Alamán Calabuig, M., y Rodríguez-Piñero Royo, M., critican lo que consideran “una diferencia de trato poco justificable entre sujetos públicos y privados. Que se excluya que los públicos acudan a agencias privadas de recolocación es criticable, sobre todo cuando los servicios públicos de empleo no han incluido estos servicios en sus actividades hasta hace muy poco; peor es el caso de las empresas privadas, a las que se obliga a asumir el coste de contratar unos servicios externos, generalmente elevados, sin que se les dé la opción de recibirlos de un servicio público” (cfr. “La regulación de los despidos colectivos. Primeros comentarios al RD 1483/2012”, artículo en prensa, facilitado por el autor, pg. 17).

Ahora bien, como ha sido puesto de relieve en la doctrina, puede ser de difícil ejecución la puesta a disposición de la indemnización que prevé el art. 53.1.b) ET²⁴.

6. A MODO DE CONCLUSIÓN: ¿ESTAMOS ANTE UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO?

La cuestión merece una respuesta diversa según nos situemos en la empresa privada o en la Administración Pública.

En la primera, no lo es tal, porque no concluye con resolución administrativa alguna. Lo que sucede es que, pese a ello, la regulación es tan exhaustiva que recuerda el estilo propio de un procedimiento reglado. Baste pensar en la minuciosidad con que se describen las consultas, si bien, como también ha quedado expuesto, esta regulación tiene carácter dispositivo. El procedimiento, como decimos, está enormemente estructurado. Hasta tal punto que el legislador fija un plazo de caducidad de quince días si el empresario no comunica a la autoridad laboral su decisión final de despido colectivo una vez haya tenido lugar la última reunión del período de consultas (art. 12.4 RDDC). En la doctrina, también se ha manifestado una cierta perplejidad ante el resultado final²⁵.

En cuanto a los despidos colectivos en el ámbito de la Administración Pública, resulta a la postre una cuestión tautológica, ya que es la propia Admi-

²⁴ Así lo observa De Soto Rioja, S.: “En sus consecuencias últimas, es decir, en la formalización de la necesaria notificación individual de cada despido, esta remisión en bloque a los postulados del despido objetivo sin mayor matización también genera grandes y graves problemas de efectividad. En especial, respecto de los requisitos establecidos en el artículo 53 ET sobre puesta a disposición simultánea de la indemnización, pues se convierte en la práctica en un elemento de casi imposible cumplimiento salvo que se acepte como algo natural un incremento notable de los costes. Bien por el retraso que conllevará la materialización de la medida, bien por las más que probables condenas por despido improcedente que a buen seguro se producirán a poco que se materialicen los inevitables retrasos en el pago y siga aplicándose la doctrina judicial consolidada en la materia. Piénsese en la necesidad de autorización y de tramitación administrativa que conlleva el libramiento de toda clase de fondos públicos, además de su necesaria consignación presupuestaria” (cfr. *La reestructuración del empleo en el sector público. La difícil armonización de los postulados del Derecho del Trabajo, el Derecho Administrativo y los imperativos de naturaleza económica*, Servicio de Publicaciones Universidad de Huelva, Huelva 2012, pgs. 86–87).

²⁵ Desdentado Bonete lo califica de “curioso procedimiento administrativo que no termina con un acto administrativo de resolución” (cfr. “Los despidos económicos tras la reforma de la Ley 3/2012. Reflexiones sobre algunos aspectos sustantivos y procesales (1)”, *Actualidad Laboral*, nº 17–18, octubre 2012, pg. 1797).

nistración la que procede a llevar a cabo los despidos²⁶. De ahí que siga un procedimiento administrativo interno, que tiene como peculiaridad fundamental que éstos pueden requerir, en determinados casos, el informe vinculante del órgano de Función Pública, que se asemejaría a un acto administrativo de autorización dentro del propio procedimiento.

²⁶ Alamán Calabuig, M., y Rodríguez-Piñero Royo, M., *op. cit.*, pg. 16.