



# UNIVERSIDAD DE GRANADA

PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS JURÍDICAS

TESIS DOCTORAL:

## **EL DESPIDO COLECTIVO EN UN MARCO DE REESTRUCTURACIÓN JURÍDICA Y SOCIALMENTE RESPONSABLE**

Presentada por el doctorando:

**ALEJANDRO MUROS POLO**

Bajo la dirección de:

**PROF. DR. JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ**

**PROF.<sup>a</sup> DR.<sup>a</sup> BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA**

GRANADA, 2023

*A mi maestro, por su incalculable generosidad  
A Belén, por confiar siempre en mí  
A mis padres y hermano, sin vosotros nada hubiera sido posible  
A Fernando, por su apoyo incondicional  
A todos los demás que siempre me acompañan*

## RESUMEN

La normativa internacional reguladora del despido colectivo (Convenio 158 OIT, Carta Social Europea revisada y Directiva 98/59/CE) establece la obligación de información y consultas con los representantes de los trabajadores como condición previa a la realización del despido colectivo. De este modo, se obliga al empresario a entablar una negociación sobre medidas que busquen evitar o reducir el número de despidos o bien mitigar los efectos que estos produzcan.

No obstante, el contenido mínimo de las consultas (la negociación de medidas sociales de acompañamiento) ha visto reducido su efectividad, habida cuenta de que las últimas reformas laborales, sobre todo la de 2012, han conformado un modelo de despido colectivo descompensado, que tiende en la práctica a expulsar a los trabajadores. A ello ha contribuido la flexibilización de las causas para despedir; la sustitución del plan de acompañamiento social para empresas de 50 trabajadores por un plan de recolocación externa para despidos de más de 50 personas trabajadoras; o la supresión de la autorización administrativa por un control blando ejercido por la Administración laboral.

Partiendo de esta idea, la presente tesis doctoral pretende ofrecer un estudio técnico-jurídico de la regulación del despido colectivo que ahonde en las principales críticas ya expuestas y ofrezca propuestas de *lege ferenda* con el fin de que se instauren las necesarias garantías para que se negocien efectivamente medidas alternativas o complementarias al despido colectivo. Todo ello para que el despido colectivo se sitúe, por fin, como una medida de *ultima ratio*.

## RIASSUNTO

La normativa internazionale che disciplina il licenziamento collettivo (Convenzione ILO 158, Carta Sociale Europea riveduta e Direttiva 98/59/CE) stabilisce l'obbligo di informazione e consultazione dei rappresentanti dei lavoratori come condizione preliminare all'esecuzione del licenziamento collettivo. In questo modo, il datore di lavoro è costretto ad avviare una trattativa su misure che mirano ad evitare o ridurre il numero di licenziamenti o ad attenuare gli effetti che questi producono.

Tuttavia, il contenuto minimo delle consultazioni (la negoziazione delle misure sociali di accompagnamento) ha visto ridursi di efficacia, tenuto conto che le ultime riforme del lavoro, in particolare quella del 2012, hanno creato un modello di licenziamento collettivo squilibrato, che tende in pratica a espellere i lavoratori. A ciò ha contribuito la flessibilità delle cause di licenziamento; la sostituzione del piano di accompagnamento sociale per le imprese con 50 lavoratori con un piano di ricollocamento esterno per licenziamenti superiori a 50 lavoratori; o la soppressione dell'autorizzazione amministrativa da parte di un controllo soft esercitato dall'Amministrazione del lavoro.

Partendo da questa idea, la presente tesi di dottorato si propone di offrire uno studio tecnico-giuridico della disciplina del licenziamento collettivo che approfondisca le principali criticità già esposte e offra proposte di legge ferenda al fine di stabilire le garanzie necessarie affinché possano essere negoziate efficaci misure alternative o complementari al licenziamento collettivo. Tutto ciò affinché il licenziamento collettivo si posizioni, finalmente, come misura di ultima ratio.

<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>12</b>
<b>INTRODUZIONE</b> .....	<b>21</b>
<b>CAPÍTULO I. EL CONFLICTO DE INTERESES ENTRE EMPRESA Y TRABAJADORES EN LAS REESTRUCTURACIONES EMPRESARIALES COMO PROBLEMA A RESOLVER</b> .....	<b>30</b>
1. “CRISIS”, ESTRATEGIA Y REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL: UN TRADICIONAL BINOMIO EN LA ADAPTACIÓN AL CAMBIO. LOS DISTINTOS MODELOS DE FLEXIBILIDAD .....	30
2. LOS MECANISMOS DE REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL EN EL PASADO, PRESENTE Y FUTURO .....	32
2.1. <i>La progresiva flexibilización del despido como vía de salida a las sucesivas crisis</i> .....	33
2.2. <i>La respuesta a la crisis de la COVID-19: el renovado protagonismo de la flexibilidad interna frente al despido</i> .....	38
2.3. <i>“Soplos de aire fresco” con la Reforma laboral de 2021 en materia de despido colectivo, pero no suficientes</i> .....	45
2.3.1. <i>Vigorización de la suspensión del contrato y la reducción de jornada ante crisis empresariales</i> .....	45
2.3.2. <i>La ausencia de preferencia legal de medidas de flexibilidad interna frente al despido</i> .....	47
3. EL DESPIDO COLECTIVO Y LAS REESTRUCTURACIONES SOCIALMENTE RESPONSABLES .....	49
3.1. <i>El estándar de trabajo decente de la OIT como “brújula” y su traslado a los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030</i> .....	49
3.2. <i>La reestructuración socialmente responsable en el seno de la Unión Europea</i> .....	55
<b>CAPÍTULO II. DESPIDO COLECTIVO Y SISTEMA INTERNACIONAL DE GARANTÍAS MULTINIVEL</b> .....	<b>63</b>
1. LA NORMATIVA DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO EN MATERIA DE DESPIDO: EL CONVENIO N.º 158 Y LA RECOMENDACIÓN N.º 166 DE 1982 SOBRE LA TERMINACIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO	63
2. LA CARTA SOCIAL EUROPEA REVISADA DEL CONSEJO DE EUROPA COMO FUENTE DE GARANTÍAS REFORZADAS .....	67

2.1. Breve aproximación a la Carta Social Europea como instrumento normativo del Consejo de Europea .....	67
2.2. La protección frente al derecho a no ser despedido sin justa causa en la Carta Social Europea Revisada .....	69
2.2.1. La interpretación del Comité Europeo de Derechos Sociales de la protección frente al despido sin “justificado motivo” .....	73
2.3. El procedimiento de despido colectivo en la Carta Social Europea revisada. 81	
<b>3. EL DERECHO SOCIAL COMUNITARIO SOBRE DESPIDOS COLECTIVOS COMO EJE DEL MODELO NORMATIVO DE REGULACIÓN GENERAL .....</b>	<b>84</b>
3.1. El Derecho primario de la Unión Europea: la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea .....	84
3.2. La piedra angular de la regulación del despido colectivo: la Directiva 98/59/CE .....	87
3.2.1. El recorrido histórico de la regulación comunitaria sobre despido colectivo y su sentido político-jurídico .....	87
3.2.2. Elementos delimitadores del despido colectivo en la Unión Europea .....	89
A) Elemento cualitativo .....	89
B) Elemento cuantitativo .....	97
3.2.3. El procedimiento de despido colectivo en la Directiva comunitaria .....	99
A) Las consultas con los representantes de los trabajadores y el deber de información .....	99
B) El papel de la autoridad pública en la regulación comunitaria .....	103
C) Autorización administrativa para proceder al despido colectivo.....	106
<b>4. EL ENGARCE DEL SISTEMA NORMATIVO ESPAÑOL CON LA PROTECCIÓN MULTINIVEL DE LOS DERECHOS.....</b>	<b>116</b>
4.1. El control de convencionalidad y la interpretación del derecho frente al despido injustificado conforme a los tratados internacionales.....	116
4.1.1. La protección frente al despido sin justa causa en la Carta Social Europea revisada y la cuantía de la indemnización por despido improcedente en el Derecho español.....	121
4.2. El principio de interpretación conforme en el Derecho Social Comunitario	125
<b>CAPÍTULO III. CONFIGURACIÓN JURÍDICA DEL DESPIDO COLECTIVO EN EL DERECHO ESPAÑOL: SENTIDO Y ALCANCE .....</b>	<b>129</b>
1. DESARROLLO HISTÓRICO-NORMATIVO DE LA REGULACIÓN DEL DESPIDO COLECTIVO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.....	129
2. EL CONCEPTO DE DESPIDO COLECTIVO Y SUS ELEMENTOS INTEGRADORES.....	141

2.1. <i>Bloque normativo interno y elementos configuradores del despido colectivo</i>	141
2.1.1. <i>Despidos individuales o plurales: su relación con el despido colectivo.</i>	144
2.2. <i>Elemento cuantitativo-numérico</i>	146
2.2.1. <i>La importancia del elemento cuantitativo-numérico: el despido colectivo de hecho</i>	146
2.2.2. <i>El concepto comunitario de trabajador</i>	148
A) El asunto Balkaya: consejeros o administradores de sociedades y personas que realicen actividades prácticas en la empresa	151
B) Trabajadores “habitualmente” empleados, contratación temporal y plantilla computable: el asunto Pujante Rivera	167
2.2.3. <i>Las extinciones computables</i>	175
A) Los despidos en sentido estricto: la centralidad de la extinción por motivos no inherentes a la persona de los trabajadores	175
B) Las extinciones asimiladas y su cómputo	179
C) La difícil catalogación en una u otra categoría a raíz de las sentencias Ciupa y Socha	180
2.2.4. <i>Las extinciones no computables</i>	185
2.3. <i>Elemento temporal</i>	186
2.3.1. <i>Aproximación al problema jurídico-interpretativo</i>	186
2.3.2. <i>Interpretación judicial anterior a la doctrina Marclean del Tribunal de Justicia de la Unión Europea</i>	188
2.3.3. <i>El nuevo cómputo bidireccional y su acogimiento por la doctrina judicial española</i>	190
2.3.4. <i>El mecanismo antifraude del art. 51.1 ET, último párrafo</i>	198
2.4. <i>Elemento causal: las causas empresariales para despedir</i>	203
2.4.1. <i>El control de razonabilidad elaborado por los Tribunales españoles</i>	204
2.4.2. <i>Las causas económicas</i>	207
2.4.3. <i>Las causas técnicas, organizativas o de producción</i>	210
A) Especial referencia a las causas técnicas y al recurso al “despido tecnológico” ante la Cuarta Revolución Industrial	213
2.4.4. <i>El ámbito de afectación de las causas</i>	221
3. ANÁLISIS DEL CENTRO DE IMPUTACIÓN NORMATIVA	222
3.1. <i>El centro de trabajo frente a la empresa en su conjunto: doctrina Rabal Cañas y problemas interpretativos</i>	222
3.2. <i>El grupo de empresas como empleador en el despido colectivo</i>	229
<b>CAPÍTULO IV. EL PROCEDIMIENTO DE DESPIDO COLECTIVO: SIGNIFICACIÓN Y RÉGIMEN JURÍDICO</b>	<b>243</b>

1. EL PROCEDIMIENTO DE “CONSULTAS-NEGOCIACIÓN”: EL FOMENTO DE LA “FLEXIBILIDAD NEGOCIADA” EN EL DESPIDO COLECTIVO.....	243
1.1. Actos previos y fase inicial.....	243
1.1.1. Comunicación “fehaciente” de la intención de iniciar procedimiento de despido colectivo .....	243
1.1.2. La constitución de la comisión negociadora: el banco social y empresarial .....	248
A) Comisión representativa de las personas trabajadoras .....	248
B) Representación del empresario en el procedimiento de consulta-negociación.....	264
C) Implicaciones de la falta de constitución o la errónea conformación de la comisión representativa de los trabajadores .....	265
1.1.3. Comunicación inicial de apertura del período de consultas y deberes informativos: la documentación del despido colectivo .....	271
A) Configuración general .....	271
B) Documentación común a todos los procedimientos de despido colectivo.....	275
C) Documentación en los despidos colectivos por causas económicas.....	286
D) Documentación en los despidos colectivos por causas técnicas, organizativas o de producción .....	288
E) El estándar de cumplimiento de la obligación informativa .....	288
1.1.4. La solicitud del informe a los representantes legales de los trabajadores .....	292
1.2. Desarrollo del período de consultas .....	292
1.2.1. El contenido de las consultas y el deber de negociar de buena fe como condición necesaria para el cumplimiento del procedimiento de despido colectivo .....	292
A) El valor probatorio de las actas de las reuniones .....	300
1.2.2. La duración de las consultas .....	302
1.2.3. La adopción del acuerdo y su valor “reforzado” .....	306
A) La sustitución del período de consultas por mediación o arbitraje.....	312
1.3. Los criterios de selección de los trabajadores afectados .....	314
1.3.1. Resumen de la principal doctrina jurisprudencial sobre los criterios de selección .....	314
1.3.2. La conformación y aplicación de los criterios de selección .....	318
A) La selección discriminatoria de los trabajadores afectados. Especial referencia al despido colectivo de la trabajadora embarazada.....	320
B) Los colectivos con prioridad de permanencia .....	324
C) La selección de trabajadores afectados por parte de un algoritmo .....	328
1.4. Finalización del procedimiento de despido colectivo y notificación individual del despido .....	330



2. LA INTERVENCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN LABORAL EN EL PROCEDIMIENTO DE DESPIDO COLECTIVO.....	336
2.1. <i>Introducción</i> .....	336
2.2. <i>El papel de la autoridad laboral en el despido colectivo</i> .....	337
2.2.1. <i>La autoridad laboral competente</i> .....	337
2.2.2. <i>La autoridad laboral en el inicio del procedimiento de despido colectivo</i> .....	340
2.2.3. <i>La actuación de la autoridad laboral durante la fase de consulta-negociación</i> .....	345
2.2.4. <i>La actuación de la autoridad laboral tras la finalización del período de consultas</i> .....	351
2.3. <i>Las facultades de intervención de la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social</i> .....	353
2.3.1. <i>Asistencia y apoyo a la autoridad laboral por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social durante el procedimiento de consulta-negociación</i> .....	353
2.3.2. <i>El informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social tras la finalización de las consultas. Especial referencia al control de la causa</i> .....	357
3. ESPECIAL REFERENCIA A LAS MEDIDAS SOCIALES DE ACOMPAÑAMIENTO Y AL PLAN DE RECOLOCACIÓN EXTERNA .....	366
3.1. <i>El antiguo plan social o plan de acompañamiento social y su reformulación por la Reforma laboral de 2012: las medidas sociales de acompañamiento y el plan de recolocación externa obligatorio</i> .....	366
3.2. <i>El plan de recolocación externa obligatorio</i> .....	371
3.2.1. <i>Empresas obligadas a ofrecer un plan de recolocación externa</i> .....	374
3.2.2. <i>Empresas de recolocación</i> .....	378
3.2.3. <i>Contenido, duración e implementación del plan de recolocación externa</i> .....	385
3.2.4. <i>Los servicios públicos de empleo y la actividad de recolocación</i> .....	389
3.3. <i>Las medidas sociales de acompañamiento</i> .....	392
3.3.1. <i>Introducción</i> .....	392
3.3.2. <i>Tipología</i> .....	393
A) <i>La indemnización en el despido colectivo y la escasa visión de una reestructuración socialmente responsable</i> .....	398
3.3.3. <i>La negociación de las medidas sociales de acompañamiento en el procedimiento de despido colectivo</i> .....	402

A) Sobre la compatibilidad de la negociación de medidas de flexibilidad interna durante la fase de consulta-negociación del despido colectivo.....	402
B) Sobredimensionamiento inicial del despido colectivo, negociaciones individuales en masa y ausencia de buena fe negocial .....	405
C) El marco normativo y la efectiva negociación de las medidas sociales de acompañamiento.....	408
3.4. <i>Control administrativo de las medidas sociales de acompañamiento y del plan de recolocación externa</i> .....	411
3.5. <i>Los tribunales en el control de la negociación de medidas sociales de acompañamiento y del plan de recolocación externa</i> .....	422
4. LOS TRABAJADORES MADUROS EN EL DESPIDO COLECTIVO .....	426
4.1. <i>Delimitación del problema: progresivo envejecimiento poblacional y sostenibilidad de la Seguridad Social</i> .....	426
4.2. <i>La expulsión de trabajadores maduros del mercado de trabajo a través de las operaciones de reestructuración empresarial como opción normalizada</i> .....	429
4.2.1. <i>La jubilación forzosa como extinción del contrato de trabajo por razón de la edad</i> .....	435
A) La reforma de la jubilación forzosa tras la entrada en vigor de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre	438
B) Balance de la nueva regulación de la jubilación forzosa prevista en convenios colectivos.....	446
4.3. <i>Medidas que buscan desincentivar el despido colectivo de los trabajadores maduros</i> .....	448
4.3.1. <i>Problemática y aplicación de la denominada “aportación económica al Tesoro Público”</i> .....	448
A) Requisitos para el nacimiento de la obligación.....	448
B) Determinación de la cuantía y destino de los fondos.....	451
C) Balance final .....	454
4.3.2. <i>El convenio especial con la Seguridad Social</i> .....	454
A) Sentido y alcance .....	454
B) Requisitos .....	457
C) Procedimiento de suscripción y consecuencias de su incumplimiento.....	462
D) El reparto de las cargas en el abono de las cuotas para financiar el convenio especial.....	469
E) Balance final .....	481
<b>CAPÍTULO V. EL DESPIDO COLECTIVO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ITALIANO .....</b>	<b>484</b>
1. CONFIGURACIÓN LEGAL DEL PROCEDIMIENTO “COMÚN” DE DESPIDO COLECTIVO EN ITALIA.....	484
1.1. <i>El marco legal: la Legge 223/1991</i> .....	484
1.2. <i>Delimitación del concepto de despido colectivo: supuestos de hecho y requisitos</i> .....	485

1.3. <i>Las fases del procedimiento de despido colectivo: inicio, desarrollo y desenlace</i>	489
1.4. <i>Mecanismos de tutela judicial del despido colectivo tras las diferentes reformas</i>	497
2. EL NUEVO PROCEDIMIENTO ITALIANO DE DESPIDO COLECTIVO PRETENDIDAMENTE DENOMINADO “ANTI-DESLOCALIZACIONES” .....	501
2.1. <i>Elementos configuradores</i> .....	503
2.2. <i>Las fases del nuevo “pre-procedimiento” de despido colectivo para grandes empresas: el reforzamiento de la reestructuración socialmente responsable</i> .....	504
<b>CONCLUSIONES CRÍTICAS Y PROPUESTAS DE <i>LEGE FERENDA</i> DESDE EL ENFOQUE DEL GARANTISMO JURÍDICO .....</b>	<b>512</b>
<b>CONCLUSIONI CRITICHE E PROPOSTE <i>LEGE FERENDA</i> DALL'APPROCCIO DEL GARANTISMO GIURIDICO .....</b>	<b>532</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>550</b>
<b>WEBGRAFÍA .....</b>	<b>572</b>

## INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas se viene asistiendo a una progresiva flexibilización del Derecho del Trabajo, en la medida en que el estatuto jurídico-protector del trabajador se encuentra subordinado a la eficiencia económica de la empresa<sup>1</sup>. Las sucesivas reformas laborales han ido debilitando la posición jurídica de los trabajadores, así como sus mecanismos de defensa colectiva, en una idea no demostrada, debida a planteamientos neoliberales, de que la mayor protección del trabajador frena el crecimiento y la recuperación económica.

En una época de crisis económicas recurrentes (y persistentes), el modelo jurídico-laboral español ha optado tradicionalmente por facilitar el despido como vía de adaptación de las empresas a las exigencias del mercado y a la obtención del máximo beneficio empresarial. Así, las últimas reformas laborales y especialmente la del año 2012, en una mal entendida política comunitaria de flexiseguridad, han contribuido a configurar al despido y, en concreto, al despido colectivo como una medida plenamente normalizada dentro de las facultades organizativas y de reestructuración del empresario<sup>2</sup>.

Algunos de los elementos que han contribuido a esta afirmación son: la supresión del elemento teleológico en la formulación de las causas empresariales para despedir; la reducción del control público con la eliminación de la autorización administrativa en el despido colectivo; la sustitución del plan de acompañamiento social obligatorio para empresas con 50 empleados o más por un plan de recolocación externa para despidos de más de 50 trabajadores; y, en definitiva, la escasa incentivación, tanto normativa como pública, de la adopción de medidas alternativas o complementarias al despido colectivo.

Una nueva respuesta se ha dado tanto desde la Unión Europea como desde España para hacer frente a la crisis de la COVID-19. En efecto, se adoptaron toda una serie de mecanismos para sostener el empleo a través de la medida estrella, el ERTE, con fuertes gastos de dinero público en materia de prestaciones por desempleo y bonificaciones empresariales a la Seguridad Social, a la vez que se desincentivó el despido, ya fuera con

---

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

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

el compromiso de mantenimiento del empleo o con la denominada “prohibición de despedir”. No obstante, se trata de un modelo que, una vez que se ha producido la vuelta a la “nueva normalidad”, se ha trasladado de forma parcial a la legislación ordinaria con la Reforma laboral de 2021, sin modificar la regulación del despido colectivo y sin introducir una preferencia de medidas de flexibilidad interna frente a este mecanismo de extinción del contrato.

Es necesario tener en cuenta los efectos o externalidades negativas que produce el despido colectivo, no solo respecto al trabajador individualmente afectado, por su pérdida de sustento y la posibilidad o no de su reinserción en el mercado laboral<sup>3</sup>, sino respecto a la sociedad en general. En concreto, el despido colectivo puede suponer una importante destrucción de empleo que genere, a su vez, una serie de consecuencias negativas, ya sea desde el importante gasto público en materia de prestaciones por desempleo que ello conlleva, ya sea desde la afectación al territorio con la destrucción del tejido productivo local, la descapitalización social o el riesgo de despoblación<sup>4</sup>. Por no hablar de los nocivos efectos que ocasiona sobre la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social la expulsión de trabajadores maduros del mercado de trabajo a través de la negociación de simples medidas indemnizatorias y prejubilaciones. Y en buena medida estas preocupaciones por los efectos sociales están presentes en el mismo origen de la regulación comunitaria del despido colectivo (la Directiva 98/59/CE), aunque como se analizará el presente estudio no se han trasladado a la norma interna de forma suficiente.

Entender el despido colectivo desde la perspectiva de la reestructuración socialmente responsable y la denominada “flexibilidad ofensiva” es más que necesario ante los nuevos retos que plantea la globalización, que ya permite no solo la deslocalización de la industria, sino también la del sector servicios; la digitalización de la economía, con los efectos que pueda tener la robotización o la automatización sobre la desaparición y transformación de puestos de trabajo; el progresivo envejecimiento poblacional, con cada vez más trabajadores maduros activos; o la transición ecológica.

---

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

<sup>4</sup> MOLINA NAVARRETE, C.: “La gestión pública de los “ERTE” (regulación temporal de empleo) y de los “ERE” (regulación extintiva) en el autogobierno andaluz: balance y perspectivas pospandemia”, *Temas Laborales*, N.º 160, 2021, p. 179.

Al hilo de este último tema, el Real Decreto-ley 1/2023, de 10 de enero, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas ha calificado a los trabajadores maduros como un colectivo vulnerable frente al cual habrá de adoptarse medidas (a través de los mecanismos de incentivos a la contratación) para fomentar el empleo. Y es que, lamentablemente, este colectivo es el que más ocupa las largas colas del paro de larga duración.

Es prioritario que se otorgue preferencia a la estabilidad en el empleo, la modernización de la tecnología, la apuesta por la innovación, la calidad, la formación y la transición profesional, y no tanto por la reducción de costes. De este modo, es necesario que todos los agentes implicados en el conflicto del despido colectivo (empresario, trabajadores y el poder público) intervengan de forma preventiva y proactiva para evitar la medida más lesiva, el despido colectivo, y así garantizar soluciones equilibradas y consensuadas tendentes a la maximización de los intereses en conflicto.

Habida cuenta de lo anterior, el trabajo de investigación que aquí se introduce lo que pretende es analizar desde una perspectiva jurídico-crítica la regulación del despido colectivo con el fin último de proponer una serie de cambios normativos que caminen en la idea de la reestructuración jurídica y socialmente responsable. De lo que se trata es de abordar un estudio omnicomprendivo de la figura del despido colectivo para así identificar las principales deficiencias y potencialidades de la ordenación normativa nacional para, en última instancia, poder configurar al despido colectivo como una medida de *ultima ratio*. En este sentido, el análisis de la regulación española del despido colectivo en comparación con la normativa internacional y comunitaria del despido colectivo, así como respecto a la regulación italiana, supone un adecuado instrumento para lograr el fin último de la tesis doctoral.

En cuanto a la metodología utilizada, se ha realizado una labor sistematizadora consistente en la explicación ordenadora, de recopilación y sistematización tanto de las disposiciones jurídicas nacionales, comunitarias e internacionales vigentes como de las principales decisiones de los órganos jurisdiccionales y la doctrina científica en sendos niveles, así como de diferentes documentos de carácter político. También se ha realizado una investigación interpretativa o de *lege data*, con el propósito de esclarecer la naturaleza de determinados problemas interpretativos a raíz de diversas alternativas, proponiendo una solución que exista en el sentido amplio del ordenamiento jurídico, ya sea en la jurisprudencia, en la doctrina judicial o la doctrina científica. Por último, la metodología

utilizada se ha valido de una investigación reformadora, la cual consiste en criticar la regulación vigente de forma razonada y proponer modificaciones a la misma.

Siguiendo estos objetivos y la metodología indicados, el presente trabajo se ocupa de un estudio pormenorizado de los siguientes aspectos:

El capítulo primero elabora un análisis del conflicto que existe siempre en el Derecho del trabajo entre la racionalidad social y la racionalidad económica, en este caso desde la perspectiva de la reestructuración de empresas.

Por un lado, se identifica el concepto de “reestructuración empresarial”, así como se exponen los diferentes modelos de flexibilidad (“defensivo” u “ofensivo”) por los que puede apostar un sistema legal para la necesaria reestructuración.

Por otro lado, en el apartado segundo de este mismo capítulo se analizan las principales respuestas que se han adoptado desde la perspectiva del despido ante las crisis empresariales, destacando la tendencia neoliberalizadora en la facilitación del despido de las últimas décadas y, posteriormente, la respuesta dada a la COVID-19 en la línea del sostenimiento del empleo.

Asimismo, se elaboran una serie de referencias a la reciente Reforma laboral de 2021 y se exponen sus principales líneas maestras en lo que respecta a las medidas de flexibilidad interna y al despido.

Para cerrar este capítulo se procede a exponer la construcción del estándar de trabajo decente en el seno de la OIT, para después ahondar en el concepto de la reestructuración socialmente responsable elaborado en el ámbito de la Unión Europea.

El capítulo segundo se ocupa del despido colectivo y el sistema internacional de garantías multinivel, todo ello con la intención de comprobar si la normativa nacional se adapta a lo exigido por la normativa internacional a en materia de despido en general y de despido colectivo en particular.

En primer lugar, se analizan el Convenio 158 de la OIT y su Recomendación 166 de 1982 sobre la terminación de la relación de trabajo.

En segundo lugar, se elabora un análisis de la Carta Social Europea revisada, recientemente ratificada por España, y, en concreto, se aborda la importante interpretación que el Comité Europeo de Derechos Sociales ha venido emitiendo sobre la

protección frente al despido sin causa, así como se expone la regulación del despido colectivo prevista en el art. 29 CSEr.

En tercer lugar, el presente trabajo se ocupa de analizar la regulación que el Derecho Social Comunitario realiza del despido colectivo en su Directiva 98/59/CE, no sin antes partir de una referencia al Derecho primario de la Unión y a la CDFUE. En efecto, se aborda un recorrido histórico de la regulación comunitaria del despido colectivo para, seguidamente, analizar de forma detallada la Directiva sobre despidos colectivos, tanto desde el plano de sus elementos delimitadores (elemento cualitativo y cuantitativo), como desde el plano del procedimiento en cuestión (las consultas con los representantes de los trabajadores y el deber de información; el papel que le corresponde a la autoridad pública; o el debate en cuanto a la autorización administrativa y su compatibilidad con el Derecho comunitario).

Por último, el apartado cuarto de este capítulo se encarga de las dos vías por las que deben de resolverse principalmente los conflictos entre la norma internacional y el Derecho nacional: el control de convencionalidad para los Tratados Internacionales (una cuestión que se relaciona con las dos reclamaciones colectivas frente al CEDS que están pendientes de resolución en cuanto al sistema indemnizatorio español por despido improcedente) y el principio de interpretación conforme en cuanto al Derecho Social Comunitario.

En el capítulo tercero se aborda la configuración jurídica del despido colectivo en el Derecho Español, siguiendo el siguiente esquema:

En el apartado primero se elabora un estudio del desarrollo histórico-normativo del despido colectivo en el ordenamiento jurídico-laboral español.

En segundo lugar, se analiza el concepto de despido colectivo y sus elementos configuradores (los elementos causal, cuantitativo-numérico y temporal), al igual que se relacionan tales elementos con los despidos considerados individuales o plurales.

En cuanto al elemento cuantitativo-numérico se estudia la principal jurisprudencia del TJUE, por un lado, para determinar el concepto comunitario de trabajador y la implicación que esta tiene respecto a los miembros de los órganos de administración, las personas en prácticas y los trabajadores que tienen un contrato temporal. También se analiza la última doctrina del TJUE respecto a las extinciones computables, ya sean



despidos en sentido estricto, extinciones asimiladas (teniendo en cuenta la doctrina *Ciupa* y *Socha* y su complicada aplicación), así como las extinciones no computables.

De igual modo, para el análisis del ámbito temporal el autor acude a la última jurisprudencia del TJUE (caso *Marclean*) y determina qué parámetros deben de tenerse en cuenta para aplicar dicha doctrina en el ordenamiento jurídico nacional.

En cuanto al elemento causal, se dedica un análisis al control de razonabilidad elaborado por los Tribunales, así como se detallan las principales características de las causas económicas, técnicas (con especial referencia a estas), organizativas o productivas, y el ámbito de afectación.

El apartado tercero se ocupa del análisis del centro de imputación normativa, tanto desde el punto de vista del centro de trabajo (acudiendo a la doctrina del TJUE del asunto *Rabal Cañas*), como desde el punto de vista del grupo de empresas como empleador en el despido colectivo, analizando la principal jurisprudencia del Tribunal Supremo en este sentido.

El capítulo cuarto aborda específicamente el procedimiento de despido colectivo, una fase que toma absoluto protagonismo con la supresión de la autorización administrativa con la Reforma laboral de 2012.

Así, se detallan las principales cuestiones a tener en cuenta en el inicio del procedimiento: cómo debe de comunicarse la intención del despido colectivo; cómo debe de conformarse la comisión negociadora, tanto desde la perspectiva de la representación de los trabajadores como del empresario, y las implicaciones que puede tener una incorrecta conformación; cuáles son los extremos que debe de contener la comunicación inicial de apertura del procedimiento de despido colectivo y, en concreto, cómo vienen interpretando los tribunales españoles que el deber de información se ha cumplido.

En cuanto al desarrollo del período de consultas, se elabora un análisis del contenido de las consultas y del principio que debe de inspirar todo el procedimiento de consulta-negociación: la buena fe negocial, para lo que las actas desempeñan un papel fundamental. También se estudia cuál debe de ser la duración de las consultas, qué ocurre si se finalizan anticipadamente o cómo debe de adoptarse el acuerdo, teniendo en cuenta la “doble mayoría” que se exige, el valor reforzado que se le asigna al acuerdo o la

posibilidad de acordar que el procedimiento de despido colectivo se sustituya por mediación o arbitraje.

El subapartado siguiente se ocupa de los criterios de selección de los trabajadores, en el sentido de resumir la principal doctrina jurisprudencial sobre los criterios de selección, sobre todo respecto a su presentación en la comunicación inicial, así como se ocupa de la conformación y aplicación de tales criterios sobre la base de: las garantías frente a la selección discriminatoria; los colectivos con prioridad de permanencia o qué debe de tenerse en cuenta en caso de selección de trabajadores por parte de un algoritmo.

También se aborda el estudio de la finalización del procedimiento de despido colectivo y los trámites deben de seguirse, así como se estudia cómo debe de comunicarse de forma individual el despido a los trabajadores afectados.

En el apartado tercero del presente capítulo se elabora un estudio de la intervención de la Administración laboral en el procedimiento de despido colectivo, ya sea desde la perspectiva de la autoridad laboral o bien desde la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

En cuanto a la intervención de la autoridad laboral, se analiza cuál es la autoridad competente, así como cuáles son sus funciones en el inicio del procedimiento, durante la fase de consulta-negociación y tras la finalización del procedimiento de consultas.

Por otro lado, respecto a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se analiza el papel que dicha Inspección tiene asignado durante las consultas, en tanto labores de asistencia y apoyo, así como se estudia en profundidad el informe que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social debe de elaborar una vez ha finalizado el procedimiento, en cuanto a su función de control y supervisión.

El apartado cuarto se encarga de analizar un aspecto fundamental en el procedimiento de despido colectivo, como contenido mínimo de este: las medidas sociales de acompañamiento.

Por un lado, se elabora un breve recorrido histórico-normativo acerca de esta regulación, que tiene como punto de inflexión la Reforma laboral de 2012, en tanto que elimina el antiguo plan de acompañamiento social e instaura el plan de recolocación externa.

Aclarado lo anterior, el autor analiza con detenimiento el plan de recolocación externa desde diversas perspectivas en la idea de responder a las siguientes cuestiones: quiénes son las empresas obligadas; quiénes son las empresas que prestan los servicios de recolocación externa; cuál es el contenido, la duración y cómo se implementa el plan de recolocación externa; así como qué papel asumen los servicios públicos de empleo en la actividad de recolocación.

En segundo lugar, se elabora un estudio de las medidas sociales de acompañamiento respecto a la diversa tipología, con especial referencia a la medida más utilizada (la indemnización). Además, se analiza en detalle la negociación de tales medidas sociales durante el procedimiento en lo que relacionado con la compatibilidad de la negociación de medidas de flexibilidad interna durante el despido colectivo, la doctrina de las negociaciones individuales en masa y el marco normativo de la efectiva negociación de medidas sociales de acompañamiento.

Dentro del apartado dedicado a las medidas sociales de acompañamiento y al plan de recolocación externa, también se elabora un estudio del control y la vigilancia que ejercen en el cumplimiento de tales medidas tanto la Administración laboral como los tribunales.

Otro de los apartados de este capítulo cuarto se encarga de analizar una de las problemáticas más importantes que rodean a la regulación del despido colectivo: la expulsión de trabajadores maduros del mercado de trabajo a través de este mecanismo. En este sentido, tras una delimitación del problema, que está relacionada con el progresivo envejecimiento poblacional y la sostenibilidad de las pensiones públicas, se analiza la selección de trabajadores maduros en el procedimiento de despido colectivo y la principal jurisprudencia en la materia, así como se presta especial atención a otro mecanismo de extinción del contrato por razón de la edad: la jubilación forzosa.

En este subapartado también se analizan las dos principales medidas impuestas por el legislador para desincentivar la selección de trabajadores maduros en el despido colectivo: la aportación económica al Tesoro Público del art. 51.11 ET en casos de despidos de trabajadores de 50 años o más o el convenio especial con la Seguridad Social del art. 51.9 ET en caso de despidos colectivos de trabajadores maduros de 55 años o más.

El último de los capítulos se dedica al despido colectivo en el ordenamiento jurídico italiano, ya sea desde la perspectiva del procedimiento “común” u “ordinario” de la *Legge*

223/1991 o bien desde la perspectiva del nuevo procedimiento “anti-deslocalizaciones” regulado en la Ley de Presupuestos italiana de 2022.

Por un lado, se analiza el régimen común del despido colectivo, en cuanto a la delimitación del concepto de despido colectivo italiano, las fases del procedimiento de consultas en el inicio, desarrollo y desenlace, así como los diferentes mecanismos de tutela judicial que existen del despido colectivo tras las reformas *Fornero* y de la *Jobs Act*.

Por otro lado, también se analiza el nuevo procedimiento italiano de despido colectivo que se destina para cierres o ceses de actividad productiva en grandes empresas. En este sentido, se estudian sus elementos configuradores, así como las fases del “pre-procedimiento” de despido colectivo que hay que seguir, en una idea de que la empresa realice una reestructuración socialmente responsable.

De todo lo anterior puede desprenderse que el presente estudio se ha centrado en el despido colectivo por causas empresariales (económicas, técnicas, organizativas o productivas), ya que, por un lado, el despido colectivo por fuerza mayor tiene una serie de especificidades concretas, tanto en materia causal como procedimental, que harían necesario un tratamiento individualizado del mismo.

Por otro lado, no se ha abordado un estudio del despido colectivo en el concurso habida cuenta de sus particularidades en materia de procedimiento, las cuales necesitarían de un estudio monográfico. Además, con base en la delicada situación económica por la que atraviesa la empresa concursada, ello provoca que no sea posible trasladar a este tipo de despido muchas de las soluciones que aquí se proponen sobre la base de la reestructuración socialmente responsable.

En último lugar, lo mismo ocurre con el despido colectivo en el sector público, ya que tal y como ha reconocido el propio Tribunal Supremo en su sentencia de 18 de febrero de 2014 (RJ 2014, 3267), la capacidad negociadora de la Administración Pública no puede ser idéntica a la de la empresa privada, habida cuenta del principio de objetividad que debe de guiar la actuación de la Administración en la satisfacción de los intereses generales (art. 103.1 CE) y el principio de mérito y capacidad que debe de regir en la función pública (art. 103.3 CE).

## **INTRODUZIONE**

Negli ultimi decenni si è assistito ad un progressivo allentamento del diritto del lavoro, nella misura in cui la condizione giuridico-tutela del lavoratore è subordinata all'efficienza economica dell'impresa. Le successive riforme del lavoro hanno indebolito la posizione legale dei lavoratori, così come i loro meccanismi di difesa collettiva, in un'idea non dimostrata, a causa di approcci neoliberisti, che una maggiore protezione dei lavoratori rallenti la crescita e la ripresa economica.

In un periodo di crisi economiche ricorrenti (e persistenti), il modello di lavoro legale spagnolo ha tradizionalmente optato per facilitare il licenziamento come un modo per le aziende di adattarsi alle richieste del mercato e ottenere il massimo vantaggio commerciale. Così, le ultime riforme del lavoro e soprattutto quella del 2012, in una malintesa politica comunitaria di flessicurezza, hanno contribuito a configurare il licenziamento e, nello specifico, il licenziamento collettivo come una misura pienamente standardizzata all'interno dei poteri organizzativi e ristrutturativi dell'imprenditore.

Alcuni degli elementi che hanno contribuito a questa affermazione sono: la soppressione dell'elemento teleologico nella formulazione delle cause aziendali di licenziamento; la riduzione del controllo pubblico con l'eliminazione dell'autorizzazione amministrativa nel licenziamento collettivo; la sostituzione del piano di accompagnamento sociale obbligatorio per le aziende con 50 o più dipendenti con un piano di ricollocamento esterno per licenziamenti di più di 50 lavoratori; e, in ultima analisi, lo scarso incentivo, normativo e pubblico, all'adozione di misure alternative o complementari al licenziamento collettivo.

Una nuova risposta è stata data sia dall'Unione Europea che dalla Spagna per far fronte alla crisi del COVID-19. Sono stati infatti adottati tutta una serie di meccanismi per sostenere l'occupazione attraverso la misura stellare, l'ERTE, con ingenti esborsi di denaro pubblico in termini di indennità di disoccupazione e bonus aziendali alla Previdenza Sociale, scoraggiando al tempo stesso il licenziamento, sia con l'impegno a mantenere l'occupazione o con il cosiddetto “divieto di licenziamento”.

Si tratta però di un modello che, una volta avvenuto il ritorno alla “nuova normalità”, è stato parzialmente trasferito alla legislazione ordinaria con la Riforma del Lavoro del 2021, senza modificare la disciplina del licenziamento collettivo e senza

introdurre una preferenza per misure di flessibilità interna su questo meccanismo di risoluzione del contratto.

Occorre tener conto degli effetti negativi o delle esternalità prodotte dal licenziamento collettivo, non solo nei confronti del lavoratore individualmente colpito, a causa della sua perdita di mezzi di sussistenza e della possibilità o meno del suo reinserimento nel mercato del lavoro, ma anche con rispetto della società in generale. In particolare, il licenziamento collettivo può significare una significativa distruzione di posti di lavoro che genera, a sua volta, una serie di conseguenze negative, vuoi per la cospicua spesa pubblica in cassa integrazione che questo comporta, vuoi per l'impatto sul territorio con la distruzione del tessuto produttivo locale tessuto, decapitazione sociale o rischio di spopolamento. Per non parlare degli effetti nefasti sulla sostenibilità del sistema previdenziale causati dall'espulsione dal mercato del lavoro dei lavoratori maturi attraverso la negoziazione di semplici misure compensative e pensionamenti anticipati. E in larga misura, queste preoccupazioni sugli effetti sociali sono presenti all'origine stessa della disciplina comunitaria del licenziamento collettivo (direttiva 98/59/CE), anche se, come analizzerà questo studio, non sono state trasferite alla disciplina interna in ogni modo abbastanza.

Comprendere il licenziamento collettivo nell'ottica della ristrutturazione socialmente responsabile e della cosiddetta "flessibilità offensiva" è più che necessario di fronte alle nuove sfide poste dalla globalizzazione, che consente ormai non solo la delocalizzazione dell'industria, ma anche quella dei servizi settore; la digitalizzazione dell'economia, con gli effetti che la robotizzazione o l'automazione possono avere sulla scomparsa e trasformazione dei posti di lavoro; il progressivo invecchiamento della popolazione, con lavoratori maturi sempre più attivi; o la transizione ecologica.

In linea con quest'ultimo tema, il regio decreto-legge 1/2023, del 10 gennaio, recante misure urgenti in termini di incentivi per l'assunzione di manodopera e miglioramento della protezione sociale degli artisti ha qualificato i lavoratori maturi come un gruppo vulnerabile contro il quale le misure avranno da adottare (attraverso meccanismi di incentivazione all'assunzione) per promuovere l'occupazione. Ed è che, sfortunatamente, questo gruppo è quello che occupa le linee più lunghe della disoccupazione di lunga durata.

È prioritario privilegiare la stabilità occupazionale, l'ammodernamento tecnologico, l'impegno per l'innovazione, la qualità, la formazione e la transizione professionale, e non tanto la riduzione dei costi. In tal modo, è necessario che tutti gli attori coinvolti nel conflitto del licenziamento collettivo (datore di lavoro, lavoratori e potere pubblico) intervengano preventivamente e proattivamente per evitare il provvedimento più dannoso, il licenziamento collettivo, e garantire così soluzioni equilibrate e consensuali. la massimizzazione degli interessi contrastanti.

Premesso quanto sopra, il lavoro di ricerca che qui si presenta intende analizzare in chiave giuridico-critica la disciplina del licenziamento collettivo con l'obiettivo ultimo di proporre una serie di modifiche normative che inquadrano l'idea di ristrutturazione giuridica e sociale responsabile. Si tratta di affrontare uno studio onnicomprensivo della figura del licenziamento collettivo al fine di individuare le principali carenze e potenzialità dell'ordinamento normativo nazionale per poter, in definitiva, configurare il licenziamento collettivo come misura di ultima ratio. In tal senso, l'analisi della disciplina spagnola del licenziamento collettivo nel confronto con la disciplina internazionale e comunitaria in materia di licenziamento collettivo, nonché rispetto alla normativa italiana, costituisce uno strumento adeguato al raggiungimento del fine ultimo della tesi di dottorato.

Per quanto riguarda la metodologia utilizzata, è stato svolto un lavoro di sistematizzazione consistente nell'ordinare esplicitazione, compilazione e sistematizzazione sia della normativa nazionale, comunitaria e internazionale vigente sia delle principali decisioni degli organi giurisdizionali e della dottrina scientifica ad entrambi i livelli, nonché diversi documenti di carattere politico. E' stata inoltre svolta un'indagine interpretativa o lege data, con lo scopo di chiarire la natura di alcuni problemi interpretativi a seguito di diverse alternative, proponendo una soluzione che esiste in senso lato dell'ordinamento giuridico, sia in giurisprudenza, sia in giurisprudenza dottrina o dottrina scientifica. Infine, la metodologia utilizzata ha utilizzato un'istruttoria riformatrice, che consiste nel criticare in modo motivato la normativa vigente e nel proporre modifiche.

Seguendo questi obiettivi e la metodologia indicata, il presente lavoro si occupa di uno studio dettagliato dei seguenti aspetti:

Il primo capitolo elabora un'analisi del conflitto sempre esistente nel diritto del lavoro tra razionalità sociale e razionalità economica, in questo caso nell'ottica della ristrutturazione aziendale.

Da un lato viene individuato il concetto di “ristrutturazione aziendale”, così come vengono esposti i diversi modelli di flessibilità (“difensiva” o “offensiva”) su cui un ordinamento può scommettere per la necessaria ristrutturazione.

Nella seconda sezione di questo stesso capitolo, invece, vengono analizzate le principali risposte che sono state adottate nell'ottica del licenziamento di fronte alle crisi aziendali, evidenziando la tendenza neoliberista nel facilitare il licenziamento negli ultimi decenni e, successivamente, la risposta data al COVID-19 nella linea del sostegno all'occupazione.

Allo stesso modo, vengono elaborati una serie di riferimenti alla recente riforma del lavoro del 2021 e vengono esposti i suoi principali orientamenti in materia di misure di flessibilità interna e licenziamento.

Per chiudere questo capitolo, si procede ad esporre la costruzione dello standard del lavoro dignitoso all'interno dell'ILO, per poi approfondire il concetto di ristrutturazione socialmente responsabile sviluppato all'interno dell'Unione Europea.

Il secondo capitolo tratta del licenziamento collettivo e del sistema internazionale delle garanzie multilivello, il tutto con l'intento di verificare se la normativa nazionale si adegua a quanto richiesto dalla normativa internazionale in materia di licenziamento in generale e licenziamento collettivo in particolare.

In primo luogo, vengono analizzate la Convenzione ILO 158 e la sua Raccomandazione 166 del 1982 sulla cessazione del rapporto di lavoro.

In secondo luogo, viene elaborata un'analisi della Carta Sociale Europea riveduta, recentemente ratificata dalla Spagna, e, nello specifico, viene affrontata l'importante interpretazione che il Comitato Europeo dei Diritti Sociali sta emettendo sulla tutela contro il licenziamento senza giusta causa, nonché come affermato nella disciplina del licenziamento collettivo prevista dall'art. 29 CSEr.

In terzo luogo, il presente lavoro si occupa di analizzare la disciplina che il Diritto Sociale Comunitario fa del licenziamento collettivo nella sua Direttiva 98/59/CE, ma non prima di partire da un riferimento al Diritto primario dell'Unione e alla CDFUE. Infatti,



un percorso storico della disciplina comunitaria del licenziamento collettivo è indirizzato, poi, ad analizzare in dettaglio la Direttiva sui licenziamenti collettivi, sia dal livello dei suoi elementi delimitativi (elemento qualitativo e quantitativo), sia dal livello della procedura in questione (consultazione dei rappresentanti dei lavoratori e dovere di informazione; ruolo che spetta all'autorità pubblica; oppure dibattito sull'autorizzazione amministrativa e la sua compatibilità con l'ordinamento comunitario).

Infine, la quarta sezione di questo capitolo si occupa dei due modi in cui i conflitti tra diritto internazionale e diritto nazionale devono essere risolti: controllo della convenzionalità per i trattati internazionali (questione che è collegata alle due rivendicazioni collettive contro il CEDS che sono in attesa di risoluzione in tema di sistema spagnolo di indennizzo per licenziamento senza giusta causa) e il principio di coerenza interpretativa in tema di diritto sociale comunitario.

Nel terzo capitolo si affronta la configurazione giuridica del licenziamento collettivo nel diritto spagnolo, secondo il seguente schema:

Nella prima sezione viene elaborato uno studio sullo sviluppo storico-normativo del licenziamento collettivo nel sistema legale-lavorativo spagnolo.

In secondo luogo, viene analizzato il concetto di licenziamento collettivo e i suoi elementi configuranti (quelli causali, quantitativo-numeriche e temporanei), così come tali elementi sono relativi a licenziamenti considerati individuali o plurali.

Quanto all'elemento quantitativo-numeriche, si studia la principale giurisprudenza della CGUE, da un lato, per determinare la nozione comunitaria di lavoratore e le implicazioni che questa ha rispetto ai componenti degli organi amministrativi, stagisti e lavoratori che hanno un contratto a tempo determinato. Viene analizzata anche l'ultima dottrina della CGUE in materia di licenziamenti computabili, siano essi licenziamenti in senso stretto, licenziamenti assimilati (tenendo conto della dottrina Ciupa e Socha e della sua complicata applicazione), nonché licenziamenti non computabili.

Parimenti, per l'analisi della portata temporale, l'autore ricorre all'ultima giurisprudenza della CGUE (caso Marclean) e determina quali parametri debbano essere presi in considerazione per applicare tale dottrina nell'ordinamento nazionale.

Per quanto riguarda l'elemento causale, è dedicata un'analisi al controllo di ragionevolezza predisposta dai Tribunali, nonché sono dettagliate le principali

caratteristiche delle cause economiche, tecniche (con particolare riferimento a queste), organizzative o produttive, e l'ambito di lesione.

La terza sezione affronta l'analisi del centro dell'imputazione normativa, sia dal punto di vista del posto di lavoro (utilizzando la dottrina della CGUE del caso *Rabal Cañas*), sia dal punto di vista del gruppo di imprese come datore di lavoro nel licenziamento collettivo, analizzando la principale giurisprudenza della Suprema Corte al riguardo.

Il quarto capitolo affronta nello specifico il procedimento di licenziamento collettivo, fase che prende il centro della scena con la soppressione dell'autorizzazione amministrativa con la Riforma del lavoro del 2012.

Vengono così dettagliate le principali questioni da prendere in considerazione all'inizio del procedimento: come deve essere comunicata l'intenzione del licenziamento collettivo; come dovrebbe essere formata la commissione di negoziazione, sia dal punto di vista della rappresentanza dei lavoratori che del datore di lavoro, e le implicazioni che una errata conformazione può avere; quali sono i dettagli che deve contenere la comunicazione iniziale che apre la procedura di licenziamento collettivo e, in particolare, come i giudici spagnoli hanno interpretato l'adempimento dell'obbligo di informazione.

Quanto allo svolgimento del periodo di consultazione, viene elaborata un'analisi del contenuto delle consultazioni e del principio che deve ispirare l'intero iter consultivo-negoziale: la buona fede negoziale, per la quale il verbale gioca un ruolo fondamentale. Studia anche quale dovrebbe essere la durata delle consultazioni, cosa succede se vengono chiuse anticipatamente o come dovrebbe essere adottato l'accordo, tenendo conto della "doppia maggioranza" richiesta, del valore rafforzato che viene assegnato all'accordo o della possibilità di concordare che la procedura di licenziamento collettivo sia sostituita dalla mediazione o dall'arbitrato.

Il successivo paragrafo si occupa dei criteri di selezione dei lavoratori, nel senso di riassumere la principale dottrina giurisprudenziale sui criteri di selezione, soprattutto con riguardo alla loro presentazione nella comunicazione iniziale, nonché di trattare la formazione e l'applicazione di tali criteri sulla base: garanzie contro la selezione discriminatoria; i gruppi con priorità di permanenza o di cosa si deve tener conto in caso di selezione dei lavoratori da parte di un algoritmo.

Viene inoltre affrontato lo studio dell'espletamento della procedura di licenziamento collettivo e delle procedure da seguire, nonché di come il licenziamento debba essere comunicato individualmente ai lavoratori interessati.

Nella terza sezione di questo capitolo, viene elaborato uno studio dell'intervento dell'Amministrazione del lavoro nella procedura di licenziamento collettivo, sia dal punto di vista dell'autorità del lavoro che dell'Ispettorato del lavoro e della previdenza sociale.

Per quanto riguarda l'intervento dell'autorità del lavoro, si analizza quale sia l'autorità competente, nonché quali siano le sue funzioni all'inizio della procedura, durante la fase di consultazione-negoziazione e dopo il completamento della procedura di consultazione.

Per quanto riguarda invece l'Ispettorato del lavoro e della previdenza sociale, viene analizzato il ruolo che a tale Ispettorato è stato attribuito nel corso delle consultazioni, in termini di compiti di assistenza e supporto, nonché la relazione che l'Ispettorato del lavoro e della previdenza sociale ha deve essere predisposta una volta espletata la procedura, per quanto riguarda la sua funzione di controllo e vigilanza.

La quarta sezione si occupa di analizzare un aspetto fondamentale della procedura di licenziamento collettivo, quale suo contenuto minimo: le misure sociali di accompagnamento.

Da un lato viene elaborata una breve panoramica storico-normativa di tale norma, che ha come punto di svolta la Riforma del Lavoro del 2012, mentre elimina il vecchio piano di accompagnamento sociale e istituisce il piano di ricollocamento esterno.

Chiarito quanto sopra, l'autore analizza attentamente il piano di ricollocamento esterno da diverse prospettive per rispondere alle seguenti domande: chi sono le imprese obbligate; chi sono le società che forniscono servizi di trasloco esterno; qual è il contenuto, la durata e le modalità di attuazione del piano di ricollocazione esterna; nonché quale ruolo assumono i servizi pubblici per l'impiego nell'attività di outplacement.

In secondo luogo, viene elaborato uno studio delle misure sociali di accompagnamento rispetto alle diverse tipologie, con particolare riferimento alla misura più utilizzata (indennizzo). Inoltre, la negoziazione di tali misure sociali nel corso del procedimento viene analizzata in dettaglio in relazione alla compatibilità della negoziazione delle misure di flessibilità interna in caso di licenziamento collettivo, della

dottrina delle negoziazioni individuali di massa e del quadro normativo della negoziazione effettiva delle misure sociali di accompagnamento.

All'interno della sezione dedicata alle misure sociali di accompagnamento e al piano di ricollocamento esterno, viene inoltre predisposto uno studio sul controllo e la vigilanza esercitati in osservanza di tali misure sia dall'Amministrazione del lavoro che dai tribunali.

Un'altra delle sezioni di questo quarto capitolo è incaricata di analizzare uno dei problemi più importanti che circondano la regolamentazione del licenziamento collettivo: l'espulsione dei lavoratori maturi dal mercato del lavoro attraverso questo meccanismo. In tal senso, dopo aver delineato il problema, che è connesso al progressivo invecchiamento della popolazione e alla sostenibilità delle pensioni pubbliche, si analizzano la selezione dei lavoratori maturi nella procedura di licenziamento collettivo e la principale giurisprudenza in materia, nonché le retribuzioni particolare attenzione ad un altro meccanismo di risoluzione del contratto per età: il pensionamento forzato.

Il presente comma analizza anche le due principali misure imposte dal legislatore per disincentivare la selezione di lavoratori maturi in licenziamento collettivo: il contributo economico all'Erario di cui all'art. 51.11 dello Statuto dei lavoratori nei casi di licenziamento di lavoratori di età pari o superiore a 50 anni o la convenzione speciale con la Previdenza Sociale di cui all'art. 51,9 dello Statuto dei lavoratori in caso di licenziamento collettivo di lavoratori maturi di età pari o superiore a 55 anni.

L'ultimo capitolo è dedicato al licenziamento collettivo nell'ordinamento italiano, sia nella prospettiva della procedura "comune" o "ordinaria" della Legge 223/1991, sia nella prospettiva della nuova procedura "antitrasferimento" disciplinata dall'ordinamento italiano Legge di Bilancio del 2022.

Da un lato, viene analizzato il sistema comune di licenziamento collettivo, in termini di delimitazione del concetto di licenziamento collettivo italiano, le fasi del procedimento di consultazione all'inizio, sviluppo ed esito, nonché i diversi meccanismi di tutela giurisdizionale che esistono per il licenziamento collettivo dopo le riforme Fornero e il Jobs Act.

Analizza, invece, anche la nuova procedura italiana di licenziamento collettivo destinata alle chiusure o cessazioni di attività produttiva nelle grandi aziende. In tal senso

si studiano i suoi elementi configuranti, nonché le fasi del "pre-procedimento" di licenziamento collettivo che devono essere seguite, in un'idea che l'impresa realizzi una ristrutturazione socialmente responsabile.

Da tutto quanto sopra si evince che il presente studio si è concentrato sul licenziamento collettivo per motivi di lavoro (economici, tecnici, organizzativi o produttivi), in quanto, da un lato, il licenziamento collettivo per forza maggiore presenta una serie di specifiche specificità, sia in materia causale che processuale, che richiederebbe un trattamento individualizzato della stessa.

Non è stato invece affrontato uno studio sul licenziamento collettivo in concorso, date le sue particolarità procedurali, che richiederebbero uno studio monografico. Inoltre, in base alla delicata situazione economica che sta attraversando l'azienda fallita, ciò significa che non è possibile trasferire a questo tipo di licenziamento molte delle soluzioni che qui vengono proposte sulla base di una ristrutturazione socialmente responsabile.

Lo stesso, infine, avviene con il licenziamento collettivo nel settore pubblico, poiché, come la stessa Suprema Corte ha riconosciuto nella sentenza del 18 febbraio 2014 (RJ 2014, 3267), il potere contrattuale della Pubblica Amministrazione non può essere identico a quello della l'impresa privata, tenuto conto del principio di obiettività che deve guidare l'azione dell'Amministrazione nella soddisfazione degli interessi generali (art. 103, comma 1 Costituzione Spagnola) e del principio di merito e di capacità che deve reggere nella funzione pubblica (art. 103, comma 3 Costituzione Spagnola).

## **CAPÍTULO I. EL CONFLICTO DE INTERESES ENTRE EMPRESA Y TRABAJADORES EN LAS REESTRUCTURACIONES EMPRESARIALES COMO PROBLEMA A RESOLVER**

### **1. “CRISIS”, ESTRATEGIA Y REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL: UN TRADICIONAL BINOMIO EN LA ADAPTACIÓN AL CAMBIO. LOS DISTINTOS MODELOS DE FLEXIBILIDAD**

Ante las cíclicas crisis económicas, propias del modelo de producción capitalista<sup>5</sup>, las empresas pueden operar desde diversas estrategias de “reestructuración” para acomodar su plantilla a las nuevas necesidades económicas. Y no solo para afrontar estrictamente las crisis económicas, ya que existe cierto consenso de que la empresa se configura hoy en día como una organización en constante transformación, de carácter flexible y adaptación permanente, a causa de la globalización, el aumento de la competitividad y la presión por la innovación tecnológica, eso sí, siempre desde una racionalidad que se mide en términos de eficiencia en la organización de medios para alcanzar el beneficio económico<sup>6</sup>. Es más, junto a las estrictas crisis económicas, se pueden dar crisis de diverso signo, como por ejemplo las de carácter sanitario, ambiental (por catástrofes naturales relacionadas o no con el cambio climático), energético o por la revolución digital y transformación del mercado de trabajo.

Por ello, al estar el entorno empresarial o el mercado en constante cambio y turbulencia lo que se exige a la empresa es que elabore estrategias de adaptación, debiendo elegir entre distintas alternativas, aunque orientadas hacia la consecución del éxito competitivo ante la creciente competencia interna e internacional<sup>7</sup>. De este modo, las empresas deberán de tomar diferentes opciones de reestructuración empresarial en su gestión cotidiana, que irán desde decisiones económico-financieras hasta decisiones acerca de su estructuración jurídica.

Sin embargo, en un intento de simplificar y acotar el ámbito de estudio aquí presente, por “reestructuraciones empresariales” se debe de entender, más que una concepción amplia situada en las mutaciones o transformaciones del modelo de empresa

---

<sup>5</sup> La doctrina más autorizada indica que la crisis económica es “compañera de viaje histórico” del Derecho del trabajo, PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: “El Derecho del trabajo frente a las transformaciones de la empresa”, en VV.AA.: *Impacto laboral de las redes empresariales*, SANGUINETI RAYMOND, W. y VIVERO SERRANO, J.B. (Dirs.), Granada, Comares, 2018, p. 6.

<sup>6</sup> En este sentido, véase, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Empresa en reestructuración y ordenamiento laboral*, Granada, Comares, 2006, p. 3-20.

<sup>7</sup> Para un estudio técnico-jurídico y de política del Derecho riguroso véase *Ibidem*, pp. 3-20.

y de la forma de organización para afrontar la gestión del cambio y las variaciones del mercado, a la noción estricta de “reestructuración de plantillas”. Esta última desde el punto de vista del ordenamiento jurídico-laboral obedecerá a las vicisitudes contractuales modificativas (objetivas y subjetivas), suspensivas y extintivas, motivadas o justificadas por causas de funcionamiento de la empresa (las denominadas causas empresariales)<sup>8</sup>.

Así, por un lado, la reestructuración de plantillas se puede desarrollar desde el punto de vista de las medidas de “flexibilidad interna”, basadas en el principio de conservación del contrato de trabajo e idóneas para situaciones de carácter coyuntural. Algunos ejemplos son el recurso a la movilidad funcional (art. 39 ET); la movilidad geográfica (art. 40 ET); la modificación sustancial de las condiciones de trabajo (art. 41 ET); la sucesión de empresa (art. 44 ET); la suspensión del contrato de trabajo o reducción de jornada (art. 47 ET); el descuelgue convencional o la preferencia del convenio de empresa (respectivamente, arts. 82.3 y 84.2 ET)<sup>9</sup>. Por otro lado, las empresas pueden hacer uso de la denominada “flexibilidad externa”, que consiste en la extinción del contrato del trabajo, generalmente sobre la base de despidos objetivos individuales o plurales, así como despidos colectivos, ambos por causas empresariales (arts. 52.c) y 51 ET).

En este sentido, queda claro que las empresas, para garantizar su sostenibilidad, deben de adaptarse continuamente a un entorno cada vez más competitivo, ya sea por la globalización, las diferentes crisis (en especial económicas por su carácter cíclico) o por el acusado cambio tecnológico. Aunque una cuestión diferente es de qué modo deben de realizarse tales adaptaciones empresariales. Frente a modelos de países escandinavos, Alemania o Francia, la opción de política del Derecho española ha venido marcada por una respuesta a la crisis empresarial en forma de la denominada “flexibilidad defensiva”, la cual ha consistido principalmente en el fomento de la flexibilización a ultranza, la desregulación parcial de las relaciones laborales, la proliferación de formas precarias de subcontratación y la aparición de fuertes desigualdades entre los colectivos de trabajadores y las propias regiones.

Es necesario, por tanto, un cambio de modelo que deje atrás la competencia basada en reducción de costes del factor trabajo y se centre en una competitividad por el

---

<sup>8</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: *Empresa en reestructuración y ordenamiento laboral*, op. cit., 2006: p. 10.

<sup>9</sup> ALMENDROS GONZÁLEZ, M.Á.: “Negociación colectiva y flexibilidad interna: la flexibilidad interna negociada”, en VV.AA.: *El sistema de negociación colectiva en España: estudio de su régimen jurídico*, MONEREO PÉREZ, J.L. et al. (Coords.), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2013, *passim*.

conocimiento, la calidad y la innovación en la empresa. A ello contribuye la conocida como “flexibilidad ofensiva”, que busca la implicación de los trabajadores en la productividad y calidad del producto a cambio de diversas garantías y ventajas laborales; persigue la participación proactiva y preventiva de todos los agentes implicados en el conflicto (empresa, trabajadores y Estado); otorga preferencia a la estabilidad laboral, la modernización de la tecnología y la formación profesional; así como se construye sobre la negociación colectiva supraempresarial, sin excluir la concertación social ni el convenio de empresa, este último como vía de singularización de las condiciones y de la organización del trabajo<sup>10</sup>.

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

Con la flexibilidad interna, en su diversa tipología, se persigue que los costes de la actividad empresarial no se externalicen por extinción del contrato de trabajo a los trabajadores y tampoco al sistema público, al menos en parte. Pero no basta una flexibilidad interna unilateral, sino que ha de apostarse por una flexibilidad interna negociada, que permita la implicación y participación de los trabajadores en la gestión de la empresa. Además, ha de tratarse de una flexibilidad interna de carácter bidireccional, que también permita la adaptación de las condiciones de trabajo, no solo por razones del mercado, sino por razones de conciliación personal, familiar y profesional.

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

---

<sup>10</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G.: “Los modelos de flexibilidad empresarial y jurídico-laboral”, en VV.AA.: *Medidas de flexibilidad interna como alternativa y solución en un nuevo derecho del trabajo garantista. Estudio de flexibilidad funcional, temporal, espacial, sustancial y suspensiva en un marco de reformas laborales*, Granada, Comares, 2022, pp. 1-32.



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

Desde los años 70, con la crisis del petróleo y los posteriores procesos de reconversión industrial en nuestro país —que no supusieron una verdadera política de reindustrialización<sup>11</sup>—, se viene ejerciendo una progresiva política de flexibilización de la norma laboral. La intensificación del proceso de globalización con la llegada de la III Revolución Industrial, la apertura del comercio internacional y la aparición de nuevos sujetos económicos, ha sido seguida de una política neoliberal de desregulación y flexibilización de los mercados de trabajo, obviando el aumento de la desigualdad que ello ha producido<sup>12</sup>.

En efecto, tras las últimas reformas laborales, desde el año 1994 y, especialmente, en 2012, se ha optado por un modelo de “crecimiento” basado en la devaluación del estatuto jurídico protector del trabajo (y del salario) bajo el pretexto de crear empleo, aunque sea de mala calidad. Se ha producido un debilitamiento de los mecanismos de tutela del trabajador, a la vez que la protección pública ha dejado de cubrir su papel de instrumento de igualación y homogeneización, reduciendo su intensidad protectora, transcurriendo del Estado del Bienestar al Estado asistencialista<sup>13</sup>.

En este nuevo escenario a causa de la globalización y el aumento de la competitividad internacional, se asume un cambio tendencial desde el Estado intervencionista, propio del garantismo jurídico de la II postguerra mundial, hacia un nuevo “Estado de Competencia Económica”, donde se subordina la protección del trabajador a planteamientos de eficiencia económica de la empresa y de los mercados<sup>14</sup>. Se trata, por tanto, de un nuevo modelo denominado “Derecho flexible del trabajo”, asentado sobre una intensa “remercantilización” del trabajo, sobre el deterioro de los instrumentos de poder sindical y sobre una “acumulación por desposesión” de lo público en favor de los intereses y organizaciones privadas<sup>15</sup>.

---

<sup>11</sup> MONEREO PÉREZ, J.L., *Las reconversiones industriales en el Derecho del Trabajo*, Granada, Universidad de Granada, 1988, passim.

<sup>12</sup> RUESGA BENITO, S.M. y FUJII GAMBERO, G.: *El trabajo en un mundo globalizado*, Madrid, Pirámide, 2004, pp. 15 y ss.

<sup>13</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “El derecho social en el umbral del siglo XXI: la nueva fase del derecho del trabajo”, *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, núm. 2, 2000, pp. 237-300.

<sup>14</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: *Empresa en reestructuración y ordenamiento laboral*, op. cit., p. 236.

<sup>15</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2017, pp. 11 y 12.

Tal deconstrucción del Derecho del Trabajo ha sido especialmente visible en el Derecho de la Unión Europea y en España<sup>16</sup>. La aparición de nuevos poderes económicos que han actuado directamente en la producción de normas de corte neoliberal, como las decisiones de la Comisión Europea, el Banco Central o el Fondo Monetario Internacional, ha dado lugar a una política opaca de los poderes fuertes, ignorando la vinculación con el respeto de los derechos fundamentales, lo que se conoce como la gobernanza económica<sup>17</sup>. Los desplazamientos de poder y de influencia política desde los ámbitos públicos hacia las élites económicas han agudizado la tensión clásica entre los marcos normativos de referencia estatal (debilitados) y los autorregulativos de las realidades productivas<sup>18</sup>.

Con la llegada de la crisis del 2008, dichos planteamientos en torno a la flexibilización máxima del mercado laboral —para así favorecer la adaptación permanente y constante de las empresas a un contexto cambiante y competitivo y crear o mantener el empleo—, se agudizaron desde las instancias supranacionales. Muy especialmente desde la Unión Europea se promueve la receta de la “flexiseguridad” y las políticas de austeridad, que fueron ampliamente implantadas en España con la Reforma laboral de 2012. Se procede de nuevo a culpabilizar al Derecho del Trabajo de las crisis económicas sin una base empírica o científica<sup>19</sup>.

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

---

<sup>16</sup> GIL Y GIL, J.L.: “Trabajo decente y reformas laborales”, *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 7, 2017, pp. 5 y ss.

<sup>17</sup> BAYLOS GRAU, A.P.: “La desconstitucionalización del trabajo en la reforma laboral del 2012”, en VV.AA.: *La flexibilidad interna y los despidos colectivos en el sistema español de relaciones laborales*, Barcelona, Huygens, 2014, pp. 19-21.

<sup>18</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. y PERÁN QUESADA, S.: “Configuración y sentido político-jurídico y técnico-jurídico”, en VV.AA.: *El trabajo decente*, Granada, Comares, 2018, p. 3.

<sup>19</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, op. cit., pp. 13 y 14.

protección social de desempleo generosa y unas medidas eficientes de políticas activas de empleo y de formación que sean de calidad<sup>20</sup>.

A raíz de esta mal entendida flexiseguridad se ha procedido a la reducción drástica del Estado Social (recorte en el empleo público, prestaciones sociales, menos inversión en educación e investigación, etc.), así como se ha reformado de manera estructural el marco institucional de las relaciones laborales<sup>21</sup>, haciendo caso omiso a las directrices del Pacto Mundial para el Empleo de la OIT de 2009. Y muy especialmente significativo en el proceso de reforma español de los últimos tiempos, excepto en la Reforma laboral de 2021, ha sido la exclusión de los interlocutores sociales de la negociación de dichos cambios estructurales en materia de negociación colectiva y mercado de trabajo. Postura que ha sido contraria a la legislación de la Unión Europea, del Consejo de Europa y al Programa de Trabajo Decente de la OIT al vulnerar uno de sus cuatro objetivos estratégicos: el diálogo social. En efecto, así lo han dictaminado tanto el Comité de Libertad Sindical en su informe número 371, como el Comité europeo de Derechos Sociales en sus conclusiones XX-3 (2014) al amparo de la Carta Social Europea.

En efecto, con las últimas reformas laborales se ha incrementado el poder unilateral empresarial, como organizador de su actividad productiva, frente al debilitamiento del poder de negociación del trabajador. De hecho, el Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva y, especialmente, el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, y posterior Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, han acrecentado el poder empresarial para imponer la descentralización de la negociación colectiva y así congelar la aplicación de los convenios colectivos<sup>22</sup>, estableciendo la prioridad aplicativa del convenio de empresa (art. 84.2 ET); ampliando las posibilidades de inaplicación de los convenios colectivos de sector o de empresa más allá del descuelgue salarial (art. 82.3 ET); facilitando la modificación sustancial de las condiciones de trabajo establecidas en acuerdos colectivos a través de la decisión unilateral del empresario después de un periodo de consultas, que no tiene ni siquiera que llevarse a cabo por modificaciones

---

<sup>20</sup> BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Reformas laborales y “asiatización” de las condiciones de trabajo: el tránsito (inacabado) hacia el nuevo paradigma de las relaciones laborales”, en IUSLabor, núm. 3, 2014, versión digital, pp. 3 y ss.

<sup>21</sup> BAYLOS GRAU, A.P.: “La desconstitucionalización del trabajo en la reforma laboral del 2012”, op. cit., p. 25.

<sup>22</sup> GIL Y GIL, J.L.: “Trabajo decente y reformas laborales”, op. cit., p. 56.

unilaterales o plurales (art. 41 ET); así como limitando la ultraactividad del convenio (art. 86.3 ET)<sup>23</sup>. Se trata, por tanto, de un modelo de negociación colectiva que reduce enormemente la función igualadora, de reparto de riqueza y democratizadora del convenio<sup>24</sup>.

En cuanto a los cambios en el paradigma del despido, los cambios son más acusados a raíz de la Reforma laboral del 2012. En esta idea de flexibilizar, facilitar o agilizar el despido se ha eliminado el control administrativo de la autoridad laboral en los despidos colectivos; se han flexibilizado las causas empresariales para despedir (especialmente las económicas), eliminando cualquier referencia al elemento teleológico; así como se ha posibilitado el desistimiento en el contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores, cuyo período de prueba era de un año (este ya derogado). Además, se ha reducido considerablemente el coste de despedir improcedentemente al disminuir la indemnización de 45 a 33 días por año de servicio, con el límite de 24 mensualidades, en lugar de 42, y se han limitado los salarios de tramitación a la opción de readmisión que, generalmente, pertenece a la decisión empresarial. Llama la atención cómo implícitamente se ha fomentado el incumplimiento de la norma laboral nacional e internacional —la extinción causal del contrato— al rebajar la cuantía indemnizatoria para el despido declarado improcedente<sup>25</sup>, en una suerte de tolerancia al “despido libre” pero indemnizado<sup>26</sup>. Así, se ha instaurado un sistema descompensado tendente a la expulsión de trabajadores, como medida plenamente normalizada dentro de las facultades empresariales en la búsqueda y garantía del beneficio empresarial<sup>27</sup>, desterrando al despido colectivo como medida de *ultima ratio*<sup>28</sup>.

---

<sup>23</sup> Estudio pormenorizado en VILA TIERNO, F.: *La negociación colectiva como instrumento de flexibilidad interna en la empresa. Reflexiones tras cinco años de la última Reforma Laboral*, Granada, Comares, 2017.

<sup>24</sup> En palabras de RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L.: *Negociación colectiva, igualdad y democracia*, Granada, Comares, 2016.

<sup>25</sup> BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Reformas laborales y “asiatización” de las condiciones de trabajo: el tránsito (inacabado) hacia el nuevo paradigma de las relaciones laborales”, op. cit., p. 4.

<sup>26</sup> ORTEGA LOZANO, P.G.: *Poderes empresariales y resolución del contrato de trabajo por incumplimiento del trabajador. España e Italia*, Granada, Comares, 2020, p. 5.

<sup>27</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: *El despido colectivo y sus elementos configuradores tras las recientes reformas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 11.

<sup>28</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “El despido colectivo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su incidencia en el derecho interno”, *Temas laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 130, 2015, passim.

Más bien al facilitarse los despidos y reducirse el control administrativo, sindical y judicial, lo que se ha ocasionado es un aumento del riesgo de arbitrariedad en el ejercicio de los poderes empresariales. A pesar de que una de las motivaciones aparentes de la Reforma de 2012 era impulsar la flexibilidad interna frente al despido, dichos cambios se han traducido en un reforzamiento del ejercicio unilateral del poder de dirección empresarial<sup>29</sup>, en una suerte de “confianza” que ha sido depositada en el buen hacer del empresario para que la extinción del contrato por su voluntad sea el último recurso. En otras palabras, se ha acrecentado el riesgo de que el empresario incurra en arbitrariedad empresarial sobre la base de que ahora, por un lado, recae en el propio empresario la responsabilidad de elegir entre la alternativa que considere más idónea (mecanismo de flexibilidad interna o externa) y, por otro lado, resulta más difícil, a raíz de los últimos cambios normativos comentados, controlar y valorar la legitimidad de la decisión dentro del principio de libertad de empresa<sup>30</sup>, por no hablar del aumento de la judicialización y la saturación de los tribunales.

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

Afortunadamente, esta última interpretación restrictiva no ha sido acogida por el Tribunal Supremo, que sigue reconociendo el juicio de razonabilidad como estándar de control judicial (SSTS 28 de febrero 2018, rec. 1731/2016; de 26 de marzo 2014, rec. 158/2013; y de 27 de enero 2014, rec. 100/2013). Sin embargo, más bien se trata de un

---

<sup>29</sup> En este sentido, véase, CABEZA PEREIRO, J.: “La flexibilidad interna y su regulación en España, una reflexión en clave crítica de la Reforma Laboral del 2012”, en VV.AA.: *Flexibilidad interna e innovación en la empresa*, Madrid, Dykinson, 2013, pp. 331-352 y CORREA CARRASCO, M.: “Autonomía colectiva y reestructuraciones empresariales no extintivas”, en VV.AA.: *Reestructuraciones empresariales. XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2021, pp. 39-86.

<sup>30</sup> GIL Y GIL, J.L.: “Trabajo decente y reformas laborales”, op. cit., p. 57.

control de razonabilidad sobre un juicio de mínimos, esto es, sin poder descartar la causa del despido porque exista una medida empresarial que se hubiera podido tomar que, por ser menos traumática o lesiva para los derechos de los trabajadores, hubiera sido más apropiada<sup>31</sup>. La supresión de cualquier referencia a la finalidad de las extinciones supone, por tanto, un aumento del poder de gestión unilateral del empresario, así como dificulta el control judicial del elemento causal al introducirse mayores posibilidades de alegación de despido colectivo o al reducir la gravedad o actualidad exigible para las extinciones<sup>32</sup>.

En fin, las últimas reformas laborales, y especialmente la de 2012, han supuesto una contravención no solo de diversos derechos fundamentales y normas internacionales de derechos, sino de las directrices que viene proclamando la OIT de lo que debe entenderse como “trabajo decente”. Es así que la anterior reforma laboral solo ha servido para devaluar el estatuto protector del trabajador, destruir empleo de calidad, aumentar la temporalidad e instalar la precariedad en el mercado laboral español<sup>33</sup>. No se olvide que el antónimo del trabajo decente se sitúa en el trabajo precario<sup>34</sup>. Y es que se ha llegado incluso a decir que la Reforma laboral de 2012 ha supuesto la “desconstitucionalización” del trabajo<sup>35</sup>.

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

El modelo de flexiseguridad neoliberal ha fracasado, pues tanto ha sido ineficaz en sus objetivos, como ha servido de pretexto para devaluar la protección jurídica del Derecho laboral “clásico”. Frente a los primeros planteamientos en el seno de la Unión

---

<sup>31</sup> MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 36.

<sup>32</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “El despido colectivo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su incidencia en el derecho interno”, op. cit., p. 322.

<sup>33</sup> Especialmente críticos, aportando datos, UGT: “Los daños de la reforma laboral de 2012. Datos de su impacto negativo sobre el empleo y los salarios”, Servicio de Estudios de la Confederación, 15 de octubre de 2019, versión digital disponible en: [https://www.ugt.es/sites/default/files/danyos-de-la-reforma-laboral-de-2012-ugt\\_0.pdf](https://www.ugt.es/sites/default/files/danyos-de-la-reforma-laboral-de-2012-ugt_0.pdf) (visitada el 8/10/2021).

<sup>34</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. y LÓPEZ INSUA, B.M.: “La garantía internacional del derecho a un “trabajo decente”, op. cit., p. 5.

<sup>35</sup> Opinión defendida en MONEREO PÉREZ, J.L.: “El constitucionalismo social europeo: un marco jurídico-político insuficiente para la construcción de la ciudadanía social europea”, en *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, núm. 160, 2013, pp. 17-62; MONEREO PÉREZ, J.L.: “Teoría jurídico-política de la democracia y crisis de la constitución social”, en RAMOS QUINTANA, M.I. y ROJAS RIVERO, G. (Coords.), *Transformaciones del Estado Social y Derecho del Trabajo*, Granada, Comares, 2014, pp. 117-148 y BAYLOS GRAU, A.P.: “La desconstitucionalización del trabajo en la reforma laboral del 2012”, op. cit., *passim*.

Europea de este tipo de flexiseguridad (señaladamente, “Libro Verde. Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI”, COM(2006) 708 final, de 22 de noviembre de 2006), emerge ahora una flexiseguridad de corte garantista, que no deja al margen los derechos sociales fundamentales (individuales y colectivos) para crear empleo suficiente y de calidad<sup>36</sup>.

Ante la elevada destrucción masiva de empleo y el aumento de la desigualdad tras la crisis de 2008, especialmente en los países mediterráneos, la Unión Europea se ha replanteado su enfoque neoliberal y de austeridad para afrontar las épocas de recesión y las reestructuraciones empresariales, en la línea del trabajo decente adoptada por la OIT. Aunque el Comité Económico y Social Europeo ya se había situado ciertamente en este sentido en 2008 en su Dictamen sobre la “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones — Hacia los principios comunes de la flexiguridad: Más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad”; este cambio en las políticas europeas se ha visto especialmente representado en la “Estrategia Europa 2020” y el Libro Verde “Reestructuración y previsión del cambio: ¿qué lecciones sacar de la experiencia reciente?” de 2012, donde se opta preferentemente por la flexibilidad interna ante reestructuraciones de empresas, como mecanismo de sostenimiento del empleo. Destaca de igual modo la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: “Marco de Calidad de la UE para la Anticipación del Cambio y la Reestructuración” de 2013.

Y en este enfoque hacia el trabajo decente es necesario destacar el Pilar Europeo de los Derechos Sociales, en forma de *soft law* comunitario<sup>37</sup>, el cual actúa como reforzamiento de los derechos sociales en el ámbito comunitario tras el alejamiento de la “cuestión social europea” en los años pasados de crisis. Los derechos sociales se sitúan ahora, por tanto, en el centro del proyecto europeo como respuesta a los nuevos retos que se plantean en el ámbito laboral y social, contribuyendo a promocionar el acervo social existente. El Pilar Europeo de Derechos Sociales se erige, así, como el máximo representante del relanzamiento de la política social y europea tras la debacle de la crisis

---

<sup>36</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. y LÓPEZ INSUA, B.M.: “La garantía internacional del derecho a un “trabajo decente”, op. cit., p. 9.

<sup>37</sup> Recomendación (UE) 2017/761 de la Comisión Europea de 26 de abril de 2017, sobre el Pilar Europeo de Derechos Sociales, DOUE (L 113/56).

anterior, que confirma y refuerza la concienciación comunitaria sobre la importancia de la acción social y de la consecución de mayores cotas de igualdad y cohesión social<sup>38</sup>. No obstante, que el Pilar Europeo de los Derechos sociales se configure a través de una Recomendación de la Comisión sin eficacia jurídica vinculante, como declaración interinstitucional sin valor jurídico, ha provocado cierto escepticismo entre la mejor doctrina a efectos de valorar si dicho Pilar realmente desplegará efectos, actuando como contrapeso a las políticas e instrumentos derivados de la conocida como “Constitución Económica”, o, por el contrario, se convertirá en “papel mojado”<sup>39</sup>. Aunque se debe de indicar que este modelo social europeo ha sido reforzado con la respuesta de la Unión Europea a la crisis de la COVID-19, a través tanto de los fondos europeos *NextGenerationEU* como con el Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales de marzo de 2021, en la línea de instaurar una Europa más ecológica, más digital y más resiliente<sup>40</sup>.

En cuanto a las medidas de la Unión Europea para afrontar la crisis de la COVID-19, si bien estas se hicieron esperar, en julio de 2020 el Consejo Europeo aprobó finalmente un plan de recuperación europeo (el llamado *NextGenerationEU*), ofreciendo una respuesta diametralmente opuesta a la que se había dado desde instancias comunitarias con el crack de 2008. Dicho Fondo, por valor de 806.900 millones de euros (750.000 millones a precios de 2018), es de adscripción finalista y, por tanto, está destinado a financiar proyectos de inversión que fomenten el crecimiento de la economía solvente y creadora de empleo y el bienestar social. Se quiere instaurar así una respuesta ofensiva a los planteamientos de la transición ecológica y digital, pero respetando ciertos pilares básicos como el fortalecimiento del sistema sanitario; la investigación; la educación y la transformación digital; la cultura; políticas sociales; gestión medioambiental e infraestructuras de energías renovables; movilidad sostenible, etc. En

---

<sup>38</sup> CAIRÓS BARRETO, D.M.: “El futuro de Europa y su nuevo “código normativo social”: el Plan de acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales”, en Trabajo y Derecho, núm. 82, 2021, p. 1, versión digital.

<sup>39</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: “El pilar europeo de los derechos sociales”, en La Ley Unión Europea, núm. 49, 2017, versión digital; MONEREO PÉREZ, J.L.: “Pilar Europeo de Derechos Sociales y sistemas de Seguridad Social”, en Lex social. Revista de los derechos sociales, núm. 2, 2018, versión digital; y CASADO CASADO, L.: “El nuevo Pilar Europeo de Derechos Sociales: ¿hacia un fortalecimiento real de la dimensión social de la Unión Europea?”, en Revista de Investigações Constitucionais, núm. 2, 2019, pp. 375-404. DOI: 10.5380/rinc.v6i2.61813.

<sup>40</sup> También destaca el Instrumento Europeo de Apoyo Temporal para Atenuar los Riesgos de Desempleo en una Emergencia (instrumento SURE, por sus siglas en inglés) que proporciona ayuda financiera en forma de préstamos de la UE a los Estados miembros afectados por la crisis de la COVID-19 con el fin de hacer frente a los aumentos repentinos de gasto público para preservar el empleo.



definitiva, se promueve la articulación de una serie de políticas ofensivas para hacer frente a los retos del cambio climático y de la Cuarta Revolución Industrial, tratando de anudar la racionalidad económica con la racionalidad social y ecológica<sup>41</sup>.

Muy significativo será para la orientación de tales inversiones de los Fondos europeos el Plan de Acción del Pilar Social Europeo, ya que se constituye como guía para la recuperación de una economía más preocupada por lo social y por la consecución de un modelo de crecimiento sostenible e integrador, de forma paralela a la recuperación tras la crisis de la COVID-19<sup>42</sup>. En lo que aquí respecta, el Plan de Acción del Pilar Social Europeo recoge como uno de sus objetivos y principios básicos: “más puestos de trabajo y mejores”, en la línea del trabajo decente impulsado por la OIT. No en vano se fija que para 2030, al menos el 78% de la población de entre 20 y 64 años deberá de estar empleada, aunque sin especificar que se trate de trabajos de calidad, lo cual resulta criticable.

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

La llegada de la pandemia de la COVID-19 ha supuesto un “hecho social total” en el sentido de que ha impactado en el conjunto de las relaciones y estructuras sociales, conmocionando a la totalidad de los actores (políticos, sociales y económicos), de las instituciones y de los valores de la sociedad, planteando una exigencia de recomposición de la cohesión social<sup>43</sup>. En efecto, la dramática situación vivida a causa de la crisis

---

<sup>41</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “Por un nuevo pacto social garantista de los derechos fundamentales para afrontar la crisis y la recuperación”, en Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social, núm. 1, 2020, p. 3, versión digital.

<sup>42</sup> CAIRÓS BARRETO, D.M.: op. cit., p. 8.

<sup>43</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “Por un nuevo pacto social garantista de los derechos fundamentales para afrontar la crisis y la recuperación”, op. cit., p. 3.

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

A partir de la primera declaración del estado de alarma, a través del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, la legislación de emergencia que se ha ido dictando al albur de los acontecimientos ha sido asistemática, improvisada y confusa. Críticas que deben de ser atemperadas si tenemos en cuenta la situación de candente excepcionalidad y urgencia que se vivió<sup>44</sup>, así como los objetivos loables que se persiguieron desde el campo de las relaciones laborales: defender el empleo y mantener el tejido productivo durante la crisis para recuperar la normalidad de la actividad empresarial y de las relaciones de trabajo, una vez se supere la situación de emergencia sanitaria, protegiendo, a su vez, a los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia que perdieron temporalmente su ocupación<sup>45</sup>. Efectivamente, a diferencia de lo que ha ocurrido en las anteriores crisis, se pusieron en marcha todos los medios para favorecer el sostenimiento del empleo y de las empresas, principalmente, con el recurso a medidas de flexibilidad interna, de forma concreta con el recurso a los expedientes de regulación temporal de empleo o de reducción de jornada (los conocidos como ERTE).

Se ha construido, así, un Derecho social de la emergencia a través de una serie de reales decretos-ley (que parten del RD-ley 8/2020, de 17 de marzo y llegan hasta el 18/2021, de 28 de septiembre) que han sido dictados a la sazón de la crisis sanitaria, vinculados estrictamente a la situación de excepcionalidad provocada por la pandemia, aunque nutridos de la legislación laboral ordinaria para construir su esqueleto<sup>46</sup>. Se trata,

---

<sup>44</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “La protección social en la emergencia. Entre el ensayo, precipitación y búsqueda de soluciones en tiempos de incertidumbre (A propósito de la crisis sanitaria provocada por el COVID-19 y las medidas legales adoptadas)”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 23, 2020, *passim*.

<sup>45</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Los expedientes de regulación temporal de empleo por COVID-19. Una apuesta institucional para la preservación del empleo en tiempos de pandemia”, en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm. 1, 2020, p. 106.

<sup>46</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Los expedientes de regulación temporal de empleo (ERTES) como respuesta a la crisis del COVID-19”, en FERRANDO GARCÍA, F.M. (Dir.): *El escudo social frente a la pandemia: análisis jurídico y propuestas para una legislación social más justa*, Bomarzo, Albacete, 2021, pp. 11-38.

a su vez, de una legislación de emergencia que, a diferencia de algunas respuestas a crisis anteriores, ha sido negociada en sede de concertación social. El protagonismo de los interlocutores sociales en el diseño de las medidas frente a la COVID-19 ha estado presente desde el I Acuerdo Social en Defensa del Empleo, que dio lugar al Real Decreto-ley 18/2020, de 12 de mayo, pasando por el “Acuerdo por la reactivación económica y el empleo”, de 3 de julio de 2020<sup>47</sup>, y hasta el VI Acuerdo Social en Defensa del Empleo. Se ha asistido de este modo a una forma típica de “Gobernanza horizontal y comunicativa” que caracteriza al fenómeno, intrínseca y sustancialmente político, de la concertación social<sup>48</sup>.

En concreto, la normativa COVID-19, a rasgos generales y sin entrar en detalle, se ha caracterizado por el fomento de la flexibilidad interna como mecanismo de sostenimiento del empleo a través de los ERTE por COVID-19. Así, las distintas medidas de incentivación que se han implantado son: la agilización del procedimiento de tramitación o negociación del ERTE; la exoneración o bonificación de las cotizaciones empresariales a la Seguridad Social<sup>49</sup>, en función del tipo de ERTE, el tamaño de la empresa, el mes en cuestión, la afectación o desafectación de los trabajadores afectados, la pertenencia a un sector con elevada tasa de cobertura por expedientes de regulación temporal de empleo y una reducida tasa de actividad, las acciones formativas, etc.<sup>50</sup>; así como el reconocimiento del derecho a la prestación por desempleo para los trabajadores

---

<sup>47</sup> En este Acuerdo se reconoce que: “la figura del Expediente de Regulación Temporal de Empleo ha sido clave en la crisis COVID, evitando la destrucción innecesaria de muchos empleos y contribuyendo a preservar capital humano y tejido productivo que habría sido difícilmente sustituible de otra forma”. Además, destaca la relevancia de que una figura como el ERTE, propia de economías industrializadas y de empresas grandes, “haya podido ser extendida de forma tan rápida y eficiente a una economía de servicios y pymes como es la española, demostrando un éxito del Diálogo Social en la política laboral de nuestro país. Lo que nos debe servir como importante elemento de análisis para reflexionar acerca de la oportunidad de disponer de instrumentos de flexibilidad interna frente a la destrucción de empleo”.

<sup>48</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. y GUINDO MORALES, S.: “¿Se convertirán finalmente los ERTES en despidos colectivos y despidos objetivos por causas empresariales? Expedientes de Regulación Temporal de Empleo y RD-ley 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo”, en *Jurisdicción Social*, núm. 215, 2020, p. 24.

<sup>49</sup> LÓPEZ INSUA, B.M.: “La cotización a la seguridad social como instrumento de recuperación empresarial ante el impacto económico y social ocasionado por la pandemia del COVID-19”, en *Revista española de Derecho del trabajo*, núm. 235, 2020, versión digital.

<sup>50</sup> Un estudio más exhaustivo en ROQUETA BUJ, R.: *Los expedientes de regulación temporal de empleo. Incluye las medidas excepcionales en relación a los ERTes por causas relacionadas con la COVID-19*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.

afectados por ERTE y el conocido como “contador a cero”, que posteriormente se ha ido modificando<sup>51</sup>.

En cuanto a la desincentivación del recurso al despido para garantizar el sostenimiento del empleo, el Derecho social de la emergencia ha integrado una serie de medidas. Por un lado, el art. 2 del RD-ley 9/2020, de 27 de marzo, originó la denominada “prohibición” de despedir por causa de fuerza mayor o por causas empresariales (económicas, técnicas, organizativas o productivas), siempre que estas justificaran el recurso a los expedientes de regulación temporal de empleo previstos por la normativa COVID-19. Con ello se modificó, por tanto, el régimen ordinario de despido para intentar limitar la libre facultad atribuida al empresario de decidir entre la extinción del contrato o el recurso a medidas de flexibilidad interna, primando las segundas<sup>52</sup>. Una limitación al despido por causas relacionadas con la COVID-19 que ha estado sujeta a numerosas discusiones en torno a su calificación judicial, habiendo una suerte de tendencia entre los tribunales superiores de justicia a determinar la improcedencia, relegando a la minoría la calificación de nulidad<sup>53</sup>. Por otro lado, también se ha introducido en la legislación de emergencia la denominada “cláusula de salvaguarda” o el “compromiso de mantenimiento del empleo” para todas aquellas empresas que se hayan beneficiado de las exoneraciones o bonificaciones en las cuotas empresariales a la Seguridad Social como consecuencia del ERTE, y por la que se comprometen a no despedir a trabajadores previamente afectados durante cierto tiempo (que suele ser de 6 meses), en una especie de contraprestación a cambio del fuerte gasto público invertido. Compromiso que, si se incumple, no sin importantes dificultades interpretativas<sup>54</sup>, dará lugar a la devolución de las cotizaciones bonificadas o exoneradas. Por último, también se tomaron medidas para evitar la extinción del contrato temporal a través de la interrupción de su cómputo, así como de los períodos de referencia equivalentes al período suspendido<sup>55</sup>.

---

<sup>51</sup> Véase, FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: “Protección por desempleo en tiempos de COVID-19”, en FERRANDO GARCÍA, F.M. (Dir.): El escudo social frente a la pandemia: análisis jurídico y propuestas para una legislación social más justa, Bomarzo, Albacete, 2021, pp. 405-429.

<sup>52</sup> MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: Facultades extintivas del empresario en la era Covid”, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.

<sup>53</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Extinciones pandémicas: el despido en la era COVID-19”, en Trabajo y Derecho, núm. 81, 2021, pp. 1-21 (versión digital).

<sup>54</sup> MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: op. cit.

<sup>55</sup> ROQUETA BUJ, R.: op. cit.

En definitiva, se ha articulado un sistema de incentivos para el sostenimiento del empleo, con diferentes matices y alcances según los correspondientes RD-ley y la pandemia ha avanzado, sobre la base, principalmente, de un mecanismo de flexibilidad interna, como es el expediente de regulación temporal de empleo. Sin duda, estos mecanismos de protección social del empleo en tiempos de crisis son mecanismos muy útiles en la línea de revalorizar el papel del trabajo como condición inherente de la vida humana y fuente de sustento.

### 2.3. “Soplos de aire fresco” con la Reforma laboral de 2021 en materia de despido colectivo, pero no suficientes

La Reforma laboral de 2021, impulsada por el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, fruto del acuerdo alcanzado en sede de concertación social, es una reforma sensata<sup>56</sup> que supone un cambio de ciclo en las políticas de devaluación laboral que se han seguido en las últimas décadas<sup>57</sup>. El acuerdo entre los interlocutores sociales y el Gobierno ha permitido, de este modo, elaborar una reforma laboral equilibrada y moderada, que mira al futuro y busca reestablecer los equilibrios de poder en el mercado de trabajo. Se trata, sin duda, de un triunfo de la concertación social a través de su expresión de la “negociación (pre)legislativa”<sup>58</sup>.

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

Entre las diversas materias que se modifican con la Reforma laboral de 2021 (contratación temporal, negociación colectiva, subcontratación...) es necesario destacar el nuevo marco regulador que se aporta a las medidas de flexibilidad interna tras la experiencia (exitosa)<sup>59</sup> vivida con los ERTE de la situación pandémica, a través de una

---

<sup>56</sup> MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “La Reforma Laboral de 2021: elogio de la sensatez”. Blog: *El Foro de Labos*, entrada de 30 de diciembre de 2021, disponible en: [https://www.elforodelabos.es/la-reforma-laboral-de-2021-elogio-de-la-sensatez/?utm\\_source=mailpoet&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=las-ultimas-newsletter-total-entradas-de-nuestro-blog\\_5](https://www.elforodelabos.es/la-reforma-laboral-de-2021-elogio-de-la-sensatez/?utm_source=mailpoet&utm_medium=email&utm_campaign=las-ultimas-newsletter-total-entradas-de-nuestro-blog_5)

<sup>57</sup> SANGUINETI RAYMOND, W.: “La reforma laboral de 2021 y el espíritu de nuestro tiempo”. Blog: *El Blog de Wilfredo Sanguinetti: un espacio compartido de reflexión laboralista desde las dos orillas*, entrada de 5 de enero de 2022, disponible en: <https://wilfredosanguinetti.wordpress.com/2022/01/05/la-reforma-laboral-de-2021-y-el-espíritu-de-nuestro-tiempo/>

<sup>58</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G.: “Mecanismo RED de flexibilidad interna y garantía de estabilización del empleo (artículo 47 bis del Estatuto de los trabajadores y disposiciones concordantes)”, *Temas laborales*, núm. 161, 2022, pp. 306 y ss.

<sup>59</sup> La Exposición de motivos del RD-ley 32/2021 señala en este sentido: “El resultado ha sido muy positivo en términos de desacoplamiento de la evolución del PIB con la del empleo, así como de los saldos fiscales

reformulación del art. 47 ET y la creación del mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo en el art. 47.bis ET. En esta idea de implantar un modelo de promoción de la flexibilidad interna con carácter estructural, más allá de la situación de emergencia sanitaria<sup>60</sup>, el art. 47 ET se modifica incorporando aquellos aspectos que más útiles se han demostrado durante la pandemia: agilización de los procedimientos; reforzamiento de la información a los representantes; incorporación de la fuerza mayor por impedimentos o limitaciones en la actividad (supuestos de fuerza mayor impropia o *factum principis*); prohibiciones durante el ERTE; exoneración parcial de la cotización empresarial a la Seguridad Social y compromiso de mantenimiento del empleo (disposición adicional 44ª TRLGSS); reglas específicas de la prestación por desempleo en ERTE por fuerza mayor (disposición adicional 46ª TRLGSS); etc.

Por otro lado, el art. 47.bis ET incorpora al ordenamiento jurídico español una novedosa figura, conocida como mecanismo RED de flexibilidad y estabilización del empleo<sup>61</sup>, que persigue adaptar la plantilla de las empresas y sostener el empleo frente a situaciones excepcionales de crisis globales o de sectores productivos concretos, a diferencia del ERTE “ordinario” que se refiere a situaciones particulares de las empresas<sup>62</sup>. Se trata de un mecanismo que es activado por el Consejo de Ministros y que permite reducir la jornada o suspender los contratos de trabajo a través de la solicitud y autorización de la autoridad laboral, previo procedimiento de consultas con los representantes de los trabajadores. En efecto, se prevén dos modalidades de este mecanismo RED, una cíclica (“cuando se aprecie una coyuntura macroeconómica general que aconseje la adopción de instrumentos adicionales de estabilización”) y otra sectorial (“cuando en un determinado sector o sectores de actividad se aprecien cambios

---

(gracias a la amortiguación de los estabilizadores automáticos), en la estabilidad de las relaciones laborales, en el mantenimiento del tejido productivo y del capital humano, así como en las inferiores tasas de desempleo, sin parangón con crisis anteriores”.

<sup>60</sup> “La exitosa experiencia con dicho instrumento (el ERTE), hasta ahora muy poco utilizado en España, proporciona una base para avanzar hacia un mecanismo permanente, que garantice un marco de flexibilidad ante fluctuaciones de la demanda, alternativo a la alta temporalidad y a la elevada oscilación del empleo y que contribuya a la estabilidad laboral y económica, con un fuerte apoyo a la formación y recualificación de las personas trabajadoras, invirtiendo, así, en el capital humano del país, sobre la base de beneficios en la cotización a la Seguridad Social” (Exposición de motivos del RD-ley 32/2021).

<sup>61</sup> La introducción del mecanismo RED se enmarca en la reforma 6 (“establecimiento de un mecanismo permanente de flexibilidad interna y recualificación de trabajadores en transición”) del Componente 23 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

<sup>62</sup> RAMOS QUINTANA, M.I.: “La flexibilidad interna en la reforma laboral: medidas temporales y permanentes para apoyar a las empresas y sostener el empleo ¿una opción prioritaria frente al despido?”, *Trabajo y Derecho*, núm. 87, 2022, versión digital, p. 3.

permanentes que generen necesidades de recualificación y de procesos de transición profesional de las personas trabajadoras”), última modalidad que exigirá un plan de recualificación cuando se proceda a su solicitud ante la autoridad laboral. Sin ánimo de exhaustividad, dos de las características propias del mecanismo RED son la creación de un fondo específico para su financiación (art. 47.bis apartado 6), así como la existencia de una prestación por desempleo específica prevista en la disposición adicional cuadragésima primera del TRLGSS.

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

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

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

Durante la negociación y en los últimos borradores del texto de la reforma se introdujo una previsión en el apartado 8 del art. 47.bis ET, que finalmente se eliminó y cuyo tenor literal era el siguiente: “el Mecanismo de Sostenibilidad en el Empleo será preferente frente a las extinciones por causa económica, técnica, organizativa o de producción, debiendo la empresa motivar suficientemente en el caso de extinción por

estas causas que el mecanismo del presente precepto [47bis del ET] es inviable para resolver de modo proporcionado y razonable la situación en la que se encuentra la empresa”. De este modo, si tal previsión se hubiera mantenido el debate hubiera estado zanjado, pues se contaría con un criterio legal preferencial u obligatorio a favor de considerar la extinción contractual como una medida de carácter subsidiario a las medidas de flexibilidad interna (en concreto, respecto al mecanismo RED). De ser así nos encontraríamos ante un reforzamiento de la estabilidad en el empleo, sin perjuicio de tener en cuenta los intereses de la conservación y viabilidad de la organización empresarial<sup>63</sup>.

A esta confusión en cuanto a la prioridad o no del ERTE frente al despido contribuye la dilatada jurisprudencia del Tribunal Supremo a la hora de proscribir los juicios de oportunidad por parte del juez a la hora de valorar la medida más apropiada. En concreto, la STS de 16 de diciembre de 2021, rec. 210/2021, reconoce que la empresa puede invocar las mismas causas (ETOP) para adoptar un ERTE o un despido colectivo en función del margen de discrecionalidad que ostenta<sup>64</sup>. Sin embargo, algunos argumentos, como la interpretación auténtica o teleológica, podrían hacer tambalear esta doctrina jurisprudencial a la vista de que el legislador recoge en la Exposición de motivos del RD-ley 32/2021 de una forma clara y contundente que los expedientes temporales de empleo se reconocen como “fórmula alternativa y prioritaria a las extinciones”<sup>65</sup> (el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia también se manifiesta en términos parecidos<sup>66</sup>).

Reforzar la garantía a la seguridad en el trabajo se erige, por tanto, como un objetivo coherente a la luz de los postulados del trabajo decente de la OIT y el conjunto del sistema multinivel de derechos, ya que, si se quiere dignificar el trabajo, este debe ser especialmente protegido, entendiéndose por ello que hay que darle el correspondiente valor

---

<sup>63</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G.: “Mecanismo RED de flexibilidad interna y garantía de estabilización del empleo (artículo 47 bis del Estatuto de los trabajadores y disposiciones concordantes)”, op. cit., p. 310.

<sup>64</sup> RAMOS QUINTANA, M.I.: op. cit., p. 4.

<sup>65</sup> Véase, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: “Capítulo IX. Procedimientos de regulación temporal de empleo (art. 47 ET)”, en VV.AA.: La reforma laboral de 2021: estudio técnico de su régimen jurídico, Murcia, Laborum, 2022, pp. 373 y ss., donde se recogen diversos argumentos para defender esta posición.

<sup>66</sup> “El Plan prevé también el establecimiento de un mecanismo permanente de flexibilidad interna de las empresas alternativo al despido, reforzando la inversión en formación y recualificación y la prioridad de la reducción de jornada y de suspensión de contrato”, pp. 76 y 77.



y no puede ser facilitada su extinción en extremo ya que, de lo contrario, se estaría desvalorizando el trabajo, en el marco de su “remercantilización”.

### 3. EL DESPIDO COLECTIVO Y LAS REESTRUCTURACIONES SOCIALMENTE RESPONSABLES

#### *3.1. El estándar de trabajo decente de la OIT como “brújula” y su traslado a los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030*

Los cambios que ha traído consigo la globalización, unida a una política neoliberal de expansión, han modificado enormemente el trabajo y su protección. Con las últimas reformas laborales se ha ido progresivamente dinamitando el Derecho del Trabajo en favor del poder económico empresarial y de las grandes organizaciones mundiales, en una idea de culpabilizar al mercado laboral de las sucesivas crisis económicas. Más allá de intentar ofrecer una respuesta a la crisis centrada en el aumento de la productividad e innovación del país, generalmente se ha optado por una rebaja de las garantías laborales para competir a la baja.

En este contexto, el término “trabajo decente” fue propuesto por primera vez por el Director General de la OIT del momento, Juan Somavía, en su Memoria para la 87ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo de 1999. En efecto, el mencionado Director General en su Memoria, titulada precisamente “Trabajo decente”, intentó promover como finalidad principal de la OIT “la disponibilidad de un trabajo decente para los hombres y mujeres del mundo entero” como mecanismo para hacer frente a los problemas de la globalización. En sus palabras, el documento “aspira a crear una finalidad común en las tres categorías de mandantes: los gobiernos, los trabajadores y los empleadores, con lo que se transmitirá un mensaje claro y preciso sobre la Organización a la opinión pública en general”.

La intención del ex Director General de la OIT era, por tanto, encontrar una respuesta coherente a las transformaciones que ha protagonizado el mundo del trabajo en los últimos tiempos. Respuesta orientada, a su vez, a mejorar las condiciones laborales para las personas trabajadoras. Aunque esta filosofía del trabajo decente también responde a un proceso de reforma interna y funcionamiento de la OIT en torno a cuatro

objetivos estratégicos, que posteriormente se detallarán: los principios y derechos fundamentales en el trabajo, el empleo, la protección social y el diálogo social<sup>67</sup>.

De este modo, se pretende una reformulación de la política de la OIT para hacer frente a la mundialización y a los problemas que han traído consigo las agendas neoliberales de los estados y las organizaciones internacionales responsables, en una suerte de devaluación del estatuto protector laboral y especialmente salarial, para generar competitividad (a la baja) y mantener en cierto modo el crecimiento económico. Es muy expresivo el Director General cuando indica que los principios de privatización, de liberalización de los mercados de capital y de trabajo y de estabilización financiera “se volvieron muy rígidos y no tuvieron suficientemente en cuenta el contexto social y político de los mercados”.

Se instaura así la finalidad primordial de la OIT de promover oportunidades para que los hombres y mujeres puedan conseguir un trabajo decente y productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana. “No se trata simplemente de crear puestos de trabajo, sino que han de ser de una calidad aceptable”. Y para tal consecución del fin es necesario tener en cuenta los cuatro objetivos estratégicos, siempre desde la perspectiva de la igualdad de género, basados en: los derechos humanos y el trabajo; el empleo e ingresos; el fortalecimiento de la protección social y de la Seguridad Social; y el robustecimiento del diálogo social.

Más allá de la citada Memoria, para algunos autores el verdadero origen del término “trabajo decente” se debe principalmente a su impulso por parte de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998 —a pesar de que tal término no se contiene en la mencionada Declaración—<sup>68</sup>. Como bien se sabe, en este documento la OIT refuerza el cumplimiento obligatorio de cuatro derechos o principios universales para todos los estados miembros (la libertad de asociación y sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; la eliminación del trabajo forzoso u obligatorio; la abolición del trabajo infantil y la eliminación de la

---

<sup>67</sup> ARELLANO ORTÍZ, P.A.: “Trabajo decente”, en VV.AA.: Diccionario Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, BAYLOS GRAU, A.P., FLORENCIO THOMÉ, C. y GARCÍA SCHWARZ, R. (Coords.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 2065 y 2066.

<sup>68</sup> AUVERGNON, P.: “De Declaración en Declaración de la OIT: El trabajo decente, lema de acompañamiento social de la globalización (1)”, en *Relaciones Laborales*, núm. 15, 2012, pp. 3 y 4 (versión digital).

discriminación en materia de empleo y ocupación), hayan o no ratificado sus convenios, que ahora pasan a ser considerados como fundamentales<sup>69</sup>.

En este sentido, la OIT pretende instaurar un mínimo de principios y derechos para todos los estados miembros, más allá de su actuación o ratificación, en una época “global” en la que se han descubierto las debilidades de las naciones y su pérdida de poder frente a otros agentes económicos transnacionales<sup>70</sup>. Misma justificación se deduce de la Memoria de 1999 cuando se indica que “la política de liberalización económica ha trastocado las relaciones entre el Estado, el mundo del trabajo y el ámbito empresarial [...] Los mercados internacionales de capital se han desconectado de los mercados de trabajo nacionales, acarreando beneficios y riesgos asimétricos para el capital y para el trabajo [...] Así las cosas, la OIT ocupa ciertamente una posición privilegiada”, cuyos “instrumentos son el diálogo social y las normas relativas a la promoción de los principios y derechos fundamentales en el trabajo, el empleo y la seguridad de las personas [...] En las circunstancias actuales, la OIT tiene que mostrar una vez más su capacidad histórica de adaptación, renovación y cambio”.

El trabajo decente es, por tanto, una manera nueva y muy oportuna de hacer realidad misión histórica de la OIT (actualizada por la Declaración de Filadelfia de 1944), que no es otra misión que la de fomentar la justicia social como elemento pacificador y garantizar los derechos humanos y laborales reconocidos internacionalmente. Con este concepto y la nueva orientación de la OIT se sitúan a los resultados en un primer plano: “qué tipo de trabajos hace la gente, a cambio de qué remuneración, en cuáles condiciones de estabilidad y seguridad y de qué derechos laborales gozan los trabajadores”<sup>71</sup>.

Sin embargo, también cabe decir que no fue hasta el año 2008 cuando el concepto de trabajo decente se integra en la actividad normativa de la OIT o se institucionaliza con la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa,

---

<sup>69</sup> Los ocho convenios fundamentales de la OIT son: Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87); Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98); Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29) (y su Protocolo de 2014); Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm. 105); Convenio sobre la edad mínima, 1973 (núm. 138); Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (núm. 182); Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100); Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111).

<sup>70</sup> AUVERGNON, P.: op. cit., p. 4.

<sup>71</sup> FIELDS, G.S.: “El trabajo decente y las políticas de desarrollo”, en *Revista Internacional del Trabajo*, núm. 2, 2003, p. 263.

adoptada por unanimidad en la Conferencia Internacional del Trabajo de ese mismo año. En efecto, se trata de la tercera Declaración de principios y políticas de gran alcance adoptada por la Conferencia desde la Constitución de 1919, tras la Declaración de Filadelfia y la de 1998, en la que ahora sí se actualiza la visión contemporánea del mandato de la OIT en la era de la globalización y se centra al trabajo decente como eje de sus políticas para alcanzar los objetivos constitucionales de la Organización.

En la misma línea fundante de la OIT de que “el trabajo no es una mercancía”, la nueva Declaración sitúa al empleo pleno y productivo y al trabajo decente como elemento central de las políticas económicas y sociales de los Miembros. Políticas que deberán seguir el Programa de Trabajo Decente asentado sobre los siguientes cuatro pilares (u objetivos estratégicos, ya mencionados pero reelaborados):

- Promoción del empleo, creando un entorno institucional y económico sostenible de capacitación, realización personal y bienestar común. En esta Declaración aparece el empleo en primer lugar ya que no puede haber trabajo decente sin empleo en número suficiente (vertiente cuantitativa del trabajo)<sup>72</sup>;

- Adopción y ampliación de medidas de protección social en un sentido amplio (medidas de Seguridad Social; condiciones de trabajo saludables y seguras; y medidas en materia de salarios, ganancias y horas, con especial referencia a un “salario mínimo vital”);

- Promoción del diálogo social y del tripartismo como método apropiado para adaptar la aplicación de los objetivos estratégicos a las necesidades y circunstancias de cada país, facilitar la creación de consenso respecto de las políticas nacionales e internacionales, fomentar la eficiencia de la legislación y sus instituciones, etc.;

- Respeto, promoción y aplicación de los principios y derechos fundamentales en el trabajo, que se constituyen como condición necesaria para la plena realización de los anteriores objetivos estratégicos.

Pero más allá de la definición amplia de estos cuatro objetivos estratégicos, la Declaración de la OIT de 2008 no define exactamente qué se entiende por trabajo decente. Aunque según doctrina autorizada ello no sería necesario, pues se correría el riesgo de fijar, petrificar, limitar o paralizar esa “poción mágica” de la OIT de promoción de un

---

<sup>72</sup> AUVERGNON, P.: op. cit., p. 7.

trabajo decente o de calidad<sup>73</sup>. Se trata, por tanto, de un concepto indeterminado que, a su vez, depende de cada Estado Miembro de conformidad con las obligaciones internacionales que haya asumido y con los principios y derechos fundamentales en el trabajo, habida cuenta de sus condiciones y circunstancias, así como de las necesidades y prioridades expresadas por las organizaciones de empleadores y de trabajadores de cada país.

De este modo, la OIT, siguiendo la Agenda de Trabajo Decente, presta asistencia a través de programas integrales de trabajo decente, desarrollados a nivel de país, en coordinación con los mandantes de la OIT, según las prioridades y necesidades particulares. Es por ello que no se puede buscar, no solo una definición, sino un nivel de trabajo decente adecuado ya que este dependerá del déficit del mismo en cada Miembro y sus finalidades o propósitos, más o menos elevados<sup>74</sup>, aunque siempre desde el respeto a un mínimo.

En definitiva, la noción de trabajo decente desde su surgimiento ha inspirado (y organizado) enormemente la acción de la OIT y de sus estados miembros. Buena prueba de ello es que poco después de la Declaración de 2008, y ante las dramáticas repercusiones de la crisis de estos años, surge el “Pacto Mundial para el Empleo” de 2009, en un intento de proveer una base concertada internacionalmente de políticas diseñadas con el fin de aliviar el impacto de la recesión y acelerar la recuperación del empleo, sobre la base de lo que se entiende por empleo decente. Posteriormente, dicho Programa de Trabajo Decente se reafirmará con la Declaración del centenario de la OIT para el Futuro del trabajo de 2019, ante los desafíos que pueda traer consigo la denominada IV Revolución Industrial<sup>75</sup>, la evolución demográfica, el cambio climático y la mundialización. Así, con esta última Declaración se reafirma y renueva el objetivo de luchar por la justicia social y el trabajo decente, al igual que se institucionaliza el enfoque del futuro del trabajo centrado en el ser humano; idéntica respuesta adoptada por la OIT frente a la COVID-19 (véase, “Llamamiento mundial a la acción para una recuperación centrada en las personas de la crisis causada por la COVID-19 que sea inclusiva, sostenible y resiliente”, adoptado por la 109ª Conferencia Internacional del Trabajo).

---

<sup>73</sup> Ibidem, p. 5.

<sup>74</sup> ARELLANO ORTÍZ, P.A.: op. cit., pp. 2066 y 2067.

<sup>75</sup> Término acuñado por SCHWAB, K.: *La cuarta revolución industrial*, Barcelona, Editorial Debate, 2016.

El objetivo del trabajo decente, generado en el seno de la OIT, obedece a los cuatro objetivos estratégicos ya mencionados, integrados desde una perspectiva holística e interdependiente e inspirados por el eje vertebrador de la igualdad de género. Se trata, por tanto, de un concepto que, por su importancia y buen hacer, ha permeado en diferentes agentes internacionales. Entre ellos destaca la Organización de las Naciones Unidas, que ya introdujo de forma implícita el trabajo decente como uno de los Objetivos de Desarrollo del Milenio desde 2005 y recientemente, desde 2015, como el octavo de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) en la Agenda 2030<sup>76</sup>.

En concreto, el octavo ODS defiende el crecimiento económico, a la par que el trabajo decente, como factores que se retroalimentan. Para conseguir tal objetivo, la ONU propone diez metas que irán desde: mantener el crecimiento económico, sobre todo en los países menos adelantados; lograr niveles más elevados de productividad económica mediante la diversificación, modernización tecnológica y la innovación, prestando especial atención a los sectores de uso intensivo de la mano de obra; promover políticas orientadas al desarrollo que apoyen las iniciativas productivas, la creación de puestos de trabajo decentes, el emprendimiento, la creatividad y la innovación, y la creación de micro y pymes; mejorar progresivamente hasta 2030 la producción y el consumo eficientes, protegiendo el medio ambiente; lograr el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todas las mujeres y hombres, incluidos los jóvenes y las personas con discapacidad, teniendo en cuenta la igualdad de remuneración por trabajo de igual valor; reducir considerablemente la proporción de jóvenes que no están empleados y no cursan estudios ni reciben capacitación; adoptar medidas inmediatas y eficaces para erradicar el trabajo forzoso y trabajo infantil en todas sus formas; proteger los derechos laborales y promover un entorno de trabajo seguro y sin riesgos para todos los trabajadores, sobre todo personas migrantes, en particular mujeres y personas con empleos precarios; poner en práctica políticas encaminadas a garantizar un turismo sostenible que cree puestos de trabajo y promueva la cultura y los productos locales; hasta, por último, fortalecer la capacidad de las instituciones financieras nacionales para fomentar y ampliar el acceso a los servicios bancarios, financieros y de seguros para todos.

---

<sup>76</sup> GIL Y GIL, J.L.: “El trabajo decente como objetivo de desarrollo sostenible”, en *Revista jurídica de los derechos sociales. Lex Social*, núm. 1, 2020, p. 143.

Como se puede observar se trata de un proyecto ambicioso que centra el desarrollo económico en la persona, su trabajo y en la sostenibilidad. En palabras del actual Director General de la OIT, Guy Rider, “un número mayor de personas con empleos decentes significa un crecimiento económico más fuerte e inclusivo, y mayor crecimiento significa más recursos disponibles para crear empleos decentes [...] El trabajo decente incrementa los ingresos de los individuos y de las familias, que pueden ser gastados en la economía local. Su poder adquisitivo incentiva el crecimiento y el desarrollo de empresas sostenibles, sobre todo de las pequeñas empresas, que a su vez pueden contratar a un número mayor de trabajadores y mejorar sus salarios y condiciones de trabajo. El trabajo decente aumenta los ingresos fiscales para que los gobiernos puedan financiar medidas sociales dirigidas a proteger a quienes no encuentran un empleo o no pueden trabajar”<sup>77</sup>.

### 3.2. *La reestructuración socialmente responsable en el seno de la Unión Europea*

Al margen de antecedentes más remotos<sup>78</sup>, la responsabilidad social corporativa o empresarial empezó a adquirir cierto protagonismo en los años ochenta del siglo XX a causa de tres principales motivos: el proceso de globalización económica y la deslocalización de empresas a terceros países emergentes; la implantación de la “Sociedad de la información” y la canalización de las preocupaciones sociales ante la incapacidad de los Estados de poner freno a prácticas insostenibles; y la entrada en escena del Medio Ambiente como bien jurídico a proteger<sup>79</sup>.

De este modo, las primeras iniciativas de responsabilidad social empresarial (RSE) van a venir impulsadas por parte de las empresas multinacionales para contrarrestar los posibles efectos negativos y/o la sujeción a normativas nacionales y acciones judiciales ante los impactos generados en sus cadenas de valor. Por ello, las mayores presiones y exigencias sociales provocaron que las empresas multinacionales fueran incorporando a su actividad políticas y acciones de responsabilidad social empresarial (redactando los primeros códigos de conducta a nivel empresarial), ya que ello permitía, a su vez,

---

<sup>77</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Trabajo decente y la agenda 2030 de desarrollo sostenible*, Ginebra, OIT, 2017, disponible en: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms\\_470340.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_470340.pdf)

<sup>78</sup> SALGUERO MOLINA, P.: *La responsabilidad social en la crisis y reestructuración de empresas*, Gramada, Comares, 2016, pp. 1-38.

<sup>79</sup> A estos tres factores se refieren expresamente GRAU RUIZ, M.A. y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “Presentación”, en VV.AA.: *La responsabilidad social de las organizaciones*, SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. (Dir.) y GRAU RUIZ, M.A. (Coord.), Madrid, Editorial Grupo 5, 2013, pp. 17 y ss.

mantener los beneficios en términos de reputación e imagen corporativa, reduciendo el riesgo de oposición pública a sus proyectos, así como permitía conservar clientes y facilitaba el acceso a nuevos mercados con mayores exigencias<sup>80</sup>.

En este contexto, si bien existen otras instancias internacionales que también han prestado atención a la RSE<sup>81</sup>, es necesario destacar la labor que ha desempeñado la Unión Europea. En concreto, la Comisión Europea ha venido promocionando la RSE entre los estados miembros de la Unión, aunque dicha estrategia no se ha materializado en actos normativos en sentido estricto, sino en planes de acción, estrategias y declaraciones de objetivos a conseguir<sup>82</sup>.

Autorizada doctrina sitúa el inicio de la política comunitaria de RSE en 1993 con la publicación del Libro Blanco sobre “Crecimiento, Competitividad y Empleo”, lugar en el que se presenta una estrategia europea para desarrollar el empleo y la creación de empresas en Europa. A partir del año 2000, con la Estrategia de Lisboa se va a situar a la empresa como el principal agente para el desarrollo sostenible, en el objetivo de conseguir una economía dinámica y competitiva basada en el conocimiento<sup>83</sup>. En concreto, la Cumbre de Lisboa del año 2000 en su conclusión 39 expresa que: “el Consejo Europeo hace un llamamiento especial al sentido de responsabilidad social de las empresas con respecto a las prácticas idóneas en relación con la formación continua, la organización del trabajo, la igualdad de oportunidades, la integración social y el desarrollo sostenible”<sup>84</sup>.

Es a partir de la Estrategia de Lisboa cuando empieza a relacionarse estrechamente el concepto de la responsabilidad social empresarial con los aspectos sociales y, en concreto, laborales. La Agencia Social Europea de Niza del año 2000 también ahondaría

---

<sup>80</sup> ANCOS FRANCO, H. y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “Marco normativo de la responsabilidad social empresarial”, en VV.AA.: *La responsabilidad social de las organizaciones*, SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. (Dir.) y GRAU RUIZ, M.A. (Coord.), Madrid, Editorial Grupo 5, 2013, pp. 29 y 38.

<sup>81</sup> Destaca la actividad desarrollada por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). Vid., “Recomendaciones para una conducta responsable por parte de las empresas en el contexto internacional” (2011).

<sup>82</sup> SALGUERO MOLINA, P.: *La responsabilidad social en la crisis y reestructuración de empresas*, op. cit., pp. 100-103.

<sup>83</sup> ANCOS FRANCO, H. y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “Marco normativo de la responsabilidad social empresarial”, op. cit., p. 55.

<sup>84</sup> A ello se refiere el “Informe del Foro de Expertos en Responsabilidad social de las empresas” (2007). Se trata de un foro constituido por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales el 17 de marzo de 2005.



en este sentido, dedicando un apartado especial en los siguientes términos: “anticiparse a los cambios del entorno de trabajo y sacar partido de los mismos, desarrollando un nuevo equilibrio entre flexibilidad y seguridad”<sup>85</sup>.

Siguiendo estos antecedentes, es en 2001 cuando se publica la Comunicación de la Comisión denominada *Libro Verde: Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas*<sup>86</sup>, cuyo objetivo era iniciar un amplio debate sobre cómo la Unión Europea podía fomentar la responsabilidad social de las empresas a nivel europeo e internacional, aprovechando las experiencias existentes, fomentando el desarrollo de prácticas innovadoras, aumentando la transparencia e incrementando la fiabilidad de la evaluación y la validación.

Es el Libro Verde de 2001 el primer intento de definir la RSE en el ámbito comunitario. Así, la Comisión Europea entiende que la RSE es “la integración voluntaria, por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y sus relaciones con sus interlocutores”<sup>87</sup>. Una vez situada la RSE como el cumplimiento voluntario de estándares sociales y medioambientales que vayan más allá del marco legal obligatorio, el Libro Verde también ejerce una labor para distinguir las dos grandes vertientes de este concepto: la dimensión externa o interna. Así, mientras la dimensión externa de la RSE se sitúa en la necesidad de que la empresa colabore con la comunidad local, proporcionando puestos de trabajo, salarios, servicios e ingresos fiscales; la dimensión interna se refiere más a los aspectos laborales de su gestión<sup>88</sup>.

Y es en esta última dimensión donde ya la Comisión Europea se refiere a la reestructuración socialmente responsable. En efecto, la Comisión resalta los posibles efectos negativos de las reestructuraciones empresariales, en el sentido de que “el cierre de una fábrica o los recortes importantes de mano de obra pueden provocar una crisis económica, social o política grave en las comunidades”. Añadiendo que: “menos del 25

---

<sup>85</sup> CALVO GALLEGO, F.J.: “Responsabilidad social y relaciones laborales en España”, *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, N.º 64, 2010, pp. 135 y 136.

<sup>86</sup> Bruselas, 18.7.2001 COM(2001) 366 final.

<sup>87</sup> MOLL NOGUERA, R.: “La dimensión laboral interna de la Responsabilidad Social Empresarial y el Derecho del Trabajo”, *Revista Internacional y Comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*, N.º 1, 2017, p. 6.

<sup>88</sup> CALVO GALLEGO, F.J.: “Responsabilidad social y relaciones laborales en España”, op. cit., p. 137.

% de las operaciones de reestructuración logran sus objetivos de reducción de costes, incremento de la productividad y mejora de la calidad y del servicio al consumidor, ya que a menudo dañan la moral, la motivación, la lealtad, la creatividad y la productividad de los trabajadores”.

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

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

Fruto del proceso de consulta del Libro Verde con diferentes agentes surge en 2002 la *Comunicación de la Comisión relativa a la responsabilidad social de las empresas: una contribución empresarial al desarrollo sostenible*<sup>89</sup>. Una comunicación donde se establecieron una serie de principios básicos y se propuso una estrategia de RSE, en especial integrándola dentro de las políticas comunitarias, concretamente dentro de la política de empleo y asuntos sociales de la Unión (con referencia a la necesidad de una reestructuración socialmente responsable)<sup>90</sup>.

---

<sup>89</sup> /\* COM/2002/0347 final \*/

<sup>90</sup> ANCOS FRANCO, H. y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “Marco normativo de la responsabilidad social empresarial”, op. cit., pp. 58 y 59.

Partiendo de la base del cumplimiento estricto del marco normativo comunitario (como se analizará, Directiva 98/59/CEE sobre despidos colectivos) y de la responsabilidad social que tiene la empresa en la asunción de las externalidades negativas que provocan sus decisiones de reorganización, la Comisión elabora su comunicación *Reestructuraciones y empleo - Anticipar y acompañar las reestructuraciones para desarrollar el empleo: el papel de la Unión Europea* (2005)<sup>91</sup>. En esta comunicación se reconoce que solo desde la anticipación en la gestión empresarial se podrían limitar los efectos negativos que tienen los despidos colectivos en el mercado de trabajo. La Comisión entiende que las reestructuraciones no tienen por qué ser dañinas, pues muchas veces son necesarias para el desarrollo económico, social y tecnológico. De ello depende que se realicen desde una perspectiva anticipada y preventiva, con acompañamiento público, en el sentido de que no impliquen una destrucción de capital humano; todas las partes interesadas participen en la reestructuración; y que se tenga en cuenta la dimensión territorial, puesto que es a nivel local donde la anticipación al cambio es más eficaz<sup>92</sup>.

De este modo, en el ámbito de la reestructuración socialmente responsable tiene absoluto protagonismo: la anticipación, la información y consulta con los representantes de los trabajadores, las medidas sociales de acompañamiento, la empleabilidad de los trabajadores y la colaboración entre empresas, Administración Pública y sindicatos<sup>93</sup>.

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

---

<sup>91</sup> /\* COM/2005/0120 final \*/

<sup>92</sup> SERRANO GARCÍA, J.M.: “El plan social obligatorio para las reestructuraciones empresariales socialmente responsables”, *Temas laborales*, N.º 99, 2009, pp. 208-211.

<sup>93</sup> SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “Dimensión laboral de la responsabilidad social”, en VV.AA.: VV.AA.: *La responsabilidad social de las organizaciones*, SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. (Dir.) y GRAU RUIZ, M.A. (Coord.), Madrid, Editorial Grupo 5, 2013, pp. 282 y ss.

respeto de los derechos humanos y las preocupaciones de los consumidores en sus operaciones empresariales y su estrategia básica, a fin de: maximizar la creación de valor compartido para sus propietarios/accionistas y para las demás partes interesadas y la sociedad en sentido amplio; identificar, prevenir y atenuar sus posibles consecuencias adversas”<sup>94</sup>.

En el ámbito de la Estrategia Europa 2020 [COM(2010) 2020] destaca el *Libro Verde Reestructuración y previsión del cambio: ¿qué lecciones sacar de la experiencia reciente?* de 2012<sup>95</sup>. Con este documento, tras los devastadores efectos de la crisis de 2008 y la implantación en algunos países comunitarios de estrategias de flexiseguridad neoliberales (entre ellos, España), la Comisión se propone señalar las prácticas y políticas más acertadas en el ámbito de la reestructuración y adaptación al cambio con objeto de fomentar el empleo, el crecimiento y la competitividad. En este sentido, la Comisión resalta su interés en promover la adaptación permanente de las empresas a las circunstancias económicas en rápida evolución y perseguir un alto nivel de empleo y protección social a través de medidas de apoyo apropiadas. Como experiencias de la crisis destacan las acciones emprendidas por empresas para mantener el empleo sobre la base de la reducción de horas de trabajo y del diálogo social y la negociación colectiva; al igual que destaca la labor de los servicios públicos de empleo, aunque también reconoce que estos sufrieron recortes como respuesta a la recesión económica.

En el marco de la reestructuración socialmente responsable también asume un papel relevante la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: *Marco de Calidad de la UE para la Anticipación del Cambio y la Reestructuración* de 2013<sup>96</sup>. En esta comunicación, que parte de la base de la común respuesta defensiva o reactiva a las reestructuraciones empresariales (falta de medidas de apoyo anticipadas, como formación especializada a los trabajadores; intervención tardía de los representantes de los trabajadores en las reestructuraciones; escasa participación de las autoridades, muchas veces por obstáculos que impone la empresa) y sus efectos negativos, propone tres requisitos para desarrollar

---

<sup>94</sup> MOLL NOGUERA, R.: “La dimensión laboral interna de la Responsabilidad Social Empresarial y el Derecho del Trabajo”, op. cit., p. 6.

<sup>95</sup> Bruselas, 17.1.2012 COM(2012) 7 final.

<sup>96</sup> /\* COM/2013/0882 final \*/

experiencias exitosas: anticipación, preparación adecuada y gestión socialmente responsable.

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

En definitiva, con este Marco de Calidad europeo para la Reestructuración (MCR) se pretende difundir una serie de buenas prácticas en materia de reestructuración, con el objetivo de que sean cumplidas en el ámbito comunitario. Todo ello para garantizar la competitividad de las empresas, la transición laboral de los trabajadores afectados y el mantenimiento del empleo. No obstante, el informe de 2018 que evalúa la aplicación del MCR ha concluido que, a pesar de que existen avances, sigue existiendo la necesidad de mejorar la visibilidad y difusión de las buenas prácticas en materia de reestructuración<sup>97</sup>.

Dentro del MCR y de la política de recolocación público-privada asumen un protagonismo especial los Fondos de Política de Cohesión (Fondo Social Europeo y Fondo Europeo de Desarrollo Regional) pero, sobre todo, el Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización para Trabajadores Despedidos (FEAG), que se regula por el Reglamento 2021/691 del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de abril de 2021<sup>98</sup>.

La misión del FEAG es la de apoyar “las transformaciones socioeconómicas causadas por la globalización y los cambios tecnológicos y medioambientales ayudando

---

<sup>97</sup> COMISIÓN EUROPEA: *Stocktaking report on the application of the EU Quality Framework for anticipation of change and restructuring*, 2018.

<sup>98</sup> A ello se refiere MOLINA NAVARRETE, C.: “La gestión pública de los “erte” (regulación temporal de empleo) y de los “ere” (regulación extintiva) en el autogobierno andaluz: balance y perspectivas pospandemia”, *Temas laborales*, N.º 160, 2021, pp. 183 y 184.

a los trabajadores despedidos y a los trabajadores por cuenta propia que hayan cesado en sus actividades para adaptarse al cambio estructural”. Se trata, por tanto, de un fondo de solidaridad que presta ayudas de financiación de acciones formativas y de política activas de empleo con el objetivo de promover el empleo digno y sostenible en la Unión Europea, así como de acompañar las “reestructuraciones importantes, en particular las causadas por los retos relacionados con la globalización, tales como cambios en las tendencias del comercio mundial, diferencias comerciales, cambios significativos en las relaciones comerciales de la Unión o en la composición del mercado interior, y crisis financieras o económicas, así como la transición hacia una economía baja en carbono o como consecuencia de la digitalización o la automatización”.

En cuanto a los requisitos para que los Estados miembros puedan solicitar<sup>99</sup> estas ayudas se encuentran que el cese de actividad afecte a al menos 200 trabajadores despedidos, en un período de referencia de cuatro meses (o seis meses en caso de que el cese de actividad se focalice en un determinado sector), con excepciones posibles para estos miembros pequeños o regiones alejadas o ultraperiféricas, en donde se reduce el umbral mínimo de despidos. Por ello, principalmente se trata de un mecanismo de compensación de la destrucción de empleo que puedan causar las deslocalizaciones<sup>100</sup>.

---

<sup>99</sup> Destaca la ayuda concedida por la Comisión Europea a través del FEAG para apoyar a los 303 trabajadores afectados por el despido colectivo de la empresa Alu Ibérica. [https://spain.representation.ec.europa.eu/noticias-eventos/noticias-0/el-fondo-europeo-de-adaptacion-la-globalizacion-moviliza-12-millones-de-euros-para-ayudar-300-2023-03-16\\_es](https://spain.representation.ec.europa.eu/noticias-eventos/noticias-0/el-fondo-europeo-de-adaptacion-la-globalizacion-moviliza-12-millones-de-euros-para-ayudar-300-2023-03-16_es) (comunicado de prensa de 16 de marzo de 2023).

<sup>100</sup> BAYLOS GRAU, A.P.: *Deslocalizaciones de empresas y despidos colectivos*, Albacete, Bomarzo, 2022, pp. 19 y 20.

## CAPÍTULO II. DESPIDO COLECTIVO Y SISTEMA INTERNACIONAL DE GARANTÍAS MULTINIVEL

### 1. LA NORMATIVA DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO EN MATERIA DE DESPIDO: EL CONVENIO N.º 158 Y LA RECOMENDACIÓN N.º 166 DE 1982 SOBRE LA TERMINACIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO

La primera “regulación” de la Organización Internacional del Trabajo referida a la extinción del contrato de trabajo es una norma no vinculante: la Recomendación N.º 119 sobre la terminación de la relación de trabajo de 1963<sup>101</sup>. Casi 20 años más tarde, la OIT elabora el Convenio N.º 158 de la OIT de 1982<sup>102</sup> bajo el mismo nombre, pero, esta vez, a través de un Tratado Internacional, de obligado cumplimiento tras la correspondiente ratificación. Aunque debe de indicarse que este tratado, a raíz de las fuertes resistencias por parte de la patronal, no ha sido ratificado por muchos de los países miembros de la OIT<sup>103</sup>. No obstante, en la práctica algunos de estos países que no han ratificado sí aplican los estándares de esta normativa internacional en su regulación interna<sup>104</sup>.

Si bien el Convenio 158 de la OIT no se refiere expresamente a la figura del despido colectivo como tal, sí que contiene determinadas previsiones normativas que tienen relación directa con este procedimiento de despido en cuestión. Respecto a la protección frente al despido sin causa, este tratado internacional (arts. 4, 5, 8, 9 y 10)<sup>105</sup> supone la consagración del principio de “justificado motivo” para proceder al despido por voluntad

---

<sup>101</sup> Respecto a la desarrollo histórico-normativo de la protección frente al despido en la OIT, véase, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R.: “La protección de los trabajadores frente al despido en la historia de la OIT”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, N.º 147, 2020, pp. 325-351.

<sup>102</sup> El Convenio 158 de la OIT es un convenio de los que se consideran de carácter técnico y no se incluye dentro de la categoría de los convenios de carácter fundamental.

<sup>103</sup> En la actualidad el citado convenio cuenta con 36 ratificaciones.

<sup>104</sup> Así lo reconoce MOLINA NAVARRETE, C.: “Protección contra el despido injusto en la Carta Social Europea: nueva aurora de su sinergia con el Convenio 158 OIT”, en SALCEDO BELTRÁN, C. (Dir.), *La Carta Social Europea. Pilar de recuperación y sostenibilidad del modelo social europeo. Homenaje al Profesor José Vida Soria*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, p. 152, cuando cita el Informe Final de la Reunión tripartita de expertos para el examen del Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo (n.158) y de la Recomendación (n. 166), 2011, párrafo 288 de la Parte V (conclusión y puntos para la discusión).

<sup>105</sup> El art. 4 del Convenio 158 de la OIT reconoce que “no se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”, consagrando el principio de justificado motivo del despido. El artículo 5 recoge diversos motivos que no podrán justificar la terminación (afiliación a sindicato o participación en actividades sindicales, condición de representante de los trabajadores o candidato, protección frente a la garantía de indemnidad, raza, color, sexo...) y el artículo 6 reconoce que la incapacidad temporal no deberá ser causa justificada de despido. Los artículos 8 y 9 se ocupan del control externo de la causa de la extinción contractual (ya sea por juez o árbitro).

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

El artículo 12 regula la indemnización, aunque desde una perspectiva flexible tendente a alcanzar el equilibrio transaccional entre trabajador y empresa, a pesar de que la patronal se haya empeñado en resaltar su rigidez para justificar las todavía escasas ratificaciones con las que cuenta<sup>106</sup>. En concreto, según el artículo 12 la cuantía de la indemnización se fijará en función, entre otras cosas, del tiempo de servicios y del monto del salario, la cual podrá ser abonada directamente por el empleador o por un fondo constituido mediante cotizaciones de los empleadores (dando cabida a lo que se conoce como “mochila austriaca”). Indemnización que incluso puede ser excluida si el Estado cuenta con un seguro de desempleo, y así lo decide (aunque también puede optar por que la indemnización y la prestación por desempleo sean complementarias)<sup>107</sup>.

Más allá de la protección frente al despido injustificado, que como se observará a raíz del estudio de la Carta Social Europea es una cuestión de absoluta actualidad fruto de su litigiosidad y del control de convencionalidad que se está ejerciendo respecto a la norma española<sup>108</sup>, el Convenio 158 se ocupa también de otras cuestiones que asumen relevancia en el plano del despido colectivo.

---

<sup>106</sup> En contra de la rigidez del Convenio 158 de la OIT, véase MOLINA NAVARRETE, C.: “Actualidades y críticas del Convenio OIT n. 158 en los derechos europeos: ¿el renacer del sentido del límite jurídico a la libertad (de empresa) en favor de la seguridad (en el empleo)?”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, N.º especial de conmemoración del Centenario de la OIT, 2019, pp. 175 y ss. En el mismo sentido, MOLINA NAVARRETE, C.: “Protección contra el despido injusto en la Carta Social Europea: nueva aurora de su sinergia con el Convenio 158 OIT”, *op. cit.*, p. 155, indica que “el C158 OIT no prohíbe el despido, sino la arbitrariedad, y ni siquiera, porque no impone la readmisión obligatoria como regla, solo como excepción, por lo que admite, de facto, que se convalide, con compensación monetaria”.

<sup>107</sup> MOLINA NAVARRETE, C.: “Protección contra el despido injusto en la Carta Social Europea: nueva aurora de su sinergia con el Convenio 158 OIT”, *op. cit.*, pp. 162 y 163.

<sup>108</sup> La cuestión de la audiencia previa en todos los supuestos de despido disciplinario (art. 7 del Convenio) también está suscitando controversia en la doctrina judicial respecto a la normativa española. Vid., BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Despido disciplinario, audiencia previa ex art. 7 Convenio 158 OIT y ampliación de la demanda”, Blog: Una mirada crítica a las relaciones laborales, entrada de 27 de marzo de 2023, disponible en: <https://ignasibeltran.com/2023/03/27/despido-disciplinario-audiencia-previa-ex-art-7-convenio-158-oit-y-ampliacion-de-la-demanda/> (visitada el 10 de abril de 2023).



El art. 13, dentro de la sección A de la Parte III dedicada a la consulta de los representantes de los trabajadores, indica que “cuando el empleador prevea terminaciones por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos” (causa justificada basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio *ex art. 4*) se deberá de prestar “en tiempo oportuno” “la información pertinente” a los representantes de los trabajadores y entablar con ellos, “lo antes posible”<sup>109</sup>, unas consultas “sobre las medidas que deban adoptarse para evitar o limitar las terminaciones y las medidas para atenuar las consecuencias adversas de todas las terminaciones para los trabajadores afectados, por ejemplo, encontrándoles otros empleos”<sup>110</sup>. Por “información pertinente” se entiende: “los motivos de las terminaciones previstas, el número y categorías de los trabajadores que puedan ser afectados por ellas y el período durante el cual habrían de llevarse a cabo dichas terminaciones” (art. 13.1.a).

Además, el art. 14 indica que el empleador que prevea tales terminaciones deberá de notificarlo “lo antes posible”<sup>111</sup> a la autoridad competente, “comunicándole la información pertinente”, que básicamente será la que se traslade a los representantes: “una constancia por escrito de los motivos de las terminaciones previstas, el número y las categorías de los trabajadores que puedan verse afectados y el período durante el cual habrían de llevarse a cabo dichas terminaciones”. Dicha aplicación del procedimiento de información, consulta y notificación a la autoridad laboral puede limitarse a una determinada cifra de despidos o porcentaje de extinciones respecto a la plantilla total.

En definitiva, desde la regulación en el seno de la OIT ya se aprecia cuál debe de ser el sentido de las consultas, previa información pertinente: alcanzar un acuerdo que tenga como contenido medidas que eviten, reduzcan o atenúen los efectos del despido

---

<sup>109</sup> Para GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R.: “La protección de los trabajadores frente al despido en la historia de la OIT”, op. cit., p. 147, con ello se pretende que el procedimiento se realice con tanta anterioridad como sea posible, lo cual permitirá contemplar “sin precipitación” las posibles medidas para evitar, reducir o paliar la entidad del despido colectivo.

<sup>110</sup> Para DE LA CASA QUESADA, S.: “Las empresas de recolocación (“outplacement”) y nuevos derechos del trabajador a la prevención del desempleo”, *Trabajo: Revista iberoamericana de relaciones laborales*, N.º 20, 2007, p. 152, el Convenio 158 de la OIT (y la correspondiente Recomendación 166) se refiere en este punto de forma indirecta a las agencias privadas de empleo, lo que más adelante se analizará como agencias de recolocación o de outplacement.

<sup>111</sup> “El empleador notificará a las autoridades competentes las terminaciones a que se hace referencia en el párrafo 1 del presente artículo con un plazo mínimo de antelación a la fecha en que se procederá a las terminaciones, plazo que será especificado por la legislación nacional” (art. 14.3, Convenio OIT C158).

colectivo. No obstante, la labor que se le reconoce a la Administración en este instrumento normativo es ciertamente reducida, pues en principio podría limitarse a la mera recepción de la notificación<sup>112</sup>.

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

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

---

<sup>112</sup> No obstante, la patronal también es crítica con este modelo de consulta, pues le imputaría un marcado efecto restrictivo en el sentido de que restringe la capacidad de los empleadores para adaptarse a las circunstancias cambiantes. Unas críticas que no son consistentes según MOLINA NAVARRETE, C.: “Protección contra el despido injusto en la Carta Social Europea: nueva aurora de su sinergia con el Convenio 158 OIT”, op. cit., p. 160.

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

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

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

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

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

La Carta Social Europea del Consejo de Europa se constituye como la auténtica “Constitución Social” de la Europa amplia<sup>113</sup>. Así, la CSE contiene la declaración de derechos sociales más completa del ámbito europeo, superando en este sentido a otros instrumentos internacionales como la Carta Comunitaria de los Derechos Fundamentales de los Trabajadores o la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>114</sup>.

Se trata de un tratado internacional adoptado por el Consejo de Europa en Turín el 18 de octubre de 1961, pero que no entró en vigor hasta el 26 de febrero de 1965, y que complementa al otro instrumento internacional del Consejo de Europa: el Convenio Europeo de Derechos Humanos, adoptado en Roma de 1950. En este sentido, la CSE supone un complemento indispensable del CEDH para la protección de los derechos humanos en toda su extensión, habida cuenta de la indivisibilidad de los derechos humanos, ya estos no se pueden compartimentalizar en derechos civiles y políticos, por un lado, y derechos sociales y económicos, por otro<sup>115</sup>. Una buena muestra de su interpretación conjunta ha sido la labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, máximo intérprete del CEDH, cuando ha analizado aspectos de la protección frente al despido (reconocida en el art. 24 Carta Social Europea revisada), generalmente desde el derecho del art. 6 CEDH a un proceso justo y sin dilaciones indebidas, incluso frente a países que no han suscrito la Carta<sup>116</sup>.

En realidad, la Carta Social Europea se conforma por cinco instrumentos distintos: la Carta Social Europea en su versión originaria, tres protocolos<sup>117</sup> y la Carta Social

---

<sup>113</sup> Vid. MONEREO PÉREZ, J.L.: “La garantía de los derechos sociales en la Carta Social Europea como ‘Constitución Social’ de la Europa amplia”, en *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, 2022, n. 4.

<sup>114</sup> GARCÍA GONZÁLEZ, G.: “La recepción de la Carta Social Europea en el ordenamiento español: aspectos jurídicos, políticos e institucionales (1978-2018)”, *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, N.º 137, 2018, p. 43 con cita en JIMENA QUESADA, L.: “La Carta Social Europea como instrumento de democracia social en Europa y en España”, en JIMENA QUESADA, L. (Coord.), *Escritos sobre derecho europeo de los derechos sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 137.

<sup>115</sup> GARCÍA GONZÁLEZ, G.: “La recepción de la Carta Social Europea en el ordenamiento español: aspectos jurídicos, políticos e institucionales (1978-2018)”, op. cit., pp. 43-45. Sobre el principio de indivisibilidad e interdependencia entre todos los derechos fundamentales, véase MONEREO PÉREZ, J.L.: “Los principios del sistema jurídico internacional multinivel de garantía de los derechos fundamentales”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, N.º 45, 2017, versión electrónica.

<sup>116</sup> PRECIADO DOMÈNECH, C.H.: *El despido en la Carta Social Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Albacete, Bomarzo, 2023, pp. 107 y ss.

<sup>117</sup> El Protocolo Adicional a la Carta Social Europea adoptado en Estrasburgo, de fecha de 5 de mayo de 1988; El protocolo de enmienda a la Carta Social Europea, hecho en Turín el 21 de octubre de 1991; Protocolo Adicional a la Carta Social Europea en el que se establece un sistema de reclamaciones colectivas, hecho en Estrasburgo el 9 de noviembre de 1995.

Europea en su versión revisada, adoptada en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996. Así, en un primer momento, España ratificó la versión originaria el 29 de abril de 1980 y, tiempo más tarde, el 24 de enero de 2000 ratificó el Protocolo Adicional de 1988. En cualquier caso, tras una larga espera, España ha ratificado la Carta Social Europea de 1996 el 11 de junio de 2021, con entrada en vigor el 1 de julio de 2021<sup>118</sup>, junto con la adhesión al Protocolo Adicional de reclamaciones colectivas de 1995<sup>119</sup>.

De este modo, con la ratificación de la CSE en su versión revisada (en adelante, CSEr) se introducen en el ordenamiento jurídico nacional ocho nuevos derechos sociales que no estaban en la versión originaria, entre los que destacan la protección frente al derecho al despido sin causa (art. 24) y el derecho a la información y consulta en casos de procedimiento de despido colectivo (art. 29). Por ello, se abre un nuevo “escenario inédito para los derechos sociales”<sup>120</sup>, el cual queda más reforzado con la labor del Comité Europeo de Derechos Sociales a través de su sistema de informes y el protocolo adicional ya ratificado de reclamaciones colectivas. En este sentido, el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) es la instancia suprema de garantía, equivalente al TEDH para el CEDH, que asegura la interpretación auténtica de la Carta a través de dos principales mecanismos: *grosso modo* las conclusiones en el sistema de informes y las decisiones sobre el fondo en el procedimiento de reclamaciones colectivas<sup>121</sup>.

## 2.2. La protección frente al derecho a no ser despedido sin justa causa en la Carta Social Europea Revisada

La normativa socio-laboral internacional ha venido reconociendo, dentro de lo que se conoce como *Sistema Garantista Multinivel de los Derechos Humanos*, el derecho a la protección frente a los despidos sin causa (injustos o arbitrarios), dotando a este

---

<sup>118</sup> Instrumento de Ratificación de la Carta Social Europea (revisada), hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996. «BOE» núm. 139, de 11/06/2021.

<sup>119</sup> Aplicación provisional del Protocolo Adicional a la Carta Social Europea en el que se establece un sistema de reclamaciones colectivas, hecho en Estrasburgo el 9 de noviembre de 1995, «BOE» núm. 153, de 28 de junio de 2021. Posteriormente, Instrumento de ratificación del Protocolo Adicional a la Carta Social Europea en el que se establece un sistema de reclamaciones colectivas, hecho en Estrasburgo el 9 de noviembre de 1995. «BOE» núm. 263, de 2 de noviembre de 2022.

<sup>120</sup> SALCEDO BELTRÁN, M.C.: “La Carta Social Europea y el procedimiento de reclamaciones colectivas: un nuevo y excepcional escenario en el marco legislativo laboral”, *Trabajo y Derecho*, N.º 91, 2022, pp. 1 y ss., versión digital.

<sup>121</sup> Para una explicación sobre su funcionamiento y la defensa de la interpretación del CEDS como jurisprudencia, cfr., SALCEDO BELTRÁN, C.: “La supervisión de la Carta Social Europea mediante el sistema de informes: Su idoneidad para la determinación de un estándar común de protección de los derechos sociales”, en HOLGADO GONZÁLEZ, M. y PÉREZ ALBERDI, M.R. (Dirs.), *Descentralización, poder y derechos sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 246 y ss.

derecho de ciertas garantías en orden a su efectiva protección (art. 30 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>122</sup> y Convenio 158 de la OIT de 1982, ya referenciado). No obstante, también es cierto que determinados instrumentos normativos internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de la ONU, si bien reconoce en su artículo 6 el derecho al empleo y en el art. 7 el derecho a que ese empleo se desarrolle según unas condiciones de trabajo equitativas, satisfactorias y saludables, no recoge con carácter expreso, ni siquiera sea de forma genérica, la garantía frente al despido injustificado. Y lo mismo ocurre con la Carta Social Europea en su versión originaria<sup>123</sup>.

En efecto, la Carta Social Europea de 1961, adoptada en Turín, reconoce tan solo en su artículo 4.4 (rubricado “derecho a una remuneración equitativa”) el derecho “de todos los trabajadores a un plazo razonable de preaviso en caso de terminación del empleo”<sup>124</sup>, que no se aplica en caso de despido por infracción grave (*vid.* Anexo), además de la protección frente al despido de trabajadoras durante su baja por maternidad o en una fecha tal que el período de preaviso expire durante esa ausencia (art. 8). Fuera de estos supuestos, la Carta Social Europea de 1961 nada indica respecto a la protección frente al despido injustificado y sus garantías, ya sea respecto a la readmisión o respecto a una indemnización adecuada.

Así, la Carta Social Europea revisada (o CSER) añade la protección frente al despido injustificado en su articulado, basándose en la regulación del Convenio 158 de la OIT de 1982<sup>125</sup>. Como ya se ha argumentado, la protección frente al despido supone un eje fundamental en la legislación laboral y en el cumplimiento de su función principal: la igualación entre las posiciones e intereses de la parte social (parte débil que busca la

---

<sup>122</sup> Un estudio en: MONEREO PÉREZ, J.L.: “Artículo 30. Protección en caso de despido injustificado”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dirs. y Coords.), *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012, pp. 695-738.

<sup>123</sup> MOLINA NAVARRETE, C.: “Protección contra el despido injusto en la Carta Social Europea: nueva aurora de su sinergia con el Convenio 158 OIT”, *op. cit.*, p. 146.

<sup>124</sup> Para un estudio de las resoluciones del CEDS respecto al derecho a preaviso en caso de terminación del contrato de trabajo para España, véase, GARRIDO PALACIOS, M.Á.: *Control de convencionalidad y Derecho del trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 267-271.

<sup>125</sup> Así consta en el Informe Explicativo de la Carta Social Europea revisada. Vid., JIMENA QUESADA, L. y SALCEDO BELTRÁN, C.: “Carta Social Europea, despido y control de convencionalidad: la odisea por alcanzar el reconocimiento de los derechos y sus garantías navegando en las procelosas aguas de las instancias superiores (excusatio non petita...)”, *Lex Social, Revista De Derechos Sociales*, N.º 1, 2022, p. 618.

estabilidad en el empleo) y el empresario (contraparte que busca el máximo rendimiento empresarial). Esto es, con ello se busca alcanzar un equilibrio necesario entre la racionalidad social y la racionalidad económica, que hunde sus raíces en la misma noción del “derecho al trabajo”. De este modo, un trabajo “con derechos” sería incomprensible sin la protección de los trabajadores frente al despido. La protección frente al despido se constituye, así, como un “derecho social de desmercantilización relativa” del trabajo, que se inserta la línea de lo que ha venido defendiendo la OIT como “trabajo decente”<sup>126</sup>.

En este sentido, es la CSEr la que recoge una referencia al “derecho a protección en caso de despido en su artículo 24, en sintonía con el art. 1 de la Carta<sup>127</sup> y con el estándar del trabajo decente o “con derechos”<sup>128</sup>. En concreto, el art. 24 recoge que:

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

a) el derecho de todos los trabajadores a no ser despedidos sin que existan razones válidas para ello relacionadas con sus aptitudes o su conducta, o basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio;

b) el derecho de los trabajadores despedidos sin razón válida a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada.

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

A través de esta técnica normativa, la CSEr pretende “garantizar” el derecho a protección en caso de despido como un derecho social fundamental, y no simplemente

---

<sup>126</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “Derecho a protección en caso de despido (artículo 24)”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dirs. y Coords.), *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Comares, 2017, pp. 835 y ss.

<sup>127</sup> El art. 1 CSEr, que regula el derecho al trabajo, reconoce que “para garantizar el ejercicio efectivo del derecho al trabajo, las Partes se comprometen: 1. a reconocer como uno de sus principales objetivos y responsabilidades la obtención y el mantenimiento de un nivel lo más elevado y estable posible del empleo, con el fin de lograr el pleno empleo; 2. a proteger de manera eficaz el derecho del trabajador a ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido; 3. a establecer o mantener servicios gratuitos de empleo para todos los trabajadores; 4. a proporcionar o promover una orientación, formación y readaptación profesionales adecuadas”.

<sup>128</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. y LÓPEZ INSUA, B.M.: “La garantía internacional del derecho a un “trabajo decente”, *Revista española de derecho del trabajo*, N.º 177, 2015, pp. 27-72.

“declarar”, ya que se les imponen a los Estados Parte obligaciones jurídicas positivas de actuación. Su lógica es, así, la propia del garantismo jurídico, que otorga plena garantía jurídico-institucional y exigibilidad y “justiciabilidad” jurídica<sup>129</sup>. En concreto, el art. 24 CSEr reconoce tres garantías: una causal, otra monetaria o de estabilidad obligacional y, por último, una procesal, que reconoce el derecho de la persona trabajadora despedida de forma injustificada a recurrir ante un organismo imparcial, ya sea judicial o extrajudicial<sup>130</sup>. Así, el art. 24 CSEr garantiza el derecho a la protección en caso de despido, fijando un contenido mínimo esencial o sustancial con la finalidad de dotarlo de plena efectividad y exigibilidad jurídica, sin desconocer que pueda ser mejorado por los Derechos nacionales (art. H, Parte V), así como complementado por otras referencias normativas de la Carta (arts. 8, 20, 27.3, 29, etc.) en la idea de que no contiene una enumeración cerrada, sino abierta<sup>131</sup>.

En cuanto a la primera garantía, la Carta reconoce el derecho de las personas trabajadoras a no ser despedidas si no existe una “razón válida”, conectando con el principio clásico de estabilidad en el empleo, el cual se refleja en el reforzamiento del principio de conservación del contrato de trabajo, en la preferencia por la contratación indefinida y especialmente en la existencia de un “justificado motivo” para la extinción del contrato de trabajo. El CEDS ha venido interpretando que las razones del despido “basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio” deben ser razones económicas<sup>132</sup>. Además, ha interpretado que los tribunales deben de tener la competencia para revisar un caso sobre los hechos económicos que subyacen a las razones del despido y no solo por cuestiones de derecho<sup>133</sup>, al igual que ha recordado que el art. 24 CSEr exige que se logre un equilibrio entre el derecho del empleador a dirigir/administrar su empresa como mejor le parezca y la necesidad de proteger los derechos de los empleados<sup>134</sup>.

---

<sup>129</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “Derecho a protección en caso de despido (artículo 24)”, op. cit., p. 837.

<sup>130</sup> Así cataloga las categorías MOLINA NAVARRETE, C.: “Protección contra el despido injusto en la Carta Social Europea: nueva aurora de su sinergia con el Convenio 158 OIT”, op. cit., p. 147.

<sup>131</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “Derecho a protección en caso de despido (artículo 24)”, op. cit., pp. 836-840, aunque se echa en falta una mayor concreción garantista respecto a las causas de despido, los procedimientos o las formalidades (carta de despido, preaviso, etc.).

<sup>132</sup> Conclusiones del CEDS de 2016, para Letonia.

<sup>133</sup> Conclusiones del CEDS de 2012, para Turquía.

<sup>134</sup> Conclusiones del CEDS de 2016, para Letonia.



El Anexo de la Carta<sup>135</sup>, que forma parte integrante de la misma (artículo N, Parte VI), especifica que no se considerarán motivos válidos para el despido: “a) la afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales fuera del horario de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante el horario de trabajo; b) el hecho de presentarse como candidato a representante de los trabajadores, o de actuar o haber actuado en esa calidad; c) la presentación de una demanda o la participación en un procedimiento contra un empleador por supuesta infracción de las leyes o reglamentos, o la presentación de un recurso ante las autoridades administrativas competentes; d) la raza, el color, el sexo, el estado civil, las responsabilidades familiares, el embarazo, la religión, la opinión política, la ascendencia nacional o el origen social; e) el permiso de maternidad o de paternidad; f) la ausencia temporal del trabajo debido a enfermedad o lesión”.

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

### *2.2.1. La interpretación del Comité Europeo de Derechos Sociales de la protección frente al despido sin “justificado motivo”*

---

<sup>135</sup> El Anexo de la CSEr también especifica respecto al art. 24 que la palabra despido “significa la resolución de la relación laboral a iniciativa del empleador”. Además, indica que dicho artículo se aplica a todos los trabajadores pero que “una Parte puede excluir total o parcialmente de su protección a las siguientes categorías de trabajadores por cuenta ajena: a) los trabajadores vinculados por un contrato de trabajo de duración determinada o para una tarea determinada; b) los trabajadores que estén en período de prueba o que no hayan cumplido un período de antigüedad exigido, siempre que dicho período se fije por anticipado y tenga una duración razonable; c) los trabajadores contratados de manera eventual por un período breve”.

Para valorar en qué supuestos la indemnización es adecuada o la reparación es apropiada en el caso de un despido injustificado, es necesario acudir a la doctrina o jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS).

El Compendio de la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales, actualizado a fecha del 31 de diciembre de 2021<sup>136</sup>, recoge la interpretación que el CEDS ha venido construyendo en torno a los diferentes preceptos de la CSEr y, en concreto, respecto al art. 24 y a la indemnización adecuada o reparación apropiada<sup>137</sup>. En este sentido, el artículo 24 de la Carta exige que los tribunales u otros órganos competentes puedan ordenar una indemnización adecuada, la reincorporación u otra reparación apropiada<sup>138</sup>. Y añade: para que se considere adecuada, la indemnización debe incluir:

- el reembolso de las pérdidas financieras sufridas entre la fecha del despido y la decisión del órgano jurisdiccional que se pronuncie sobre la legalidad del despido,
- la posibilidad de reincorporación y/o
- una indemnización suficiente tanto para disuadir al empleador como que sea proporcional al daño sufrido por la víctima<sup>139</sup>.

Además, las conclusiones de 2012, tanto de Eslovenia como de Finlandia, así como la decisión de admisibilidad y sobre el fondo de 8 de septiembre de 2016 (Sociedad Finlandesa de Derechos Sociales c. Finlandia, reclamación colectiva 106/2014), ya han determinado que cualquier límite máximo en la indemnización que pueda impedir que los daños sean proporcionales a la pérdida sufrida y suficientemente disuasorios es, en principio, contrario a la Carta. Asimismo, dicha jurisprudencia del CEDS indica que si existe tal tope en la indemnización por daños materiales, la víctima debe poder resarcirse

---

<sup>136</sup> Council of Europe: “Digest of the case law of the European Committee of Social Rights”, 2022, disponible en: <https://rm.coe.int/digest-ecsr-prems-106522-web-en/1680a95dbd>

<sup>137</sup> Hasta el momento se recogen del art. 24 de la CSEr tres observaciones interpretativas, siete decisiones sobre el fondo y ciento tres conclusiones, de las que treinta y siete han sido de no conformidad y veintiséis postpuestas, requiriendo información adicional para poder pronunciarse. Datos extraídos de Jimena Quesada, L. y Salcedo Beltrán, C.: “Carta Social Europea, despido y control de convencionalidad: la odisea por alcanzar el reconocimiento de los derechos y sus garantías navegando en las procelosas aguas de las instancias superiores (excusatio non petita...)”, op. cit., p. 619, y confirmados en el buscador HUDOC: [https://hudoc.esc.coe.int/eng/#{%22sort%22:\[%22ESCPublicationDate%20Descending%22\],\[%22ESCArticle%22:\[%2224-00-163%22\],\[%22ESCDcType%22:\[%22FOND%22,%22Conclusion%22,%22Ob%22\]}](https://hudoc.esc.coe.int/eng/#{%22sort%22:[%22ESCPublicationDate%20Descending%22],[%22ESCArticle%22:[%2224-00-163%22],[%22ESCDcType%22:[%22FOND%22,%22Conclusion%22,%22Ob%22]})

<sup>138</sup> Conclusiones 2016, Macedonia del Norte.

<sup>139</sup> Conclusiones 2016, Macedonia del Norte y Sociedad Finlandesa de Derechos Sociales c. Finlandia, decisión sobre el fondo del 8 de septiembre de 2016.

de los daños morales a través de otras vías legales (por ejemplo, legislación contra la discriminación), al igual que los tribunales competentes para otorgar dichas indemnizaciones por daños materiales e inmateriales deben decidir dentro de un plazo razonable<sup>140</sup>.

De este modo, el CEDS tiene una jurisprudencia consolidada en cuanto a lo que debe de entenderse por indemnización adecuada u otra reparación adecuada del despido sin causa, que ha ido aplicando a las distintas reclamaciones colectivas que se han presentado frente a países como Finlandia, Italia o Francia, los cuales tienen un sistema indemnizatorio tasado similar al que prevé el ordenamiento jurídico español. Y de ahí la actualidad de los pronunciamientos del CEDS (los dos últimos son del reciente año 2022 contra Francia)<sup>141</sup>, por haber declarado contrarios al art. 24 CSEr sistemas indemnizatorios del despido injustificado semejantes al sistema español, estando pendientes de resolución las dos reclamaciones colectivas que han presentado UGT y CC.OO., respectivamente.

En la decisión de admisibilidad y sobre el fondo 8 de septiembre de 2016, fruto de la reclamación colectiva 106/2014 presentada por *Finnish Society of Social Rights* contra Finlandia<sup>142</sup>, el CEDS resolvió que la *Employment Contracts Act* es contraria al art. 24 CSEr sobre la base de dos razones. Por un lado, porque tal regulación limitaba la indemnización por despido improcedente a como máximo 24 meses de salario, teniendo en cuenta, a su vez, que la indemnización adicional que concede tanto la legislación antidiscriminatoria como la *Tort Liability Act* solo se prevé respectivamente para supuestos de despidos discriminatorios y para casos muy restringidos, de los que no ha dado suficientemente ejemplo el Gobierno finés. Por otro lado, porque la legislación finlandesa no prevé que el tribunal pueda ordenar la readmisión, pues el CEDS ha venido interpretando que, a pesar de que el art. 24 CSEr no se refiere expresamente a la restitución, este es un mecanismo apropiado para compensar o prestar una reparación adecuada.

---

<sup>140</sup> Doctrina recogida y traducida por PRECIADO DOMÈNECH, C.H.: El despido en la Carta Social Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos, Albacete, Bomarzo, 2023, pp. 69 y 70.

<sup>141</sup> Un análisis de estas decisiones del CEDS en SALCEDO BELTRÁN, C.: “Las indemnizaciones por despido injustificado y el art. 24 de la Carta Social Europea revisada: no hay dos condenas (Finlandia e Italia) sin tres (Francia)”, *Lex Social, Revista De Derechos Sociales*, N.º 1, 2022, pp. 625-631.

<sup>142</sup> Disponible en: <https://hudoc.esc.coe.int/eng/?i=cc-106-2014-dadmissandmerits-en>

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

La decisión sobre el fondo de 11 de septiembre de 2019 (*Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL) c. Italia*, reclamación colectiva 158/2017)<sup>143</sup> también ha sostenido la violación del art. 24 CSEr por parte de la legislación italiana de despido y su reforma del año 2015, que se aplica a las nuevas contrataciones que se hagan a partir del 7 de marzo de 2015 (el *Decreto Legislativo 4 marzo 2015, n. 23. Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti*). En efecto, el *Decreto legislativo 23/2015*, como parte más significativa del proceso reformista conocido como *Jobs Act*, ha supuesto la culminación de un cambio de modelo en el despido, donde se prima más la tutela obligatoria o resarcitoria, ciertamente debilitada, frente a la tutela real o de readmisión, siguiendo el camino que otros países europeos han emprendido tras la salida de la crisis de 2008<sup>144</sup>, en una idea malentendida de que la protección frente al despido “en sentido fuerte” entra en contradicción y lastra el progreso económico<sup>145</sup>.

En esta decisión sobre el fondo el CEDS estima que no es oportuno manifestarse sobre la forma tasada de cálculo de indemnización por despido improcedente del art. 3.1 *D. Legislativo 23/2015*, ya que el Tribunal Constitucional italiano en su sentencia 194/2018 ya ha declarado inconstitucional tal previsión normativa, dando cabida a que

---

<sup>143</sup> Disponible en: <https://hudoc.esc.coe.int/eng/?i=cc-158-2017-dmerits-en>

<sup>144</sup> Este proceso también se ha vivido en España con la regulación del despido y su protección, como ilustrativamente lo afirma ORTEGA LOZANO, P.G.: *Poderes empresariales y resolución del contrato de trabajo por incumplimiento del trabajador. España e Italia*, Granada, Comares, 2020, p. 5: “Es evidente que en la práctica jurídica prevalece el modelo de readmisión intercambiable por dinero —en otros términos, la no readmisión del trabajador a cambio de asumir el coste económico de despedir; en la praxis, la denominada estabilidad obligacional— sobre el modelo de la readmisión obligatoria para todo despido sin causa y sin forma —la denominada estabilidad real—. Este es el modelo legal vigente: las transformaciones sufridas evidencian que evolucionamos hacia un despido cada vez más libre y menos indemnizado —desistimiento unilateral ad nutum—; en suma, hacia un nuevo derecho flexible del trabajo”.

<sup>145</sup> SPEZIALE, V.: “La nueva regulación en Italia del contrato indefinido a “tutela creciente” entre el Derecho y el Economicismo y los imperativos constitucionales”, *Temas laborales*, N.º 131, 2015, pp. 14-22.

los jueces puedan tener en cuenta no solo la antigüedad en el servicio, sino también otros factores para calcular la indemnización como el número de trabajadores, el tamaño de la empresa, la conducta o la situación de las partes. Sin embargo, el Comité, tras analizar los diferentes tipos de calificaciones judiciales y sus efectos, en función del correspondiente defecto y el tamaño de la empresa, se centra en aquellos despidos injustificados a los que no se les permite la readmisión y se aplica un límite máximo a la indemnización de 6, 12, 24 o 36 veces la retribución mensual de referencia, según el caso (arts. 3.1, 4, 9 y 10)<sup>146</sup>. En este sentido, el CEDS reitera su doctrina y señala que cualquier tope a la indemnización que pueda impedir que la indemnización sea proporcional a la pérdida sufrida y suficientemente disuasoria para el empleador es, en principio, contrario a la Carta Social Europea Revisada.

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

Por último, el CEDS observa que el mecanismo de conciliación previsto en el art. 6 del *D. Legislativo 23/2015* tiene por objeto “evitar el proceso judicial”. Esto es, las medidas de conciliación están previstas de tal modo que permiten al empresario evitar el procedimiento judicial y reducir los costes del despido (que se limitan a 27 veces la remuneración mensual de referencia y a 6 veces para las pequeñas empresas), mientras que los trabajadores se comprometen a renunciar a su derecho de impugnación, siendo su único beneficio la certeza de recibir una indemnización en un plazo breve. Asimismo, los recursos judiciales tampoco tienen necesariamente un efecto disuasorio sobre el despido improcedente dado que, en primer lugar, el importe neto de la indemnización por daño

---

<sup>146</sup> Una clasificación de la calificación judicial del despido y la cuantía de la indemnización tras la reforma laboral de 2015 en ESPOSITO, M.; GAETA, L.; ZOPPOLI, A. y ZOPPOLI, L.: *Diritto del lavoro e sindacale*, Turín, Giappichelli, 2021, pp. 334 y ss.

material no es significativamente superior al previsto en caso de conciliación y, en segundo lugar, la duración del procedimiento favorece a los empleadores ya que el pago de la compensación no puede exceder de los límites máximos a la indemnización ya expuestos.

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

Otra de las decisiones sobre el fondo más significativas es la decisión que adopta el Comité el 23 de marzo de 2022, en las reclamaciones colectivas acumuladas 160/2018, presentada por la *Confédération Générale du Travail Force Ouvrière* (CGT-FO), y 171/2018, presentada por la *Confédération générale du travail* (CGT), contra Francia<sup>147</sup>. A raíz de estas reclamaciones colectivas, el CEDS analiza la reforma emprendida por la Orden núm. 2017-1387, de 22 de septiembre de 2017, *relativa a la previsibilidad y la protección de las relaciones de trabajo*, en el sistema indemnizatorio que el art. L1235-3 del Código del Trabajo francés prevé para los supuestos de despidos calificados sin causa o ilegales.

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

---

<sup>147</sup> Disponible en: <https://hudoc.esc.coe.int/eng/?i=cc-171-2018-dmerits-fr>

apropiado, junto con otros más, con el que deben de contar los Tribunales para garantizar la protección frente al despido injustificado. En este sentido, el CEDS argumenta que la legislación francesa es compatible con la Carta Social Europea de 1996.

En cuanto a la indemnización y su cálculo, el Comité recuerda que la decisión sobre el fondo contra Finlandia ya determinó que un límite máximo en la indemnización de 24 meses era insuficiente pues no suponía una compensación adecuada. En este caso, el legislador francés ha previsto una escala de límites mínimos y máximos en la indemnización en función de la antigüedad del trabajador y del tamaño de la empresa<sup>148</sup>, que para el mejor de los supuestos sitúa el límite máximo en 20 meses para los trabajadores con 29 años de antigüedad. Este baremo es incluso inferior para los trabajadores con baja antigüedad y para aquellos trabajadores cuya empresa tiene menos de 11 trabajadores. Es más, el CEDS reconoce que para estos trabajadores los montos mínimos y máximos de compensación son tan bajos y, a veces, cercanos, que hacen que el rango de compensación no sea lo suficientemente amplio.

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

Por todo lo anterior, el Comité Europeo de Derechos Sociales dictamina, por unanimidad, que la legislación francesa vulnera el art. 24 CSEr, habida cuenta de que no garantiza una indemnización adecuada u otra reparación apropiada frente al despido sin causa pues el límite máximo de la indemnización no es lo suficientemente alto para

---

<sup>148</sup> Pueden consultarse dos tablas con dicha escala en la propia Decisión sobre el fondo y en SALCEDO BELTRÁN, C.: “Las indemnizaciones por despido injustificado y el art. 24 de la Carta Social Europea revisada: no hay dos condenas (Finlandia e Italia) sin tres (Francia)”, op. cit., p. 627.

reparar el daño sufrido por la víctima y ser disuasorio para el empleador, a la vez que el margen que se concede a los tribunales para tener en cuenta las características individuales del caso es estrecho. Además, las otras vías legales de reparación están limitadas a ciertos casos.

Por último, una vez más Francia ha sido condenada por el CEDS con base en su incumplimiento de la Carta. La reciente decisión sobre el fondo de 5 de julio de 2022 que resuelve la reclamación colectiva 175/2019, presentada por el *Syndicat CFDT de la métallurgie de la Meuse* contra Francia<sup>149</sup>, reitera todo lo expuesto en la decisión sobre el fondo de 23 de marzo de 2022 para concluir que la legislación francesa sobre la indemnización del despido injustificado vulnera el art. 24.b) CSEr. Sin embargo, lo relevante de esta nueva decisión es que se hace eco de la sentencia del Tribunal de Casación francés (la *Cour de Cassation*) de 11 de mayo de 2022 (apelaciones n.º 21-14.490 y 21-15.247), por la cual se niega la pretensión de la demandante respecto a los límites máximos de la indemnización al considerar que la Carta se basa en una “lógica programática” y que su artículo 24 no tiene efecto directo en la ley francesa<sup>150</sup>. Además, dicho tribunal ha considerado que las decisiones del Comité no tienen carácter judicial y, por tanto, no son vinculantes o no tienen efecto directo para los Estados Parte. Por todo ello, el Tribunal de Casación francés concluye que los trabajadores o los empleadores no pueden invocar el art. 24 CSEr en los litigios ante tribunal.

Ante este pronunciamiento judicial, el CEDS responde de forma categórica y recuerda que la Carta establece obligaciones de derecho internacional que son jurídicamente vinculantes para los Estados Parte y que el Comité, como órgano creado en virtud de un tratado, tiene la responsabilidad de realizar evaluaciones jurídicas sobre si las disposiciones de la Carta se han aplicado satisfactoriamente. El Comité reconoce que corresponde a las jurisdicciones nacionales pronunciarse sobre cuestiones concretas (por ejemplo, de una indemnización adecuada) pero siempre a la luz de los principios que ha establecido este órgano, como órgano de supervisión, o bien, en su caso, corresponde al

---

<sup>149</sup> Disponible en: <https://hudoc.esc.coe.int/eng/?i=cc-175-2019-dmerits-en>

<sup>150</sup> Desde la entrada en vigor de la reforma francesa, diferentes tribunales han ido inaplicando la escala legal de indemnización por medio del control de convencionalidad, reconociendo indemnizaciones más altas, sobre la base del art. 10 del Convenio 158 de la OIT y las decisiones del fondo del CEDS contra Finlandia e Italia. Sin embargo, la Cour de Cassation con esta sentencia intenta acabar con esta práctica, al declarar la compatibilidad de la reforma con el Convenio 158 de la OIT. SALCEDO BELTRÁN, C.: “Las indemnizaciones por despido injustificado y el art. 24 de la Carta Social Europea revisada: no hay dos condenas (Finlandia e Italia) sin tres (Francia)”, op. cit., p. 629.



legislador francés proporcionar a los tribunales nacionales los medios necesarios para extraer las consecuencias apropiadas para que las disposiciones internas en cuestión sean conformes a la Carta. Por ende, si los tribunales nacionales no pueden aplicar directamente el art. 24 CSEr con base en la doctrina del Tribunal de Casación francés para garantizar una compensación adecuada frente al despido injustificado, el art. 24.b) de la Carta está siendo vulnerado habida cuenta de las limitaciones ya analizadas del art. L.1235-3 del Código de Trabajo galo.

En definitiva, a la vista de todo lo expuesto, y a la espera de las conclusiones del CEDS para España de 2022 y la resolución de las dos reclamaciones colectivas presentadas por UGT (n. 207/2022) y CCOO (n. 218/2022) contra el Estado español, todo hace pensar que el sistema legal indemnizatorio español del despido improcedente será declarado como no conforme a la CSEr, ya que nuestro sistema ha optado, como ha ocurrido en Finlandia, Italia o Francia, por tasar la indemnización y limitarla, en este caso, a un máximo de 24 mensualidades.

### *2.3. El procedimiento de despido colectivo en la Carta Social Europea revisada*

Como ya se ha indicado, la Carta Social Europea en su versión originaria no contiene referencia alguna a la protección “genérica” frente al despido sin causa y, ni mucho menos, reconoce el derecho al procedimiento de información y consulta en el despido colectivo. No obstante, el Protocolo Adicional de Estrasburgo de 1988, el cual fue ratificado por España en el año 2000, sí que introdujo, ante las lagunas de la versión originaria, una regulación del derecho a información y consulta, que se podría relacionar con el despido colectivo. En concreto, en su artículo 2.1.b) el Protocolo reconoce el derecho a que los representantes sean consultados “a su debido tiempo acerca de las decisiones previstas que puedan afectar sustancialmente a los intereses de los trabajadores y, en particular, acerca de las que puedan tener consecuencias importantes sobre la situación del empleo en la empresa”<sup>151</sup>.

Por ello, es la Carta Social Europea revisada de 1996 la que establece específicamente como objetivo de los Estados Parte, a conseguirse por todos los medios adecuados, tanto nacionales como internacionales, que todos los trabajadores tengan el

---

<sup>151</sup> MARTÍNEZ GIRÓN, J.: “El cumplimiento por España de los artículos 2 y 3 del protocolo adicional de 1988 a la Carta Social Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, N.º 137, 2018, pp. 303 y ss.

derecho a ser informados y consultados en los procedimientos de despido colectivo (Parte I, apartado 29).

Es más, el artículo 29 CSEr, siguiendo la estela del Convenio 158 de la OIT, reconoce el “derecho a información y consulta en los procedimientos de despido colectivo”, con el siguiente tenor literal: “para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los trabajadores a ser informados y consultados en los casos de despidos colectivos, las Partes se comprometen a garantizar que los empleadores informen y consulten oportunamente a los representantes de los trabajadores, antes de dichos despidos colectivos, sobre las posibilidades de evitar dichos despidos colectivos o de limitar su número y mitigar sus consecuencias, por ejemplo recurriendo a medidas sociales simultáneas dirigidas, en particular, a promover la recolocación o la reconversión de los trabajadores afectados”.

Siguiendo al Compendio o al Digesto de Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales<sup>152</sup>, el Comité interpreta que el despido colectivo que regula el art. 29 CSEr es aquel que afecta a varios trabajadores dentro de un plazo fijado por la ley y por causas que no tienen que ver con circunstancias individuales del trabajador, sino que corresponden a una reducción o cambio en la actividad de la empresa<sup>153</sup>. El CEDS, asimismo, indica que los procedimientos de consulta deben tener lugar con tiempo suficiente antes de los despidos colectivos y, por ende, que la legislación nacional debe de garantizar que los empleadores estén obligados a proporcionar a los empleados la información sobre los despidos colectivos previstos con suficiente antelación para que los representantes de los trabajadores se puedan familiarizar con los aspectos clave de los despidos. Además, la legislación debe de garantizar que los representantes de los trabajadores tengan el derecho a recibir toda la información pertinente durante el proceso de consulta, a la vez que esta debe desarrollarse dentro de un periodo de tiempo suficiente que permita a los representantes presentar propuestas adecuadas para evitar, limitar o mitigar el efecto de los despidos propuestos. En efecto, los trabajadores tendrán que recibir información relevante necesaria para garantizar el procedimiento, la cual consistirá en particular en: las razones de los despidos propuestos, los criterios para determinar qué empleados van a ser despedidos, el orden propuesto y la programación de

---

<sup>152</sup> Disponible en: <https://rm.coe.int/digest-ecsr-prems-106522-web-en/1680a95dbd>

<sup>153</sup> Conclusiones de 2003, declaración de interpretación del art. 29.

dichos despidos, el monto de cualquier efectivo beneficios u otras formas de compensación y el alcance y contenido de las medidas sociales previstas y destinadas a mitigar las consecuencias de este proceso<sup>154</sup>.

En este sentido, de la redacción del art. 29 de la Constitución Social de la Europa amplia y de su interpretación por parte del Comité pueden obtenerse las siguientes conclusiones<sup>155</sup>: que lo que pretende la Carta no es simplemente “declarar”, sino “garantizar” los derechos de información y consulta (dos derechos diferenciados, pero íntimamente relacionados), obligando a los Estados Parte a arbitrar instrumentos normativos y jurisdiccionales para la exigibilidad y “justiciabilidad” jurídica de tales derechos; que el art. 29 debe de interpretarse en relación con otros artículos de la Carta, como el art. 24 o, más específicamente, con el artículo 21, relativo a la garantía del derecho a la información y a la consulta; que el artículo aquí analizado reconoce la obligación de que los Estados parte garanticen que los empleadores informen y consulten “oportunamente”, esto es, con anterioridad a la toma de decisión relativa a los despidos colectivos; que la titularidad del derecho pertenece a los trabajadores, ahora bien la efectividad de este derecho participativo requiere que se realice a través de sus representantes<sup>156</sup>; que el objeto mínimo de la información y consulta debe de versar necesariamente sobre “sobre las posibilidades de evitar dichos despidos colectivos o de limitar su número y mitigar sus consecuencias, por ejemplo recurriendo a medidas sociales simultáneas dirigidas, en particular, a promover la recolocación o la reconversión de los trabajadores afectados”; y que esta consulta, que es más bien una consulta cualificada orientada a alcanzar un acuerdo (consultas-negociación), debe de contener necesariamente la información sobre la situación económica y financiera de la empresa concernida, con base en las facilidades apropiadas que se le deben de conceder a los representantes de los trabajadores en el desempeño de sus funciones *ex art. 28 CSEr*.

En definitiva, el artículo 29 CSEr está dirigido, por un lado, a garantizar que los trabajadores sean conscientes de las razones y la magnitud de los despidos previstos y,

---

<sup>154</sup> Cfr., Conclusiones de 2014, declaración de interpretación del art. 29.

<sup>155</sup> Todas ellas extraídas de MONEREO PÉREZ, J.L.: “Derecho a información y consulta en los procedimientos de despido colectivo (Artículo 29 de la Carta Social Europea)”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir. y Coords.), La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea, Granada, Comares, 2017, pp. 907 y ss.

<sup>156</sup> El anexo de la CSEr establece que por “representantes de los trabajadores” se entenderán las personas reconocidas como tales por la legislación o la práctica nacionales.

por otro lado, a garantizar que la posición de los trabajadores se tenga en cuenta cuando el empleador planifique despidos colectivos, en particular en lo que se refiere al alcance, el modo y la forma de tales despidos y la medida en que pueden evitarse, limitarse y/o mitigarse sus consecuencias<sup>157</sup>. Para el CEDS esta obligación de información y consulta no se puede cumplir con una información unilateral por parte del empleador, sino que debe de ponerse en marcha un proceso en el que habrá suficiente diálogo entre el empleador y los representantes de los trabajadores sobre las diferentes medidas alternativas o complementarias al despido colectivo, aunque también indica que no es necesario que se alcance acuerdo<sup>158</sup>. Las consultas deben incluir a los despidos en sí, en cuanto a sus formas como a los medios para evitarlos o limitarnos, aunque también diferentes medidas sociales para facilitar la reubicación o el reciclaje de los trabajadores afectados<sup>159</sup>. Además, se les debe de exigir a los empleadores que cooperen con las administraciones públicas, especialmente con las encargadas de la política de empleo, ya sea notificándoles los despidos y/o cooperando con estas respecto a la readaptación de los empleadores despedidos u ofreciéndoles otro tipo de asistencia con vistas a obtener un nuevo puesto de trabajo<sup>160</sup>.

### 3. EL DERECHO SOCIAL COMUNITARIO SOBRE DESPIDOS COLECTIVOS COMO EJE DEL MODELO NORMATIVO DE REGULACIÓN GENERAL

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

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

---

<sup>157</sup> Cfr., Conclusiones de 2014, declaración de interpretación del art. 29.

<sup>158</sup> Conclusiones de 2003, Suecia.

<sup>159</sup> Conclusiones de 2014, Georgia.

<sup>160</sup> Cfr., Conclusiones de 2014, declaración de interpretación del art. 29.

mano de obra cualificada, formada y adaptable y mercados laborales con capacidad de respuesta al cambio económico”.

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

Dicho lo anterior, el reconocimiento de derechos en materia de información, consulta y participación de los trabajadores en el despido colectivo vino reconocido en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores de 1989<sup>161</sup>. No obstante, es la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la cual tiene el mismo valor jurídico que los Tratados originarios (así lo indica el art. 6.1 TUE), la que ha potenciado, por un lado, la protección frente al despido injustificado y, por otro, la participación de los trabajadores en la empresa a través de la información y consulta.

Es de resaltar que la naturaleza de la CDFUE no es ya la de una Declaración político-jurídica, sino de una norma europea con rango de Tratado de la Unión, de valor *idéntico o igual al de los Tratados de la Unión*, no simplemente análogo o similar a los mismos (los términos del precepto ex art. 6.1 del TUE son inequívocos en sentido literal. De esta manera los derechos fundamentales contenidos en la Carta son verdaderos

---

<sup>161</sup> Un análisis exhaustivo en MONEREO PÉREZ, J.L.: “La Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores” (I) y (II), en *Revista Española de Derecho del Trabajo. Civitas*, nº. 56-57, 1992-1993.

derechos y no simples principios generales del Derecho comunitario. Para autorizada doctrina se podrá hablar ahora, con todas las indudables limitaciones del texto en cuestión, de una Europa de los Derechos fundamentales; aunque hubiera sido lo más pertinente su inserción en el Sistema de los Tratados, y no la solución del Tratado de Lisboa, que apostó por la “desconstitucionalización” formal del texto de la Carta configurado como norma de la Unión Externa al Sistema de los Tratados originarios o fundacionales<sup>162</sup>.

En materia de despido colectivo se debe de destacar, en primer lugar, el art. 30 CDFUE, donde se reconoce que “todo trabajador tiene derecho a una protección en caso de despido injustificado, de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales”, siguiendo lo ya establecido en la Carta Social Europea. De este modo, con este artículo se consagra el despido por justificado motivo y la protección frente al despido arbitrario o ilegítimo (ya sea improcedente o nulo) en el ámbito de la Unión Europea, en clara conexión con el derecho al trabajo reconocido en el art. 15.1 CDFUE (aunque resulta criticable su parquedad)<sup>163</sup>.

En segundo lugar, junto con el art. 47 CDFUE que reconoce el derecho a un juez imparcial en situaciones de despido injustificado, el art. 27 CDFUE reconoce el derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa que, aunque no se refiera expresamente al despido colectivo, sí que supone la base para el acervo comunitario en esta materia. Es de resaltar que la norma habla aquí de “garantizar”, lo que implica una juridificación como verdaderos derechos en normas de Derecho positivo; se refiere a que la información y consultas se desarrollen en los niveles adecuados (centros de trabajo, empresa o grupo empresarial, aplicando el principio de correspondencia entre el centro de decisión empresarial y el ámbito donde se articula la participación); y, por último, indica que la información y consulta debe de realizarse con la suficiente antelación, con el fin de que sea eficaz<sup>164</sup>.

---

<sup>162</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: *La protección de los derechos fundamentales. El Modelo Europeo*, Albacete, Bomarzo, 2009, p. 202. Asimismo, abundando en las consecuencias jurídicas del nuevo paradigma, MONEREO PÉREZ, J.L.: “Ámbito de aplicación (Artículo 51) y “Alcance e interpretación de los derechos y principios (Artículo 52)”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (dirs. y coord.): *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de los Trabajadores*, Granada, Comares, 2012, pp. 1301-1396.

<sup>163</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “Artículo 30. Protección en caso de despido injustificado”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (dirs. y coord.): *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de los Trabajadores*, Granada, Comares, 2012, pp. 695 y ss.

<sup>164</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “Artículo 27. Derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (dirs. y coord.): *La Europa de los*

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

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

La primera Directiva en materia de despido colectivo, la Directiva 75/129/CEE del Consejo, referente a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, supuso un hecho trascendental, ya que dicha Directiva inició la andadura de aproximación de las diferentes legislaciones nacionales en materia estrictamente laboral, más allá de la libertad de circulación de trabajadores y de los primigenios textos en materia de discriminación por razón de sexo<sup>165</sup>.

Es así que a través de la Directiva 75/129 se reforzó la protección de los trabajadores en caso de despidos colectivos, aunque más bien para atenuar los efectos negativos que pudieran tener las diferentes legislaciones en el mercado común —en términos de competitividad—, que para conseguir la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores y su equiparación por la vía del progreso<sup>166</sup>. En efecto, esta Directiva se implanta en el contexto de la grave crisis económica de los años 70 con el fin de solventar dicha situación de recesión económica y contribuir al logro de un Mercado Único y equilibrado en toda Europa. Por ello, el interés directo del legislador comunitario no era tutelar los derechos de los trabajadores frente a las decisiones extintivas del empresario, aunque ciertamente sí lo hace de forma indirecta<sup>167</sup>.

En términos análogos se reformaría la citada Directiva, en virtud de la Directiva 92/56/CEE del Consejo de 24 de junio de 1992, con el objetivo de modernizarla y conjugarla con la realidad del momento. Finalmente, sendas Directivas fueran codificadas en la actual Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos.

De este modo, la regulación comunitaria de los despidos colectivos ha intentado desde siempre conjuntar dos objetivos básicos interdependientes: la protección de los

---

*Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de los Trabajadores*, Granada, Comares, 2012, pp. 605 y ss.

<sup>165</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: “La aplicación de la Directiva sobre despidos colectivos”, *Temas Laborales*, N.º 44, 1997, pp. 28-29.

<sup>166</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los despidos colectivos en el ordenamiento interno y comunitario*, Madrid, Cívitas, 1994, p. 35.

<sup>167</sup> SERRANO GARCÍA, J.M.: *El plan social en los despidos colectivos*, Valladolid, Lex Nova, 2002.

trabajadores (finalidad social que sirve a la racionalidad social), así como evitar que las diferencias en materia de regulación incidan de forma negativa en el funcionamiento del mercado interior (finalidad económica que sirve a la racionalidad económica)<sup>168</sup>. Aunque tanto de la parte preliminar de la Directiva 98/59/CE (véase considerandos 2 y 3), como de la interpretación del Tribunal de Justicia en algunos sentidos<sup>169</sup>, se ha deducido que la finalidad de la Directiva es preferentemente económica, pues su objetivo principal consiste en impedir que las empresas dejen de invertir en un país o se retiren del mismo con el fin de eludir sus procedimientos en materia de reducción de personal por ser más exigentes, para instalarse en otros Estados miembros cuya protección sea menos onerosa, intentando alcanzar de este modo una igualación de costes o cargas entre todos los Estados miembros y sus empresas (y, por tanto, evitar estrategias de *dumping social*)<sup>170</sup>.

Ante este panorama, el legislador comunitario ha optado por aproximar las legislaciones a través de un modelo abierto en el que caben diferentes opciones de política legislativa desde la perspectiva de un “mínimo común denominador”<sup>171</sup>, el cual pasa por abordar únicamente la “procedimentalización” de la decisión empresarial de despido colectivo a través de un período de información y consulta con los representantes de los trabajadores y de la comunicación y facultades de intervención de la autoridad pública competente. Con este carácter flexible se busca, como se ha indicado, que quepan distintas opciones de política legislativa por parte de los Estados miembros en el desarrollo de la Directiva comunitaria<sup>172</sup>, pero siempre desde la perspectiva de una flexibilidad negociada que se construye sobre el preceptivo período de consulta-

---

<sup>168</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “El despido colectivo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su incidencia en el Derecho Interno”, op. cit., pp. 314 y 315.

<sup>169</sup> STJUE de 13 de mayo de 2015, Little y otros, C-182/13, apartado 43, “sin embargo, es preciso recordar que esta Directiva no sólo pretende reforzar la protección de los trabajadores en caso de despidos colectivos, sino también, por un lado, garantizar una protección comparable de los derechos de los trabajadores en los diferentes Estados miembros y, por otro lado, equiparar las cargas que estas normas de protección suponen para las empresas de la Unión (véanse, en este sentido, las sentencias Comisión/Reino Unido, C-383/92, EU:C:1994:234, apartado 16; Comisión/Portugal, C-55/02, EU:C:2004:605, apartado 48, y Confédération générale du travail y otros, C-385/05, EU:C:2007:37, apartado 43)”.

<sup>170</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: Los despidos colectivos en el ordenamiento interno y comunitario, op. cit., pp. 35 y 36.

<sup>171</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “El despido colectivo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su incidencia en el Derecho Interno”, op. cit., pp. 314-316.

<sup>172</sup> LÓPEZ INSUA, B.M.: “El despido colectivo de los trabajadores de edad avanzada”, en VV.AA.: Envejecimiento activo y vida laboral, MONEREO PÉREZ, J.L. Y MALDONADO MOLINA, J.A. (Dir.), Granada, Comares, 2019, pp. 411 y 412.



negociación y sobre las funciones atribuidas a la Administración laboral en un sentido proactivo.

De este modo, la regulación comunitaria del despido colectivo desde la perspectiva de evitar la concurrencia económica en el interior del Mercado Común se enriquece, por otro lado, con el fortalecimiento de la ratio social de la Directiva. Una ratio que está ligada al desarrollo de la lógica participativa y garantista de los derechos de los trabajadores en el ámbito de la normativa de la restructuración de empresas, y que viene reforzada por la búsqueda del efecto útil de las disposiciones sobre derechos de información y consulta en las últimas reformas, sobre la base de negociar medidas alternativas o complementarias al despido<sup>173</sup>.

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

### *3.2.2. Elementos delimitadores del despido colectivo en la Unión Europea*

#### *A) Elemento cualitativo*

La Directiva 98/59 no delimita claramente la causa de la extinción del contrato de trabajo, sino que se limita a indicar que “se entenderá por «despidos colectivos» los despidos efectuados por un empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores”. En cambio, la Directiva sí que se encarga de precisar en primer lugar que el despido colectivo es una acción “efectuada por un empresario”, es decir, por su propia voluntad, haciendo manifiesta la visión del despido como ejercicio de poder del empresario<sup>174</sup>. De este modo, el despido colectivo se integra en los que se conoce como “poder autoorganizativo o de gestión de la fuerza de trabajo en la empresa”<sup>175</sup>, excluyendo de su aplicación, *a priori*, a las extinciones del contrato por

---

<sup>173</sup> NAVARRO NIETO, F.: “Medidas sociales de acompañamiento y mantenimiento del empleo”, en VV.AA.: *Reestructuraciones empresariales. XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2021, p. 256.

<sup>174</sup> USHAKOVA, T.: “El despido colectivo en el derecho de la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, N.º 162, 2014, p. 7.

<sup>175</sup> MONEREO PÉREZ, J.L y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 1997, p. 28.

mutuo acuerdo de las partes, por voluntad unilateral del trabajador (dimisión libre) o por causas que comportan la extinción automática<sup>176</sup>.

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

En tal sentido, el Tribunal de Justicia se pronunció indicando que “el sentido del artículo 1, apartado 1, letra a), de la Directiva 98/59 presupone la existencia de un empresario que tenga la intención de efectuar esos despidos y que pueda, por una parte, llevar a cabo, con esta finalidad, las acciones previstas en los artículos 2 y 3 de la mencionada Directiva y, por otra, proceder, en su caso, a tales despidos”. De este modo, al no existir ni voluntad del empresario de despedir ni persona que efectúe las obligaciones procedimentales en situaciones de muerte del empresario, la regulación española es plenamente compatible con la Directiva 98/59. En cambio, sí habría obligación de llevar a cabo el procedimiento de despido colectivo si los herederos aceptaran la herencia (al haber sucesión de empresa *ex art. 44 ET*) o por extinción de la personalidad jurídica del empresario<sup>177</sup>.

Como se venía indicando, la Directiva comunitaria no precisa claramente cuál debe de ser la causa de extinción del contrato de trabajo, sino que define la extinción a través de una fórmula amplia: “por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores”. En este sentido, para algunos autores la causa de extinción podría englobar tanto el despido por crisis empresarial como por simple decisión estratégica<sup>178</sup>. En efecto,

---

<sup>176</sup> SERRANO GARCÍA, J.M.: El plan social en los despidos colectivos, op. cit., p. 44.

<sup>177</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: “Fallecimiento del empresario sin sucesión hereditaria y despido colectivo a la luz de la Directiva 98/59/CE. (STJCE 323/08, Asunto Rodríguez Mayor)”, Noticias de la Unión Europea, N.º 321, 2011, *passim*.

<sup>178</sup> SÁEZ LARA, C.: *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 33.

esta delimitación causal por la vía negativa no ha buscado introducir limitaciones esenciales a la libertad de decisión del empresario a la hora de organizar su empresa, pues no individualiza específicamente las causas, lo cual da lugar a entender la centralidad que ocupa el procedimiento de despido colectivo en la regulación comunitaria, eso sí, una vez superados los umbrales numéricos en el ámbito temporal escogido<sup>179</sup>. La expresión “por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores” sí que parece excluir, en principio, a los despidos disciplinarios y a los ligados al comportamiento del trabajador<sup>180</sup>, siempre que sean lícitos.

En cuanto al ordenamiento jurídico español, este sí ha precisado y limitado las causas a las llamadas “causas empresariales” (económicas, técnicas, organizativas y productivas) en un intento de garantizar el derecho al trabajo (art. 35.1 CE) en su vertiente de estabilidad en el empleo o a “no ser despedido si no existe justa causa” (STC 22/1981, de 2 de julio). Sin embargo, a pesar de esta loable vocación de limitar la voluntad del empresario de despedir, ello no quiere decir que ello sea más garantista en todos los sentidos, pues puede que acabe llevándose a cabo la extinción de los contratos (que son materialmente despidos colectivos) por otras figuras sin observar el período de consultas con los representantes de los trabajadores y, por ello, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea hasta en dos ocasiones (*Comisión c. Reino Unido*<sup>181</sup> y *Comisión c. Portugal*<sup>182</sup>) se mostró en contra de esta posición, al ser la definición comunitaria más amplia que la recogida por los ordenamientos internos<sup>183</sup>.

---

<sup>179</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “El despido colectivo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su incidencia en el Derecho Interno”, op. cit., pp. 315 y 320.

<sup>180</sup> SERRANO GARCÍA, J.M.: El plan social en los despidos colectivos, op. cit., p. 43.

<sup>181</sup> STJCE de 8 de junio de 1994, *Comisión c. Reino Unido*, C-383/92, apartado 29: “Según esta Institución, la EPA, según se establece en sus artículos 99 y 100, sólo se aplica a los «despidos económicos», es decir, según la interpretación que dan a estos términos los Tribunales británicos, a los casos de cese o de reducción de la actividad de una empresa y a los casos de disminución de la demanda de un trabajo de tipo especial, mientras que, según la letra a) del apartado 1 de su artículo 1, la Directiva se aplica a los «despidos colectivos», es decir, a los despidos efectuados por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, lo que comprende supuestos diferentes del mero «despido económico»”.

<sup>182</sup> STJCE de 12 de octubre de 2004, *Comisión c. Portugal*, C-55/02, parte declarativa: “Declarar que la República Portuguesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 1 y 6 de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, al haber limitado el concepto de despidos colectivos a los despidos por motivos de índole estructural, tecnológica o coyuntural y al no haber ampliado el citado concepto a los despidos por todas las razones no inherentes a la persona de los trabajadores.

<sup>183</sup> En sentido análogo, la STJCE en su sentencia 215/1985, de 28 de marzo, sancionó a Bélgica por falta de adaptación de su ordenamiento jurídico a la Directiva, en concreto, por haber excluido de la regulación

Y de igual modo, el Abogado General en sus conclusiones presentadas a la sentencia de 13 de mayo de 2015, *Rabal Cañas*, C-392/13 acabó refiriéndose a la regulación española en el sentido de que la Directiva 98/59 se oponía a una disposición de Derecho nacional que limitaba el alcance del concepto del despido colectivo restringiéndolo única y exclusivamente a las extinciones de trabajo fundadas en causas económicas, técnicas, organizativas o productivas, pues dicha reserva restringía el alcance abierto del despido colectivo. De hecho, “la normativa española controvertida recuerda el asunto *Comisión/Portugal*, en el que Portugal había limitado ilícitamente ese mismo concepto, incluyendo en él únicamente los despidos por motivos de índole estructural, tecnológica o coyuntural”<sup>184</sup>.

El Tribunal de Justicia ha venido defendiendo que los Estados miembros, a la luz del art. 5 de la Directiva, pueden garantizar a los trabajadores una mejor tutela que la prevista en la normativa comunitaria, pero lo que no pueden es negarla. Asimismo, también pueden ampliar el ámbito subjetivo de la Directiva, pero lo que no pueden es restringirlo<sup>185</sup>.

De este modo, se rompía con el criterio judicial de que el despido colectivo en el ordenamiento jurídico español solo obedecía a extinciones por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas (*v.gr.*: SSTs de 22 de enero de 2008, rco. 806/2007 y de 14 de mayo de 2008, rco. 3688/2006.), con el peligro que ello acarrea para aquellos supuestos en los que el empresario recurriera a despidos disciplinarios declarados improcedentes o a bajas incentivadas para eludir el procedimiento de despido colectivo<sup>186</sup>. Así, si bien es cierto que ya la doctrina científica<sup>187</sup> y judicial<sup>188</sup> admitía esta posibilidad de reconocer como despido colectivo a efectos de aplicación de las garantías de la Directiva (recordemos procedimiento de información y consulta y notificación a la autoridad laboral), no fue hasta este pronunciamiento del TJUE cuando se consolidó en

---

del despido colectivo los ceses de empresas no ocasionados por decisión judicial y algunas categorías de trabajadores no contempladas expresamente en la regulación comunitaria.

<sup>184</sup> Conclusiones del Abogado General Nils Wahl en el asunto C-392/13 – Rabal Cañas- apartado 68.

<sup>185</sup> SERRANO GARCÍA, J.M.: El plan social en los despidos colectivos, op. cit., p. 45.

<sup>186</sup> DE CASTRO MARÍN, E.: Despido colectivo “de hecho”. Aspectos controvertidos en la aplicación práctica del art. 51.1 ET, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2018, p. 30.

<sup>187</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “El despido colectivo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su incidencia en el Derecho Interno”, op. cit., pp. 320.

<sup>188</sup> STS de 8 de julio de 2012, en recurso 2341/2011.

la jurisprudencia del Tribunal Supremo la opción de computar cualquier extinción del contrato de trabajo “por motivos no inherentes a la persona de los trabajadores”, o sin su consentimiento<sup>189</sup>.

En definitiva, el elemento causal a efectos de catalogación de un despido como colectivo pasa a un segundo plano, constituyéndose, por tanto, el elemento cuantitativo en el presupuesto determinante tras este cambio jurisprudencial<sup>190</sup>. Lo cual no significa que el principio de causalidad deje de estar vigente en nuestro ordenamiento, pues este deberá de ser valorado en el control judicial para determinar la medida extintiva como procedente o improcedente, salvo supuestos tasados de nulidad, pues al menos en el plano formal en nuestro ordenamiento jurídico está prohibido el *despido ad nutum*<sup>191</sup>.

Sobre la base del despido “por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores”, como elemento cualitativo del despido colectivo, se ha venido haciendo una diferencia entre los que se conocen como “despidos en sentido estricto”, “propio” o bien “en sentido fuerte” y aquellas otras extinciones denominadas “extinciones asimiladas” o “despidos por equiparación”<sup>192</sup>, recogidas en el art. 1.1.b), párrafo segundo de la Directiva (“...se asimilarán a los despidos las extinciones del contrato de trabajo producidos por iniciativa de empresario en base o uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores...”).

La distinción entre ambos tipos de despidos es una cuestión de suma importancia, pues cada una de las figuras extintivas tiene efectos jurídicos diferentes. Así, por un lado, a los despidos en sentido estricto se les aplicarán las garantías comunitarias y se les tendrá en cuenta a efectos del cómputo; mientras que las extinciones asimiladas (si superan igualmente un determinado umbral) solo serán relevantes de cara al cómputo de los

---

<sup>189</sup> SSTs 2913/2016 de 18 de mayo y 1574/2019, de 4 de abril.

<sup>190</sup> DESDENTADO BONETE, A.: “La delimitación legal del despido colectivo. El despido colectivo de hecho”, en VV.AA. Tratado de despido colectivo (GODINO REYES, M., Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 67.

<sup>191</sup> ORTEGA LOZANO, P.G.: Poderes empresariales y resolución del contrato de trabajo por incumplimiento del trabajador. España e Italia, Granada, Comares, 2020, *passim*.

<sup>192</sup> Sobre esta distinción, véase, DE CASTRO MARÍN, E.: Despido colectivo “de hecho”. Aspectos controvertidos en la aplicación práctica del art. 51.1 ET, *op. cit.*, p. 31.

umbrales del despido colectivo, como “criterio corrector del cómputo”<sup>193</sup>, junto con los despidos en sentido estricto, sin que se les apliquen las garantías del despido colectivo<sup>194</sup>.

Sin embargo, la distinción entre sendas figuras extintivas no es una cuestión sencilla. El Tribunal de Justicia en su sentencia *Pujante Rivera*<sup>195</sup> ahonda en este tema, partiendo de la base de que “la Directiva 98/59 no define de forma expresa el concepto de «despido»” (apartado 48), sino que, como se sabe, opta por la fórmula “por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores”. El Tribunal recuerda que el concepto de “despido” es un concepto típico de Derecho comunitario y que, como tal, no puede ser definido por referencia a las legislaciones de los Estados miembros. Por ello, aborda un concepto comunitario de despido (entiéndase despido en sentido estricto) “en el sentido de que engloba cualquier extinción del contrato de trabajo no deseada por el trabajador y, en consecuencia, sin su consentimiento”<sup>196</sup>, sin que se exija, por otro lado, que las causas subyacentes de la extinción correspondan a la voluntad del empresario, dando cabida en principio a las extinciones por fuera mayor<sup>197</sup>.

Respecto a las extinciones asimiladas el Tribunal de Justicia indica que: “debe señalarse que de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que los despidos se distinguen de las extinciones del contrato de trabajo, que, en las condiciones mencionadas en el artículo 1, apartado 1, último párrafo, de la Directiva 98/59, se equiparan a los despidos por falta de consentimiento del trabajador”<sup>198</sup>. Es decir, la acción de asimilar no significa equivalencia sino semejanza y, por tanto, estaríamos ante dos

---

<sup>193</sup> DESDENTADO BONETE, A.: “La delimitación legal del despido colectivo. El despido colectivo de hecho”, op. cit., p. 38.

<sup>194</sup> Véase las conclusiones de la Abogada General Kokott en el asunto C-422/14 (*Pujante Rivera*), presentadas el 3 de septiembre de 2015, en su apartado 49: “La cuestión de si se trata de un despido o únicamente de una extinción de contrato asimilada al despido tiene importantes efectos prácticos, ya que lo dispuesto en la Directiva 98/59 en materia de protección de los trabajadores en caso de despidos colectivos sólo se aplica a los despidos. En cambio, las extinciones de contrato asimiladas sólo se tienen en cuenta para el cálculo del umbral a efectos de aplicar la Directiva, sin que los propios trabajadores afectados, sin embargo, se beneficien de las medidas de protección de la Directiva”.

<sup>195</sup> STJUE de 11 de noviembre de 2015, *Pujante Rivera*, C-422/14.

<sup>196</sup> STJUE de 11 de noviembre de 2015, *Pujante Rivera*, C-422/14, apartado 48, con cita a las sentencias Comisión/Portugal, C-55/02, EU:C:2004:605, apartados 49 a 51, y Agorastoudis y otros, C-187/05 a C-190/05, EU:C:2006:535, apartado 28.

<sup>197</sup> STJUE de 12 de octubre de 2004, Comisión contra Portugal, C-55/02, apartados 49 a 51.

<sup>198</sup> STJUE de 11 de noviembre de 2015, *Pujante Rivera*, C-422/14, apartado 49, con cita a sentencia Comisión/Portugal, C-55/02, EU:C:2004:605, apartado 56.

especies distintas de un mismo género<sup>199</sup>. Lo cual da a entender que lo que diferencia a los despidos de las extinciones asimiladas es su falta de consentimiento, esto es, que las extinciones asimiladas son aquellas extinciones a iniciativa del empresario por uno o varios motivos no inherentes a los trabajadores pero que, a su vez, cuentan con el consentimiento del trabajador<sup>200</sup>. Una doctrina que ha tenido acogida en nuestra jurisprudencia interna (véase STS 2913/2016 18 de mayo, fundamento jurídico tercero) pero que, como se analizará con posterioridad, es ciertamente confusa tras las sentencias *Ciupa y Socha*.

En la dicción de la norma comunitaria, se recoge el término despidos “efectuados” para los despidos en sentido estricto y el término “a iniciativa de empresario” para las extinciones asimiladas. Ello podría dar a entender que unos se producen por la voluntad unilateral del empresario, los despidos, y las otras se producen con el consentimiento del trabajador, pero sobre la iniciativa del empresario.

Por último, el artículo 1.2 de la Directiva recoge una serie de exclusiones del ámbito de aplicación de la norma comunitaria. Unas exclusiones que para la doctrina autorizada son de carácter taxativo y suponen un *numerus clausus*<sup>201</sup>. En efecto, el Tribunal de Justicia ha venido interpretando que los Estados miembros no pueden ampliar las exclusiones previstas en la normativa comunitaria (véase, STJCE de 8 de junio de 1982, asunto 91/1981, dictada contra Italia respecto a las limitaciones que regían para determinados sectores, como la agricultura o el comercio).

En primer lugar, el art. 1.2.a) indica que la Directiva no se aplicará “a los despidos colectivos efectuados en el marco de contratos de trabajo celebrados por una duración o para una tarea determinadas, salvo si estos despidos tienen lugar antes de la finalización

---

<sup>199</sup> DE CASTRO MARÍN, E.: Despido colectivo “de hecho”. Aspectos controvertidos en la aplicación práctica del art. 51.1 ET, op. cit., pp. 33 y 34.

<sup>200</sup> Véase las conclusiones de la Abogada General Kokott en el asunto C-422/14 (Pujante Rivera), presentadas el 3 de septiembre de 2015, en su apartado 59: “Cabe entenderlo así porque ese precepto, según su tenor, incluye las extinciones del contrato de trabajo producidas por iniciativa del empresario y que se basan en motivos no inherentes a la persona del trabajador. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, tales extinciones se diferencian de los despidos en que éstos tienen lugar sin consentimiento del trabajador. Una extinción equiparada al despido, a efectos del artículo 1, apartado 1, último párrafo, de la Directiva 98/59 es, por consiguiente, cada una de las extinciones contractuales acordadas por el empresario, basadas en motivos objetivos -esto es, no inherentes a la persona del trabajador- que se produce con el consentimiento del trabajador afectado”.

<sup>201</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “El despido colectivo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su incidencia en el Derecho Interno”, op. cit., pp. 321 y 322 y jurisprudencia allí citada.

o del cumplimiento de esos contratos”. Esto es, la extinción “ordinaria” de contratos temporales, que no sea *ante tempus* (o bien que no se trate de contratos temporales celebrados fraudulentamente), no serán extinciones computables ni entrará dentro de la aplicación de las garantías de la Directiva 98/59<sup>202</sup>.

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2015, *Rabal Cañas* (C-392/13) precisa que, a pesar de que la mencionada exclusión se refiere a “despidos colectivos”, “no es posible deducir, *a contrario*, que las extinciones individuales de los contratos de trabajo celebrados por una duración o para una tarea determinadas no quedan excluidas del ámbito de aplicación de dicha Directiva”. La exclusión de las extinciones individuales de contratos temporales para el Tribunal de Justicia resulta coherente con el tenor y el sistema de la Directiva, ya que tales extinciones no se extinguen a iniciativa del empresario (y valga decir que tampoco como despidos efectuados por el empresario en el sentido del despido directo), “sino en virtud de las cláusulas que contienen o de la normativa aplicable, cuando llegan a término o cuando se realiza la tarea para la que fueron celebrados”. En consecuencia, carecería de sentido llevar a cabo el procedimiento de consulta-negociación de despido colectivo, destinado a evitar o reducir los despidos, así como a buscar alternativas para atenuar las consecuencias del despido. Avalando esta exclusión, el Tribunal de Justicia declara que: “el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 98/59 debe interpretarse en el sentido de que, para apreciar si se ha llevado a cabo un «despido colectivo» en el sentido de dicha disposición, no han de tenerse en cuenta las extinciones individuales de contratos de trabajo celebrados por una duración o para una tarea determinadas, cuando dichas extinciones tienen lugar en la fecha en la que el contrato de trabajo llega a su fin o se finaliza la tarea encomendada”.

En la misma sentencia *Rabal Cañas* el Tribunal de Justicia resuelve otra cuestión prejudicial relacionada con la exclusión del art. 1.2.a) de la Directiva. En concreto, se pregunta si para que se considere la aplicación de la exclusión de la extinción de los contratos temporales es necesario que la causa de tales despidos se derive de un mismo marco de contratación colectiva por una misma duración o para una misma tarea. El Tribunal de Justicia entiende que no es necesario que se den estas circunstancias, pues lo

---

<sup>202</sup> No obstante, las personas trabajadoras con contrato temporal sí que entrarán dentro de la plantilla computable (los trabajadores habitualmente empleados) según la STJUE de 11 de noviembre de 2015, Pujante Rivera (C-422/14).



contrario implicaría limitar el ámbito de aplicación de la Directiva 98/59, al igual que el art. 1.1.a) de la Directiva no establece limitación alguna a la causa del despido como “no inherente a la persona de los trabajadores”. Para el Tribunal de Luxemburgo, “al limitar el ámbito de aplicación de esta Directiva, tales exigencias podrían resultar contrarias a su objetivo, que consiste, según se desprende de su considerando 2, en proteger a los trabajadores en caso de despidos colectivos”, por lo que el Tribunal de Justicia acaba por declarar que: “para considerar que se han producido despidos colectivos efectuados en el marco de contratos de trabajo celebrados por una duración o para una tarea determinadas, no es necesario que la causa de tales despidos se derive de un mismo marco de contratación colectiva por una misma duración o para una misma tarea”.

En segundo lugar, el art. 1.2.b) de la Directiva 98/59 excluye de la aplicación de la norma comunitaria “a los trabajadores de las administraciones públicas o de las instituciones de Derecho público (o las entidades equivalentes en los Estados miembros en que no conozcan esta noción)”.

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

Finalmente, la Directiva 98/59 no excluye de su ámbito de aplicación al despido colectivo concursal. Lo que sí prevé la Directiva es un régimen específico, pues se otorga a los Estados miembros la facultad para exonerar al empresario de la obligación de notificar a la autoridad competente, salvo que sea expresamente solicitado por ella (art. 3.1.2º) y, además, no obliga al respeto del plazo de 30 días en el despido colectivo concursal para proceder a la extinción de los contratos (art. 4.4)<sup>203</sup>.

### *B) Elemento cuantitativo*

Para que rija la protección que otorga la Directiva 98/59 sobre despidos colectivos es necesario, no solo que se produzcan extinciones “por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores”, sino que tales extinciones de contratos de trabajo superen un determinado umbral numérico en un determinado período de tiempo (art. 1.1.a) Directiva). A estos efectos, la Directiva deja a la elección de los Estados miembros dos opciones para la configuración del despido colectivo en la legislación interna.

---

<sup>203</sup> SERRANO GARCÍA, J.M.: El plan social en los despidos colectivos, op. cit., p. 44.

Por un lado, “para un período de 30 días”, la Directiva establece una horquilla de despidos que va desde:

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

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

- al menos igual a 30 en los centros de trabajo que empleen habitualmente 300 trabajadores, como mínimo” (art. 1.1.a), inciso i) de la Directiva 98/59).

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

Como se puede observar, la Directiva recoge dos posibles regulaciones para calcular los umbrales del despido colectivo, esto es, para configurar el mínimo de “despidos en sentido estricto” en el centro de trabajo con el fin de que se considere la aplicación de las garantías del despido colectivo. Para el caso del período de 30 días, este límite mínimo de despidos depende del tamaño del centro de trabajo, en función de los trabajadores habitualmente empleados (siendo las escalas: al menos 10 despidos en “centros de trabajo que empleen habitualmente más de 20 y menos de 100 trabajadores”; al menos el 10% del número de los trabajadores en centros que tengan “como mínimo 100 y menos de 300 trabajadores” y al menos 30 despidos en centros de “300 trabajadores, como mínimo”). Para el supuesto de que se opte por el período de 90 días, este límite de despidos mínimos se fija en al menos 20 despidos en sentido estricto, con independencia de cuál sea el número de trabajadores habitualmente afectados en los centros de trabajo afectados.

Otro método de cómputo se establece para las denominadas “extinciones asimiladas”, definidas con anterioridad, ya que aquí “a efectos del cálculo del número de despidos previsto en la letra a)” del art. 1.1.a) de la Directiva, solo se tendrán en cuenta cuando tales extinciones sean al menos 5. Una regla de cómputo que en su incorrecta transposición al ordenamiento jurídico español ha suscitado problemas interpretativos,

que han tenido que ser resueltos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 11 de noviembre de 2015, *Pujante Rivera* (C-422/14).

### 3.2.3. *El procedimiento de despido colectivo en la Directiva comunitaria*

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

No obstante, esta “procedimentalización” de la decisión empresarial de despedir no pretende cuestionar la libertad de empresa ni la facultad de decidir un despido colectivo, que es inherente al poder empresarial<sup>204</sup>. Según el Tribunal de Justicia, “la Directiva tiene como finalidad exclusiva la armonización parcial de los procedimientos de despido colectivo, y no tiene por objeto restringir la libertad de las empresas para proceder a la organización de sus actividades y estructurar su departamento de personal de la forma que les parezca más en consonancia con sus necesidades” (STJUE de 1 de febrero de 1995, C-449/3, asunto *Rockfon*, ap. 21).

Ahora bien, aunque la Directiva no impide la unilateralidad de la decisión empresarial<sup>205</sup>, esto es, no supedita el despido colectivo al acuerdo con las partes o al visto bueno de la Administración laboral, sí que restringe de forma indirecta el poder empresarial, pues impone al empresario la negociación con los representantes legales de los trabajadores, en torno a las causas y sus efectos sobre la plantilla, y obliga a comunicar su proyecto de despido a la autoridad laboral<sup>206</sup>. En concreto, se consigue una limitación significativa de la discrecionalidad del empleador<sup>207</sup>.

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

---

<sup>204</sup> NAVARRO NIETO, F.: “Medidas sociales de acompañamiento y mantenimiento del empleo”, op. cit., p. 256.

<sup>205</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: “La reforma de las directivas sobre reestructuración empresarial”, *Relaciones laborales: revista crítica de teoría y práctica*, N.º 1, 1999, passim.

<sup>206</sup> SERRANO GARCÍA, J.M.: “El plan social obligatorio para las reestructuraciones empresariales socialmente responsables”, *Temas laborales*, N.º 99, 2009, pp. 208 y 209.

<sup>207</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: “La aplicación de la Directiva sobre despidos colectivos”, op. cit.

En cuanto al control efectuado por los representantes de los trabajadores, el art. 2 de la Directiva 98/59 obliga al empresario que quiera llevar a cabo un despido colectivo (o “tenga la intención de”) a que desarrolle unas consultas con tales representantes. El artículo 2.2 indica que tales consultas deberán versar, como mínimo, “sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias, mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento destinadas, en especial, a la ayuda para la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos”. De este modo, en coherencia con el Convenio N.º 158 de la OIT, la Directiva exige una intervención por parte de los representantes y, como veremos, por parte de la Administración laboral antes de que se produzcan las extinciones, con el fin de encontrar medidas alternativas o complementarias. Se trata, en fin, de una tutela comunitaria basada sobre medidas de carácter preventivo, esto es, antes de que se produzca el despido colectivo<sup>208</sup>.

Es necesario recalcar que el elemento clave de las consultas en el Derecho social comunitario del despido colectivo son las medidas sociales de acompañamiento. La participación de los representantes de los trabajadores se dirige, en un primer lugar, a la búsqueda de alternativas a los despidos y, en un segundo lugar, a la búsqueda de ayudas para la readaptación o reconversión de los trabajadores que, “final e inevitablemente”, han sido despedidos. Es por ello que algunos autores afirman que la voluntad de la Directiva comunitaria es instaurar al despido colectivo como medida de *ultima ratio*, tal y como también se manifiesta la propia Unión Europea en diversos documentos políticos<sup>209</sup>.

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

---

<sup>208</sup> SERRANO GARCÍA, J.M.: “El plan social obligatorio para las reestructuraciones empresariales socialmente responsables”, op. cit., p. 208.

<sup>209</sup> SÁEZ LARA, C.: *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, op. cit., pp. 26 y 27.

comunitario no es importante dónde se incluyan estas medidas, sino que efectivamente se negocien y alcancen el objetivo previsto<sup>210</sup>.

El objetivo de armonización de la Directiva 98/59 se mueve en una lógica preventiva plasmada en el art. 2.2 de dicha Directiva. En este sentido subrayan los considerandos 3 y 7 de dicha Directiva que lo que debe ser objeto de una aproximación de las legislaciones son principalmente las diferencias que siguen existiendo entre las disposiciones en vigor en los distintos Estados miembros en lo referido a las medidas capaces de atenuar las consecuencias de los despidos colectivos. En esta perspectiva insiste el TJUE cuando señala que el artículo 2 de la Directiva 98/59 impone “una obligación de negociación... con vistas a llegar a un acuerdo, que debe versar, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos programados y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento y permitir a los representantes de los trabajadores que formulen propuestas constructivas sobre la base de una serie de informaciones que el empresario debe poner a su disposición” (STJUE 21-12-2016, C-201/15, asunto *AGET Iraklis*, ap. 39)<sup>211</sup>.

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

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

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

---

<sup>210</sup> SERRANO GARCÍA, J.M.: El plan social en los despidos colectivos, op. cit., pp. 56 y ss., donde se defiende esta idea y se analizan específicamente los planes sociales y sus diferencias en el Derecho francés y alemán.

<sup>211</sup> NAVARRO NIETO, F.: “Medidas sociales de acompañamiento y mantenimiento del empleo”, p. 258.

- i) los motivos del proyecto de despido;
- ii) el número y las categorías de los trabajadores que vayan a ser despedidos;
- iii) el número y las categorías de los trabajadores empleados habitualmente;
- iv) el período a lo largo del cual está previsto efectuar los despidos;

v) los criterios tenidos en cuenta para designar a los trabajadores que vayan a ser despedidos, si las legislaciones o prácticas nacionales confieren al empresario competencias en tal sentido<sup>212</sup>;

vi) el método de cálculo de las posibles indemnizaciones por despido distintas a las directivas de las legislaciones o prácticas nacionales”.

El legislador comunitario obliga al empresario, en aras de garantizar una efectiva consulta-negociación, a que informe a los representantes de los trabajadores para que estos puedan formular propuestas constructivas durante las consultas. De este modo, la Directiva detalla una serie de elementos informativos que deben de comunicarse a los representantes de los trabajadores “en cualquier caso” (art. 2.3.b), así como recoge una cláusula general por la que debe de proporcionarse “toda la información pertinente” a los representantes (art. 2.3.a). Y, en coherencia con el contenido de las consultas, dentro de esta cláusula genérica o abierta debería de incluirse la información relativa a las medidas sociales de acompañamiento<sup>213</sup>.

La Directiva 98/59, en un intento de impedir la elusión del procedimiento de despido colectivo sobre la base de la existencia de un grupo empresarial, añade que las obligaciones de información y consultas se aplicarán “con independencia de que la decisión relativa a los despidos colectivos sea tomada por el propio empresario o por una empresa que ejerza el control sobre él”. Además, añade que “en lo que se refiere a las infracciones alegadas de las obligaciones de información, consulta y notificación establecidas en la presente Directiva, cualquier justificación del empresario, basada en el

---

<sup>212</sup> La STJUE de 17 de marzo de 2021, C-656/19, Consulmarketing SpA, ha determinado que el régimen de protección de un trabajador frente a un despido injustificado por inobservancia de los criterios de selección no entra dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 98/59.

<sup>213</sup> NAVARRO NIETO, F.: “Medidas sociales de acompañamiento y mantenimiento del empleo”, op. cit., p. 272.

hecho de que la empresa que tomó la decisión relativa a los despidos colectivos no le ha facilitado la información necesaria, no se podrá tomar en consideración” (art. 2.4).

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

La Directiva 98/59/CE atribuye a la autoridad pública competente dos roles, pasivo y activo, en su intervención en el procedimiento de despido colectivo. Una intervención que se justifica atendiendo al papel que desempeña la Administración como garante del interés general que, como ya se indicó, se ve afectado por la decisión del despido colectivo. En concreto, el fuerte gasto público que puede suponer para las arcas del Estado un amplio número de despidos en materia de prestaciones por desempleo hace necesario la intervención de la Administración Laboral<sup>214</sup>.

Así, por un lado, la Directiva 98/59 atribuye a la autoridad pública una función pasiva a la hora de la recepción del proyecto de despido colectivo. El artículo 3.1 lo establece de este modo cuando indica que “el empresario estará obligado a notificar por escrito cualquier proyecto de despido colectivo a la autoridad pública competente”. Por ello, cuando el empresario quiera llevar a cabo un despido colectivo deberá de notificar su proyecto a la Administración laboral, a menos que se trate de un “despido colectivo producido por el cese de las actividades del establecimiento en virtud de decisión judicial”, esto es, de un despido colectivo concursal, pues en este último supuesto será el Estado miembro el que decidirá si el empresario debe de notificar tal despido por escrito a la autoridad pública, previa petición de esta.

En cuanto a la notificación al ente público competente, esta contendrá “todos los informes útiles referentes al proyecto de despido colectivo y a las consultas con los representantes de los trabajadores previstas en el artículo 2, especialmente los motivos del despido, el número de trabajadores que se va a despedir, el número de trabajadores habitualmente empleados y el período en el que se prevé que se van a efectuar los despidos”. El artículo 2.3 se manifiesta en el mismo sentido cuando especifica que: “el empresario deberá transmitir a la autoridad pública competente una copia de la comunicación escrita (a los representantes de los trabajadores), que contenga, al menos, los elementos previstos en los incisos i) a v) de la letra b) del párrafo primero”, añadiéndose aquí que también deberá de comunicarse a la autoridad pública “los criterios

---

<sup>214</sup> SERRANO GARCÍA, J.M.: “El plan social obligatorio para las reestructuraciones empresariales socialmente responsables”, op. cit., p. 212.

tenidos en cuenta para designar a los trabajadores que vayan a ser despedidos, si las legislaciones o prácticas nacionales confieren al empresario competencias en tal sentido”<sup>215</sup>.

En definitiva, la Directiva 98/59 atribuye a la Administración una función pasiva de recepción de la copia de la comunicación escrita dirigida a los representantes de los trabajadores (art. 2.3) o del proyecto de despido colectivo (art. 3.1), como forma de control del procedimiento de despido colectivo<sup>216</sup>.

Por otro lado, la Directiva comunitaria otorga un papel a la autoridad pública de carácter activo orientado a la búsqueda de soluciones<sup>217</sup>. Como se decía el art. 3.1 especifica que el proyecto de despido colectivo notificado a la autoridad competente deberá de contener todos los informes útiles referentes al citado proyecto y a las consultas con los representantes de los trabajadores, especialmente los motivos del despido, el número de trabajadores que se va a despedir, el número de trabajadores habitualmente empleados y el período en el que se prevé que se van a efectuar los despidos; todo ello para que la Administración tenga conocimiento del estado de la cuestión y pueda proponer soluciones al conflicto, en la línea de evitar o reducir la entidad del despido colectivo, o bien proponer medidas paliativas o complementarias.

En este sentido, el artículo 4.1 establece un plazo de 30 días desde la notificación a la autoridad del proyecto de despido colectivo en el que los despidos no podrán surtir efecto, y dicho plazo será aprovechado por parte de la autoridad pública competente “para buscar soluciones a los problemas planteados por los despidos colectivos considerados” (art. 4.2). Y obsérvese la importancia de que este plazo de 30 días puede ser ampliado<sup>218</sup> por parte de la autoridad, a elección del Estado miembro, hasta un período máximo de 60

---

<sup>215</sup> El empresario deberá, a su vez, remitir copia de la notificación a la autoridad a los representantes de los trabajadores (art. 3.2).

<sup>216</sup> MERCADER UGUINA, J.R.: “El periodo de consultas: la intervención de la autoridad laboral durante el período de consultas”, en VV.AA.: Tratado de despido colectivo, MARTÍN GODINO, R. (Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 381, la copia de la comunicación escrita dirigida a los representantes de los trabajadores se traslada a la autoridad pública competente con el fin de que pueda comprobar la apertura del trámite de consultas.

<sup>217</sup> Esta previsión no es obligatoria para los casos de despidos colectivos concursales. “Los Estados miembros no estarán obligados a aplicar el presente artículo a los despidos colectivos producidos por el cese de las actividades del establecimiento cuando éste resulte de una decisión judicial” (art. 4.4).

<sup>218</sup> También se abre la posibilidad de que el período de 30 días sea reducido a elección de los Estados miembros. Según el artículo 4.1: “los Estados miembros podrán conceder a la autoridad pública competente la facultad de reducir el plazo contemplado en el párrafo anterior”.



días “cuando los problemas planteados por los despidos colectivos considerados corran el riesgo de no encontrar solución en el plazo inicial”, sin perjuicio de facultades prórroga más amplias concedidas por los Estados miembros (art. 4.3). Esta prórroga deberá de ser avisada al empresario, antes de que finalice el plazo inicial de 30 días.

De este modo, la Directiva 98/59/CE impone a la Administración laboral una función de apoyo y mediación, como forma de implicación en la búsqueda de soluciones a los problemas planteados, proponiendo soluciones equilibradas entre los actores sociales<sup>219</sup>. El papel de la autoridad pública se presenta en clave mediadora, no dirimente, tendente a la búsqueda de acuerdos en virtud del art. 2.2 de la Directiva o a la adopción de medidas compensatorias, paliativas o atenuadoras del proyecto de despido colectivo. Un papel mediador que aparece claramente reforzado por la posibilidad de que los representantes de los trabajadores dirijan sus eventuales observaciones a la autoridad pública competente (art. 3.2)<sup>220</sup>.

Tales medidas propuestas por la autoridad pública para afrontar los problemas derivados del despido colectivo parecerían más ir en la línea de medidas complementarias, como mecanismos compensatorios (prestaciones por desempleo) o mecanismos jurídico-administrativos de intervención del mercado de trabajo (planes de formación profesional, recolocación de trabajadores despedidos, etc.), sin quitar importancia a la función mediadora que puede desempeñar la autoridad pública en la consecución del acuerdo alcanzado en el período de consultas-negociación<sup>221</sup>.

El legislador comunitario busca, así, el establecimiento de garantías sociales de negociación del proceso de reestructuración y de garantías del intervencionismo de apoyo y mediación activa para la solución de los problemas planteados por los despidos colectivos. La Directiva 98/59/CE no tiene la finalidad principal de facilitar los despidos, ni tampoco de orientar exclusivamente las soluciones a las reestructuraciones a través de

---

<sup>219</sup> Véase, MONEREO PÉREZ, J.L.: “La intervención administrativa en los despidos colectivos”, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, N.º 125, 2014, pp. 268 y ss., donde se indica que este modelo de intervención pública participativo es tributario en cierto modo de lo previsto en el Convenio N.º 158 sobre la terminación de la relación de trabajo de 1982 de la OIT, que recoge el simple deber de notificar el proyecto de despido y la fecha en que se producirán las extinciones, y de lo previsto en la Recomendación n.º 166 del mismo año de la OIT, en la que se recoge una tímida o débil función proactiva de la autoridad pública.

<sup>220</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: “La aplicación de la Directiva sobre despidos colectivos”, *op. cit.*, p. 64.

<sup>221</sup> MERCADER UGUINA, J.R.: “El periodo de consultas: la intervención de la autoridad laboral durante el período de consultas”, *op. cit.*, pp. 381 y 382.

la “monetización” de las indemnizaciones<sup>222</sup>, pues si atendemos a diferentes comunicaciones de la Comisión, se puede observar que lo que realmente se busca es una intervención preventiva y proactiva de todos los agentes implicados en el conflicto (empresario, trabajadores y autoridad pública) para evitar la medida más lesiva, el despido colectivo, y garantizar soluciones equilibradas y consensuadas tendentes a la maximización de los intereses en conflicto.

En efecto, las comunicaciones ya comentadas “Reestructuraciones y Empleo. Anticipar y Acompañar las reestructuraciones para desarrollar el empleo: El papel de la Unión Europea”, Bruselas, 31.3.2005 COM (2005) 120 final; y el “Libro Verde. Reestructuración y previsión del cambio: ¿qué lecciones sacar de la experiencia reciente?” De 2012 [Bruselas, 17.1. 2012. COM (2012) 7 final. SEC (2012) 59 final], apuntan a una flexiseguridad negociada de carácter garantista, ofensiva y preventiva, amparada bajo el paraguas de la reestructuración responsable, en la que la autoridad laboral debe de desempeñar un papel fundamental como “facilitadora” de soluciones<sup>223</sup>.

### *C) Autorización administrativa para proceder al despido colectivo*

Como se ha podido observar, la Directiva 98/59 solo reserva una función pasiva y proactiva en la búsqueda de soluciones a la Administración laboral, sin que se otorgue una función de autorización administrativa como requisito para proceder al despido colectivo. Una autorización administrativa en el despido colectivo que ha estado muy presente en distintos ordenamientos jurídicos europeos pero que en las últimas décadas ha ido desapareciendo, como ocurrió en España con la Reforma laboral de 2012. No obstante, se trata de una cuestión sobre la que se sigue discutiendo en la actualidad, y sobre la que hace unos años se pronunció la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 21 de diciembre de 2016, *AGET Iraklis* (C-201/15).

En efecto, la sentencia mencionada ha suscitado enorme interés en la doctrina *iustlaboralista* ya que supuso, con ciertas reticencias y límites, una revalorización de la

---

<sup>222</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “La intervención administrativa en los despidos colectivos”, op. cit., pp. 270 y 271.

<sup>223</sup> Más restrictivo en el sentido de que la Administración laboral pueda buscar soluciones al despido colectivo se sitúa DESDENTADO BONETE, A.: “Marked by invalidations. The consultation period in collective redundancies”, *Spanish Labour Law and Employment Relations Journal*, núm. 1-2, 2015, pp. 9 y 10.

función de la autoridad administrativa en el control de los despidos colectivos<sup>224</sup>, al admitir, en principio, la compatibilidad de la autorización por parte de la autoridad pública con la Directiva comunitaria sobre despidos colectivos<sup>225</sup>. En definitiva, en esta sentencia se aclara cuál es el papel que debe de jugar la autoridad administrativa en un procedimiento de despido colectivo y, por ello, se intenta clarificar cuál es el margen de actuación que una normativa interna puede conceder a la Administración laboral y de qué modo se pueden conciliar los intereses de las empresas que deciden una decisión de tal calibre con los intereses de los trabajadores afectados<sup>226</sup>.

Se trata de una sentencia que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada por el Consejo de Estado de Grecia, tras el hecho de que el Ministerio de Trabajo heleno le haya denegado la autorización administrativa para despedir de forma colectiva a la empresa *AGET Iraklis*<sup>227</sup>. En concreto, la ley griega reguladora de los despidos colectivos prevé que, en ausencia de acuerdo con los representantes de los trabajadores, la autoridad administrativa podrá denegar la autorización para despedir sobre la base de la valoración de los documentos del expediente y “las condiciones del mercado de trabajo, la situación de la empresa y el interés de la economía nacional”. Sobre la base de esta habilitación normativa el Ministerio de Trabajo denegó la autorización para despedir a *AGET Iraklis*<sup>228</sup> y dicha resolución fue recurrida ante el

---

<sup>224</sup> LÓPEZ CUMBRE, L.: “Intervención de la autoridad laboral en los despidos colectivos. Criterio europeo”, Análisis GA&P, diciembre de 2016. Disponible en: <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2018/03/intervencion-de-la-autoridad-laboral-en-despidos-colectivos-criterio-europeo.pdf> (visitada el 2 de noviembre de 2022).

<sup>225</sup> Esto ya era defendido por MONEREO PÉREZ, J.L., entre otras obras, en *Los despidos colectivos en el ordenamiento interno y comunitario*, Madrid, Cívitas, 1994.

<sup>226</sup> ROJO TORRECILLA, E.: “El impacto de la jurisprudencia del tribunal de justicia de la ue en la regulación de los despidos colectivos: sobre el concepto de trabajador, los derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores, y la intervención, y límites de la autoridad administrativa laboral”, *Documentación laboral*, N.º 111, 2017, p. 32.

<sup>227</sup> *AGET Iraklis* es una empresa que forma parte del grupo multinacional francés Lafarge y que producía cemento en tres fábricas situadas en Agria Volou, Aliveri y Chalkida (Grecia). El Consejo de Administración de *AGET Iraklis* acordó el 25 de marzo de 2013 un plan de reestructuración que preveía el cese definitivo de la fábrica de Chalkida, que daba empleo en ese momento a 236 trabajadores, y una concentración de la producción en las otras dos fábricas a través del incremento de la productividad de éstas. La motivación de este plan residió en una reducción de las actividades de construcción en la región de Ática (Grecia) y la existencia de capacidades de producción excedentarias, así como la necesidad de preservar la viabilidad de la empresa y las condiciones del desarrollo de las actividades del grupo tanto en el mercado griego como en el extranjero.

<sup>228</sup> La Dirección de Empleo del Ministerio de Trabajo emitió un informe en el que se analizaban las condiciones del mercado de trabajo, la situación de la empresa y el interés de la economía nacional, y en el que recomendó la denegación de dicha solicitud por no existir un plan de integración de los trabajadores afectados en otras fábricas pertenecientes a *AGET Iraklis* y porque las estadísticas de la Oficina de Empleo helénica registraban una tasa de desempleo cada vez mayor. El Ministerio finalmente, tras oír a *AGET*

Consejo de Estado de Grecia, el cual interpone dos cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pues dicho órgano albergaba dudas de que la regulación griega de autorización del despido colectivo fuera contraria a la Directiva comunitaria y al Derecho de la Unión en general. Dichas cuestiones prejudiciales eran las siguientes:

“¿Es conforme con las disposiciones de la Directiva 98/59, en particular, o con los artículos 49 TFUE y 63 TFUE, en general, una disposición nacional como el artículo 5, apartado 3, de la Ley 1387/1983, que supedita la realización de despidos colectivos en una empresa determinada a la autorización por parte de la Administración de dichos despidos sobre la base de los siguientes criterios: a) las condiciones del mercado de trabajo, b) la situación de la empresa, y c) el interés de la economía nacional?”.

“En caso de respuesta negativa a la primera cuestión, ¿una disposición nacional con el contenido antes señalado es conforme con las disposiciones de la Directiva 98/59, en particular, o con los artículos 49 TFUE y 63 TFUE, en general, si concurren razones sociales especiales, como una grave crisis económica y un desempleo particularmente elevado?”.

Tras este planteamiento, el Tribunal de Justicia pasa a resolver las cuestiones prejudiciales, recordando que la Directiva 98/59 (al igual que la anterior) solo garantiza una armonización parcial de las normas de protección de los trabajadores en caso de despidos colectivos, esto es, el procedimiento que debe seguirse para llevar a cabo dichos despidos colectivos (con cita en la sentencia de 10 de diciembre de 2009, *Rodríguez Mayor y otros*, C-323/08, apartado 51 y jurisprudencia citada). De este modo, como ya precisó la sentencia de 12 de febrero de 1985, *Dansk Metalarbejderforbund y Specialarbejderforbundet i Danmark* (C-284/83), respecto a la anterior Directiva sobre despido colectivos, la regulación comunitaria no concreta las circunstancias en las que el empresario debe plantearse realizar despidos colectivos y no afecta de ningún modo a su libertad de decidir si debe elaborar un proyecto de despido colectivo y en qué momento.

---

Iraklis y el sindicato, se pronunció en contra de la autorización del proyecto de despido colectivo controvertido, al considerar que su motivación era insuficiente, debido, en particular, a que no se justificaba con pruebas concretas y detalladas el carácter necesario de los despidos programados, y a que los argumentos esgrimidos por AGET Iraklis resultaban excesivamente vagos.

Tal y como recuerda el Abogado General en sus conclusiones<sup>229</sup> “corresponde al Derecho nacional establecer los requisitos materiales en virtud de los cuales puede ponerse fin a las relaciones laborales de forma colectiva” y ello en virtud del art. 5 de la Directiva 98/59, que permite introducir disposiciones nacionales más favorables para los trabajadores. Y con base en lo anterior, el Tribunal de Justicia afirma que: “de ello se deduce igualmente que dicha Directiva no puede, en principio, interpretarse en el sentido de que se opone a un régimen nacional que confiere a una autoridad pública la facultad de impedir tales despidos mediante una resolución motivada adoptada después de examinar el expediente y tomar en consideración criterios de fondo predeterminados”.

No obstante, el Tribunal de Justicia seguidamente plantea ciertas dudas de la habilitación normativa ya que la aplicación de tal normativa por parte de la autoridad pública en la práctica podría privar de efecto útil a la Directiva comunitaria. Y añade: “así sucedería con una normativa nacional que supeditase los despidos colectivos a la aprobación previa de una autoridad pública si, atendiendo, por ejemplo, a los criterios respecto de los que dicha autoridad debe pronunciarse o al modo en que ésta los interpreta y aplica concretamente, quedase excluida en la práctica toda posibilidad efectiva de que el empresario realizase tales despidos colectivos”.

Para el Tribunal de Luxemburgo, una vez que se agoten los procedimientos establecidos por la Directiva 98/59 —incluido el supuesto de que las consultas no hayan permitido llegar a un acuerdo—, los despidos colectivos deben por lo menos, seguir siendo posibles, aunque sólo sea a condición de que se cumplan determinadas exigencias objetivas fijadas, en su caso, por la normativa nacional aplicable. El Tribunal de Justicia termina por reclamar al órgano jurisdiccional nacional competente para que compruebe si la autoridad nacional está aplicando la habilitación normativa de la autorización de un modo que priva de efecto útil a la Directiva<sup>230</sup>.

---

<sup>229</sup> Conclusiones del Abogado General Sr. Nils Wahl, presentadas el 9 de junio de 2016 en el asunto C-201/15.

<sup>230</sup> El apartado 42 de la sentencia recoge que: “A este respecto, AGET Iraklis ha sostenido ante el Tribunal de Justicia que la autoridad pública competente se ha opuesto sistemáticamente a los proyectos de despido colectivo que se le han notificado, lo que ha llevado, en particular, a que los representantes de los trabajadores con frecuencia no participen, como sucedió en el contexto del litigio principal, en las consultas destinadas a intentar alcanzar un acuerdo sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos programados y atenuar sus consecuencias”.

En consecuencia, el Tribunal de Luxemburgo responde a la primera cuestión prejudicial del siguiente modo: “la Directiva 98/59 debe interpretarse en el sentido de que no se opone, en principio, a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, en virtud de la cual, a falta de acuerdo con los representantes de los trabajadores sobre un proyecto de despido colectivo, un empresario únicamente podrá efectuar dicho despido si la autoridad pública nacional competente a la que debe notificarse el proyecto no adopta, en el plazo previsto por dicha normativa y después de examinar el expediente y valorar las condiciones del mercado de trabajo, la situación de la empresa y el interés de la economía nacional, una resolución motivada por la que se deniegue la autorización para realizar la totalidad o una parte de los despidos programados. Sin embargo, no sucede lo mismo si resulta que, atendiendo a los tres criterios de evaluación indicados en la mencionada normativa y al modo concreto en que los aplica esa autoridad pública bajo el control de los tribunales competentes, tal normativa tiene como consecuencia privar de efecto útil a lo dispuesto en dicha Directiva, extremo que corresponde comprobar, en su caso, al órgano jurisdiccional remitente”.

En cuanto a la existencia o no de una restricción a las libertades de establecimiento (art. 49 TFUE)<sup>231</sup> y de libre circulación de capitales (art. 63 TFUE) el Tribunal de Justicia aborda la siguiente argumentación.

Por un lado, precisa que el concepto de “restricción” de la libertad de establecimiento se refiere, en particular, a las medidas que, aun cuando sean aplicables sin discriminación por razón de nacionalidad, puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de la libertad de establecimiento<sup>232</sup>. Por otro lado, precisa que el concepto de establecimiento supone una “implantación real de la sociedad de que se trate en ese Estado y el ejercicio de una actividad económica efectiva en éste”<sup>233</sup>, por lo que se incluye dentro de este concepto que la filial, agencia o sucursal creada por una persona

---

<sup>231</sup> La libertad de establecimiento comprende la situación en la que una sociedad establecida en un Estado miembro crea una filial en otro Estado miembro. También comprende que una sociedad o un nacional de un Estado miembro adquiera en el capital de una sociedad establecida en otro Estado miembro una participación que le permita ejercer una influencia efectiva en las decisiones de la sociedad y determinar las actividades de esta (con cita en las sentencias de 21 de octubre de 2010, *Idryma Typou*, C-81/09, apartado 47 y jurisprudencia citada, y de 8 de noviembre de 2012, *Comisión/Grecia*, C-244/11, apartado 21 y jurisprudencia citada). Así ocurre en el supuesto en cuestión ya que el grupo francés Lafarge es el principal accionista de AGET Iraklis, al poseer una participación equivalente al 89% de su capital.

<sup>232</sup> Con cita en las sentencias de 21 de abril de 2005, *Comisión/Grecia*, C-140/03, EU:C:2005:242, apartado 27, y de 21 de octubre de 2010, *Idryma Typou*, C-81/09, EU:C:2010:622, apartado 54).

<sup>233</sup> STJUE de 12 de julio de 2012, *VALE*, C-378/10, EU:C:2012:440, apartado 34 y jurisprudencia citada).

jurídica establecida en otro Estado miembro pueda contratar trabajadores en el Estado miembro de establecimiento, así como “en principio, la libertad de determinar la naturaleza y el alcance de la actividad económica que se realizará en el Estado miembro de acogida y en especial el tamaño de las instalaciones permanentes y el número de trabajadores necesario para tal fin, así como, según señaló el Abogado General en el punto 65 de sus conclusiones, la libertad de reducir posteriormente el volumen de esa actividad e incluso, en su caso, de renunciar a ella y a dicho establecimiento”<sup>234</sup>.

Concluyendo el Tribunal de Justicia que: “la decisión de realizar un despido colectivo es una decisión fundamental en la vida de la empresa” y, por tanto, “una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal puede hacer menos atractivo el acceso al mercado griego y, en caso de acceso a ese mercado, reducir considerablemente o incluso suprimir las posibilidades de que los operadores económicos de otros Estados miembros que hayan optado por instalarse en un nuevo mercado modulen posteriormente su actividad en él o renuncien a ella, prescindiendo por este motivo de los trabajadores que hayan contratado”.

De este modo, si bien existe una restricción a la libertad de establecimiento reconocida en el art. 49 TFUE (en palabras del Tribunal “una normativa nacional de esta índole puede constituir un obstáculo grave para el ejercicio de la libertad de establecimiento en Grecia”), la restricción a la libertad de circulación de capitales del art. 63 TFUE es una consecuencia inevitable de la primera restricción, por lo que el Tribunal de Luxemburgo solo se limita a analizar si la restricción a la libertad de establecimiento se encuentra o no justificada.

A este respecto, el Tribunal de Luxemburgo indica que solo puede admitirse una restricción a la libertad de establecimiento, como parte integrante del derecho fundamental a la libertad de empresa contenido en el art. 16 CDFUE que es, si esta restricción está justificada por razones imperiosas de interés general<sup>235</sup>. El Tribunal

---

<sup>234</sup> Muy crítico con que haya incluido el TJUE la “libertad de despedir” en la libertad de establecimiento ROJO TORRECILLA, E.: “El impacto de la jurisprudencia del tribunal de justicia de la UE en la regulación de los despidos colectivos: sobre el concepto de trabajador, los derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores, y la intervención, y límites de la autoridad administrativa laboral”, op. cit., pp. 35 y 36.

<sup>235</sup> En el apartado 69 el TJUE reconoce la autorización administrativa como una restricción a la libertad de empresa: “no puede negarse que el establecimiento de un régimen de regulación de los despidos colectivos como el controvertido en el litigio principal constituye una injerencia en el ejercicio de la libertad de empresa y, en particular, de la libertad contractual de la que gozan en principio las empresas, en especial frente a los trabajadores a los que emplean, ya que consta que, en virtud de dicho régimen, la oposición de

recuerda que los derechos fundamentales garantizados por la Carta deben ser aplicados en todas las situaciones reguladas por el Derecho de la Unión y deben, por tanto, ser respetados cuando una normativa nacional esté incluida en el ámbito de aplicación de ese Derecho. El artículo 52.1 CDFUE expresa que: “cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás”.

En concreto, la normativa griega reguladora de los despidos colectivos prevé tres criterios sobre los que pivota la concesión o denegación de la autorización administrativa: las condiciones del mercado de trabajo, la situación de la empresa y el interés de la economía nacional. Por tanto, “los objetivos de interés general que persigue en este caso dicha normativa se refieren tanto a la protección de los trabajadores y a la lucha contra el desempleo como a la salvaguardia del interés de la economía nacional”.

En este sentido, el Tribunal de Justicia niega que el interés de la economía nacional pueda suponer una justificación de la restricción a la libertad de empresa o a la libertad de establecimiento y, en última instancia, de la instauración de una autorización administrativa para proceder al despido colectivo<sup>236</sup>. En cambio, el Alto Tribunal sí que reconoce como razones imperiosas de interés general la protección de los trabajadores<sup>237</sup> o bien el fomento del empleo y de la contratación para disminuir el desempleo como objetivo legítimo de política social<sup>238</sup>.

---

la autoridad nacional a determinados proyectos de despido colectivo puede llevar a impedir que el empresario los lleve a cabo”.

<sup>236</sup> Motivos de carácter meramente económico, como el fomento de la economía nacional o el buen funcionamiento de esta, no pueden servir de justificación para obstáculos prohibidos por el Tratado (véanse en este sentido, en particular, las sentencias de 5 de junio de 1997, *SETTG*, C-398/95, EU:C:1997:282, apartados 22 y 23; de 6 de junio de 2000, *Verkooijen*, C-35/98, EU:C:2000:294, apartados 47 y 48, y de 4 de junio de 2002, *Comisión/Portugal*, C-367/98, EU:C:2002:326, apartado 52 y jurisprudencia citada).

<sup>237</sup> Con cita en las sentencias de 23 de noviembre de 1999, *Arblade y otros*, C-369/96 y C-376/96, EU:C:1999:575, apartado 36; de 13 de diciembre de 2005, *SEVIC Systems*, C-411/03, EU:C:2005:762, apartado 28, y de 11 de diciembre de 2007, *International Transport Workers' Federation y Finnish Seamen's Union*, C-438/05, EU:C:2007:772, apartado 77).

<sup>238</sup> Véanse, en este sentido, las sentencias de 11 de enero de 2007, *ITC*, C-208/05, EU:C:2007:16, apartados 38 y 39; de 18 de enero de 2007, *Confédération générale du travail y otros*, C-385/05, EU:C:2007:37, apartado 28, y de 13 de diciembre de 2012, *Caves Krier Frères*, C-379/11, EU:C:2012:798, apartado 51).



El artículo 3.3 TUE indica que “la Unión establecerá un mercado interior” y “obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social”. A consecuencia de lo anterior, el Tribunal de Justicia recuerda que la Unión no solo tiene un finalidad económica, sino también una finalidad social, por lo que deben de sopesarse los derechos derivados de las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales en relación con los objetivos perseguidos por la política social, entre los que figuran, como se indica en el artículo 151 TFUE, párrafo primero, el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones (véase, en este sentido, en relación con las disposiciones correspondientes del Tratado CE, la sentencia de 11 de diciembre de 2007, *International Transport Workers’ Federation y Finnish Seamen’s Union*, C-438/05)<sup>239</sup>.

Habiendo fijado como razones de interés general que justifican las restricciones a la libertad de establecimiento y de empresa la protección de los trabajadores y el empleo, el Tribunal de Luxemburgo pasa a preguntarse si tales restricciones son proporcionales, esto es, si dichas restricciones son adecuadas para garantizar el objetivo de interés general que persiguen y que no van más allá de lo necesario para alcanzarlo. Además, las restricciones deben de respetar el contenido esencial de los derechos en cuestión.

Sobre la base de lo anterior, el Tribunal de Justicia reitera algo que ya había establecido con anterioridad en su argumentación: “el mero hecho de que un Estado miembro establezca en su legislación nacional que, antes de llevarse a cabo, los proyectos de despido colectivo deben notificarse a una autoridad nacional que dispone de facultades de control que le permiten oponerse, en determinadas circunstancias, a dicho proyecto por motivos relacionados con la protección de los trabajadores y del empleo no puede considerarse contrario a la libertad de establecimiento garantizada por el artículo 49 TFUE ni a la libertad de empresa reconocida en el artículo 16 de la Carta”. Por ello, el Tribunal de Justicia reconoce que la regulación de la autorización administrativa en el despido colectivo no supone una contravención del contenido esencial de la libertad de

---

<sup>239</sup> En relación con los fines sociales de la UE, el TJUE también cita a los arts. 147 y 9 del TFUE.

empresa, pues no excluye, por su propia naturaleza, cualquier posibilidad de que las empresas lleven a cabo despidos colectivos, ya que solo tiene por objeto regular esa posibilidad.

En lo que se refiere a la proporcionalidad de las limitaciones, el Tribunal de Justicia recuerda que el artículo 30 CDFUE reconoce que todo trabajador tiene derecho a protección en caso de despido injustificado, de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales, por lo que la regulación del despido colectivo tiene que conciliar y encontrar el justo equilibrio entre los intereses vinculados a la protección de los trabajadores y del empleo (sobre todo en caso de despido injustificado) y los relativos a la libertad de establecimiento y de empresa. Por ello, el Tribunal de Justicia sentencia que “al no existir normas del Derecho de la Unión destinadas a prevenir tales despidos y que vayan más allá de los ámbitos de información y consulta cubiertos por la Directiva 98/59”, resulta “idóneo para reforzar el nivel de protección efectiva de los trabajadores y de su empleo” regular, “en cuanto al fondo, la toma de esas decisiones económicas y empresariales por las empresas”. En definitiva, se trata de un mecanismo adecuado para garantizar la consecución de los objetivos de interés general así perseguidos. Y lo más llamativo, el Tribunal de Justicia reconoce que: “no parece que medidas menos restrictivas garantizarían la consecución de los objetivos así perseguidos de un modo tan eficaz como el que resulta del establecimiento de dicha regulación”.

De este modo, si bien el Tribunal de Justicia se muestra proclive a la autorización administrativa en el despido colectivo, pues supera el principio de proporcionalidad en las limitaciones a los derechos de establecimiento y de empresa, una conclusión tan positiva no puede deducirse del análisis concreto de la normativa griega. En efecto, cuando el Tribunal de Luxemburgo estudia los tres criterios que sustentan la concesión de la autorización administrativa, el Tribunal niega el “interés de la economía nacional”, con base en lo ya expuesto, y acepta, en principio, los criterios de la “situación de la empresa” y las “condiciones del mercado de trabajo”.

En cambio, en palabras del Tribunal de Justicia: “sin embargo, ha de constatarse que tales criterios están formulados de manera muy general e imprecisa. Pues bien, como resulta de una jurisprudencia reiterada, cuando las facultades de intervención de un Estado miembro o de una autoridad pública, como las facultades de oposición que posee en este caso el Ministro, no están sujetas a ninguna condición, a excepción de una

referencia a tales criterios formulados de manera general, sin que se precisen las circunstancias específicas y objetivas en las que se ejercerán esas facultades, se produce una vulneración grave de la libertad afectada, que puede conducir a la exclusión de dicha libertad”. Y añade: “aunque la normativa nacional controvertida en el litigio principal dispone que la facultad de no autorizar el despido colectivo de la que goza en este caso la autoridad pública debe ejercerse previo análisis del expediente, teniendo en cuenta la situación de la empresa y las condiciones del mercado de trabajo, y dar lugar a una resolución motivada, ha de considerarse que, a falta de precisiones sobre las circunstancias concretas en las que puede ejercerse esta facultad, los empresarios afectados no saben en qué circunstancias concretas y objetivas puede aplicarse, ya que las situaciones que permiten ejercerla son potencialmente numerosas, indeterminadas e indeterminables, y dejan a la autoridad en cuestión un amplio margen de apreciación difícilmente controlable. Tales criterios, que no son precisos y que no se basan, por tanto, en condiciones objetivas y controlables, van más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos indicados y no pueden, por ende, satisfacer las exigencias del principio de proporcionalidad”.

Además, el Tribunal de Justicia niega que el posible control posterior judicial pueda validar esta restricción a la libertad de establecimiento y de empresa, ya que “en particular, la normativa de que se trata tampoco proporciona al juez nacional criterios suficientemente precisos para permitirle controlar el ejercicio de la facultad discrecional de la autoridad administrativa”.

Por consiguiente, en respuesta a la primera cuestión prejudicial el Tribunal de Justicia indica que: “el artículo 49 TFUE debe interpretarse en el sentido de que, en una situación como la del litigio principal, se opone a una normativa nacional en virtud de la cual, a falta de acuerdo con los representantes de los trabajadores sobre un proyecto de despido colectivo, un empresario únicamente podrá efectuar dicho despido si la autoridad pública nacional competente a la que debe notificarse el proyecto no adopta, dentro del plazo previsto por dicha normativa y después de examinar el expediente y valorar las condiciones del mercado de trabajo, la situación de la empresa y el interés de la economía nacional, una resolución motivada por la que se deniegue la autorización para realizar la totalidad o una parte de los despidos programados”.

En consecuencia, el Tribunal de Luxemburgo pasa seguidamente a responder a la segunda cuestión prejudicial, sobre la base de negar que tampoco un contexto

caracterizado por una crisis económica grave o por una tasa de desempleo particularmente elevada pueda suponer una justificación como la que se trata en el presente caso a la libertad de establecimiento o de empresa. Además, una crisis económica grave y una tasa de desempleo particularmente elevada no autoriza a privar de efecto útil a las disposiciones de la Directiva 98/59, ya que ésta no contiene ninguna cláusula de salvaguardia para autorizar que, en el caso de que exista ese contexto nacional, se establezcan excepciones a las disposiciones de armonización que contiene.

En resumen, el Tribunal de Justicia cuando hace un planteamiento general de la autorización administrativa del despido en relación con los derechos a la libertad de establecimiento y de empresa sí que se muestra proclive a ella, mostrando el “lado social” de la normativa comunitaria y, por tanto, de la jurisprudencia del Tribunal, aunque cuando entra a analizar la regulación helénica rechaza su compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea ya que los criterios sobre los que se fundamenta la autorización administrativa aparecen redactados “de manera muy general e imprecisa”. Por ello, todo parece apuntar a que una normativa que desarrolle con mayor concreción los términos en los que ha de intervenir la Administración laboral a la hora de la autorización no sería contraria al Derecho social comunitario<sup>240</sup>.

#### 4. EL ENGARCE DEL SISTEMA NORMATIVO ESPAÑOL CON LA PROTECCIÓN MULTINIVEL DE LOS DERECHOS

##### *4.1. El control de convencionalidad y la interpretación del derecho frente al despido injustificado conforme a los tratados internacionales*

A lo largo del siguiente apartado se busca explicar de qué forma se integra el derecho al despido por “justo motivo”, reconocido implícitamente en la Constitución Española, en el sistema de garantías multinivel, esto es, en los diferentes tratados internacionales adecuadamente ratificados y asumidos por el Estado español.

Si bien es cierto que la Constitución Española no contiene una referencia expresa a la protección frente al despido injustificado en el art. 35, el Tribunal Constitucional ya desde su STC 22/1981 interpretó que tal protección forma parte de la dimensión individual del derecho al trabajo. Según este pronunciamiento, el derecho al trabajo se integra por

---

<sup>240</sup> ROJO TORRECILLA, E.: “El impacto de la jurisprudencia del tribunal de justicia de la ue en la regulación de los despidos colectivos: sobre el concepto de trabajador, los derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores, y la intervención, y límites de la autoridad administrativa laboral”, op. cit., pp. 37-39.

una dimensión colectiva, que contiene un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de pleno empleo, así como por una dimensión individual que se concreta “en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación”, por un lado, y en el “derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedidos si no existe una justa causa”, por otro lado.

Por ello, para que el empresario pueda extinguir el contrato de trabajo por su sola voluntad tiene que existir una “causa justa o motivo justificado” (STC 103/1990), puesto que “la inexistencia de una reacción adecuada contra el despido o cese debilitaría peligrosamente la consistencia del derecho al trabajo y vaciaría al Derecho que lo regula de su función tuitiva, dentro del ámbito de lo social como característica esencial del Estado de Derecho (art. 1 CE), cuya finalidad en este sector no es otra que compensar la desigualdad de las situaciones reales de empresario y trabajador a la hora de establecer las condiciones o el contenido de esa relación mutua o sinalagmática, máxime si ello acontece a título individual y no colectivo” (STC 20/1994)<sup>241</sup>.

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

En definitiva, la protección contra el despido ilegítimo o arbitrario forma parte del contenido esencial del derecho al trabajo<sup>242</sup>, que incide no solo en la regulación de las causas para despedir (arts. 51.1, 52 y 54), sino también en la forma de exteriorizar la decisión de despedir, todo ello para informar y poner en conocimiento del trabajador las circunstancias del despido (arts. 51, 53 y 55 ET) y que, así, este pueda ejercitar su derecho

---

<sup>241</sup> Beltrán de Heredia Ruiz, I.: “Ley 3/2012, desistimiento y derecho al trabajo”, en VV.AA.: *Constitución Española y Relaciones Laborales ante el actual escenario social y económico*, Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2013, pp. 101-114.

<sup>242</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “¿Qué sentido jurídico-político tiene la garantía del derecho “al trabajo” en la “sociedad del riesgo”?”, *Temas laborales*, N.º 126, 2014, p. 76.

a la tutela judicial efectiva a través del posterior control judicial<sup>243</sup>. No obstante, tal y como se encargó de recordar el auto del TC 43/2014, de 12 de febrero, corresponde al legislador tanto determinar las justas causas de extinción como los efectos del despido injustificado, ya sea determinando la opción entre la readmisión o indemnización en casos de despido improcedente o el modo de cálculo de la indemnización, que puede ser tasada. De hecho, para el Alto Tribunal existen razones que justifican la indemnización tasada del despido, como son: la eliminación de dificultades de prueba para el trabajador, la unificación de criterios a aplicar por el juez, la simplificación del cálculo judicial y, en fin, la certeza y seguridad jurídica<sup>244</sup>.

No obstante, no debe de olvidarse que los derechos laborales fundamentales se insertan en una serie de garantías que se despliegan de forma multinivel en diferentes tratados internacionales adecuadamente suscritos por España, como el Convenio 158 de la OIT o la CSEr, los cuales establecen la protección frente al despido injustificado. En efecto, los tratados internacionales, en virtud del art. 27 la Convención de Viena de 23 de mayo de 1969, una vez hayan sido debidamente firmados y ratificados por un Estado resultan de obligado cumplimiento para el mismo, sin que pueda invocarse el Derecho interno para justificar su incumplimiento.

Ello viene a suponer que los tratados internacionales están por encima de la legislación interna, como también lo pone de manifiesto el art. 96 CE (“los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”), al igual que el art. 10.2 CE (“las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”)<sup>245</sup>.

---

<sup>243</sup> “Tanto exigencias constitucionales, como compromisos internacionales, hacen que rija entre nosotros el principio general de la limitación legal del despido, así como su sujeción para su licitud a condiciones de fondo y de forma” (STC 192/2003).

<sup>244</sup> PRECIADO DOMÈNECH, C.H.: *El despido en la Carta Social Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, op. cit., pp. 117 y 118.

<sup>245</sup> GARCÍA BLASCO, J. y ÁLVAREZ GIMENO, R.: “Supervisión y reclamaciones: especial referencia al Comité Europeo de Derechos Sociales (artículo C y protocolo de 1991, y artículo C y protocolo de 1995)”, en VV.AA.: *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El*

En este sentido, el art. 10.2 es un canon hermenéutico que no es de libre acogimiento para los tribunales, sino de obligada observancia para la interpretación del contenido, alcance y garantías de efectividad de todos los derechos humanos/fundamentales reconocidos en los textos internacionales ratificados por España<sup>246</sup>.

De este modo, se viene admitiendo el valor supra legal de los tratados (e infra constitucional), como así también lo indica el art. 31 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, por el cual “las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional”.

Así, los jueces en su aplicación del Derecho deben de atenerse a las anteriores reglas<sup>247</sup>, seleccionando y aplicando la norma más favorable, para lo cual el propio Tribunal Constitucional ha admitido el denominado “control de convencionalidad difuso”. Se trata de una facultad que se le atribuye a los jueces ordinarios para que controlen la adecuación de las leyes a los tratados y convenios internacionales. En concreto la STC 140/2018, en su fundamento jurídico sexto reconoce que:

“El marco jurídico constitucional existente erige, pues, al control de convencionalidad en el sistema español en una mera regla de selección de derecho aplicable, que corresponde realizar, en cada caso concreto, a los jueces y magistrados de la jurisdicción ordinaria. Como viene estableciendo de forma incontrovertida la jurisprudencia previa, la determinación de cuál sea la norma aplicable al caso concreto es una cuestión de legalidad que no le corresponde resolver al Tribunal Constitucional sino, en principio, a los jueces y tribunales ordinarios en el ejercicio de la función jurisdiccional que, con carácter exclusivo, les atribuye el artículo 117.3 CE (por todas SSTC 49/1988, de 22 de marzo, FJ 14 y 180/1993, de 31 de mayo, FJ 3; 102/2002, FJ 7). En síntesis, la facultad propia de la jurisdicción para determinar la norma aplicable al supuesto controvertido se proyecta también a la interpretación de lo dispuesto en los tratados

---

*Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, MONEREO PÉREZ, J.L. y MONEREO ATIENZA, C. (Dir. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2017, p. 981.

<sup>246</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2017, p. 205.

<sup>247</sup> Art. 29 Ley 25/2014: “Todos los poderes públicos, órganos y organismos del Estado deberán respetar las obligaciones de los tratados internacionales en vigor en los que España sea parte y velar por el adecuado cumplimiento de dichos tratados”.

internacionales (STC 102/2002, FJ 7), así como al análisis de la compatibilidad entre una norma interna y una disposición internacional. Ello supone que, en aplicación de la prescripción contenida en el artículo 96 CE, cualquier juez ordinario puede desplazar la aplicación de una norma interna con rango de ley para aplicar de modo preferente la disposición contenida en un tratado internacional, sin que de tal desplazamiento derive la expulsión de la norma interna del ordenamiento, como resulta obvio, sino su mera inaplicación al caso concreto (...) En suma, el análisis de convencionalidad que tiene cabida en nuestro ordenamiento constitucional no es un juicio de validez de la norma interna o de constitucionalidad mediata de la misma, sino un mero juicio de aplicabilidad de disposiciones normativas; de selección de derecho aplicable, que queda, en principio, extramuros de las competencias del Tribunal Constitucional que podrá, no obstante, y en todo caso por la vía procesal que se pone a su alcance a través del recurso de amparo constitucional, revisar la selección del derecho formulada por los jueces ordinarios en determinadas circunstancias bajo el parámetro del artículo 24.1 CE (...)."

De este modo, el Tribunal Constitucional, en una doctrina que ha sido seguida por las SSTC 10/2019, 23/2019, 35/2019, 36/2019, 80/2019 y 87/2019, atribuye al juez ordinario el control de convencionalidad, el cual consiste en controlar el ajuste de la norma interna al Tratado o convenio, y su inaplicación al caso concreto en caso de contravención, por imperativo del art. 9.3 CE, art. 31 de la Ley de Tratados internacionales y el art. 6 LOPJ, sin que ello implique un juicio de validez de dicha norma<sup>248</sup>. En cualquier caso, los tribunales nacionales no deben de limitarse a conocer el texto del Tratado internacional, sino que deben de atender, además, a la forma en la que estos son interpretados por sus órganos aplicativos (como ocurre en la Carta Social Europea por parte del CEDS)<sup>249</sup>.

No obstante, recientes sentencias del Tribunal Supremo de las que se ha hecho eco la doctrina científica más autorizada (SSTS 268/2022, de 28 de marzo y 270/2022, de 29 de marzo) indican que se ha procedido a realizar una "recomposición de la jerarquía"

---

<sup>248</sup> PRECIADO DOMÈNECH, C.H.: *El despido en la Carta Social Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, op. cit., p. 20.

<sup>249</sup> GARCÍA BLASCO, J. y ÁLVAREZ GIMENO, R.: "Supervisión y reclamaciones: especial referencia al Comité Europeo de Derechos Sociales (artículo C y protocolo de 1991, y artículo C y protocolo de 1995)", op. cit., p. 982, aunque parece atribuir este valor interpretativo solo a las decisiones sobre el fondo o las conclusiones que determinen una condena del Estado parte.



entre las diferentes instancias aplicativas de las normas internacionales<sup>250</sup>. En ellas parece apreciarse una postura más restrictiva en torno al control de convencionalidad ya que, por un lado, se indica que los pronunciamientos del Tribunal Constitucional que hayan determinado la compatibilidad o incompatibilidad de la norma interna con la internacional son vinculantes, se haya pronunciado expresa o implícitamente, y, por otro lado, determinan que el art. 30.1 de la Ley de Tratados Internacionales<sup>251</sup> conlleva que el juez, antes de desplazar la norma interna, debe de cerciorarse de que “la norma internacional ofrezca claridad y certeza, evitando la inseguridad jurídica” (STS 270/2022, de 29 de marzo). Es más, la STS 268/2022, de 28 de marzo, si bien aplica la Carta Social Europea indica que “puesto que el contenido de la CSE es muy heterogéneo, no es seguro que todo él posea la misma aplicabilidad directa en el ámbito de una relación de Derecho Privado como es el contrato de trabajo. Más bien creemos, incluso tras la vigencia de la versión revisada, solo a la vista de cada una de las prescripciones que alberga cabe una decisión sobre ese particular”.

*4.1.1. La protección frente al despido sin justa causa en la Carta Social Europea revisada y la cuantía de la indemnización por despido improcedente en el Derecho español*

El sistema indemnizatorio frente a la extinción injustificada del contrato de trabajo en el ordenamiento jurídico español es de carácter tasado. En concreto, la STS de 28 de enero de 2013 (rec. 149/2012) determina que: “la regulación que en la materia hace el ET tiene por presupuesto un acto ilícito del empresario [la ruptura de la relación laboral sin causa legalmente justificativa], y que en orden a reparar el mal injustamente causado se establece la correspondiente obligación de ‘hacer’ [readmitir en el puesto de trabajo en igualdad de condiciones], pero se le añade el opcional cumplimiento por equivalencia [indemnizar los daños y perjuicios causados]. Con ello se sigue el esquema del Código

---

<sup>250</sup> MOLINA NAVARRETE, C.: “Despido y control de convencionalidad: ¿el Tribunal Supremo «abre la veda» de la indemnización disuasoria? A propósito de las Sentencias del Tribunal Supremo 268/2022, de 28 de marzo, y 270/2022, de 29 de marzo”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, N.º 469, 2022 y GOERLICH PESET, J.M.: “El control de convencionalidad ante el Tribunal Supremo: sentencias de 28 y 29 de marzo de 2022”, Blog: *El foro de Labos*, entrada de 11 de mayo de 2022, disponible en: <https://www.elforodelabos.es/2022/05/el-control-de-convencionalidad-ante-el-tribunal-supremo-sentencias-de-28-y-29-de-marzo-de-2022/#:~:text=En%20palabras%20de%20la%20otra.%2C%20evitando%20la%20inseguridad%20jur%C3%ADdica%E2%80%9D>. (consultada el 15/03/2023)

<sup>251</sup> “Los tratados internacionales serán de aplicación directa, a menos que de su texto se desprenda que dicha aplicación queda condicionada a la aprobación de las leyes o disposiciones reglamentarias pertinentes”.

Civil en orden a las consecuencias del cumplimiento/incumplimiento de las obligaciones [arts. 1088 ... 1101], aunque con la peculiaridad -antes referida- de fijar para la ‘solutio’ una indemnización tasada que comprende -limitadamente- todos los perjuicios que al trabajador hubieran podido causársele, tanto de orden material como inmaterial, según ha mantenido la doctrina tradicional de la Sala respecto de la cuestión objeto de debate; siquiera en los últimos tiempos hayamos admitido la posibilidad de reclamaciones adicionales -independientes y compatibles- por vulneración de derechos fundamentales (SSTS 23 de marzo 2000, rec 362/1999; 12 de junio 2001, rec. 3827/2000; y 13 de junio 2011, rec. 2590/2010)”.

En definitiva, se ha optado por un modelo de estabilidad obligacional (indemnizatorio pero tasado), frente a uno de estabilidad real (readmisorio). Es más, las últimas reformas laborales han ido caminando hacia un despido cada vez más libre o sin causa, al igual que indemnizado con una cuantía cada vez más reducida. En efecto, tras las sucesivas modificaciones legislativa la respuesta frente al despido sin causa queda sintéticamente tal que así<sup>252</sup>: se ha reducido el coste del despido improcedente, no solo con la limitación de los salarios de tramitación a la opción empresarial por la readmisión (salvo que se trate de un despido de representante legal o sindical de los trabajadores), sino que, además, se ha rebajado la indemnización de los 45 días por año de servicio con el límite de 42 mensualidades a los 33 días por año de servicio con el límite de 24 mensualidades<sup>253</sup>. Todo ello, junto con la posibilidad de extinguir el contrato aunque se trate de un despido fraudulento por inexistencia de causa (al que con anterioridad se le aplicaba la nulidad) y la progresiva devaluación del elemento causal (*vid.*, reforma de las causas empresariales del art. 51.1 por la Ley 3/2012), provocan que la doctrina se pregunte sobre si la protección constitucional frente al despido sin causa realmente se encuentra garantizada, por mucho que el Tribunal Constitucional sí que lo haya avalado<sup>254</sup>.

---

<sup>252</sup> Un estudio amplio de la reforma del despido en España en VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La regulación del despido en España. Teoría e ideología de sus debates”, en VV.AA.: *El régimen de despidos en Italia y España: una comparación de los ordenamientos jurídicos*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017, pp. 27-69.

<sup>253</sup> Véase, disposición transitoria undécima ET.

<sup>254</sup> Cfr., ATC 43/2014, 12 de febrero y STC 8/2015, 22 de enero, con sendos votos particulares y ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: “Artículo 35”, en VV.AA.: *Comentario a la Constitución Española 40 aniversario 1978-2018: Libro-homenaje a Luis López Guerra*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 731 y 732.

Ante este panorama, y teniendo en cuenta los instrumentos normativos internacionales que ya se han explicitado, algunos tribunales españoles han intentado conceder indemnizaciones superiores a la legal en casos de despidos improcedentes, incluso antes de la ratificación de la CSEr por medio del Convenio 158 de la OIT (aunque es cierto que han sido pronunciamientos judiciales de instancia más aislados y que han tenido menor repercusión doctrinal)<sup>255</sup>. No obstante, es con la llegada de la pandemia y los despidos realizados al margen de la pretendida “prohibición de despedir” cuando se ha empezado en sede judicial a traer a colación la compatibilidad de la norma interna con la internacional y la necesidad de conceder una indemnización complementaria a la legal, sobre la base de su carácter poco disuasorio<sup>256</sup>.

En cualquier caso, el debate judicial se ha abierto en torno al control de convencionalidad del sistema indemnizatorio del art. 56 ET frente al sistema del art. 24 CSEr, ya sea por las revisiones de las sentencias dictadas durante la situación de pandemia anteriormente citadas, ya sea por los nuevos pleitos que toman esta estrategia procesal ante la entrada en vigor en España de la Carta Social Europea revisada. En cuanto a los diversos criterios en sede judicial, destaca la argumentación jurídica esgrimida por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 23 de abril de 2021 (rec. 5233/2020), la cual destaca dos requisitos para que concurra la indemnización complementaria: “por un lado, la notoria y evidente insuficiencia de la indemnización por resultar la misma manifiestamente exigua; por otro, que sea clara y evidente la existencia de una ilegalidad, fraude de ley o abuso de derecho en la decisión empresarial extintiva del contrato”. Ahora bien, la misma Sala añade que para evitar “posibles subjetivismos que conllevarían desconcierto entre los operadores jurídicos e incertidumbres jurídicas”, podría reconocerse también la indemnización de 15 días por año de servicio en un máximo de 12 mensualidades del art. 281.2.b) LRJS<sup>257</sup>.

Al margen de que esta opción resulta discutible porque sigue tratándose de una indemnización tasada, el debate jurídico no se encuentra ni mucho menos cerrado. Son

---

<sup>255</sup> GODINO DE FRUTOS, M.: “La indemnización por despido improcedente ante la Carta Social Europea revisada: control de convencionalidad y posible reforma legislativa”, *Trabajo y Derecho*, N.º 98, 2023, p. 5, versión digital.

<sup>256</sup> Sentencias del Juzgado de lo Social de Barcelona número 26 de 28 de julio 2020 (rec. 848/2019) y de 31 de julio 2020 (núm. 174/2020 y núm. 170/2020).

<sup>257</sup> BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Valor social del trabajo y el despido injustificado “agravado”: la indemnización complementaria a la legal tasada como instrumento de “disuasión marginal”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, N.º 1, 2022, pp. 44 y ss.

muchas las sentencias que se están dictando por las salas de los tribunales superiores de justicia, incluyendo otros parámetros para el cálculo de la indemnización adecuada<sup>258</sup>, o bien directamente negando la indemnización sobre la base de la no aplicabilidad del Convenio 158 de la OIT<sup>259</sup> o de la Carta Social Europea revisada<sup>260</sup>. Queda, por tanto, esperar a la unificación de doctrina que haga el Tribunal Supremo<sup>261</sup>, con el riesgo de que siga la línea restrictiva del control de convencionalidad expresada en sus sentencias 268/2022, de 28 de marzo y 270/2022, de 29 de marzo.

No obstante, cabe recordar que una vez que la Carta Social Europea revisada ha sido ratificada esta es de aplicación directa en el ordenamiento jurídico español<sup>262</sup>. Además, mucho se ha discutido sobre el valor vinculante de las decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales, pero es una cuestión que, al margen de que ya haya quedado respondida con la decisión sobre el fondo de 5 de julio 2022 (núm. 175/2019), *Syndicat CFDT de la métallurgie de la Meuse v. France*, ha sido aclarada por el informe de la Secretaría de Estado de Justicia de 17 de diciembre de 2020, elaborado por la Directora General de Cooperación Jurídica Internacional y Derechos Humanos, cuando expresa que: “(...) el Tratado es *jurídicamente vinculante* y las decisiones del Comité de Expertos *son de obligado cumplimiento*”.

Por último, no debe de olvidarse tampoco que están pendientes de resolución dos reclamaciones colectivas presentadas por UGT (n.º 207/2022) y por CCOO (n.º 218/2022) contra el Estado español donde precisamente se denuncia la infracción del art. 24 CSEr (entre otras cuestiones y con susceptibles diferencias). Por ello, a la vista de las decisiones del CEDS ya estudiadas para Finlandia, Italia y Francia no resultaría improbable que se declare que España incumple la Carta en materia de protección frente

---

<sup>258</sup> Destaca la STSJ de Cataluña de 30 de enero de 2023 (rec. 6219/2022), en la que se reconoce la indemnización complementaria a la legal tasada sobre la base del lucro cesante derivado de la no percepción de la prestación por desempleo que le hubiera correspondido al trabajador de haber sido incluido en el ERTE que la empresa planteó a los pocos días del despido.

<sup>259</sup> STSJ Andalucía\Granada 9 de junio 2022 (rec. 3127/2021) y STSJ CLM 1 de diciembre 2021 (rec. 1807/2020).

<sup>260</sup> STSJ Asturias 21 de diciembre 2021 (rec. 2295/2021); SSTSJ Galicia 23 marzo 2021 (rec. 360/2021) y de 12 enero 2021 (rec. 1507/2017 y rec. 1563/2017).

<sup>261</sup> Este es uno de los escenarios que contempla VILA TIerno, F.: “A vueltas con la indemnización adicional en caso de despido...”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, N.º 6, 2023, p. 12.

<sup>262</sup> PRECIADO DOMÈNECH, C.H.: *El despido en la Carta Social Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, op. cit., p. 12 y ss.

al despido injustificado por no ofrecer una indemnización adecuada u otra reparación adecuada.

A la vista de los futuros acontecimientos, una posible reforma legal debería de ir, no tanto por el incremento de la indemnización por despido improcedente (ya que se seguiría hablando de una indemnización tasada), sino más bien por instaurar la decisión entre readmisión o indemnización en la figura del trabajador, así como por establecer una serie de parámetros que permitan al juez fijar la indemnización en función del daño causado. No obstante, para evitar las críticas en torno a la posible inseguridad jurídica que podría generar este sistema indemnizatorio abierto o las posibles discriminaciones que se pudieran producir, podría estimarse oportuno recuperar la nulidad del despido en casos de despido fraudulento o por ausencia de causa.

#### *4.2. El principio de interpretación conforme en el Derecho Social Comunitario*

Tal y como se observará a lo largo del presente trabajo, la labor jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de despidos colectivos ha resultado fundamental. En muchos casos incluso afectando a elementos esenciales en la regulación de nuestro ordenamiento jurídico, lo cual hace ver la deficiente técnica de transposición que se ha seguido. Desajustes entre el art. 51 ET y Directiva 98/59/CE han llevado al planteamiento de diversas cuestiones prejudiciales y, por tanto, desavenencias entre el ordenamiento interno y el comunitario<sup>263</sup>.

En primer lugar, es muy importante destacar que la reconstrucción judicial que está viviendo el despido colectivo, y concretamente, nuestro art. 51 ET, parten del llamado sistema de control multinivel de los derechos laborales en el ámbito de la Unión Europea<sup>264</sup>, marcado por una superposición de órdenes normativos (comunitario y los diversos nacionales), la articulación de la defensa de los derechos de los ciudadanos y las reglas para superar el conflicto entre ambos planos.

---

<sup>263</sup> DESDENTADO BONETE, A.: “Problemas de aplicación del derecho social europeo. Del caso Telefónica al caso Zardoya Otis”, *Revista de Jurisprudencia*, 2017.

<sup>264</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “La Carta Comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores”, *Revista española de derecho del trabajo*, N.º 56, 1992, *passim*; MONEREO PÉREZ, J.L.: “Los principios del sistema jurídico internacional multinivel de garantía de los derechos fundamentales”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, N.º 45, 2017, *passim*; y MONEREO PÉREZ, J.L. Y MONEREO ATIENZA, C.: *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Comares, 2017, *passim*.

En efecto, la entrada de España en la Unión Europea se produjo con la Ley Orgánica 10/1985, de 2 de agosto, de Autorización para la Adhesión de España a las Comunidades Europeas, tal como exige el art. 93 CE (“mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión”).

De este modo, el ordenamiento comunitario se inserta en el ordenamiento jurídico nacional en una posición infraconstitucional (sobre esto se ha discutido) pero suprallegal, sobre todo de aquella normativa que tiene eficacia directa, como son los tratados originarios y los reglamentos. Mayores problemas plantean las normas comunitarias de Derecho derivado, entre las que destaca la Directiva y, entre ellas, la Directiva 98/59/CE de despidos colectivos, ya que ha sido aquí donde mayores controversias se ha suscitado respecto a la relación Derecho de la Unión-Derecho nacional y la garantía del cumplimiento del primero frente al segundo, teniendo en cuenta que las directivas no tienen reconocida eficacia directa horizontal (entre particulares)<sup>265</sup>.

Así, nuestro artículo 4.bis LOPJ supone una cristalización de los principios comunitarios a favor de la aplicación del Derecho de la Unión, conformados por el principio de primacía del derecho comunitario europeo e interpretación conforme (apartado primero art. 4 bis.1: “los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”) y la atribución a los órganos judiciales de interpretar, aplicar y velar por la adecuada acomodación del derecho europeo a los derechos de los Estados miembros a través de la técnica de la cuestión prejudicial (apartado segundo: “cuando los Tribunales decidan plantear una cuestión prejudicial europea lo harán de conformidad con la

---

<sup>265</sup> MILLÁN MORO, L.: “Tribunal de Justicia de la Unión Europea -- TJUE - Sentencia del Tribunal de Justicia de 15.1.2014 (Gran Sala) - Association de médiation sociale, asunto C-176/12, "Política social - Directiva 2002/14/CE - Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea - Artículo 27 - Sujeción de la constitución de órganos representativos del personal a ciertos umbrales de trabajadores empleados - Cálculo del número de trabajadores empleados - Normativa nacional contraria al derecho de la Unión - Función del juez nacional". Eficacia directa versus primacía”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, N.º 49, 2014, pp. 1029 y ss.

jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, en todo caso, mediante auto, previa audiencia de las partes”).

Respecto al primero de ellos, el principio de primacía se podría resumir en dos corolarios<sup>266</sup>: el principio de vinculabilidad del efecto útil de la norma europea y el de interpretación conforme, principios que ha sido remarcados en abundantes sentencias del Tribunal de Luxemburgo<sup>267</sup>, y acogidos en nuestra jurisprudencia interna, cuya vulneración incluso podría afectar a la tutela judicial efectiva (STC 232/2015, de 5 de noviembre).

Como resume la STJUE de 6 de noviembre de 2018, *Max-Planck*, C-684/16: “el principio de interpretación conforme exige que los órganos jurisdiccionales nacionales, tomando en consideración la totalidad de su Derecho interno y aplicando los métodos de interpretación reconocidos por este, hagan todo lo que sea de su competencia a fin de garantizar la plena efectividad de la Directiva de que se trate y alcanzar una solución conforme con el objetivo perseguido por esta (sentencia de 24 de enero de 2012, Domínguez, C 282/10, EU:C:2012:33, apartado 27 y jurisprudencia citada). Como también ha declarado el Tribunal de Justicia, la exigencia de interpretación conforme incluye la obligación de los órganos jurisdiccionales nacionales de modificar, en caso necesario, su jurisprudencia reiterada si esta se basa en una interpretación del Derecho nacional incompatible con los objetivos de una directiva. Por lo tanto, el tribunal nacional no puede considerar válidamente que se encuentra imposibilitado para interpretar la norma nacional de que se trata de conformidad con el Derecho de la Unión por el mero hecho de que, de forma reiterada, haya interpretado esa norma en un sentido que no es compatible con ese Derecho (sentencia de 17 de abril de 2018, *Egenberger*, C 414/16, EU:C:2018:257, apartados 72 y 73 y jurisprudencia citada)”.

En cuanto a los límites de la interpretación conforme, el TJUE recuerda que los jueces en su obligación de interpretar y aplicar las normas nacionales según la Directiva no pueden incurrir en una vulneración de los principios generales del Derecho, así como no pueden realizar una interpretación *contra legem* del Derecho nacional (SSTJUE de 15 de abril de 2008, *Impact*, C 268/06; y de 24 de enero de 2012, *Domínguez*, C-282/10). De

---

<sup>266</sup> GONZÁLEZ DE PATTO, R.Mª.: “El TJUE y el proceso de revisión del régimen jurídico de despido colectivo: ¿“héroe” o “villano”?”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, N.º 5, 2019, p. 2/12.

<sup>267</sup> Entre otras, SSTJUE de 10 de abril de 1984, *Von Colson y Kamann*, C-14/83, y de 13 de noviembre de 1990, *Manleasing*, C-106/89).

este modo, cuando no sea posible el principio de interpretación conforme ni se pueda aplicar directamente la CDFUE en los casos en los que el contenido del derecho quede suficientemente precisado y no se remita a su desarrollo por las normas nacionales o de la Unión (la STJUE de 15 de enero de 2014, *Association de médiation sociale*, asunto C-176/12, ya ha terminado que el art. 27 no cumple tales requisitos), la última posibilidad que le queda a la persona afectada es solicitar la responsabilidad al Estado por defectos en la transposición de la norma comunitaria con base en la doctrina *Francovich* (STJUE de 19 de noviembre de 1991, *Francovich y Bonifaci*, C-6/90 y C-9/90)<sup>268</sup>.

Por otro lado, atendiendo a la aplicación uniforme del Derecho de la Unión a través de la técnica de la cuestión prejudicial, los tribunales ordinarios viven una suerte de “empoderamiento fuerte”<sup>269</sup> a la hora de garantizar una interpretación jurisprudencial acorde con los postulados comunitarios. De este modo, acudiendo a la técnica de reenvío prejudicial, la llamada jurisprudencia menor se ha rebelado en algunas ocasiones frente a la jurisprudencia mayor, principalmente el TS, en aquellos supuestos en los que no se compartía el *status quo*, y en beneficio de la parte contratante más débil<sup>270</sup>.

Sin embargo, a pesar de esta loable práctica, que ha dado lugar en muchas ocasiones a la acomodación de nuestro derecho interno con una interpretación en interés del efecto útil de la Directiva y la protección de los trabajadores, no es menos cierto que en otras numerosas ocasiones a través de la cuestión prejudicial se han dado respuestas por parte del TJUE que no eran del todo garantistas, pues no se debe de olvidar la doble finalidad o función de la Directiva comunitaria. Así, en otras ocasiones, el hecho de tener que acudir a la interpretación conforme ha provocado que los órganos judiciales tengan que recurrir a técnicas de interpretación de muy difícil asimilación, incluso incurriendo en posible interpretación *contra legem*. En definitiva, creando un ambiente de inseguridad jurídica en una institución tan transcendental para los derechos de los trabajadores como es el despido colectivo.

---

<sup>268</sup> MILLÁN MORO, L.: “Tribunal de Justicia de la Unión Europea -- TJUE - Sentencia del Tribunal de Justicia de 15.1.2014 (Gran Sala) - *Association de médiation sociale*, asunto C-176/12, "Política social - Directiva 2002/14/CE - Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea - Artículo 27 - Sujeción de la constitución de órganos representativos del personal a ciertos umbrales de trabajadores empleados - Cálculo del número de trabajadores empleados - Normativa nacional contraria al derecho de la Unión - Función del juez nacional". Eficacia directa versus primacía”, op. cit., pp. 1029 y ss.

<sup>269</sup> GONZÁLEZ DE PATTO, R.Mª.: “El TJUE y ...”, op. cit, p. 3/12.

<sup>270</sup> MOLINA NAVARRETE, C.: “La cuestión prejudicial y ¿El fin de los tribunales de “última palabra”? : Experiencias de tutela del contratante débil”, *La Ley*, N.º 9008, 2017, pp. 2-4.



### **CAPÍTULO III. CONFIGURACIÓN JURÍDICA DEL DESPIDO COLECTIVO EN EL DERECHO ESPAÑOL: SENTIDO Y ALCANCE**

#### **1. DESARROLLO HISTÓRICO-NORMATIVO DE LA REGULACIÓN DEL DESPIDO COLECTIVO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL**

Sin ánimo de ofrecer un estudio exhaustivo, del que ya se han ocupado otros autores<sup>271</sup>, es necesario analizar la evolución histórico-jurídica de la institución del despido, en concreto del “despido por causas empresariales”<sup>272</sup> (económicas, técnicas, organizativas o productivas) y, dentro de este, del despido colectivo. En efecto, el estudio del devenir histórico de la regulación del despido y de las principales decisiones judiciales, en particular del despido colectivo, va a permitir una mejor aproximación a la ordenación normativa actual de esta figura extintiva e incluso va a permitir elaborar unas conclusiones críticas y propositivas más fundamentadas.

El punto de partida se puede situar en la Ley de Contrato de Trabajo de 1931<sup>273</sup> (publicada en la Gaceta de Madrid el 22 de noviembre de 1931) al ser una de las primeras regulaciones que recogieron algún tipo de causa para proceder al despido. En este sentido, la Ley de Contrato de Trabajo de 1931, si bien no se refería expresamente a las causas económicas, y menos a las técnicas, recogió en su artículo 89 las causas por las que se podía proceder a terminar un contrato de trabajo, ya fuera por ser las válidamente consignadas en dicho contrato, mutuo acuerdo o bien por muerte o incapacidad del patrono o extinción de la personalidad del contratante, así como por muerte del trabajador. Otra de las causas recogidas en el art. 89 fue la *“fuerza mayor que imposibilite el trabajo por una de las siguientes causas: incendio, inundación, terremoto, explosión, plagas del campo, guerra, tumultos o sediciones, y, en general, cualquier otro acontecimiento extraordinario que los contratantes no hayan podido prever o que, previsto, no se haya*

---

<sup>271</sup> Destaca la Tesis doctoral realizada por GARCÍA-NEBLE NEBLE, A.: La forma de los despidos por crisis: desde la Ley de Jurados Mixtos de 1931 hasta la Ley del Estatuto de los Trabajadores de 1980, leída el 9 de febrero de 2016 en la Universidad de Huelva, bajo la dirección de la Profesora María Fernanda Fernández López.

<sup>272</sup> DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “El despido por causas empresariales”, en VV.AA.: Reestructuraciones empresariales. XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2021, pp. 179-182.

<sup>273</sup> Para MONEREO PÉREZ, J.L.: “Francisco Largo Caballero (1869-1946): Ministro de trabajo y previsión en la IIª República Española”, Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum, N.º 28, 2021, p. 299, la Ley de contrato de trabajo de 1931 constituye una de las leyes más importantes del primer bienio republicano de 1931-1933: “fue una ley ejemplar tanto desde el punto de vista técnico como desde su talante reformista y democrático social. No es de extrañar porque estaba inspirada en los Proyectos del IRS, al que se incorporaría nuevos elementos nacidos de experiencias legislativas en la República de Weimar y en la República Austriaca”.

*podido evitar*”; una causa que para algunos autores sí que pudo ya prever o cobijar a despidos por crisis económica (en concreto, “crisis laboral” en la terminología de por entonces) imprevisibles o, en su defecto, inevitables, bajo la fórmula de “cualquier otro acontecimiento extraordinario”<sup>274</sup>. El mismo artículo también reconoció que el “patrono” pudiera extinguir unilateralmente el contrato de trabajo por incumplimientos del trabajador (denominándolo como “despido justificado del trabajador por el patrono”)<sup>275</sup>. Por último, la Ley de Contrato de Trabajo de 1931 facultó al trabajador para extinguir el contrato, aunque en una suerte de “dimisión provocada”<sup>276</sup>.

No obstante, tuvo que ser la Ley de Jurados Mixtos de 1931 (publicada en la Gaceta de Madrid el 28 de noviembre de 1931) la que regulara específicamente unas incipientes causas empresariales para despedir y, asimismo, las consecuencias jurídicas del despido, sobre todo en supuestos de despidos injustos, ya que la Ley de Contrato de Trabajo del ‘31 guardaba silencio al respecto<sup>277</sup>. Así, por un lado, la crisis económica de 1929 obligó a que se recogiera en una ley tal causa como justificativa para despedir<sup>278</sup>. En este caso,

---

<sup>274</sup> GARCÍA MURCIA, J.: “Las causas de despido colectivo: causas técnicas, organizativas y de producción”, en GODINO REYES, M. (dir.): *Tratado de despido colectivo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 95. También coincide FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A.: “Evolución histórica de la exigencia de autorización administrativa en los despidos colectivos”, *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, N.º 33, 1994, p. 66. En contra, ROMERO SÁNCHEZ, I.: *El despido colectivo. Evolución normativa y régimen jurídico*, Granada, Ed. Comares, 2017, con cita en GONZALEZ-POSADA MARTINEZ, E.: “La configuración del despido colectivo en el Estatuto de los Trabajadores”, *Actualidad Laboral*, N.º 2, 1995, p. 360 que sitúa el origen de la crisis laboral en la Ley de Jurados Mixtos Profesionales de 1931 y no en la Ley de Contrato de Trabajo.

<sup>275</sup> “Se estimarán causas justas de despido las siguientes: las faltas repetidas e injustificadas de puntualidad o de asistencia al trabajo; la indisciplina o desobediencia a los Reglamentos de trabajo, cuando los hubiere y estuvieren dictados con arreglo a las Leyes; los malos tratamientos o la falta grave de respeto y consideración al patrono, a los miembros de su familia que vivan con él, a su representante o a los compañeros de trabajo; la ineptitud del trabajador respecto a la ocupación o trabajo para que fué contratado; el fraude o abuso de confianza en las gestiones confiadas; la disminución voluntaria y continuada del rendimiento normal de trabajo, y el hacer alguna negociación «de comercio o de industria por cuenta propia sin conocimiento expreso y licencia del patrono”.

<sup>276</sup> “Falta grave al respeto y consideración debidas o malos tratamientos por parte del patrono, de sus representantes, de sus obreros o de sus dependientes; falta de pago o de puntualidad en el abono de la remuneración convenida; exigirle el patrono trabajo distinto del pactado, salvo en los casos de urgencia prescritos en esta ley ; modificación del Reglamento establecido para el trabajo, al celebrarse el contrato, o incumplimiento del mismo”.

<sup>277</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, M.N.: “Forma y procedimiento del despido disciplinario. El despido nulo”, en AA.VV.: *Comentarios a las Leyes laborales. La Reforma del Estatuto de los Trabajadores*, BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.), Tomo II, Madrid, Edersa, 1994, p. 201.

<sup>278</sup> La Ley de Contrato de Trabajo de 1931 no se refería a la crisis como causa extintiva, ya que dicha ley provenía de un texto anterior, elaborado por el jurista alemán Heinz Potthoff, del año 1923, en el que la situación de crisis económica era impensable. GARCÍA-NEBLE NEBLE, A.: *La forma de los despidos por crisis: desde la Ley de Jurados Mixtos de 1931 hasta la Ley del Estatuto de los Trabajadores de 1980*, op. cit., pp. 6 y 7.

el artículo 46 de la Ley de Jurados Mixtos de 1931 distinguió entre el despido de un obrero justificado “*por causas imputables al mismo*<sup>279</sup> o *por motivos independientes de su voluntad*”, y dentro de los motivos ajenos a la voluntad del trabajador se recogieron los de “*crisis de trabajo, cesación de la industria o profesión, naturaleza eventual o limitada del trabajo de que se trate, etc*”. Por otro lado, la misma ley recogió que si se producía la extinción por motivos ajenos a la voluntad del trabajador y esta extinción era valorada por el Jurado Mixto<sup>280</sup> como justificada, el obrero podía exigir los “*salarios correspondientes al plazo de preaviso normal establecido por la costumbre o por las bases de Trabajo adoptadas por el Jurado respectivo*” (art. 46). En cambio, si la extinción era calificada como injustificada, se otorgaba la facultad al patrono para que optara entre la readmisión o una indemnización fijada por el Jurado, que podía variar entre el importe de quince días o 6 meses de jornal (art. 53)<sup>281</sup>.

Ante la acusada crisis económica que se vivía en aquellos años y el gran aumento del desempleo unos años más tarde se publicó el 26 de junio de 1935 en la Gaceta de Madrid la Ley de la previsión contra el paro de 25 de junio de 1935. Una ley que recogía precisamente una serie de medidas para luchar contra el paro y que se pueden agrupar según su ámbito de incidencia en: i) económicas, desarrollando el funcionamiento de la Caja Nacional contra el Paro Forzoso<sup>282</sup>; ii) orgánicas, con la creación de la Junta Nacional contra el Paro con el fin de “impulsar y orientar la política nacional contra el paro” (art. 3); y iii) procedimentales, a través de la conformación de los primigenios procedimientos de regulación de empleo (art. 12)<sup>283</sup>. En concreto, este último artículo supuso la primera forma de intervención administrativa en las extinciones del contrato

---

<sup>279</sup> Si el despido se debía a causas imputables al trabajador, la Ley establecía que no se tenía derecho a indemnización alguna.

<sup>280</sup> Los Jurados Mixtos eran “instituciones de derecho público encargadas de regular la vida de la profesión o profesiones y de ejercer funciones de conciliación y arbitraje” en determinados sectores productivos (art. 2). En concreto, los Jurados Mixtos, bajo la dependencia y supervisión del Ministerio de Trabajo, tenían unas amplias competencias: determinar las condiciones generales de trabajo, de salarios, plazos mínimos de duración de los contratos, formas y condiciones de despidos, al igual que también podrían inspeccionar el cumplimiento de las leyes sociales y realizar funciones arbitrales. Vid., CUESTA, J.: “El Ministerio de Trabajo en la II República Española (1931-1939)”, *Sociología del Trabajo*, N.º 99, 2021, p. 191.

<sup>281</sup> El art. 52 de la Ley de Jurados Mixtos del '31 también exigía que se abonara al trabajador los jornales correspondientes a los días que hubieran mediado entre el despido y la fecha en que, dentro de los plazos normales que señalaba la Ley, debiera de haber sido resuelta la reclamación, sin que en ningún caso pudiera exceder de 24 (art. 52).

<sup>282</sup> Servicio creado mediante el Decreto de 25 de mayo de 1931 de Previsión social contra el paro forzoso.

<sup>283</sup> Esta clasificación corresponde a ROMERO SÁNCHEZ, I.: *El despido colectivo. Evolución normativa y régimen jurídico*, Granada, Ed. Comares, 2017.

por causas económicas<sup>284</sup> (“en aquellas industrias en que se justifique la necesidad del despido parcial de obreros por falta de trabajo, y también en las obras que estén incluidas en esta ley de Paro, se autoriza al Ministro del ramo para, oído el parecer del Jurado mixto que corresponda, establecer turnos de trabajo o reducir el número de días semanales de labor, quedando facultadas las Empresas para elegir entre ambas medidas”).

Ese mismo año de 1935 se publicaba el Decreto de 29 de noviembre sobre despido parcial de obreros por falta de trabajo, que desarrollaba reglamentariamente el procedimiento que ya había establecido el art. 12 de la Ley de previsión contra el paro ante su reiterado incumplimiento<sup>285</sup>. Según tenor literal: “Cuando una empresa se vea precisada a despedir obreros por falta de trabajo lo pondrá en conocimiento del Jurado Mixto competente, justificando plenamente las causas que motiven su decisión. Recibida que sea por el Jurado Mixto dicha comunicación, éste podrá practicar las diligencias que estime oportunas, con objeto de investigar la posibilidad de evitar los despidos mediante el establecimiento de turnos de trabajo o reducción de días semanales de labor, emitiendo el informe correspondiente. En el caso que de este informe se derive la imposibilidad de tales medidas, la empresa podrá proceder al despido proyectado. Si en el informe del Jurado Mixto se declarase la posibilidad de establecer turnos de trabajo o la reducción de días de labor se dará vista de la misma al interesado y será elevada inmediatamente por dicho organismo al Ministerio de Trabajo para que éste decida en el plazo máximo de quince días, sobre la autorización que le otorga el artículo 12 de la ley de 25 de junio de 1935. Si transcurrido dicho plazo el Ministerio no hubiese resuelto sobre el particular, la empresa podrá realizar los despidos, sin perjuicio de los derechos que otorgan las disposiciones vigentes a los obreros despedidos”.

Ya en tiempos de la dictadura franquista, nos referiremos a la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 (aprobada por Decreto de 26 de enero de 1944), por la que, si bien se imposibilitó el recurso el despido por crisis empresarial por la vía de la fuerza mayor,

---

<sup>284</sup> FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A.: “Evolución histórica de la exigencia de autorización administrativa en los despidos colectivos”, op. cit., p. 67.

<sup>285</sup> Según la Exposición de motivos del propio Decreto: “las empresas y patronos a los que podía afectar el precepto del Art 12 habían venido despidiendo a los obreros que trabajaban en las industrias sin notificarlo al Ministerio de Trabajo, con lo que ha sido imposible el ejercicio de la prerrogativa empresarial”. ROMERO SÁNCHEZ, I.: El despido colectivo. Evolución normativa y régimen jurídico, Granada, Ed. Comares, 2017.

pues se limitó la cláusula abierta de la LCT de 1931 a situaciones “semejantes”<sup>286</sup>, la regulación del año 1944 introdujo una nueva causa para la extinción del contrato en su artículo 76. En concreto, se estableció que se podía despedir por “*cesación de la industria, comercio, profesión o servicio fundada en crisis laboral*<sup>287</sup> o económica, siempre que dicha cesación haya sido debidamente autorizada, conforme a las disposiciones legales en vigor”. De este modo, tanto se recogió expresamente la causa o crisis económica como se cristalizó un precedente a nuestro despido colectivo actual por cierre de empresa.

Con los últimos planes de desarrollo económico de la etapa franquista y los procesos de reestructuración empresarial se promulgó el Decreto 3090/1972, de 2 de noviembre, sobre política de empleo, completado por Orden de 18 de diciembre de 1972. En esta regulación se dio un paso más, no solo porque se precisara el procedimiento de extinción o suspensión del contrato, claro antecedente del expediente de regulación de empleo, sino porque se establecieron las causas como tecnológicas y económicas por primera vez (art. 7). Es más, se reconocieron concretamente las reestructuraciones de grupos o sectores de actividades productivas por “razones técnicas o económicas” (art. 23).

Tiempo después la configuración del despido y sus causas se irían conformando con algo más de precisión en la etapa de la Transición a la democracia. Por un lado, la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, recogió las razones “técnicas, organizativas o productivas” para justificar el traslado o desplazamiento temporal (art. 22), así como para las modificaciones sustanciales en el horario de trabajo (art. 24). Por otro lado, no fue hasta el Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, de Relaciones de Trabajo, cuando se introdujo formalmente por primera vez, tanto la referencia al término “despido objetivo”; como la alusión a su vertiente individual más allá de la visión colectiva que regía en la normativa anterior, buena prueba de ello fue la previsión del artículo 39.uno.c): “la necesidad de amortizar individualmente un puesto de trabajo cuando no proceda utilizar al trabajador afectado en otras tareas”. Si bien es cierto que en este capítulo III del título V dedicado al “*despido por circunstancias objetivas derivadas de la capacidad del trabajador o necesidades de funcionamiento de la empresa*” no aparecía una

---

<sup>286</sup> GARCÍA MURCIA, J.: “Las causas de despido colectivo: causas técnicas, organizativas y de producción”, op. cit., p. 96.

<sup>287</sup> Algunos autores sitúan el germen de la “causa técnica” en el término “crisis laboral”, ALTÉS TÁRREGA, J.A., BLASCO PELLICER, Á. y NORES TORRES, L.E.: *El despido objetivo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 155.

delimitación de las causas empresariales, pues solo se aludía a las modificaciones tecnológicas, pero respecto a su falta de adaptación (art. 39.uno.b)), sí fue en el título VI de “reestructuraciones de plantillas” donde se recogieron, de nuevo, las causas económicas y tecnológicas (art. 45).

La Ley 8/1980, de 10 de marzo, que regularía el primigenio Estatuto de los Trabajadores de 1980, introdujo de nuevo la extinción del contrato de trabajo “por cesación de la Industria, comercio o servicio de forma definitiva, fundada en causas tecnológicas o económicas, siempre que aquélla haya sido debidamente autorizada conforme a lo dispuesto en esta Ley” (art. 49.nueve), siguiendo la LCT de 1944; así como dedicó un artículo completo, el 51, para regular la “extinción por causas tecnológicas económicas y fuerza mayor”, sin una definición de las mismas; y de igual modo mantuvo el despido objetivo del artículo 39 del Real Decreto-ley 17/1977, con añadiduras, situándolo ahora en el art. 52, destacando, en lo que al presente trabajo respecta, el mantenimiento del despido por falta de adaptación a las modificaciones técnicas, así como la extinción del contrato “por la necesidad objetivamente acreditada de amortizar un puesto de trabajo individualizado”, aunque solo para empresas de menos de cincuenta trabajadores.

Sin embargo, respecto a las causas, si bien cuajaron las “razones técnicas, organizativas o productivas” tanto para la movilidad geográfica (art. 40) como para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo (art. 41), eso sí, sin definición por parte del legislador; para las causas del despido o la extinción del contrato de trabajo, la terminología no era clara, pues en el art. 49.nueve se utilizaba la expresión “causas tecnológicas o económicas”, y en el art. 51, que todavía no se concebía como despido colectivo, utilizaba la fórmula “causas económicas” o “motivos tecnológicos”.

Mayor precisión para las causas empresariales llegaría con la Ley 11/1994, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de los Trabajadores. Se recogieron las fórmulas “razones técnicas u organizativas” para la movilidad funcional (art. 39.2 ET) y “razones económicas, técnicas, organizativas o de producción” para traslados, desplazamientos y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo (arts. 40 y 41 ET). Empero, en este sentido, el mayor avance se produjo, no solo por ya introducir formalmente la figura del despido colectivo en el art. 51 (como consecuencia de la transposición de la Directiva 75/129/CEE de 17 de febrero), y distinguirla en un plano numérico del despido objetivo, fundado en las mismas causas, sino que introduciría por primera vez la fórmula actual de

“causas económicas, técnicas, organizativas o de producción” (causas utilizadas de igual modo para la suspensión del art. 47).

De este modo, el artículo 52.c) ET quedaba redactado de la siguiente forma: “(el contrato podrá extinguirse) cuando exista la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo por alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 de esta Ley y en número inferior al establecido en el mismo”. Pero más allá de esta diferenciación, en base a un criterio numérico (y temporal), en el art. 51.1, a través de la técnica de remisión, se definieron las causas empresariales del despido objetivo con base en elementos teleológicos. Si se trataba de causas económicas, estas concurrirían si contribuyeran a superar una situación económica negativa de la empresa; o si fueran técnicas, organizativas o de producción, estas concurrirían si garantizaran la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos.

Llegados a este punto, procederá hacer una serie de precisiones. En primer lugar, tal y como hemos indicado, a través de la técnica de remisión se configuró una identidad causal entre el despido objetivo y colectivo, lo cual hizo ya calificar al despido por causas empresariales como institución única<sup>288</sup>. En segundo lugar, se eliminó la referencia al puesto de trabajo individualizado del art. 52.c) ET, supresión lógica, pues con la diferenciación de ambas figuras con base en un criterio numérico (y temporal), por la vía del despido objetivo, causa c), se podían llevar a cabo tanto extinciones individualizadas, en el sentido de la norma predecesora, así como despidos materialmente colectivos pero que estuvieran por debajo del umbral del art. 51.1 ET<sup>289</sup>.

De este modo, jurisprudencialmente al despido objetivo se le exigía un requisito añadido: determinar el puesto de trabajo a amortizar<sup>290</sup>. No era suficiente, por tanto, acreditar la causa, sino que, además, había que acreditar que los puestos de trabajo de los despedidos y en concreto, sus tareas y responsabilidades específicas, desaparecían del

---

<sup>288</sup> CASAS BAAMONDE, M.E.: “Causalidad del despido colectivo, autorización administrativa y negociación colectiva”, Relaciones Laborales, N.º 19, 1996, p. 1.

<sup>289</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: El despido colectivo en el Derecho Español: Estudio de su Régimen Jurídico, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 1997, pp. 53 y 54.

<sup>290</sup> Sin embargo, ello no tendría por qué haber significado un criterio diferenciador, pues el empresario a la hora de proceder a un despido colectivo debía de introducir los criterios de selección de trabajadores en su solicitud de autorización administrativa ante la autoridad laboral, suponiendo del mismo modo una determinación individualizada de los puestos a amortizar, *Ibíd.*, p. 56.

organigrama de la empresa. Aunque también es cierto que los tribunales admitieron que estas funciones pudieran ser desarrolladas o repartidas entre el resto de los trabajadores de la empresa<sup>291</sup>, incluso llevadas a cabo por el propio empresario<sup>292</sup> o a través de externalizaciones<sup>293</sup>; eso sí, sin que se procediera a la contratación de un nuevo trabajador, pues ello supondría una “amortización del trabajador”, y no del puesto<sup>294</sup>. En este caso, la “necesidad objetivamente acreditada” no podía significar la “mera conveniencia del empresario”, por lo que la medida, la amortización del puesto, debía de ser razonable y proporcionada a la consecución del fin (superar la situación económica negativa o garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo a través de una mejor organización de los recursos, dependiendo de la causa alegada)<sup>295</sup>.

La siguiente modificación del art. 52.c) ET vendría de la mano de la Ley 63/1997, de 26 de diciembre, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida, fruto del Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad del Empleo suscrito por los interlocutores sociales. En este orden de cosas, la nueva redacción rompió con la identidad causal anterior entre despido colectivo y objetivo, configurándose las causas empresariales en el art. 52.c) del siguiente modo:

“Cuando exista la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo por alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 de esta Ley y en número inferior al establecido en el mismo. A tal efecto, el empresario acreditará la decisión extintiva en causas económicas, con el fin de contribuir a la superación de situaciones económicas negativas, o en causas técnicas, organizativas o de producción, para superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa, ya sea por su posición competitiva en el mercado o por exigencias de la demanda, a través de una mejor organización de los recursos”.

Esto se tradujo en una diferenciación entre ambas figuras extintivas, pues si bien pertenecían a una similar política del Derecho (la de facilitar los despidos por razón de

---

<sup>291</sup> SSTSJ Castilla y León 29 de noviembre de 1994 y Extremadura 13 de junio de 1995.

<sup>292</sup> Vid., entre otras, SSTS de 4 de octubre de 2000 y de 3 de octubre de 2000.

<sup>293</sup> STS de 21 de marzo de 1997; STS de 30 de septiembre de 1998; STS de 3 de octubre de 2000; la STS de 4 de octubre de 2000; STS de 10 de mayo de 2006.

<sup>294</sup> STSJ Castilla-La Mancha 27 de junio de 1995.

<sup>295</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: El despido colectivo en el Derecho Español: Estudio de su Régimen Jurídico, op. cit., pp. 57 a 59.



las necesidades de funcionamiento de la empresa), se introdujeron una serie de modificaciones, sobre todo en las denominadas causas “reorganizativas”, que flexibilizaron o suavizaron el recurso al despido objetivo. Ya no era necesario que con la medida se garantizara la viabilidad futura de la empresa, sino meramente la superación de unas dificultades que impidieran el buen funcionamiento. Además, en relación con dos criterios de orden metajurídico: la posición competitiva de la empresa en el mercado o las exigencias de la demanda (lo cual tenía más conexión con la causa productiva)<sup>296</sup>.

Esta separación, en función de niveles de exigencia o gravedad de la situación empresarial<sup>297</sup>, quedaría intacta hasta la aparición de la crisis económica en 2008, y concretamente, a través del Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, convalidado por la Ley 35/2010 de 17 de septiembre. De este modo, se volvió a la técnica de remisión al art. 51 ET en cuanto a la identidad causal, se definieron las causas empresariales, se reconfiguró el elemento teleológico y se suprimió la referencia a la amortización del puesto de trabajo<sup>298</sup>.

En lo que aquí nos concierne, se definieron las causas utilizando las interpretaciones jurisprudenciales que se habían dado al respecto<sup>299</sup>, así como se ampliaron los supuestos para el caso de la causa económica, recurriendo a elementos objetivos. De este modo, las causas económicas se precisaron del siguiente modo: “cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos, que puedan afectar a su viabilidad o a su capacidad de mantener el volumen de empleo”; para las causas técnicas su definición fue la de “cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción”; para las organizativas “cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del

---

<sup>296</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: El despido colectivo en el Derecho Español: Estudio de su Régimen Jurídico, op. cit., pp. 61 a 65.

<sup>297</sup> De virtualidad muy limitada pues el control externo de las causas que se ejercía para el despido objetivo o colectivo era muy similar, BLASCO PELLICER, A.: Los expedientes de regulación de empleo, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 49 y siguientes.

<sup>298</sup> La trascendencia de la eliminación de la referencia a la amortización del puesto de trabajo fue muy limitada, pues “es claro que el despido económico presupone la efectiva reducción de puestos de trabajo”, GOERLICH PESET, J.M.: “La reforma de la extinción del contrato de trabajo”, *Temas laborales*, N.º 107, 2010, p. 280.

<sup>299</sup> Destaca la definición causal elaborada por la STS de 14 de junio de 1996.

personal”; y productivas “cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado”.

Respecto a la nueva regulación de las finalidades de la decisión extintiva, se igualaron las mismas, a excepción de la faceta preventiva para el despido introducida *ex novo*, a las de la movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo (arts. 40 y 41 ET). Esta igualación supuso una mayor flexibilización del despido y ampliación de las facultades decisorias del empresario, pues desapareció la gradación de las causas empresariales, elaboradas por la jurisprudencia (vid. STS 17/05/2005), para acudir a la extinción o modificación contractual, estas últimas, de perfil más “suave”<sup>300</sup>.

De este modo, la finalidad justificativa de la causa económica se reducía a “preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado”, mientras que para las causas técnicas, organizativas y productivas el criterio teleológico se limitaba a “contribuir a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación de la misma a través de una más adecuada organización de los recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda”.

Sin embargo, con el empeoramiento de la crisis, el Gobierno del momento decidió acometer otra serie de reformas, denominadas estructurales, para intentar paliar sus efectos, concretamente en materia de legislación laboral, seguridad social, inmigración legal y de eficacia y eficiencia en la gestión pública. Especialmente, respecto al tema que nos incumbe, la reforma laboral llevada a cabo por el Real Decreto-ley 3/2012 y su homólogo en la Ley, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (Ley 3/2012), ha supuesto un cambio de enorme calado respecto a la regulación del modelo anterior. En concreto, ha configurado un modelo de protección más flexible, que se encuentra subordinado a las exigencias de la economía.

Siendo así, hemos asistido a un proceso en el cual el poder de gestión empresarial se ha incrementado, en detrimento de la autonomía colectiva, flexibilizando el mercado de trabajo asalariado. En suma, en la configuración de la reforma laboral no se tomó en consideración la opinión de los sindicatos y lo más significativo es que se produjo una

---

<sup>300</sup> GOERLICH PESET, J.M.: “La reforma de la extinción del contrato de trabajo”, op. cit., pp. 278 a 280.

mutación de los equilibrios del modelo de regulación precedente –ya en sí flexible- entre el principio de libertad de empresa y el principio de estabilidad en el empleo.

A título ejemplificativo, conviene destacar la temporalidad encubierta propia del antiguo contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores, cuyo período de prueba era de un año. También, es necesario indicar la “facilitación causal”<sup>301</sup> propia de la movilidad geográfica, así como en las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, que incluso se amplían su ámbito material e introducen la “cuantía salarial”. Y, por último, y no por ello, menos importante, encontramos la rebaja en la cuantía de la indemnización por despido improcedente, que supone un abaratamiento del coste del despido de 45 días por año de servicio con un máximo de 42 mensualidades, a “33 con un tope de 24 mensualidades”, y la delimitación de los salarios de tramitación a solo supuestos de readmisión<sup>302</sup>.

Del mismo modo, también se produce un debilitamiento del poder colectivo de los trabajadores, como puede ser en aquellos casos conocidos como cláusulas de descuelgue, tanto si el convenio colectivo es de sector como de empresa, así como la configuración de la prioridad aplicativa del convenio de empresa o el límite a la ultraactividad del convenio colectivo a un año desde su denuncia.

Más allá de este alcance general de la reforma, es necesario resaltar su influencia en el despido colectivo, y concretamente, sobre la norma de transposición de la Directiva de la UE, el artículo 51 ET y su correspondiente reglamento de desarrollo, el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada (en adelante, RPDC). La última reforma laboral del año 2012 ha supuesto una flexibilización del despido colectivo, ya que ha pasado de ser un mecanismo anormal o extraordinario, a su plena *normalización jurídica ordinaria* al servicio de los poderes empresariales para gestionar sus recursos humanos en un entorno globalizado y cambiante<sup>303</sup>, y así poder asegurar el beneficio empresarial.

---

<sup>301</sup> VV.AA.: La aplicación práctica de la reforma laboral. Un estudio de la ley 3/2012 y de los reales decretos-leyes 4/2013 y 5/2013, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R. (Dirs.), Valladolid, Lex Nova, 2013, pp. 33-47.

<sup>302</sup> Vid., Exposición de motivos del RD-ley 3/2012.

<sup>303</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “El régimen jurídico de los despidos colectivos después de la reforma de 2012”, op. cit., pp.318-319.

Esta liberalización es consecuencia, primordialmente<sup>304</sup>, de la supresión de la autorización administrativa, lo cual no ha significado que nos encontremos ante un acto voluntario y unilateral<sup>305</sup> del empresario, sino que este mecanismo ha sido sustituido por una *procedimentalización*<sup>306</sup> de la decisión empresarial, a través del necesario período de consultas con los representantes de los trabajadores. Pero ante todo de la flexibilización causal en el nuevo diseño legal<sup>307</sup>. En cuanto a la justificación de la desaparición del procedimiento administrativo previo, el legislador en la Exposición de motivos de la citada ley, lo justifica atendiendo a su contrariedad con el principio de celeridad, así como por ser un mecanismo del que los representantes de los trabajadores se valían para aumentar el quantum indemnizatorio, desvirtuando el período de consultas. Esta argumentación puede ser discutida porque la autoridad administrativa ejercitaba un control previo y normalmente sólo conducía a la desautorización administrativa ante la falta de acuerdo de las partes implicadas en el conflicto. Por otra parte, lógicamente la decisión de la autoridad administrativa era impugnabile judicialmente. En cualquier caso, actualmente la problemática de la desaparición de la autorización administrativa previa no está ya en el centro del debate sobre el modelo de regulación de los despidos colectivos en nuestro país.

Por otro lado, la reforma laboral también ha incidido en la configuración de las causas empresariales, pues las ha objetivado eliminando cualquier elemento finalista o teleológico relativo a la viabilidad o posición competitiva empresarial<sup>308</sup>. Sin embargo, ello, junto a la falta de autorización administrativa, ha ocasionado que se produzca un trasvase del control anterior administrativo al control posterior judicial<sup>309</sup>, el cual se

---

<sup>304</sup> SÁEZ LARA, C.: *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, op. cit., p. 19.

<sup>305</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: El despido colectivo y sus elementos configuradores tras las recientes reformas, cit., p. 18

<sup>306</sup> La finalidad primordial de la Directiva comunitaria sobre despidos colectivos ha sido siempre la de garantizar la procedimentalización de los despidos colectivos; es lo que se ha denominado técnicamente el fomento de la “flexibilidad negociada” a través de una “negociación colectiva gestional”: la “consulta-negociación” de los procesos de reestructuración empresarial. En este sentido MONEREO PÉREZ, J.L.: *El despido colectivo en el ordenamiento interno y comunitario*, Madrid, Ed. Civitas, 1994; *Ibid.*, *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Madrid, Ed. Civitas, 1992; *Ibid.*, “La intervención administrativa en los despidos colectivos”, *Temas Laborales*, N.º 125, 2014, pp. 219-267.

<sup>307</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “El régimen jurídico de los despidos colectivos después de la reforma de 2012”, cit., *passim*.

<sup>308</sup> SÁEZ LARA, C.: *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, op. cit., p. 21.

<sup>309</sup> ROMERO SÁNCHEZ, I.: *El despido colectivo. Evolución normativa y régimen jurídico*, Granada, Comares, 2017, pp. 45 y 46.

encuentra desbordado. También ha supuesto la eliminación del antiguo plan social y su reemplazo, en mayor o menor medida, por el plan de recolocación externa.

Así, en atención a los cambios expuestos y a su justificación, también se aludía al uso más común del *despido express* que al colectivo, por su ambigüedad causal y sus elevados costes, aunque sin tener en cuenta el problema de base, como es que la cultura empresarial española “prefiere el despido individual a la flexibilidad pactada, incompatible con una gestión estratégica y anticipada de la reestructuración”<sup>310</sup>, lo cual necesitaba de una respuesta adecuada.

En definitiva, la Reforma laboral del año 2012 se produjo sin el consenso necesario para emprender cambios normativos de tal calado, en una idea de flexibilizar el despido y facilitar la extinción del contrato de trabajo, en concreto, a través del despido colectivo.

Para cerrar el presente epígrafe es necesario aludir sucintamente a la reciente Reforma laboral de 2021 (Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo). En este sentido, si bien se trata de una reforma equilibrada fruto de la concertación social, sin embargo, no se han producido cambios en el modelo normativo del despido colectivo, más allá de la derogación de la disposición adicional decimosexta ET en la que se preveían una serie de reglas especiales para el despido colectivo en el sector público<sup>311</sup>.

## 2. EL CONCEPTO DE DESPIDO COLECTIVO Y SUS ELEMENTOS INTEGRADORES

### 2.1. *Bloque normativo interno y elementos configuradores del despido colectivo*

En el Derecho español el despido colectivo se configura jurídicamente como un supuesto de resolución del contrato de trabajo por voluntad unilateral del empresario, fundado en causas sobrevenidas de carácter empresarial (económicas, técnicas, organizativas o productivas) y sometido a un posterior control judicial (arts. 49.1.i) y 51 ET). No se trata, por tanto, de un supuesto de “desistimiento” empresarial en sentido técnico-jurídico, ya que la decisión unilateral del trabajador debe de estar fundada en una

---

<sup>310</sup> SÁEZ LARA, C.: Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos, op. cit., p. 24.

<sup>311</sup> Véase las implicaciones de esta derogación y su debate en VIDA FERNÁNDEZ, R.: “Despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el sector público”, en VV.AA.: *La reforma laboral de 2021: estudio técnico de su régimen jurídico*, MONEREO PÉREZ, J.L. et al. (Dir.), Murcia, Laborum, 2022, pp. 431-448 y ROQUETA BUJ, R.: “Problemas vinculados a la extinción de contratos de trabajo en las administraciones públicas”, *Labos*, N.º 1, 2023, pp. 112-129.

causa de carácter sobrevenido derivada de la dinámica de funcionamiento de la empresa, y nunca derivada de factores inherentes a la persona de los trabajadores *ex* Directiva 98/59. La Ley no concede una facultad a una de las partes (el empresario), que le permita poner fin a la obligación existente entre empresa-trabajador mediante un acto enteramente libre y voluntario<sup>312</sup>.

De este modo, esta extinción del contrato de trabajo puede ser reconducida a la categoría jurídico-laboral específica de la “alteración sobrevenida de circunstancias”, de alcance más amplia que la categoría civil de la “excesiva onerosidad sobrevenida” en los contratos con prestaciones recíprocas. Así, mientras la figura jurídico-contractual de la “onerosidad sobrevenida” consiste en la posibilidad de modificar o extinguir el contrato sobre la base de que durante el transcurso de la ejecución de las prestaciones recíprocas, al menos una de ellas devenga de forma inesperada excesivamente onerosa respecto al valor de la contraprestación; en el supuesto laboral, la alteración sobrevenida de las circunstancias no exige la imprevisibilidad (más todo lo contrario, se caracteriza por su previsibilidad) y no requiere ni un desequilibrio económico sobrevenido ni una situación crítica de corte excepcional, pues bastará una pérdida comparativa de utilidad o del lucro cesante<sup>313</sup>.

Es más, ante las últimas reformas laborales y su proceso de liberalización del despido, como se ha podido comprobar, la entidad de la causa ha ido perdiendo fuerza. El hecho sobrevenido que rescinde el contrato es más flexible, pues se exige una mera situación de menor rendimiento o competitividad y no una estricta “crisis empresarial” o sacrificio insostenible (como ocurre en la contratación civil). En concreto, ello se traduce en una traslación del riesgo inherente a la figura del empresario hacia el trabajador, cuando según la teoría general del Derecho del trabajo es al primero al que le correspondería (ajenidad en los riesgos). Como ya se ha indicado, la mejor doctrina ha identificado que con esta flexibilización de las causas para despedir en realidad lo que se produce es una “plena normalización” del despido colectivo como medida de ajuste

---

<sup>312</sup> Esta argumentación está presente en varias obras de MONEREO PÉREZ, J.L. y, en concreto, en MONEREO PÉREZ, J.L.: “El despido colectivo tras las sucesivas reformas laborales”, *op. cit.*, pp. 153 y 154.

<sup>313</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo en el Derecho español: estudio de su régimen jurídico*, *op. cit.*, pp. 131-139.

empresarial (y no un recurso anormal o extraordinario)<sup>314</sup>, el cual está orientado a la adaptación de la plantilla de la empresa de forma constante a las necesidades cambiantes y si se me permite, “caprichosas”, del entorno empresarial en la idea de garantizar la maximización del beneficio.

En cualquier caso, la regulación interna del despido colectivo presente, principalmente, en el art. 51 ET, el RPDC y su vía de impugnación judicial (art. 124 LRJS), también prevé, habida cuenta del influjo de la Directiva comunitaria sobre despidos colectivos, de una “procedimentalización” propia para proceder al despido colectivo. En la línea del modelo de “flexiseguridad” externa garantista y consensuada que ofrece la Directiva 98/59, el legislador español predispone un procedimiento de información y consulta con los representantes de los trabajadores con la intención de alcanzar un acuerdo que permita la evitación, reducción o mitigación del despido colectivo y de sus efectos (consulta-negociación). Así, se concede un protagonismo central a las medidas sociales de acompañamiento, como contenido mínimo de las consultas, junto con una intervención administrativa no autorizante. No obstante, como se tendrá ocasión de comentar, “más allá de la norma, en la realidad jurídica, acaba siendo un modelo típicamente defensivo (y su objetivo o parámetro de referencia es la expulsión del personal considerado excedente en el marco de una no explicitada “competitividad por los costes””, sin que se potencien adecuadamente las medidas de flexibilidad interna<sup>315</sup>.

Una vez explicitados genéricamente los dos elementos esenciales de la figura del despido colectivo (causa y procedimiento), es necesario aclarar qué concretos requisitos deben de exigirse para que resulte de aplicación el procedimiento de despido colectivo (elementos constitutivos), los cuales serán objeto de detenido estudio a lo largo de las siguientes páginas, junto con la última jurisprudencia del TJUE en la materia. Así, partiendo del art. 51.1 ET y de la clasificación aportada por la doctrina científica es necesario que concurren<sup>316</sup>:

---

<sup>314</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: *El despido colectivo y sus elementos configuradores tras las recientes reformas*, op. cit., p. 11.

<sup>315</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “El despido colectivo tras las sucesivas reformas laborales”, op. cit., pp. 153 y 154.

<sup>316</sup> Esta es la clasificación que utiliza MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C.; MORENO VIDA, M.N.; VILA TIerno, F.: *Manual de Derecho del Trabajo*, Granada, Comares, 2022, p. 588, para los elementos constitutivos del despido colectivo.

- El elemento causal: “se entenderá por despido colectivo la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”;
- El elemento cuantitativo-numérico: “la extinción afecte al menos a: a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores; b) El diez por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores; c) Treinta trabajadores en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores”.
- El elemento temporal: “en un periodo de noventa días”.

No obstante, el Derecho español también asimila *ex lege* al despido colectivo el cierre de la empresa y la extinción contractual de la totalidad de la plantilla de trabajadores. En este sentido, se exige que los trabajadores afectados sean superiores a cinco y que se produzca la cesación total de la actividad empresarial fundada en las mismas causas empresariales.

En definitiva, los fundamentos político-jurídicos de la regulación jurídica de los despidos por crisis empresariales se resuelven en un intento de búsqueda entre los principios de rentabilidad empresarial y de protección del trabajador. A ello responde la exigencia de causa para despedir y la procedimentalización del despido colectivo, tanto a través del control “social” de los trabajadores, como a través del control público no autorizante<sup>317</sup>. Empero, se trata de un equilibrio que todavía está por conseguir.

### *2.1.1. Despidos individuales o plurales: su relación con el despido colectivo*

Los despidos individuales o plurales (también denominados “despidos menores”<sup>318</sup>) son aquellos que se realizan por las mismas causas del despido colectivo (causas económicas, técnicas, organizativas o productivas), pero en un número inferior al umbral que recoge el art. 51.1 ET. En este sentido, se trata de despidos objetivos del art. 52.c) ET que comparten la misma fundamentación causal del despido colectivo a través

---

<sup>317</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “El régimen jurídico de los despidos colectivos después de la reforma de 2012”, *Temas laborales*, N.º 115, 2012, p. 320.

<sup>318</sup> La distinción entre los denominados despidos colectivos *mayores* y *menores* fue propuesta por GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: “La extinción de la relación laboral en la Ley 11/1994, de 19 de mayo”, *Actualidad Laboral*, n.º30, 1994, p.485.



de una técnica de reenvío<sup>319</sup>, pero a los que no se les aplica el procedimiento de consulta-negociación del despido colectivo.

La diferencia entre estos despidos reside, por ende, en el número de trabajadores afectados computados en un período temporal de 90 días. Así, *grosso modo*, serán despidos individuales o plurales si se producen menos de 10 en empresas/centros de trabajo que ocupen a menos de 100 trabajadores; menos del 10% en empresas/centros de trabajo de entre 100 y 300 trabajadores; así como menos de 30 extinciones en empresas/centros de trabajo de más de 300 trabajadores<sup>320</sup>. No obstante, también es necesario tener en cuenta el cierre de empresa para delimitar el alcance del despido colectivo que, en puridad, solo se aplica a los cierres empresariales que se realicen en plantillas de entre 6 y 9 trabajadores, ya que a partir de 10 personas trabajadoras el despido será necesariamente de carácter colectivo. En este sentido, el cierre de microempresas se encuentra desprovisto de tener que llevar a cabo el procedimiento de regulación de empleo del art. 51 ET<sup>321</sup>.

En este sentido, el despido colectivo y los despidos objetivos individuales o plurales por causas empresariales no se encuentran en dos grupos normativos diferenciados, sino en uno unitario complejamente estructurado, el *despido por causas relativas a las necesidades de funcionamiento de la empresa*, donde se atiende a lógicas económico-jurídicas próximas (mismas causas) pero desde lógicas de protección o tutela realmente diferentes<sup>322</sup>. Esta separación o fragmentación de la protección se instaura por primera vez con la Ley 11/1994, de 19 de mayo, la cual lo justificó atendiendo a que en el despido colectivo “confluyen elementos de transcendental importancia, vinculados tanto a los derechos de los individuos como a las posibilidades de supervivencia de las empresas, los cuales, según las soluciones que se adopten, pueden llegar a afectar, en épocas de especiales dificultades, a la propia viabilidad, incluso, de los sistemas económicos y

---

<sup>319</sup> El art. 52.c) ET reenvía al art. 51.1 ET para la definición de las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas.

<sup>320</sup> GUINDO MORALES, S.: “Despido objetivo plural por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”, en VV.AA.: *Viabilidad de las empresas, mantenimiento del empleo y medidas de flexibilidad externa en la reestructuración empresarial*, ORTEGA LOZANO, P.G. y GUINDO MORALES, S. (Dir. y Coord.), Granada, Comares, 2022, pp. 63 y ss.

<sup>321</sup> ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, Navarra, Aranzadi, 2015, p. 71.

<sup>322</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., op. cit., p. 43.

sociales”<sup>323</sup>. Una diferencia que ha sido trasladada a la jurisprudencia, cuando se indica la indisponibilidad del procedimiento de despido colectivo, en el sentido de que no se puede acudir a este si no se alcanzan los umbrales del art. 51.1 ET (STS 10 de octubre 2017, rec. 86/2017).

En definitiva, del despido individual o plural se le ha expulsado de las garantías del procedimiento de consulta-negociación y, por ende, de las mayores tutelas que ofrece esta flexibilidad consensuada en la empresa, tanto desde el punto de vista del control social como del control público. Muestra de la frecuente y equivocada relación entre criterios numéricos y asignación de interés colectivo es cierto que muchos de los trabajadores, por pertenecer a pymes y tener más difícil alcanzar los umbrales del art. 51.1 ET, se ven privados de este cauce de despido más garantista<sup>324</sup>.

## 2.2. Elemento cuantitativo-numérico

### 2.2.1. La importancia del elemento cuantitativo-numérico: el despido colectivo de hecho

La anterior jurisprudencia del Tribunal Supremo exigía que para que pudiera hablarse de despido colectivo se dieran dos requisitos de forma inexorable: que se superaran los umbrales de despidos previstos en la normativa y que tales despidos se debieran a causas económicas, técnicas, organizativas o productivas. En efecto, la jurisprudencia venía admitiendo que “los denominados despidos colectivo y objetivo que prevén estos preceptos exigen necesariamente para su existencia la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción; si no existe ni aparece ninguna de estas causas no puede apreciarse la existencia de estos particulares despidos. Ello significa que para la existencia de un despido colectivo no basta, en forma alguna, con el hecho de que varios trabajadores hayan sido despedidos al mismo tiempo, aunque el número de esos trabajadores supere, incluso con holgura, los topes que fija el 51.1 del ET, sino que además es absolutamente preciso que esos ceses sean debidos a alguna causa económica, técnica, organizativa o de producción” (STS de 22 de febrero de 2008 (RJ 2008, 5344).

Una interpretación que, afortunadamente, ha sido desterrada en beneficio de la aplicación efectiva del procedimiento de despido colectivo, evitando que el empresario

---

<sup>323</sup> DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “El despido por causas empresariales”, op. cit., pp. 181 y 182.

<sup>324</sup> MONEREO PÉREZ, J.L y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., op. cit., pp. 45 y 48.

recurra a despidos disciplinarios improcedentes o bajas incentivadas para “esquivar” el despido colectivo<sup>325</sup>, más aún cuando son despidos materialmente colectivos pero que se articulan por la vía del fraude de ley. En este sentido, tras varios pronunciamientos del Tribunal de Justicia, ya apuntados<sup>326</sup>, en los que se indica que dentro del despido colectivo deben de tener cabida todos los despidos por razones no inherentes a la persona de los trabajadores, sin que se pueda limitar a despidos por causas empresariales, el Tribunal Supremo ha rectificado su doctrina en la línea del Tribunal de Luxemburgo<sup>327</sup>.

Por todo ello, la mejor doctrina ha concluido que el elemento causal del despido colectivo, ante la jurisprudencia comunitaria, ha pasado a un segundo plano, mientras que el elemento cuantitativo (junto con el elemento temporal) es el que toma el protagonismo en cuanto a la obligación de desarrollar la consulta-negociación<sup>328</sup>. En efecto, al margen de que las causas se puedan valorar colectivamente o en sede judicial para determinar la procedencia o improcedencia (ajustado o no a derecho) del despido colectivo, es cierto que el elemento causal queda difuminado en tanto a que, si se realizan despidos “por motivos no inherentes a la persona de los trabajadores” por encima del umbral legal sin observar el procedimiento de despido colectivo, la consecuencia jurídica será la nulidad de los despidos (art. 124.11 LRJS).

La doctrina judicial<sup>329</sup> y el Tribunal Supremo<sup>330</sup> han venido construyendo el concepto de despido colectivo “de hecho”, por el medio del cual se declararán nulos los despidos cuando se haya superado el umbral de los despidos colectivos en el período de referencia de 90 días con total ausencia del procedimiento de despido colectivo. Para la doctrina científica no sería necesario alegar un *animus fraudandi*, ya que la nulidad puede venir aparejada tanto cuando el empresario canalice despidos individuales o plurales al margen del procedimiento colectivo en una voluntad consciente y deliberada de eludir así sus obligaciones de información y consulta, tanto cuando haya ausencia del

---

<sup>325</sup> DE CASTRO MARÍN, E.: *Despido colectivo “de hecho”. Aspectos controvertidos en la aplicación práctica del art. 51.1 ET.*, op. cit., versión electrónica.

<sup>326</sup> Destaca la sentencia del TJCE de 12 de octubre de 2004, *Comisión c. Portugal*, C-55/02. A ello también alude implícitamente respecto a la regulación española la STJUE de 13 de mayo de 2015, *Rabal Cañas*, C-392/13 (véase las conclusiones del Abogado General).

<sup>327</sup> SSTS 2913/2016, de 18 de mayo y 1574/2019, de 4 de abril.

<sup>328</sup> DESDENTADO BONETE, A.: “La delimitación legal del despido colectivo. El despido colectivo de hecho”, op. cit., p. 67.

<sup>329</sup> SAN 92/2012 de 27 de julio de 2012, rec. 127/2012.

<sup>330</sup> STS de 25 de noviembre de 2013, rec. 52/2013.

procedimiento de despido colectivo sin intencionalidad alguna empresarial (superación por error del umbral cuantitativo-numérico del despido colectivo por goteo de despidos en el tiempo o bien confusión a la hora de determinar la unidad de referencia empresa/centro de trabajo)<sup>331</sup>.

De este modo, es absolutamente necesario comprender en qué situaciones se pueden superar los umbrales legales del despido colectivo para no incurrir en despido colectivo de hecho. A tal fin, las siguientes páginas contribuyen a determinar qué tipo de personas que se relacionan con la empresa deben de ser consideradas como trabajadoras a efectos de la Directiva 98/59; quiénes deben de conformar la plantilla computable; qué extinciones contractuales deben de tenerse en cuenta (despidos en sentido estricto o extinciones asimiladas) y cuáles no. Todo ello desde la perspectiva de las principales sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que han recaído en este sentido.

### 2.2.2. *El concepto comunitario de trabajador*

El concepto de trabajador en el seno de la Unión Europea supone un aspecto clave ya que se constituye como “núcleo de imputación de las políticas sociales” comunitarias<sup>332</sup>.

Por un lado, lo que se entienda por trabajador tendrá efectos a la hora de configurar la plantilla computable en materia de despido colectivo. Esto es, podrá determinar si se alcanza el mínimo de 20 trabajadores en el centro de trabajo que establece la norma comunitaria<sup>333</sup>, así como influirá sobre el número de trabajadores “habitualmente empleados” y, con ello, sobre la franja de plantilla a la que se le aparejan unas determinadas extinciones (empresas que ocupen menos de 100 trabajadores; empresas de entre 100 y 300; así como empresas que ocupen más de trescientos trabajadores).

Por otro lado, el concepto de trabajador elaborado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea podrá tener efectos en el cómputo de la extinción contractual “por motivos

---

<sup>331</sup> DE CASTRO MARÍN, E.: *Despido colectivo “de hecho”. Aspectos controvertidos en la aplicación práctica del art. 51.1 ET.*, op. cit., versión electrónica.

<sup>332</sup> CABEZA PEREIRO, J.: “El concepto de trabajador en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Documentación laboral*, N.º 113, 2018, pp. 45 y ss.

<sup>333</sup> Asimismo, el art. 51.1 ET establece implícitamente un mínimo de 6 para que la modalidad de cierre de empresa tenga la consideración de despido colectivo: “se entenderá igualmente como despido colectivo la extinción de los contratos de trabajo que afecten a la totalidad de la plantilla de la empresa, siempre que el número de trabajadores afectados sea superior a cinco, cuando aquel se produzca como consecuencia de la cesación total de su actividad empresarial fundada en las mismas causas anteriormente señaladas”.

no inherentes a la persona trabajadora” con el fin de valorar si se han superado o no los umbrales del despido colectivo y, lo más importante, podrá suponer la aplicación de las garantías y derechos de la Directiva 98/59/CE en algunos casos a determinados trabajadores que quedan excluidos de tal protección por el Derecho interno<sup>334</sup>.

Existe cierta tendencia en la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo en la elaboración de un concepto homogéneo de lo que debe de entenderse por trabajador comunitario. Una interpretación que ha partido de una reconstrucción fragmentaria pero que ha llegado a convertirse en los últimos tiempos en una “noción verdaderamente autónoma y expansiva del trabajador”<sup>335</sup>. Así, el TJUE ha venido elaborando una interpretación flexibilizadora de las notas configuradoras de la relación laboral, en especial de la dependencia (en sintonía con la labor de los tribunales internos de cada país), para hacer frente a los nuevos riesgos de unas cada vez más difusas fronteras entre el trabajo dependiente y autónomo.

No cabe ignorar que se ha producido un cambio del modelo antropológico del trabajador por cuenta ajena, centro de referencia del Derecho del Trabajo clásico garantista, a causa de la transición paulatina desde el “trabajador masa” al “trabajador heterogéneo” propio de la época del postfordismo, así como por la expansión y “laboralización” parcial (que supone, paradójicamente, la huida del ordenamiento laboral) de ciertas formas de trabajo autónomo o semi-autónomo (señaladamente, el trabajador autónomo económicamente dependiente), en cuyo marco los trabajadores profesionales se encuentran en una situación económica y jurídica de debilidad contractual y de subordinación a los poderes directivos y de fijación unilateral de las condiciones de trabajo<sup>336</sup>. Se trata, en definitiva, de una labor jurisprudencial loable pero que en mayor medida viene dada por la ausencia de una definición legal en el ámbito de

---

<sup>334</sup> DESDENTADO BONETE, A.: “La delimitación legal del despido colectivo. El despido colectivo de hecho”, en VV.AA.: Tratado de despido colectivo, GODINO REYES, M. (Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 49.

<sup>335</sup> MARTÍNEZ MORENO, C.: “Sobre la posibilidad de un concepto común y expansivo de trabajador en el Derecho de la Unión Europea: a propósito de la “laboralización” de los administradores y consejeros”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, N.º 6, 2023, p. 65.

<sup>336</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2017, pp. 35 y ss. y MONEREO PÉREZ, J.L. y LÓPEZ INSUA, B.M.: “Las fronteras del contrato de trabajo en el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada)”, en VV.AA.: *Las fronteras del contrato de trabajo en la jurisprudencia*, SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir.) y MALDONADO MONTOYA, J.P. (Coord.), Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2020, pp. 207-242.

la Unión Europea, la cual podría haber delimitado los rasgos definitorios de la relación de trabajo<sup>337</sup>.

El concepto comunitario de trabajador, si bien nace en el seno de la libre circulación de trabajadores con el asunto *Unger*<sup>338</sup> y *Lawrie-Blum*<sup>339</sup>, se asienta con la interpretación dada a la luz de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, en los asuntos *Kiiski*<sup>340</sup> y *Danosa*<sup>341</sup>, en los que se indica que el concepto de trabajador “no puede recibir una interpretación que varíe según los Derechos nacionales, sino que tiene un alcance comunitario”. Es más, “debe definirse según criterios objetivos que caractericen la relación laboral teniendo en cuenta los derechos y deberes de las personas afectadas”. Y precisa: “la característica esencial de la relación laboral es la circunstancia de que una persona realiza, durante cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales percibe una retribución”. En otras palabras, a partir de estas sentencias se produce un avance hacia un concepto autónomo e integrador de trabajador, que no varíe entre unas piezas normativas u otras del Derecho de la Unión en función de su materia<sup>342</sup>.

De este modo, la construcción del concepto comunitario de trabajador, basado en la progresiva evolución interpretativa del TJUE, busca limitar las diversas definiciones aportadas los Estados miembros, así como directamente pretende eliminar las restricciones injustificadas que imponen dichos estados al efecto útil del Derecho de la Unión (ya sea en materia de tiempo de trabajo, sucesión de empresa, protección a la

---

<sup>337</sup> DE CASTRO MARÍN, E.: Despido colectivo “de hecho”. Aspectos controvertidos en la aplicación práctica del art. 51.1 ET”, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2018, p. 76. Incluso la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, se refiere a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia para delimitar el concepto de trabajador comunitario: “la presente Directiva establece los derechos mínimos aplicables a todos los trabajadores de la Unión que tengan un contrato de trabajo o una relación laboral conforme a lo definido por la legislación, los convenios colectivos o la práctica vigentes en cada Estado miembro, tomando en consideración la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”.

<sup>338</sup> STJCE de 19 de marzo de 1964, *Unger*, C-75/63.

<sup>339</sup> STJCE de 3 de julio de 1986, *Lawrie-Blum*, C-66/85.

<sup>340</sup> STJCE de 20 de septiembre de 2007, *Kiiski*, C-116/06.

<sup>341</sup> STJUE de 11 de noviembre de 2010, *Danosa*, C-232/09.

<sup>342</sup> CABEZA PEREIRO, J.: “El concepto de trabajador en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, op. cit., pp. 50 y 51.

maternidad o, lo que aquí interesa, en materia de despido colectivo)<sup>343</sup>. No obstante, a pesar de que de los diferentes pronunciamientos del Tribunal de Justicia en relación con las diferentes Directivas comunitarias de política social se pueda extraer un concepto uniforme, autónomo y objetivo<sup>344</sup>, no se trata de una cuestión pacífica ya que muchas veces ello choca frontalmente con exclusiones expresas previstas en la legislación de los diversos Estados miembros<sup>345</sup>.

A) *El asunto Balkaya: consejeros o administradores de sociedades y personas que realicen actividades prácticas en la empresa*

Enlazando con esta última idea, esto es precisamente lo que ocurre en la STJUE de 9 de julio de 2015, *Balkaya*, C-229/14, donde se da cabida en un procedimiento de despido colectivo tanto a un administrador social como a una persona contratada en prácticas, cuando en el ordenamiento jurídico español tales personas estarían excluidas, *a priori*, de la aplicación del Derecho del trabajo. En este sentido, el Tribunal de Luxemburgo resuelve una cuestión prejudicial planteada por un tribunal alemán en el marco de un litigio en el que el trabajador despedido, que no se pudo beneficiar del procedimiento de despido colectivo por no llegar al umbral de plantilla de 20 en el centro de trabajo, alega que debieron de tomarse en cuenta tres extinciones más para superar el umbral del despido colectivo: un trabajador que había solicitado su cese voluntario con anterioridad a los despidos; un administrador no socio de la sociedad empleadora que la representaba conjuntamente con otro administrador en virtud de contrato de mandato extralaboral; y una persona contratada en prácticas en el marco de un programa de aprendizaje y de reciclaje profesional, cuya remuneración provenía de la Administración y no de la empresa. A la vista de lo anterior, el tribunal alemán le pregunta al TJUE si el administrador social o el trabajador en prácticas deben de ser considerados trabajadores a efectos del cómputo de plantilla para el despido colectivo.

En este sentido, como paso previo a analizar el encaje de sendas situaciones en la Directiva 98/59, el Tribunal de Justicia en el asunto *Balkaya* aclara que recoge su

---

<sup>343</sup> SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “Hacia el concepto de trabajador en el Derecho de la Unión Europea, en especial, en la política propiamente dicha”, Foro Nueva Época, N.º 1, 2017, pp. 290 y ss.

<sup>344</sup> En este sentido, véase, SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “El concepto de trabajador en el contexto de la protección flexible del derecho del trabajo en la Unión Europea (1)”, La ley Unión Europea, N.º 50, 2017, passim.

<sup>345</sup> GUTIÉRREZ VELASCO, I.: “El “trabajador europeo” se pone en forma”, Trabajo y Derecho, N.º 19, 2016, p. 4.

definición del concepto de “trabajador” no por referencia a las legislaciones de los Estados miembros, sino “de manera autónoma y uniforme en el ordenamiento jurídico de la Unión”, pues lo contrario podría suponer que “los modos de cálculo de los umbrales que prevé dicho precepto, y por tanto los propios umbrales, estarían a disposición de los Estados miembros, lo que permitiría a éstos alterar el ámbito de aplicación de la citada Directiva y privarla de su plena eficacia”<sup>346</sup>.

Así, el Tribunal de Luxemburgo, con base en una reiterada jurisprudencia<sup>347</sup>, define el concepto de “trabajador” comunitario de acuerdo con unos “criterios objetivos que caractericen la relación laboral teniendo en cuenta los derechos y deberes de las personas afectadas”, por los que “la característica esencial de la relación laboral es la circunstancia de que una persona realiza, durante cierto tiempo, en favor de otra persona y bajo la dirección de ésta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales percibe una retribución”.

- Los miembros del órgano de administración de una sociedad: posibles fricciones con la “doctrina del vínculo”

A la luz de lo anterior, el Tribunal de Justicia en el asunto *Balkaya* analiza si, en el presente caso, un miembro de la dirección de una sociedad de capital, que ejerce su actividad bajo la dirección y el control de otro órgano de la sociedad, que percibe una retribución a cambio de su actividad y que él mismo no posee participaciones en la sociedad, debe de integrarse dentro del concepto comunitario de trabajador a efectos de su cómputo según el art. 1.1 de la Directiva 98/59/CE.

Un análisis que comienza por reiterar que la naturaleza de la relación laboral con respecto al Derecho nacional no puede tener consecuencias de ningún tipo en cuanto a la

---

<sup>346</sup>Véase, en este sentido, la sentencia *Confédération générale du travail y otros*, C-385/05, EU:C:2007:37, apartado 47.

<sup>347</sup>SSTJCE/TJUE *Lawrie-Blum* (sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de julio de 1986, *Deborah Lawrie-Blum contra Land Baden-Württemberg*, Asunto 66/85, ECLI:EU:C:1986:284); *Allonby* (Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de enero de 2004, *Debra Allonby contra Accrington & Rossendale College, Education Lecturing Services, trading as Protocol Professional y Secretary of State for Education and Employment*, Asunto C-256/01, ECLI:EU: C:2004:18); *Kiiski* (Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 2007, *Sari Kiiski contra Tampereen kaupunki*, Asunto C-116/06, ECLI:EU:C:2007:536); *Danosa* (Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de noviembre de 2010, *Dita Danosa contra LKB L!zings SIA*, Asunto C-232/09, ECLI:EU:C:2010:674), y *Comisión contra Italia* (Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 2014, *Comisión Europea contra República Italiana*, Asunto C-596/12, ECLI:EU:C:2014:77).



condición de trabajador a efectos del Derecho de la Unión<sup>348</sup> y, por tanto, que si la persona reúne los requisitos de la definición comunitaria (condición de sujeción jerárquica y actividad remunerada<sup>349</sup>), “la naturaleza del vínculo jurídico que la une a la otra parte de la relación laboral no es pertinente para la aplicación de la Directiva 98/59” (STJUE de 11 de noviembre de 2010, *Danosa*, C-232/09, apartado 40). Interpretación que, como se argumentará, podría entrar en contradicción con la conocida como “doctrina del vínculo” en el ámbito nacional.

Sin embargo, el Tribunal también reconoce que al ser el grado de dependencia o subordinación de un administrador de menor intensidad que el de un trabajador “en el sentido habitual”, la existencia de tal relación de subordinación “debe apreciarse en cada caso concreto, en función del conjunto de hechos y de circunstancias que caractericen a las relaciones existentes entre las partes”; aunque también precisa que “el hecho de que una persona tenga la condición de miembro de un órgano de dirección de una sociedad de capital no puede excluir por sí solo que esa persona se halle en una relación de subordinación respecto a dicha sociedad”<sup>350</sup>. “En efecto, procede examinar las condiciones en las que ese miembro fue contratado, la naturaleza de las funciones que se le encomendaron, el marco en que se ejercen estas últimas, el alcance de las facultades del interesado y el control de que es objeto en el seno de la sociedad, así como las circunstancias en que puede ser destituido”.

El Tribunal cita en este sentido la STJUE 11 de noviembre de 2010, *Danosa*, C-232/09, en la que se analizó con claro paralelismo la aplicación de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, a una miembro del consejo de dirección de una sociedad de capital que estaba embarazada y fue sustituida. En este asunto el TJUE ya determinó que un consejero que, a cambio de una retribución, presta servicios a la sociedad que lo ha nombrado y de la que forma parte, que ejerce su actividad bajo la dirección o el control de otro órgano de la sociedad y que puede, en todo momento, ser

---

<sup>348</sup> STJCE de 20 de septiembre de 2007, *Kiiski*, C-116/06, apartado 26 y jurisprudencia allí citada.

<sup>349</sup> MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: “El régimen del despido colectivo en el ordenamiento europeo: contrastes y fricciones con el ordenamiento español”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, N.º 127, 2017, p. 127.

<sup>350</sup> Se cita la STJUE de 13 de febrero de 2014, *Comisión/Italia*, C-596/12, en la que se declaró contraria a la Directiva 98/59/CE la exclusión en la norma de transposición italiana de la protección otorgada por la Directiva a la categoría de dirigenti.

destituido de sus funciones sin limitación alguna, cumple los requisitos para poder ser calificado de “trabajador” en el sentido del Derecho de la Unión.

Por todo lo anterior, el TJUE en el asunto *Balkaya* termina por reconocer al consejero como trabajador a efectos del cómputo de plantilla de la Directiva 98/59/CE, ofreciendo una serie de requisitos para configurar la condición de trabajador, sin perjuicio del análisis caso por caso:

- Que el administrador social ejerza su actividad bajo la dirección y el control de otro órgano de la sociedad, en este caso la junta de socios, que nombró al administrador y tiene la facultad de destituirlo en cualquier momento.
- Que el administrador social reciba una retribución económica por los servicios prestados a la sociedad.
- Que el directivo no posea ninguna participación en la sociedad, sin que esto por sí solo sea determinante para determinar la calificación como trabajador.

El Tribunal de Justicia no comparte que un administrador social no necesite la protección otorgada por la Directiva 98/59/CE, ya que “nada indica que un empleado que es miembro de una sociedad de capital, concretamente de una pequeña o mediana sociedad como la controvertida en el asunto principal, se encuentra forzosamente en una situación diferente de la de otras personas empleadas por esa sociedad en lo que respecta a la necesidad de mitigar las consecuencias de su despido y, en particular, de prevenir a tal fin, conforme al artículo 3, apartado 1, de la citada Directiva, a la autoridad pública competente para que ésta pueda buscar soluciones a los problemas planteados por todos los despidos considerados”.

Con esta argumentación el TJUE parece apuntar a que un administrador societario de una empresa de grandes dimensiones puede quedar excluido de la protección de la Directiva al presumírsele una posición netamente diferenciada de la de los trabajadores, pero no así cuando se trata de administradores de sociedades de capital de reducido tamaño<sup>351</sup>. Es más, la exclusión de los consejeros societarios puede afectar no solo a la

---

<sup>351</sup> CABEZA PEREIRO, J.: “La última jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en torno a la Directiva de despidos colectivos: un problema de conceptos y de políticas legislativas”, Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, N.º 10, 2015, p. 11, versión electrónica.

protección que la Directiva les concede a estos miembros<sup>352</sup>, sino sobre todo privar al conjunto de trabajadores empleados del efecto útil del Derecho de la Unión si no se alcanza el umbral mínimo de plantilla.

Sentencias posteriores al asunto *Balkaya* han ido interpretando la figura del “trabajador directivo comunitario”:

Por un lado, la STJUE de 10 de septiembre de 2015, *Ferho*, C-47/14, discute si un director que posteriormente es administrador de la empresa matriz ostenta la condición de trabajador en materia de competencia judicial internacional. En este asunto el Tribunal de Justicia responde sobre la base de una respuesta hipotética apoyada en la doctrina anterior, con el fin de que el tribunal remitente compruebe si a la luz de las circunstancias concurrentes se dan los requisitos. En este sentido, lo más sustantivo de la respuesta del TJUE es que la titularidad de participaciones en la empresa mercantil no excluye de por sí la condición de trabajador<sup>353</sup>.

Por otro lado, la STJUE de 11 de abril de 2019, *Bosworth y Hurley*, C-603/17, también resuelve si dos directivos y a la vez consejeros de tres de las sociedades del grupo deben de ser considerados trabajadores a efectos de la aplicación del Convenio de Lugano II. En concreto, la parte dispositiva de la sentencia aclara que “un contrato que vincula a una sociedad y a una persona física que ejerce las funciones de consejero de la misma no crea un nexo de subordinación entre ellas y, en consecuencia, no puede tener la calificación de «contrato individual de trabajo», en el sentido de estas disposiciones, cuando, aunque el accionista o los accionistas de esta sociedad tengan la facultad de poner fin a dicho contrato, esa persona esté en condiciones de decidir o decida efectivamente los términos de ese contrato y disponga de un poder de control autónomo tanto sobre la gestión corriente de los asuntos de esa sociedad como sobre el ejercicio de sus propias funciones”. En este sentido, el asunto *Bosworth y Hurley*, que ofrece una respuesta concreta en sentido negativo, se centra más en las funciones del director para responder a la cuestión prejudicial sobre la base de la existencia o no de dependencia en el desempeño de tales funciones, de modo que para determinar la existencia (o ausencia) de

---

<sup>352</sup> Con esta argumentación que hace el TJUE se sobreentiende que el reconocimiento que hace de trabajador del consejero o administrador a efectos de la Directiva 98/59, no es solo respecto a la consideración de plantilla computable, sino también para concederle las garantías de la normativa comunitaria.

<sup>353</sup> CABEZA PEREIRO, J.: “El concepto de trabajador en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, op. cit., p. 52.

dicha relación procede centrarse en la autonomía y flexibilidad del trabajador para elegir el horario, el lugar y el modo de desarrollar las tareas y/o la supervisión y control que el empresario ejerce sobre la forma en que el trabajador desempeña sus funciones. En efecto, no se trata solo de que el sujeto realice las funciones de director y administrador de la sociedad de forma conjunta, sino si las ejerce “bajo la dirección” de la sociedad<sup>354</sup>.

Por último, la sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de mayo de 2022, *HJ*, C-101/21, ahora en el supuesto de la Directiva 2008/94/CE relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, determina que no puede quedar excluido automáticamente de dicha protección un trabajador que ostenta el cargo de directivo y de consejero de la sociedad pues aunque estos “pueden ser en parte responsables de tal insolvencia”, ello no puede convertirse en una presunción irrefutable. Esta exclusión se puede valorar en los trabajadores asalariados que, “por sí mismos o junto con sus parientes próximos, sean propietarios de una parte esencial de la empresa o establecimiento del empresario y ejerzan una influencia considerable en sus actividades”<sup>355</sup>.

Con base en todo lo anterior, existen ciertas dudas acerca de la compatibilidad de la interpretación del Tribunal de Justicia con la normativa interna española, sobre todo en materia de la aplicación de la norma sobre despidos colectivos a los consejeros ejecutivos que firmen un contrato de administración con la sociedad o a los consejeros que compatibilicen su actividad con la de alto directivo (doctrina del vínculo).

En cambio, la jurisprudencia comunitaria no entraría en conflicto, a mi parecer, con la exclusión de la legislación laboral que el art. 1.3.c) ET ordena sobre los consejeros con funciones exclusivamente deliberativas, también llamados pasivos o durmientes, ya que resulta difícil encontrar en estos la nota característica de sujeción al poder de dirección empresarial<sup>356</sup>. En efecto, se excluyen del ámbito regulado por el Estatuto de los

---

<sup>354</sup> SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “Concepto comunitario de trabajador, subordinación y normas de competencia judicial. STJUE (Sala Primera) de 11 de abril de 2019 (asunto C-603/17)”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, N.º 3, 2019, pp. 4 y ss.

<sup>355</sup> Un comentario en GOERLICH PESET, J.M.: “¿Crisis de la “teoría del vínculo”? STJUE de 5 de mayo de 2022”, Blog: El foro de labos, entrada de 25 de mayo de 2022, disponible en: <https://www.elforodelabos.es/2022/05/tesis-de-la-teoria-del-vinculo-stjue-de-5-de-mayo-de-2022/> visitada el 8 de agosto de 2022.

<sup>356</sup> Para GONZÁLEZ DE PATTO, R.M.: “El impacto de la reciente jurisprudencia comunitaria en el régimen jurídico español de despido colectivo”, en VV.AA.: Impacto sobre la legislación laboral española de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: XXXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, MOLINA NAVARRETE, C. (Coord.), Sevilla,

trabajadores: “la actividad que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa solo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo”<sup>357</sup>.

Para la doctrina científica tampoco entrarían dentro de los criterios elaborados por el Tribunal de Luxemburgo los administradores únicos, solidarios o mancomunados, pues es cuestión pacífica que, en principio, su relación es de carácter mercantil y no laboral<sup>358</sup>, salvo que a efectos del despido colectivo se demuestre la característica atenuada de dependencia defendida por el TJUE.

Asimismo, el personal de alta dirección, a la luz de la interpretación del TJUE, no encontrará obstáculos para ser incluido dentro del procedimiento de despido colectivo, tal y como se deduce del artículo 12 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección<sup>359</sup>; al igual que tampoco existirá problema alguno para tener en cuenta a aquellos miembros del Consejo de administración que simultaneen tal condición con una relación laboral común, posibilidad admitida por la jurisprudencia, y que suele darse en el caso de que un director con un limitado ámbito de actuación, ya sea director financiero, de operaciones o de recursos humanos, sea designado como consejero de la sociedad<sup>360</sup>.

Sin embargo, la controversia con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia reside en el supuesto de que un consejero, denominado consejero delegado o presidente ejecutivo, ejerza las funciones de un alto directivo<sup>361</sup> ya que la jurisprudencia ha venido

---

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2019, p. 182, los administradores societarios ex art. 1.3.c) ET, y no solo los altos cargos (ex art. 2. ET), habrán de tomarse en consideración en el despido colectivo, siempre que a juicio del órgano jurisdiccional competente se entienda acreditada, con independencia de la naturaleza del vínculo contractual existente, la sujeción al poder de dirección empresarial.

<sup>357</sup> No obstante, la jurisprudencia del TS, de la Sala de lo Social, Civil o Contencioso-administrativo ha terminado que la exclusión del art. 1.3.c) ET es omnicomprendiva para cualquier integrante del órgano de administración de la sociedad, cualquiera que fuera la forma organizativa adoptada. Cfr., MARTÍNEZ MORENO, C.: “Sobre la posibilidad de un concepto común y expansivo de trabajador en el Derecho de la Unión Europea: a propósito de la “laboralización” de los administradores y consejeros”, op. cit., p. 73.

<sup>358</sup> BARROS GARCÍA, M.: “¿Continúa vigente la “doctrina del vínculo” tras la modificación de la Ley de Sociedades de Capital?”, Actualidad Jurídica Uría Menéndez, N.º 41, 2015, p. 35.

<sup>359</sup> CABEZA PEREIRO, J.: “El concepto de trabajador en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, op. cit., p. 53.

<sup>360</sup> BARROS GARCÍA, M.: “¿Continúa vigente la “doctrina del vínculo” tras la modificación de la Ley de Sociedades de Capital?”, op. cit., p. 41.

<sup>361</sup> Las funciones del personal de alta dirección vienen delimitadas en el art. 1.2 del Real Decreto 1382/1985: “se considera personal de alta dirección a aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la

admitiendo su incompatibilidad a favor de la relación mercantil y en contra de la relación laboral especial, con algunas excepciones<sup>362</sup>. Esto es lo que se conoce como “doctrina del vínculo”, cuyo origen se sitúa en la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 1988, *caso Huarte*, RJ 1988/7148, en la que se niega y excluye la compatibilidad de la relación de administrador con funciones ejecutivas con la relación de personal laboral de alta dirección, existiendo tan solo una relación mercantil.

Así, la jurisprudencia social<sup>363</sup> ha precisado que: “en supuestos de desempeño simultáneo de actividades propias del Consejo de administración de la Sociedad, y de alta dirección o gerencia de la empresa, lo que determina la calificación de la relación como mercantil o laboral, no es el contenido de las funciones que se realizan sino la naturaleza de vínculo, por lo que si existe una relación de integración orgánica, en el campo de la administración social, cuyas facultades se ejercitan directamente o mediante delegación interna, la relación no es laboral, sino mercantil, lo que conlleva a que, como regla general, sólo en los casos de relaciones de trabajo, en régimen de dependencia, pero no calificables de alta dirección sino como comunes, cabría admitir el desempeño simultáneo de cargos de administración de la Sociedad y de una relación de carácter laboral”.

A pesar de lo anterior, autorizada doctrina entiende que los tribunales españoles podrían determinar como trabajadores a los consejeros ejecutivos a los efectos de la Directiva 98/59/CE sin tener que incurrir en interpretación *contra legem*. En concreto, la exclusión del art. 1.3.c) iría referida literalmente a un miembro del órgano de administración cuya actividad se limitase “pura y simplemente” al mero desempeño del cargo de consejero y a la realización de los cometidos inherentes a tal cargo. De este

---

titularidad jurídica de la Empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la Entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad”. Para un tratamiento más exhaustivo, véase, MONEREO PÉREZ, J.L. y DE VAL TENA, Á.L.: “Configuración jurídica de la relación especial del personal de alta dirección”, en VV.AA.: El régimen jurídico del personal de alta dirección (aspectos laborales y de Seguridad Social), MONEREO PÉREZ, J.L. y DE VAL TENA, Á.L. (Dirs.), Granada, Comares, 2010 y ORTEGA LOZANO, P.G.: “Criterios delimitadores del personal directivo como relación laboral de carácter especial: la recíproca confianza en el vínculo”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, N.º 4, 2022.

<sup>362</sup> MARTÍNEZ MORENO, C.: “Sobre la posibilidad de un concepto común y expansivo de trabajador en el Derecho de la Unión Europea: a propósito de la “laboralización” de los administradores y consejeros”, *op. cit.*, p. 75.

<sup>363</sup> Véase SSTs de 29-9-1988 (RJ 1988/7143), 21-1-1991, 13-5-1991, 3-6-1991, 18-6-1991, 18-6-1991, 27-1-1992 (RJ 1992/76; rec. 1368/1991), 11-3-1994 (RJ 1994/2287; rec. 1318/1993), 22-12-94 (rec. 2889/1993), 16-6-1998 (RJ 1998, 5400; rec. 5062/1997), 20-11-2002 (rec. 337/2002) y 26-12-2007 (RJ 2008/1777) (rec. 1652/2006), 24-5-2011 (RJ 2011/5098; rec. 1427/2010) o 12-3-2014 (rec. 3316/2012).

modo, “la posible doble tipología de un consejero de una sociedad como mero consejero, o como consejero con funciones ejecutivas bajo de la forma de presidente-ejecutivo o de consejero-delegado, jugaría a favor de la posible laboralidad en este segundo escenario”<sup>364</sup>, aunque ello resulta ciertamente controvertido con la jurisprudencia del Tribunal Supremo por la que se establece que las funciones inherentes al órgano de administración no se limitan a las consultivas o deliberativas, sino que también se comprenden las ejecutivas<sup>365</sup>.

A favor de una interpretación extensiva del consejero con funciones ejecutivas como trabajador juega la reforma de la Ley de Sociedades de Capital del año 2014, por la que se modifica el art. 249 LSC y se establece un contrato a celebrar entre tales consejeros y la sociedad, diferenciando en mayor medida entre los denominados como “consejeros *qua* consejeros” y los “consejeros *qua* ejecutivos” desde la perspectiva de que lo único que pertenece al contenido inherente al cargo de consejero es la función deliberativa<sup>366</sup>. Se trata de un contrato cuya naturaleza jurídica no viene precisada en la norma y que se celebra previo voto favorable de las dos terceras partes del Consejo de administración y que debe contener: “todos los conceptos por los que pueda obtener una retribución por el desempeño de funciones ejecutivas, incluyendo, en su caso, la eventual indemnización por cese anticipado en dichas funciones y las cantidades a abonar por la sociedad en concepto de primas de seguro o de contribución a sistemas de ahorro. El consejero no podrá percibir retribución alguna por el desempeño de funciones ejecutivas cuyas cantidades o conceptos no estén previstos en ese contrato” (art. 249, apartados tres y cuatro LSC). Y, lo más importante, supone una ruptura con el régimen retributivo para el resto de los consejeros, “administradores en su condición de tales”, del art. 217 LSC,

---

<sup>364</sup> DE CASTRO MARÍN, E.: Despido colectivo “de hecho”. Aspectos controvertidos en la aplicación práctica del art. 51.1 ET, op. cit., p. 89. En contra, CABEZA PEREIRO, J.: “La última jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en torno a la Directiva de despidos colectivos: un problema de conceptos y de políticas legislativas”, op. cit., p. 12, que indica que no cabrá eficacia directa horizontal de la Directiva 98/59/CE.

<sup>365</sup> SSTs, Sala de lo Social, de 26 de diciembre de 2007, rec. 1652/2006, y, Sala de lo Civil, de 26 de febrero de 2018, rec. 3574/2017.

<sup>366</sup> DE CASTRO MARÍN, E.: Despido colectivo “de hecho”. Aspectos controvertidos en la aplicación práctica del art. 51.1 ET”, op. cit., p. 89 y PAZ ARES, C.: “Ad impossibilia nemo tenetur (o por qué recelar de la novísima jurisprudencia sobre retribución de administradores)”, InDret. Revista para el análisis del Derecho, N.º 2, 2009, pp. 6 y 7.

lo cual da a entender que la dedicación e involucración en la gestión de la sociedad de los administradores ejecutivos es superior a la de los no ejecutivos<sup>367</sup>.

En cualquier caso, más allá de esta discusión doctrinal, lo que le interesa al TJUE para que se considere al consejero o administrador como trabajador a efectos de la Directiva 98/59 es que se valore caso por caso si concurre: la sujeción a criterios jerárquicos, la retribución económica y la falta de participación en la propiedad de la empresa (sin que este último sea un criterio excluyente de por sí<sup>368</sup>). Para autorizada doctrina, la eventual laboralización de los consejeros ejecutivos y el fin de la doctrina del vínculo supone una conclusión precipitada, no solo porque el TJUE en el asunto *Bosworth y Hurley* (C-603/17) haya cerrado la puerta en un supuesto similar, sino porque será necesario para valorar la respuesta “examinar y valorar todas las circunstancias en las que el miembro del consejo fue contratado, la naturaleza y alcance de las funciones que se le encomendaron, el marco en que las mismas se ejercen, y el control del que es objeto en el seno de la sociedad, así como las condiciones y los términos en que puede ser destituido”<sup>369</sup>. En definitiva, se trata de evitar automatismos en la exclusión del consejero o administrador<sup>370</sup>.

- Las personas que realizan actividades prácticas en la empresa y su compatibilidad con el Derecho interno

Otra de las cuestiones que se ha analizado como segunda cuestión prejudicial en la sentencia de 9 de julio de 2015, asunto *Balkaya*, es si una persona que realiza una actividad práctica en la empresa (“trabajador en prácticas”), como trabajo en prácticas, para adquirir conocimientos o profundizar en estos o para seguir una formación profesional, sin percibir una retribución del empresario pero sí una ayuda económica de

---

<sup>367</sup> BARROS GARCÍA, M.: “¿Continúa vigente la “doctrina del vínculo” tras la modificación de la Ley de Sociedades de Capital?”, op. cit., p. 39.

<sup>368</sup> Aunque resulta extraño que una persona con una participación relevante en el capital social puede llegar a ser declarada persona trabajadora conforme a la doctrina del TJUE.

<sup>369</sup> MARTÍNEZ MORENO, C.: “Sobre la posibilidad de un concepto común y expansivo de trabajador en el Derecho de la Unión Europea: a propósito de la “laboralización” de los administradores y consejeros”, op. cit., pp. 81-84. La autora añade que, en sentido similar al modelo dual de gobierno societario (casos *Danosa* y *Balkaya*), el consejero ejecutivo se encuentra sometido a otro órgano como es el consejo de administración, quien ejerce las facultades de supervisión y control.

<sup>370</sup> GOERLICH PESET, J.M.: “¿Crisis de la “teoría del vínculo”? STJUE de 5 de mayo de 2022”, en Blog: *El foro de Labos*, entrada de 25 de mayo de 2022, disponible en: <https://www.elforodelabos.es/2022/05/crisis-de-la-teoria-del-vinculo-stjue-de-5-de-mayo-de-2022/> (consultada el 10/01/2023).



un organismo público que se encarga de fomentar el empleo, en este caso en una determinada actividad como son las funciones de auxiliar de ofimática, debe de ser considerada trabajadora a efectos del art. 1.1 de la Directiva 98/59/CE.

En este sentido, el Tribunal de Luxemburgo reitera jurisprudencia anterior, aunque relacionada con la libre circulación de trabajadores<sup>371</sup>, para reconocer que “el concepto de trabajador en Derecho de la Unión comprende también a las personas que desarrollan una actividad en prácticas de carácter preparatorio o períodos de aprendizaje en una profesión, los cuales pueden ser considerados una preparación práctica relacionada con el propio ejercicio de la profesión de que se trate, dado que tales períodos se efectúan en las condiciones de una actividad retribuida real y efectiva, en favor de un empresario y bajo la dirección de éste”. Conclusión que no puede quedar desvirtuada “por el hecho de que la productividad del interesado sea escasa, no realice una tarea completa y, por tanto, sólo trabaje durante un número reducido de horas por semana y consecuentemente no perciba más que una retribución limitada”.

Sin embargo, el asunto *Balkaya* va más allá y determina que ni el Derecho nacional podrá limitar la condición de trabajador comunitario del “trabajador en prácticas”, algo nada inusual en la jurisprudencia comunitaria al tratarse de un concepto autónomo de trabajador, y que tampoco la ausencia de remuneración por parte del empresario determinará la exclusión de la protección social del Derecho de la Unión, última precisión que resulta realmente novedosa en la jurisprudencia comunitaria<sup>372</sup>. En efecto, en palabras del Tribunal de Justicia “ni el contexto jurídico de la relación laboral en Derecho nacional en el marco de la cual se realiza una formación profesional o una actividad en prácticas, ni el origen de los recursos destinados a la retribución del interesado y, en particular, como sucede en este caso, la financiación de ésta mediante subvenciones públicas, pueden

---

<sup>371</sup> Véase, sentencias *Lawrie-Blum* (Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de julio de 1986, *Deborah Lawrie-Blum* contra Land Baden-Württemberg, Asunto C-66/85, ECLI:EU:C:1986:284), *Kurz* (Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de noviembre de 2002, *Bülent Kurz*, nacido *Yüce* contra Land Baden-Württemberg, Asunto C-188/00, ECLI:EU:C:2002:694) y *Kranemann* (Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de marzo de 2005, *Karl Robert Kranemann* contra Land Nordrhein-Westfalen, Asunto C-109/04, ECLI:EU:C:2005:187).

<sup>372</sup> MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: “El régimen del despido colectivo en el ordenamiento europeo: contrastes y fricciones con el ordenamiento español”, op. cit., p. 128.

tener ningún tipo de consecuencias respecto al reconocimiento o no de una persona como trabajadora”<sup>373</sup>.

El TJUE extiende, de nuevo, el concepto comunitario de trabajador a las personas que realicen prácticas, se podría decir que consciente de las frecuentes políticas actuales defraudatorias que giran en torno al “falso becario”. No obstante, esta interpretación amplia entra en contradicción con la mayoría de los ordenamientos internos y, en concreto, con el Derecho laboral español que ha venido excluyendo de la relación de trabajo a las personas en fase de aprendizaje o formación, salvo los contratos formativos, sobre la base de dos argumentos que podríamos denominar ortodoxos: i) la falta de actividad propiamente laboral ya que se trata de una actividad de aprendizaje o de preparación profesional que redundaría en beneficio de la persona en formación y que, por tanto, no puede ser considerada por ello “trabajo”; ii) la falta de remuneración, al menos por parte del empresario, pues la actividad redundaría en beneficio de la persona en formación y no recae en la empresa, provocando que esta no esté dispuesta a pagar y no pague, de hecho, una remuneración<sup>374</sup>.

Unos límites en la legislación interna que, como se ha indicado, son irrelevantes para el Tribunal de Justicia, pero que necesitan de un esfuerzo interpretativo por parte de los tribunales españoles para encajar tales relaciones extralaborales en el campo del Derecho del trabajo y, en concreto, en las notas configuradoras del art. 1.1 ET, esto es, voluntariedad, retribución, ajenidad y dependencia o subordinación. De este modo, a pesar de la adscripción inicial del contrato extramuros de la legislación laboral, el tribunal no incurrirá en interpretación *contra legem*<sup>375</sup> ya que, según reiterada jurisprudencia, “los contratos tienen la naturaleza que se deriva de su real contenido obligacional, independientemente de la calificación jurídica que les den las partes; de modo que a la hora de calificar la naturaleza laboral o no de una relación debe prevalecer sobre la atribuida por las partes, la que se derive de la concurrencia de los requisitos que determinan la laboralidad y de las prestaciones realmente llevadas a cabo” [véase, entre

---

<sup>373</sup> Con cita en las sentencias Bettray, 344/87, EU:C:1989:226, apartados 15 y 16; Birden, C-1/97, EU:C:1998:568, apartado 28, y Kurz, C-188/00, EU:C:2002:694, apartado 34.

<sup>374</sup> GÓMEZ ABELLEIRA, F.J. y DÍAZ ZAFORAS, D.: “La construcción judicial del concepto de despido colectivo por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, Revista Española de Derecho Europeo, N.º 57, 2016, p. 45.

<sup>375</sup> DE CASTRO MARÍN, E.: Despido colectivo “de hecho”. Aspectos controvertidos en la aplicación práctica del art. 51.1 ET, op. cit., p. 94.

otras, SSTS de 20 de marzo de 2007 (RJ 2007, 4626) y 7 de noviembre de 2007 (RJ 2008, 299)].

En efecto, el Tribunal Supremo viene admitiendo que “solo cuando el aspecto productivo prime sobre el formativo, la actividad del becario será considerada como laboral, en cuanto incorporada a la organización o institución”<sup>376</sup>. Interpretación del Alto Tribunal español que va en la línea de la defendida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, aunque ciertamente esta última más amplia, ya que para que se trate de trabajador a efectos del Derecho de la Unión la persona en prácticas debe realizar una actividad laboral que sea real y efectiva. Por ello, su formación debe de realizarse mediante la actividad laboral y no sobre la base de formación lectiva o por la mera observación del trabajo de otro. Como ya se ha indicado, la productividad pierde importancia y el Tribunal de Justicia se centra en que la persona asuma tareas reales, que sean propias de un oficio, puesto o profesión, incluso aunque se desarrollen de manera incompleta<sup>377</sup>. De hecho, que la persona asuma tareas reales, aunque estén mal pagadas o se desempeñen en un reducido horario no será excusa para excluir la relación laboral, pues el trabajo en prácticas no debe de tener otra finalidad que no sea la de facilitar el estudio o el aprendizaje, incurriendo, en caso contrario, en fraude de ley<sup>378</sup>.

En definitiva, en virtud de la aplicación de la Directiva 98/59/CE toda persona en prácticas o que realice una actividad formativa mediante la realización de tareas análogas a las que desarrollan el resto de los trabajadores de la empresa será catalogada como trabajador. Una postura interpretativa criticada por la doctrina por ser excesivamente

---

<sup>376</sup> Criterio que se recoge en MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M<sup>a</sup>.N., y VILA TIERNO, F.: Manual de Derecho del Trabajo, Granada, Comares, 2022. En el mismo sentido, MERCADER UGUINA, J.R.: Lecciones de Derecho del Trabajo, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 322 recoge la principal jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia (SSTS de 29 de mayo de 2008, rec. 4247/2006; de 29 de marzo de 2007, rec. 5517/2005; y de 4 de abril de 2006, rec. 856/2005) e indica que la clave para diferenciar entre beca y contrato de trabajo es “que la finalidad perseguida en la concesión de becas no estriba en beneficiarse de la actividad del becario, sino en la ayuda que se presta en su formación. El rasgo diferencial de la beca como percepción es su finalidad primaria de facilitar el estudio y la formación del becario y no la de apropiarse de los resultados o frutos de su esfuerzo o estudio, obteniendo de ellos una utilidad en beneficio propio... De ahí que las labores encomendadas al becario deben estar en consonancia con la finalidad de la beca y, si no es así y las tareas que se le ordena realizar integran los cometidos propios de una categoría profesional, la relación entre las partes será laboral”.

<sup>377</sup> GÓMEZ ABELLEIRA, F.J. y DÍAZ ZAFORAS, D.: “La construcción judicial del concepto de despido colectivo por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, op. cit., p. 46.

<sup>378</sup> DE CASTRO MARÍN, E.: Despido colectivo “de hecho”. Aspectos controvertidos en la aplicación práctica del art. 51.1 ET, op. cit., pp. 92 y 93.

amplia, sobre todo cuando falta la remuneración<sup>379</sup>. Sin embargo, más allá de esta discusión acerca de la laboralidad o no de los trabajadores en prácticas, argumento igualmente extensible a los consejeros de sociedades, la jurisprudencia comunitaria en realidad lo que pretende no es tanto modificar su competencia jurisdiccional, sino elaborar una serie de derechos mínimos que se unifiquen para todos los trabajadores en materia de política social según el concepto comunitario (por ejemplo, además de la Directiva 98/59, la Directiva 2003/88 sobre el tiempo de trabajo y las Directivas 76/207 y 92/85, como en el caso *Danosa*)<sup>380</sup>.

Y esto último incluso podría ser discutible para el caso de los trabajadores en prácticas y el procedimiento de despido colectivo ya que, si se analiza la parte dispositiva de la sentencia *Balkaya*, el TJUE solo considera que el becario “tiene la condición de trabajador a efectos de esta disposición”, precisando que se trata del artículo 1, apartado 1, letra a), de la Directiva 98/59. En otras palabras, a diferencia de en el caso del administrador societario que el TJUE se refiere a la importancia de extender en algunos casos la protección del despido colectivo a este colectivo<sup>381</sup>, el Tribunal de Luxemburgo solo parece referirse al trabajador en prácticas a los efectos del umbral de plantilla existente en la empresa ya que el procedimiento de consulta-negociación y de intervención de la autoridad pública en el despido colectivo se contiene en el resto de disposiciones (artículo 2 y siguientes de la Directiva). Respuesta quizá muy condicionada por las circunstancias del supuesto de hecho de base y por la elaboración de la cuestión

---

<sup>379</sup> GÓMEZ ABELLEIRA, F.J. y DÍAZ ZAFORAS, D.: “La construcción judicial del concepto de despido colectivo por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, op. cit., pp. 46-48, argumentan que el TJUE reconoce la ausencia de remuneración por parte del empresario como una circunstancia irrelevante con cita en una sentencia, el asunto *Betray*, que termina por reconocer que la actividad económica desarrollada por el trabajador no es real ni efectiva, ya que tiene una finalidad de reinserción y reeducación. Por ello se entiende que cuando la utilidad que aporta el trabajador a la empresa es ínfima y lo predominante en la actividad es la utilidad que reporta a quien la realiza, la calificación no puede ser la de trabajador a efectos de la Directiva 98/59/CE, siendo un muy buen indicio de la falta de utilidad patrimonial que la actividad no sea remunerada por la empresa u organización en la que se inserta.

<sup>380</sup> OLIVERA MASSÓ, P.: “Un seísmo llamado *Balkaya*. Su impacto en el régimen jurídico de los Administradores de las sociedades de capital”, *Diario La Ley*, N.º 8966, Sección Tribuna, 2017, pp. 4 y 5/5.

<sup>381</sup> Recuérdense el apartado 46 del asunto *Balkaya* por el que: “ha de señalarse a este respecto, de un lado, que nada indica que un empleado que es miembro de una sociedad de capital, concretamente de una pequeña o mediana sociedad como la controvertida en el asunto principal, se encuentra forzosamente en una situación diferente de la de otras personas empleadas por esa sociedad en lo que respecta a la necesidad de mitigar las consecuencias de su despido y, en particular, de prevenir a tal fin, conforme al artículo 3, apartado 1, de la citada Directiva, a la autoridad pública competente para que ésta pueda buscar soluciones a los problemas planteados por todos los despidos considerados”.

prejudicial por el órgano remitente, pero que no hubieran impedido, como en el caso de los consejeros, una argumentación del Tribunal de Justicia en el mismo sentido.

Dicho lo anterior, procede analizar las diversas instituciones jurídicas por las que el “becario” puede desarrollar su actividad formativa en el ordenamiento jurídico español, con el fin de comprobar si, al margen de la intervención de los tribunales en materia de contratación fraudulenta, se cumplen los estándares del Tribunal de Justicia y, por tanto, el trabajador en cuestión podría o no ser incluido en el procedimiento de despido colectivo, aunque solo fuera a los efectos de entrar dentro de la plantilla computable.

En primer lugar, los contratos formativos del artículo 11 ET, de formación en alternancia y de obtención de la práctica profesional (modificados por la Reforma laboral de 2021), entrarían plenamente dentro de la ordenación del despido colectivo, tanto a efectos de cómputo como de garantías, al tratarse de contratos laborales, eso sí, con especialidades.

En segundo lugar, las prácticas académicas externas, extracurriculares o curriculares, de los estudiantes universitarios<sup>382</sup> no supondrán una relación laboral y, por tanto, se encontrarán excluidas a todos los efectos del procedimiento de despido colectivo. En efecto, “constituyen una actividad de naturaleza formativa realizada por los estudiantes universitarios y supervisada por las Universidades, cuyo objetivo es permitir a los mismos aplicar y complementar los conocimientos adquiridos en su formación académica, favoreciendo la adquisición de competencias que les preparen para el ejercicio de actividades profesionales, faciliten su empleabilidad y fomenten su capacidad de emprendimiento” (art. 2 RD 592/2014). Se trata, por tanto, de una actividad de naturaleza exclusivamente formativa, realizada por los estudiantes universitarios con supervisión de las propias universidades a través del correspondiente tutor académico asignado al alumno, prácticas que se realizan en todo caso previa suscripción de un convenio de cooperación educativa entre la entidad colaboradora y la universidad, con el único objetivo de permitir la aplicación de los conocimientos adquiridos y de completar la formación académica del alumno, favoreciendo con ello su empleabilidad futura y el desarrollo del emprendimiento, con una duración limitada y con unos horarios

---

<sup>382</sup>Real Decreto 592/2014, de 11 de julio, por el que se regulan las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios.

compatibles con la actividad académica de acuerdo a un previo proyecto formativo<sup>383</sup>. Ello sin perjuicio de que el estudiante reciba una retribución económica en concepto de bolsa o ayuda al estudio o de que esté dado de alta correspondientemente en la Seguridad Social<sup>384</sup>. Asimismo, tampoco los conocidos como “módulos profesionales de formación en centros de trabajo” que operan en cada uno de los estudios de formación profesional tendrán carácter laboral y entrarán en consideración en el despido colectivo<sup>385</sup>. En cambio, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido admitiendo que, superada la fase formativa, los alumnos de las escuelas-taller y casas de oficios que trabajen “en prácticas” lo hacen en el marco de genuinos contratos de trabajo (STS de 7 de julio de 1998, rec. 2573/1997)<sup>386</sup>.

En tercer lugar, el conocido como “contrato predoctoral”, regulado en el Real Decreto 103/2019, de 1 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto del personal investigador predoctoral en formación, con las especificidades de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, no plantea problemas en la incorporación en el procedimiento de despido colectivo ya que este se constituye como un contrato laboral que tiene una doble finalidad: por un lado, formativa, conducente a obtener las competencias y habilidades necesarias para adquirir un título de Doctorado, y, por otro lado, investigadora (o laboral), a la hora de participar en tareas de investigación en un proyecto específico y novedoso<sup>387</sup>. En concreto, el art. 9 del RD 103/2019 indica que: “el contrato predoctoral se extinguirá por la llegada a término o previa denuncia de cualquiera de las partes, así como por las restantes causas previstas en el artículo 49 del

---

<sup>383</sup> DE CASTRO MARÍN, E.: Despido colectivo “de hecho”. Aspectos controvertidos en la aplicación práctica del art. 51.1 ET, op. cit., pp. 93 y ss.

<sup>384</sup> Real Decreto 1493/2011, de 24 de octubre, por el que se regulan los términos y las condiciones de inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de las personas que participen en programas de formación, en desarrollo de lo previsto en la disposición adicional tercera de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social.

<sup>385</sup> Real Decreto 1147/2011, de 29 de julio, por el que se establece la ordenación general de la formación profesional del sistema educativo.

<sup>386</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F. y SEMPERE NAVARRO, A.V.: “La delimitación del contrato de trabajo en la jurisprudencia unificada del Tribunal Supremo”, en VV.AA.: Las fronteras del contrato de trabajo en la jurisprudencia, SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir.) y MALDONADO MONTOYA, J.P. (Coord.), Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2020, pp. 156 y 157.

<sup>387</sup> Para una configuración jurídica del contrato predoctoral, véase, MORENO GENÉ, J.: “El nuevo Estatuto del personal investigador predoctoral en formación: aspectos jurídico-laborales y de Seguridad Social”, Temas laborales, N.º 147, 2019, pp. 77-114.

texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”, reconociendo implícitamente la extinción por despido colectivo.

Por último, al margen de otras figuras que también podrían resultar controvertidas, las conocidas como prácticas no laborales, reguladas en el RD 1543/2011, de 31 de octubre, dirigidas a personas jóvenes, de entre 18 y 25 años inclusive, que posean una titulación oficial universitaria, de formación profesional o análoga, siempre y cuando no hayan tenido una relación laboral u otro tipo de experiencia profesional por un tiempo superior a tres meses en la misma actividad<sup>388</sup>, no tendrán la consideración, en ningún caso, de relación laboral (art. 2.2). No obstante, a la luz del concepto comunitario de trabajador esta limitación que impone el Derecho interno no se corresponde con la definición de trabajador a efectos de la Directiva 98/59/CE. En efecto, “los requisitos de acceso a esta incorrectamente denominada como práctica no laboral, la obligatoriedad de contraprestación económica en términos tasados en la norma, la suscripción de un previo convenio de colaboración con el Servicio Público de Empleo competente en razón del ámbito territorial del centro de trabajo donde se desarrollen aquellas, y no con la entidad docente como en el supuesto de las prácticas curriculares o extracurriculares en el ámbito de las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios, o la obligatoria inclusión en el sistema de la Seguridad Social, jugarían todos ellos como elementos para la catalogación de la relación como laboral”. Además, tal y como se desprende de la Exposición de motivos y del propio desarrollo reglamentario la función de estas prácticas no es la formación, sino la mejora de la empleabilidad y la de ofrecer un primer empleo a estos jóvenes<sup>389</sup>.

*B) Trabajadores “habitualmente” empleados, contratación temporal y plantilla computable: el asunto Pujante Rivera*

El Tribunal de Justicia, en su función de máximo intérprete del Derecho de la Unión Europea, resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social n.º 33 de Barcelona en su sentencia de 11 de noviembre de 2015, *Pujante Rivera*, C-422/14. En el marco de un conflicto por la superación de los umbrales del despido colectivo, el órgano judicial remitente pregunta entre otras cuestiones prejudiciales al Tribunal de

---

<sup>388</sup> No se tienen en cuenta a efectos del cómputo de los tres meses las prácticas que formen parte de los currículos para la obtención de las titulaciones o certificados correspondientes (art. 3.1 RD 1543/2011).

<sup>389</sup> Argumentación esgrimida por DE CASTRO MARÍN, E.: Despido colectivo “de hecho”. Aspectos controvertidos en la aplicación práctica del art. 51.1 ET, op. cit., p. 94, que incluso defiende que las prácticas no laborales en empresas son contrarias el art. 1.1 del ET.

Luxemburgo si, a pesar de que las extinciones regulares de contratos temporales quedan fuera del ámbito de aplicación y protección de la Directiva 98/59/CE en virtud del art. 1.2.a), estas personas computan como trabajadores “habitualmente” empleados a efectos de calcular la plantilla computable y el número mínimo de despidos exigidos para que exista despido colectivo (10% o 30 trabajadores)<sup>390</sup>. Como se ha indicado, se trata de una cuestión ciertamente importante ya que de la inclusión o no de los trabajadores temporales puede depender de que se alcance el mínimo de 20 trabajadores en el centro de trabajo y, en el caso español, puede provocar que la plantilla empresarial aumente y, por tanto, que se exija un mayor número de despidos para que exista despido colectivo<sup>391</sup>.

Sobre la base de lo anterior, el Tribunal de Justicia reitera su interpretación del asunto *Rabal Cañas*<sup>392</sup> en el sentido de resaltar que las extinciones individuales de los contratos de trabajo celebrados por una duración o para una tarea determinadas que se extingan de forma “regular”, esto es, “cuando dichas extinciones tienen lugar en la fecha en la que el contrato de trabajo llega a su fin o se finaliza la tarea encomendada”, no se consideran como extinciones computables. De ello se desprende que los trabajadores cuyos contratos se extinguen por la llegada regular de su término resolutorio no deben ser tenidos en cuenta a efectos de determinar los umbrales y, por tanto, la existencia de un “despido colectivo”, en el sentido de la Directiva 98/59<sup>393</sup>. Recuérdese que el art. 1.2.a) excluye de la protección de la Directiva 98/59 “a los despidos colectivos efectuados en el marco de contratos de trabajo celebrados por una duración o para una tarea determinadas, salvo si estos despidos tienen lugar antes de la finalización o del cumplimiento de esos contratos”<sup>394</sup>. En cambio, como se analizará con posterioridad, sí que entrarán dentro del

---

<sup>390</sup> Recuérdese que la Directiva 98/59/CE utiliza la fórmula de los trabajadores habitualmente empleados para calcular la plantilla computable frente al ET español que utiliza la figura de los trabajadores ocupados, en concreto, en el día en que se inicie el procedimiento, cualquiera que sea la modalidad contractual utilizada (art. 1.1 RPDC).

<sup>391</sup> GUALDA ALCALÁ, F.J., y GUALDA ALCALÁ, M.: La aplicación del despido colectivo por la doctrina judicial, Albacete, Bomarzo, 2016, p. 64.

<sup>392</sup> STJUE de 13 de mayo de 2015, Rabal Cañas, C-392/13.

<sup>393</sup> La respuesta a la segunda cuestión prejudicial en el asunto Rabal Cañas es suficientemente precisa: “El artículo 1, apartado 1, de la Directiva 98/59 debe interpretarse en el sentido de que, para apreciar si se ha llevado a cabo un «despido colectivo» en el sentido de dicha disposición, no han de tenerse en cuenta las extinciones individuales de contratos de trabajo celebrados por una duración o para una tarea determinadas, cuando dichas extinciones tienen lugar en la fecha en la que el contrato de trabajo llega a su fin o se finaliza la tarea encomendada”.

<sup>394</sup> La normativa española solo se refiere expresamente a la exclusión del cómputo de las extinciones de los contratos temporales (“por expiración del tiempo convenido”) para el caso de las extinciones asimiladas (art. 51.1 ET y 1.1 RPDC).



procedimiento del despido colectivo aquellos contratos temporales extinguidos *ante tempus* o celebrados de forma fraudulenta.

Tras precisar lo expuesto, el TJUE en el asunto *Pujante Rivera* recoge, de nuevo, el concepto comunitario de trabajador y sus notas esenciales (remuneración y sujeción al poder de dirección empresarial), concluyendo que los trabajadores con contratos de trabajo temporales reúnen dichas características esenciales y, por tanto, deben de integrarse en el concepto de trabajador del art. 1.1 Directiva 98/59/CE. Además, habida cuenta de que los umbrales de los despidos colectivos son indisponibles para los Estados miembros y que la propia Directiva no establece distinciones según la duración de los contratos de dichos trabajadores, “no cabe concluir de inmediato que las personas con un contrato de trabajo celebrado por una duración o para una tarea determinadas no pueden considerarse trabajadores «habitualmente» empleados en el centro de trabajo de que se trate”. En efecto, si bien en el asunto *Rabal Cañas* el Tribunal de Luxemburgo reconoce a la extinción regular de los contratos temporales como no computables, en el asunto *Pujante Rivera* sí que considera, en principio, a los trabajadores con contrato temporal como integrantes de la plantilla de trabajadores “habitualmente” empleados.

Para el Tribunal de Justicia excluir a los trabajadores temporales de la plantilla computable puede privar al conjunto de los trabajadores empleados por dicho centro de trabajo de los derechos que les reconoce dicha Directiva y, por lo tanto, menoscabaría su efecto útil<sup>395</sup>. Es más, el Alto Tribunal comunitario niega el argumento del órgano remitente, ya que no resulta contradictorio, por un lado, no conceder la protección garantizada por la Directiva a los trabajadores temporales cuyo contrato de trabajo se ha extinguido y, por otro lado, tomar a estos trabajadores en consideración para determinar los trabajadores “habitualmente” empleados, ya que esta divergencia se explica por las distintas finalidades que persigue el legislador de la Unión Europea. Para la Abogada General en sus conclusiones<sup>396</sup> ello se debe examinar a la luz de los diferentes objetivos: “El artículo 1, apartado 2, letra a), de la Directiva 98/59 sólo excluye a los empleados

---

<sup>395</sup> En este sentido, el Tribunal de Justicia recuerda la STJUE de 18 de enero de 2007, *Confédération générale du travail y otros*, C-385/05, por la que: “El artículo 1, apartado 1, letra a), de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que excluye, aunque sólo sea temporalmente, a una determinada categoría de trabajadores del cálculo del número de trabajadores empleados previsto en dicha disposición”.

<sup>396</sup> Conclusiones de la Abogada General Sra. J. Kokott, presentadas el 3 de septiembre de 2015, en el asunto C-422/14, *Pujante Rivera*.

temporales del ámbito de aplicación de la Directiva cuando su relación de empleo concluye de forma regular mediante el transcurso del tiempo o el cumplimiento de la actividad estipulados, pues no tienen necesidad alguna de protección equivalente a la prevista para los empleados de forma indefinida. En consecuencia, los deberes de información y consulta establecidos en la Directiva no son, por regla general, exigibles en tales casos. Frente a ello, el legislador de la Unión, en el artículo 1, apartado 1, letra a), inciso i), de la Directiva 98/59, al hacer depender el proyecto de un despido colectivo tanto de un número mínimo de despidos como también del número de trabajadores empleados en el centro de trabajo de que se trata, pone de manifiesto que los empresarios sólo deben quedar sometidos a la carga de tramitar el procedimiento establecido en la Directiva cuando el correspondiente centro de trabajo tenga un tamaño mínimo concreto. Ese tamaño debe determinarse según el número de trabajadores allí empleados habitualmente, sin que sea relevante a este respecto la naturaleza de las relaciones laborales”. En definitiva, para el TJUE los trabajadores temporales no necesitan ser protegidos de la misma manera que los trabajadores por tiempo indefinido, aunque los primeros también pueden disfrutar de la protección de la Directiva si se encuentran en una situación análoga a los segundos, esto es, “si se pone fin a la relación laboral antes del término fijado en el contrato o antes de que haya concluido la tarea para la que fueron contratados”.

El Tribunal de Luxemburgo determina, así, que los trabajadores con un contrato celebrado por duración determinada deben de considerarse incluidos entre los trabajadores habitualmente empleados en el centro de trabajo o empresa —en el caso español— de que se trate, sin incluir más distinción o limitación. El último argumento que utiliza el TJUE en el apartado 40 para justificar esta posición demuestra, una vez más, la racionalidad económica que inspira la regulación comunitaria. En palabras del Tribunal de Justicia, el “legislador, al supeditar a criterios cuantitativos la aplicación de los derechos concedidos a los trabajadores por el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de la Directiva 98/59, quiso tomar en consideración el total de los efectivos de los centros de trabajo de que se trata con objeto de no imponer a los empresarios una carga desmesurada con respecto al tamaño de su centro de trabajo”.

Con esta interpretación el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no discrepa de lo que se venía entendiendo por los tribunales nacionales en relación con el art. 51.1 ET, que se refiere directamente a trabajadores ocupados, y el desarrollo reglamentario que

establece la plantilla computable: “a efectos del cómputo de la plantilla de la empresa, se incluirá la totalidad de los trabajadores que presten servicios en la misma en el día en que se inicie el procedimiento, cualquiera que sea la modalidad contractual utilizada” (art. 1.1 RPDC). En efecto, la doctrina ha venido defendiendo que dentro de la unidad de cómputo deben de considerarse todos los trabajadores vinculados a la misma, al margen de su modalidad contractual (indefinida o de duración de terminada, a tiempo completo o a tiempo parcial)<sup>397</sup>.

No obstante, la solución dada en el asunto *Pujante Rivera* debe de ser criticada, sobre todo si se tiene en cuenta que la exclusión del cómputo de los trabajadores temporales en la plantilla de la empresa no provoca un menoscabo del efecto útil de la Directiva 98/59. Todo lo contrario, no contabilizar a los trabajadores con contrato temporal beneficiará la aplicación del procedimiento de despido colectivo ya que, a mayor número de plantilla computable, mayor será el número de despidos exigidos para superar el umbral del despido colectivo. Tan solo extender los trabajadores temporales a los trabajadores habitualmente empleados podría beneficiar con el fin de alcanzar el mínimo de 20 personas en plantilla exclusivamente para los centros de trabajo según lo dispuesto en el inciso i) del art. 1.1.a) de la Directiva 98/59/CE<sup>398</sup>. En el mismo sentido, el órgano judicial remitente entendía que tomar en consideración los trabajadores temporales a efectos de plantilla computable podía provocar un “efecto incongruente, pernicioso y claramente contrario a los objetivos de la Directiva”. La Abogada General en sus conclusiones responde a esta cuestión del siguiente modo: “ese argumento no resulta convincente ya, por el mero hecho de que tal efecto perjudicial para los trabajadores podría producirse en todo caso en la segunda alternativa del artículo 1, apartado 1, letra a), inciso i), de la Directiva 98/59. Únicamente allí se cuantifica, en concreto, el número mínimo de trabajadores despedidos en porcentaje del número de empleados. Por el contrario, no es éste el caso en las otras dos alternativas de ese precepto. Por tanto, en esos dos casos la toma en consideración de los trabajadores temporales para calcular el número de empleados es ventajosa para los trabajadores y beneficiosa para su protección, ya que el umbral puede alcanzarse en conjunto con mayor facilidad”.

---

<sup>397</sup> MERCADER UGUINA, J.R., y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornadas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 26, con cita en STSJ de Cataluña de 19 de julio de 1995 (sentencia núm. 4390/95).

<sup>398</sup> GONZÁLEZ DE PATTO, R.M.: “El impacto de la reciente jurisprudencia comunitaria en el régimen jurídico español de despido colectivo”, op. cit., p. 181.

Sin embargo, se trata de una contraargumentación que, a mi parecer, es errónea ya que la Abogada General parece apuntar a que la inclusión de los trabajadores temporales puede favorecer entrar en la franja de los centros de trabajo de 300 trabajadores o más, algo que queda difuminado por la exigencia de al menos 30 extinciones (sin que computen los contratos temporales extinguidos de forma regular), pues dicho número de extinciones supera igualmente los umbrales del despido colectivo en la franja de los centros de entre 100 y 300 personas habitualmente empleadas en el supuesto de que los trabajadores temporales no fueran tomados en cuenta y, por tanto, no se pudiera superar los 300 trabajadores ocupados.

En virtud de lo anterior, el Tribunal de Justicia incluye a cualquier trabajador temporal dentro de la plantilla computable, sin que los Estados puedan determinar ningún tipo de exclusión, lo cual provoca que se ponga en duda el concepto de habitualidad que introduce la Directiva comunitaria. En efecto, resulta curioso que la Directiva 98/59/CE se refiera específicamente a los trabajadores habitualmente empleados pero que en otras directivas, como por ejemplo en la Directiva 2002/14, se habilite expresamente a los Estados miembros para que determinen el modo de calcular el número de trabajadores empleados y, por tanto, determinen si estos deben o no ser habituales. A la luz de la amplia interpretación aportada por el Alto Tribunal comunitario cabe preguntarse si cualquier trabajador temporal computará, aunque su contrato lo sea por un período muy corto de días o de pocas semanas. Como ya se ha indicado, el Tribunal de Justicia no ofrece ningún tipo de respuesta o criterio para delimitar el alcance del trabajador temporal “habitual”, mas, todo lo contrario, provoca cierta confusión cuando admite las extinciones de contratos temporales de dos meses anteriores sobre la base de que “estos trabajadores habían sido contratados cada año para una tarea determinada”. Por ello, la doctrina se pregunta si se computan entonces estos trabajadores porque son contratados de manera recurrente y, al contrario, no se computan los trabajadores que sean contratados una sola vez. No obstante, el Tribunal de Justicia esquivo esta apreciación y no ofrece un criterio claro, admitiendo más adelante en la respuesta a la cuestión prejudicial que todos los trabajadores temporales deben de considerarse a efectos de plantilla computable<sup>399</sup>.

---

<sup>399</sup> Para GÓMEZ ABELLEIRA, F.J. y DÍAZ ZAFORAS, D.: “La construcción judicial del concepto de despido colectivo por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, op. cit., p. 49, la conclusión a la que ha llegado el TJUE resulta excesiva por desvirtuar el concepto de la habitualidad.

Además, si lo que buscaba el legislador comunitario era ofrecer el “volumen medio o normal” de la plantilla con el concepto de la habitualidad, no parece razonable que dicha plantilla se pueda calcular con los trabajadores empleados por la empresa en un día concreto, como es el día en que se inicia el procedimiento de despido colectivo (art. 1.1 RPDC), con la comunicación de apertura a los representantes de los trabajadores y copia simultánea a la autoridad laboral (art. 51.2 ET y 2 RPDC). En el mismo sentido la Abogada General del asunto *Pujante Rivera* expresa que “la determinación del número de empleados de un centro de trabajo no puede hacerse depender de un día de referencia ni de un promedio. La expresión habitualmente sugiere, por el contrario, que ha de computarse el número de empleados durante el funcionamiento ordinario de la empresa. Esto puede dar lugar, por ejemplo, a que, para atender los incrementos de trabajo en los momentos de mayor demanda, algunos trabajadores eventuales queden fuera del cómputo, pues no son trabajadores habitualmente empleados en el centro de trabajo”.

En definitiva, para garantizar el efecto útil de la Directiva 98/59/CE, que no es otro que reforzar la protección de los trabajadores en caso de despidos colectivos según reiterada jurisprudencia, resulta necesario que se excluyan a los trabajadores temporales del cómputo de la plantilla computable, al menos si sus extinciones no son tenidas en cuenta a efectos de superar el umbral del despido colectivo. De forma subsidiaria, si no se estima lo anterior, no pueden ser todos los trabajadores incluidos en el tamaño de la plantilla de la empresa, pues de lo contrario se estaría desvirtuando el concepto de la habitualidad, más aún si se computan en un día concreto. A tal fin, la doctrina ha propuesto diversas soluciones al problema planteado.

Por un lado, con el fin de obtener una cifra que refleje el volumen habitual de plantilla, la doctrina científica plantea un período de tiempo relativamente dilatado de entre seis y doce meses en el que computar a los trabajadores en la empresa incluyendo, a su vez, reglas específicas para determinadas contrataciones como temporales, fijos-discontinuos o trabajadores a tiempo parcial, atendiendo a las múltiples posibilidades de distribución de la jornada anual de trabajo, como así hace el Código de Trabajo francés<sup>400</sup>. En cambio, otros autores defienden la aplicación de las reglas del artículo 72 ET para determinar el número de representantes legales de los trabajadores en función de la

---

<sup>400</sup> GÓMEZ ABELLEIRA, F.J. y DÍAZ ZAFORAS, D.: “La construcción judicial del concepto de despido colectivo por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, p. 50.

plantilla y el modo de computar los trabajadores fijos-discontinuos y temporales en la empresa, pues dichas reglas pueden tener mayor encaje en nuestra normativa interna, computando la plantilla en un determinado momento aunque, a la vez, mostrando una “radiografía de la empresa” a efectos de adecuar los umbrales del despido colectivo a la realidad empresarial<sup>401</sup>. En efecto, los trabajadores fijos-discontinuos y los trabajadores temporales cuyo contrato sea superior al año computarán cada uno como una unidad, a diferencia de los trabajadores temporales por término de hasta un año que computarán según el número de días trabajados en el período de un año anterior a la convocatoria de elección y que por cada doscientos días trabajados o fracción se computará como un trabajador más.

Por otro lado, siguiendo la tesis de la Abogada General en el asunto *Pujante Rivera*, se propone que se excluyan no a todos los trabajadores con contrato temporal, sino solo a aquellos que se consideren ocasionales o con trabajos de corta duración vinculados a incrementos extraordinarios y excepcionales de la actividad productiva<sup>402</sup>. Parte de la doctrina *iuslaboralista* española ya ha venido defendiendo la idea de la habitualidad objetiva, pidiendo que se excluyeran de la plantilla computable a aquellos trabajadores de empleos ocasionales<sup>403</sup> y, con ello, a los trabajadores que habían celebrado los anteriores contratos eventuales del art. 15 ET<sup>404</sup>. Llegados a este punto, y a la luz de la Reforma laboral de 2021 que ha reducido ciertamente el ámbito de aplicación del contrato temporal<sup>405</sup>, tras la desaparición formal del contrato eventual y su conversión en el contrato por circunstancias de la producción, en su doble modalidad imprevisible y previsible, parece acertado indicar que deberán de excluirse ambos por ser ambos de carácter ocasional. En cambio, los contratos formativos, tal y como se ha determinado en

---

<sup>401</sup> DE CASTRO MARÍN, E.: Despido colectivo “de hecho”. Aspectos controvertidos en la aplicación práctica del art. 51.1 ET, op. cit., pp. 105 y 106.

<sup>402</sup> GONZÁLEZ DE PATTO, R.M.: “El impacto de la reciente jurisprudencia comunitaria en el régimen jurídico español de despido colectivo”, op. cit., p. 181.

<sup>403</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “La calificación como trabajador y el concepto de despido en la Directiva 98/59”, Derecho de las Relaciones Laborales, N.º 1, 2016, pp. 4 y 5.

<sup>404</sup> GONZÁLEZ DE PATTO, R.M.: “El modelo español de despido colectivo: puntos críticos a la luz de la jurisprudencia comunitaria y su contradictoria recepción en la doctrina judicial”, CEF. Revista de Trabajo y Seguridad Social, N.º 401-402, 2016, p. 91.

<sup>405</sup> MORENO VIDA, M.N.: “Del contrato eventual por circunstancias de la producción al contrato temporal por razones productivas”, en VV.AA.: La reforma laboral de 2021. Estudio técnico de su régimen jurídico, MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Dir.) y ORTIZ CASTILLO, F. (Coord.), Murcia, Laborum, 2022, pp. 55-90.

el asunto *Balkaya*, así como los contratos temporales por sustitución de la persona trabajadora entrarán dentro de la plantilla computable.

### 2.2.3. *Las extinciones computables*

#### *A) Los despidos en sentido estricto: la centralidad de la extinción por motivos no inherentes a la persona de los trabajadores*

Como ya se expuso con anterioridad, el viraje que ha tomado nuestra jurisprudencia acerca del cómputo de las extinciones de los contratos de trabajo a la hora de determinar si se han superado o no los umbrales del despido colectivo, deja atrás la centralidad del principio causal para atender a cualquier despido “por uno o varios motivos no inherentes de las personas de los trabajadores”. De este modo, el elemento cuantitativo se constituye en el presupuesto determinante para catalogar un despido como colectivo<sup>406</sup> y el elemento causal relega su protagonismo al control judicial *ex post*.

Resulta claro determinar que los despidos objetivos por causas empresariales del art. 52.c) ET (despidos individuales o plurales) serán considerados como despidos en sentido estricto a todos los efectos, sean declarados procedentes o improcedentes, o hayan firmado o no el finiquito, pues en “los despidos objetivos en los que se firmaron finiquitos aceptando el efecto extintivo mediante acuerdos también de naturaleza transaccional” pues “no deriva de la persona del trabajador un despido para el que se alega una causa objetiva vinculada al interés empresarial”, así como la “transacción no altera la naturaleza del acto del despido” (STS 1574/2019, de 4 de abril).

La sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2014 (rec. 65/2014) indica que los despidos disciplinarios declarados improcedentes, ya sea por reconocimiento empresarial, transacción judicial o extrajudicial, así como por resolución judicial, deberán de entenderse despidos en sentido estricto. En estos casos, se trata de extinciones adoptadas “a iniciativa del empresario” y “por motivos no inherentes a la persona del trabajador” ya que “no se puede imputar a la conducta personal del trabajador un despido disciplinario que se reconoce como improcedente”. De igual modo, estas extinciones no serían asimiladas al no concurrir el requisito del consentimiento del trabajador, con independencia del acuerdo judicial o extrajudicial, pues tal y como ha declarado el Tribunal Supremo “la transacción no altera la naturaleza del acto del despido,

---

<sup>406</sup> DESDENTADO BONETE, A: “La delimitación legal del despido colectivo. El despido colectivo de hecho”, op. cit., op. cit., p. 67.

pues solo actúa poniendo fin al pleito provocado por esa decisión empresarial (art. 1809 del Código Civil)”. Asimismo, habrá que tener en cuenta que en la mayoría de las ocasiones se recurre al cauce del despido disciplinario para eludir el procedimiento de despido colectivo, lo cual podría constituir un “fuerte indicio de fraude de ley” (SAN 4 de septiembre de 2013, rco. 240/2013).

En cuanto a los contratos temporales, como ya se ha indicado, su extinción está excluida del procedimiento de despido colectivo, siempre y cuando no se pruebe y declare su carácter fraudulento o de terminación *ante tempus* en sede judicial, computando entonces como despido en sentido estricto<sup>407</sup>. Asimismo, tal y como se recoge en la STS 1574/2019, de 4 de abril, con cita en sentencia 13 de julio de 2017 (rco. 25/2017), también estarían comprendidos como despidos en sentido estricto aquellas extinciones de contratos temporales por parte de la empresa contratista a causa de una reducción del volumen o antelación en la terminación del encargo por parte de la empresa principal o comitente.

Mayor problemática se sitúa en torno a las otras causas propias de los despidos objetivos, a), b) y d), esta última derogada recientemente<sup>408</sup>, pues estas, a pesar de que se pudieran tratar presumiblemente de motivos inherentes a la persona de los trabajadores, se asemejarían con la definición dada por el Tribunal comunitario de despido en sentido estricto en tanto a la falta del consentimiento del trabajador. Sin embargo, aunque ello fue rechazado por la SAN 4 de septiembre de 2013, rco. 240/2013, en tanto que esta interpretación literal del pronunciamiento judicial pudiera dar lugar a que también computaran los despidos disciplinarios procedentes, por falta de consentimiento del trabajador, dicha solución de exclusión en todos los casos que “se vinculen con la capacidad del trabajador” debe de ser matizada. Del mismo modo, la STS 3229/2017, de 14 de julio, concluye que los supuestos de ineptitud o falta de adaptación a la evolución de las modificaciones técnicas no computarán.

---

<sup>407</sup> NAVARRO NIETO, F.: “El despido colectivo, novedades normativas y balance jurisprudencial”, Revista Doctrinal Aranzadi Social, N.º 7, 2013, pp. 8 y 8 y DE CASTRO MARÍN, E.: Despido colectivo “de hecho”. Aspectos controvertidos en la aplicación práctica del art. 51.1 ET, op. cit., pp. 56 y 57.

<sup>408</sup> Causa derogada en virtud de Ley 1/2020, de 15 de julio, por la que se deroga el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo establecido en el artículo 52.d) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.



Por tanto, haciendo un análisis minucioso<sup>409</sup> respecto a qué puede o no entenderse por motivo inherente a la persona del trabajador, debemos de concluir que el art. 52.a) ET, relativo a ineptitud sobrevenida, encajaría sin problemas en dichas causas, y, por tanto, no sería computable. Diferente conclusión se llega en el supuesto de despidos por falta de adaptación a las modificaciones técnicas, art. 52.b) ET, pues estas han sido introducidas a consecuencia de una decisión empresarial previa, y, por ende, no serían totalmente vinculadas a las condiciones personales del trabajador, lo cual daría lugar a su consideración como despidos en sentido estricto. Entender lo contrario supondría, a mi parecer, un problema y una ineficacia ante una transformación digital cuyo auge está todavía por llegar, privando por tanto a estos trabajadores de su recurso al procedimiento de consultas-negociación para así poder minorar los efectos negativos de la implantación de, por ejemplo, un *bot* en la empresa.

En cuanto al resto de causas, los despidos conocidos como por acumulación de faltas justificadas, si bien ya derogados, hubieran de haber supuesto despidos en sentido estricto, al responder la extinción a la mera conveniencia empresarial y no a motivos inherentes a la persona de los trabajadores, pues como se exigía, las faltas eran justificadas. Del mismo modo, los despidos objetivos por motivo de insuficiencia presupuestaria (art. 52.e) ET) también deberían de ser considerados como despidos en sentido estricto al ser extinciones por motivos no inherentes a los trabajadores y sin su consentimiento<sup>410</sup>.

Por otro lado, la extinción del contrato de trabajo por mutuo acuerdo *ex art. 49.1.a) ET* no sería computable al concurrir la voluntad de las dos partes<sup>411</sup>. Sin embargo, en aquellos supuestos de bajas incentivadas o prejubilaciones, planteadas en el marco de un procedimiento de regulación de empleo al margen de un procedimiento colectivo<sup>412</sup> dichas extinciones contractuales deberían de ser computables, ya que no podrían

---

<sup>409</sup> Dicho análisis se contiene en DE CASTRO MARÍN, E.: Despido colectivo “de hecho”. Aspectos controvertidos en la aplicación práctica del art. 51.1 ET, op. cit., pp. 60 y 61.

<sup>410</sup> DE CASTRO MARÍN, E.: Despido colectivo “de hecho”. Aspectos controvertidos en la aplicación práctica del art. 51.1 ET, op. cit., p. 61.

<sup>411</sup> DESDENTADO BONETE, A: “La delimitación legal del despido colectivo. El despido colectivo de hecho”, op. cit., p. 18.

<sup>412</sup> Lógicamente cuando la medida de prejubilación se pacte como criterio de selección dentro del despido colectivo, es decir, en el periodo de consultas-negociación, a dichas extinciones se las aplicarán todas las garantías propias del art. 51 y la Directiva comunitaria. LÓPEZ CARBONELL, M.C.: “Las bajas voluntarias incentivadas”, Tribuna, entrada 11 de noviembre de 2016, disponible en: <https://elderecho.com/las-bajas-voluntarias-incentivadas> visitada el 1/09/2020.

imputarse a la voluntad del trabajador debido a que en realidad operan como consecuencia de una decisión empresarial, y, por tanto, serían considerados como despidos en sentido estricto<sup>413</sup>. Así lo recogió el TS en su sentencia de 24 de octubre de 2006, rec. 4453/2004, el entender que, aunque “puede haber voluntariedad en la fase de selección de los afectados (...), no la hay en la causa que determina el cese”, del mismo modo que la Sala del TS de lo Contencioso-administrativo en su sentencia de 12 de diciembre de 2017, rco. 3052/2015, determinó que “las bajas mediante prejubilaciones habidas con ocasión del ERE tienen carácter de involuntarias, realizadas de conformidad con el art. 51 del Estatuto de los Trabajadores”. Es más, si estas bajas incentivadas se producen fuera de un proyecto de despido colectivo, si tienen su origen en el interés y beneficio empresarial también deberán de ser computables<sup>414</sup>.

En relación con los supuestos de jubilación forzosa, figura introducida de nuevo en el ordenamiento jurídico español en la disposición adicional décima del Estatuto de los Trabajadores a través del Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, dichas extinciones producidas a consecuencia del cumplimiento de la edad legal de jubilación por parte del trabajador deberían de ser computables como “despidos en sentido estricto”, pues ni cuentan con el consentimiento del trabajador ni se deben a un motivo inherente a la persona del trabajador, que de otro modo, de ser así, estaría cristalizando un supuesto de discriminación por razón de edad, pues no se debe de olvidar que dichas medidas deben de estar vinculadas a objetivos coherentes de política de empleo.

Por último, en los casos de desistimiento empresarial durante el período de prueba, la conclusión a la que podría llegarse dependería de si la extinción contractual se ha producido por una valoración negativa de la capacidad o aptitud del trabajador, o bien, por haberse constatado que el puesto de trabajo es inviable económicamente y, por tanto, no sostenible (dicha doble finalidad se recoge en la STC 119/2014, de 16 de julio). En cambio, la constatación de una causa u otra de finalización del contrato no será fácil, pues la comunicación empresarial de desistimiento no suele recoger referencia alguna a la motivación real de la decisión, por lo que el tribunal debería de valorarla en atención a los indicios que se presentaran en el caso cuestión, esto es, que hubiera un número elevado de despidos objetivos por causas empresariales, o lo que resulta frecuente, un número

---

<sup>413</sup> DE CASTRO MARÍN, E.: Despido colectivo “de hecho”. Aspectos controvertidos en la aplicación práctica del art. 51.1 ET, op. cit., pp. 64 y 65.

<sup>414</sup> STS Sala de lo Contencioso-administrativo, de 3 de enero de 2018, en recurso 3055/2015.

elevado de despidos disciplinarios improcedentes, en el sentido de esquivar la aplicación del procedimiento de despido colectivo, y por tanto, computando dichas extinciones en el periodo de prueba como despidos en sentido estricto<sup>415</sup>.

### *B) Las extinciones asimiladas y su cómputo*

Las denominadas extinciones asimiladas se recogen en el último párrafo del art. 1.1 de la Directiva 98/59 con el siguiente tenor literal: “a efectos del cálculo del número de despidos previsto en la letra a) del párrafo anterior se asimilarán a los despidos las extinciones del contrato de trabajo producidos por iniciativa de empresario en base o uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, siempre y cuando los despidos sean al menos 5”. No obstante, se trata de una regulación que entra en contradicción con su transposición al ordenamiento jurídico español. En concreto, el art. 51.1 ET indica que: “para el cómputo del número de extinciones de contratos a que se refiere el párrafo primero de este apartado, se tendrán en cuenta asimismo cualesquiera otras producidas en el periodo de referencia por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el artículo 49.1.c), siempre que su número sea, al menos, de cinco”.

Ahora bien, del tenor literal de la Directiva se deduce que estas extinciones asimiladas entran dentro del cómputo de las extinciones computables a efectos de comprobar si se superan o no los umbrales del despido colectivo, cuando los despidos (entiéndase despidos en sentido estricto) sean al menos 5. En cambio, la regulación estatutaria española reconoce las extinciones asimiladas y su cómputo “siempre que su número sea, al menos, de cinco”, lo cual daba a entender que se refería a un mínimo de 5 cinco extinciones asimiladas. Última interpretación que había sido compartida por un importante sector doctrinal<sup>416</sup>, hasta que finalmente se zanjara la cuestión con la sentencia del TJUE de 11 de noviembre de 2015, *Pujante Rivera*, C-422/14.

En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resuelve que “la condición establecida en el párrafo segundo de ese precepto (art. 1.1 Directiva 98/59) según la cual es preciso que «los despidos sean al menos 5» debe ser interpretada en el sentido de que se refiere, no a las extinciones de contrato de trabajo asimiladas a un

---

<sup>415</sup> DE CASTRO MARÍN, E.: *Despido colectivo “de hecho”. Aspectos controvertidos en la aplicación práctica del art. 51.1 ET*, op. cit., pp. 66 y 67.

<sup>416</sup> VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Los despidos por causa económica”, en VV.AA.: *La reforma del mercado laboral* (Dir. Valdés Dal-Ré, F.), Valladolid, Lex Nova, 1994, p. 411.

despido, sino exclusivamente a los despidos en sentido estricto”. De este modo, obviando la deficiente transposición de la Directiva comunitaria al Derecho español, el cómputo de las extinciones asimiladas comenzará cuando los despidos en sentido estricto lleguen a cinco.

Sin embargo, si atendemos a la última jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, ya expuesta, incluso la mera modificación sustancial, con extinción contractual posterior o no, computaría como “despido en sentido estricto”, no quedando ya claro qué se entiende por extinciones asimiladas<sup>417</sup>. Aunque si enlazamos con lo aquí defendido, la promoción de las medidas de flexibilidad interna, las extinciones contractuales posteriores a una modificación sustancial o una decisión de traslado computarían a efectos de “despido por equiparación” o extinciones asimiladas, y, por tanto, solo como criterio corrector del resto de “despidos en sentido estricto” para los que sí se tendría que o debería de haber celebrado el periodo de consultas-negociación. Lo mismo podría aplicarse a los ERTE en su condición de despido por equiparación, pues no parece adecuado calificar dichas modificaciones sustanciales como despidos en sentido estricto, con el riesgo que ello acarrearía en términos de nulidad de los procedimientos o del resto de extinciones en el período de referencia.

*C) La difícil catalogación en una u otra categoría a raíz de las sentencias Ciupa y Socha*

Tal y como se ha podido intuir, la importancia de considerar una extinción como despido en sentido estricto o como extinción asimilada es de una importancia superlativa. Sobre todo, porque si el operador jurídico concluye erróneamente en que ciertas extinciones contractuales son asimiladas y no despido en sentido estricto, puede, o bien no llevar a cabo el procedimiento de despido colectivo, atendiendo a la regla de cómputo de las asimiladas, a la que aludiremos con posterioridad; o bien, excluir a dichos trabajadores del procedimiento de consultas-negociación, lo cual daría lugar en los dos casos a la sanción de nulidad del art. 124.11 LRJS.

Pues bien, sentada dicha importancia, también se deberá de exponer que la catalogación en uno u en otro grupo, no será una cuestión exenta de problemas de

---

<sup>417</sup> BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Despido colectivo y cómputo de afectados: (posibles nuevos) desajustes internos con la Directiva 98/59”, Blog: Una mirada crítica a las relaciones laborales, entrada de 12 de junio de 2017, disponible en: <https://ignasibeltran.com/2017/06/12/despido-colectivo-y-computo-de-afectados-posibles-nuevos-desajustes-internos-con-la-directiva-9859/> visitada el día 2/09/2020.

inseguridad jurídica, pues sus elementos delimitadores se han visto en parte alterados<sup>418</sup>. Buena muestra de ello es que ni siquiera el Tribunal Supremo en sus últimas sentencias (véase STS 1574/2019, de 4 de abril de 2019) ha apuntado en una dirección u en otra al utilizar el término “extinciones computables” sin precisar nada más.

Gran parte de ello reside en los últimos pronunciamientos judiciales del TJUE, los cuales habrían introducido un elemento de incertidumbre extra en el panorama legal español, si atendemos al principio de primacía de interpretación conforme que tienen que observar los jueces nacionales. Situándonos en la cuestión, el problema surge cuando tras la mencionada STJUE de 11 de noviembre de 2015, *Pujante Rivera*, C-422/14, el Alto Tribunal se pronuncia en los siguientes términos: “la Directiva 98/59 debe interpretarse en el sentido de que el hecho de que un empresario proceda, unilateralmente y en perjuicio del trabajador, a una modificación sustancial de elementos esenciales del contrato de trabajo por motivos no inherentes a la persona del trabajador queda comprendido en el concepto de «despido» utilizado en el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de dicha Directiva”.

Si bien es cierto que, a pesar de la literalidad de la parte declarativa de la sentencia, la tercera cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social n.º 33 de Barcelona, se refería en otros términos, concretamente en torno a si “la extinción contractual acordada entre empresario y trabajador que, aun siendo a iniciativa del trabajador, responde a una previa modificación de condiciones de trabajo a iniciativa del empresario por causa de crisis empresarial y que, finalmente, es indemnizada con un importe equivalente al despido improcedente”, esto es, en los supuestos de dimisión provocada del art. 50.1.a) ET, se podría calificar como extinción asimilada o despido por equiparación.

Por tanto, la discordancia entre la redacción de la cuestión prejudicial y la conclusión del TJUE, unido a que en los apartados 50 y 52 el propio Tribunal aludiera a la existencia de posterior extinción contractual, hizo descartar por parte de cierto sector doctrinal que este estuviera reconociendo que cualquier modificación sustancial debía de ser computada, aun sin exigencia de posterior extinción, como despido en sentido estricto. Aunque del mismo modo, el Tribunal de Luxemburgo tampoco estuviera dejando claro

---

<sup>418</sup> DE CASTRO MARÍN, E.: Despido colectivo “de hecho”. Aspectos controvertidos en la aplicación práctica del art. 51.1 ET, op. cit., pp. 37 y 38.

si debieran de computarse las extinciones a causa del art. 50 exclusivamente<sup>419</sup>, o también las del art. 41 ET por modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo o las del art. 40 por traslado<sup>420</sup>.

Discusiones en uno u otro sentido<sup>421</sup> que fueron zanjadas por la STS 3229/2017 de 14 de julio al catalogar como extinciones computables a “los ceses producidos como consecuencia del traslado o modificación sustancial de las condiciones de trabajo (art.49.1.4 y 41.3.2 ET), pues no derivan de la voluntad del trabajador sino de la alteración «sustancial del contrato por voluntad unilateral del empresario o fruto de un acuerdo con la representación de los trabajadores, pero en cualquier caso por motivos no inherentes a la persona del trabajador”.

Sin embargo, dicha aparente consolidación de criterios fue de nuevo puesta en vilo con otros dos pronunciamientos del TJUE, fruto de dos cuestiones prejudiciales planteadas por tribunales polacos, casos *Ciupa*<sup>422</sup> y *Socha*<sup>423</sup>, en los que volvió a resolver a favor de la idea recogida en la sentencia Pujante Rivera: las meras modificaciones sustanciales “de elementos esenciales del contrato” deben de ser equiparadas al despido en sentido estricto, sin que se exija la posterior extinción del contrato (*vid.* Apartados 27 y 25 casos *Ciupa* y *Socha*, respectivamente). Solución que estaría expandiendo el concepto de despido al no exigir ya la previa extinción del contrato<sup>424</sup>.

---

<sup>419</sup> En este sentido ya coincidía MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornadas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 27 y 28. A favor de incluir en el cómputo todas las extinciones tanto por incumplimiento del empresario, traslados o modificaciones sustanciales NAVARRO NIETO, F.: *Los despidos colectivos*, Madrid, Civitas, 1996, pp. 106 y 107.

<sup>420</sup> BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “(Más) ‘Precisiones’ sobre concepto de ‘despido colectivo’ a la luz del TJUE (STJUE 11.11.15)”, Blog: Una mirada crítica a las relaciones laborales, entrada de 11 de noviembre de 2015, disponible en: <https://ignasibeltran.com/2015/11/11/mas-precisiones-sobre-concepto-de-despido-colectivo-a-la-luz-del-tjue-stjue-11-11-15/> visitada en 15/08/2020.

<sup>421</sup> ROJO TORRECILLA, E.: “Despidos colectivos y TJUE. Cómputo de las extinciones no inherentes a la persona del trabajador. La relación entre los arts. 40, 41, 50 y 51 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Nota a la sentencia de 11 de noviembre (asunto C-422/14). Aplicación de la doctrina del TJUE por el TS”, Blog: El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales, entrada de 14 de noviembre de 2015, disponible en: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/11/despidos-colectivos-y-tjue-computo-de.html> visitada en 16/08/2020.

<sup>422</sup> STJUE de 21 de septiembre de 2017, *Ciupa*, C-429/16.

<sup>423</sup> STJUE de 21 de septiembre de 2017, *Socha*, C-149/16.

<sup>424</sup> DE CASTRO MARÍN, E.: Despido colectivo “de hecho”. Aspectos controvertidos en la aplicación práctica del art. 51.1 ET, op. cit., p. 38.

Asimismo, también precisaba que, si el empresario de manera unilateral y en perjuicio del trabajador procedía a llevar a cabo una modificación no sustancial de un elemento esencial del contrato de trabajo o una modificación sustancial de un elemento no esencial de dicho contrato, este supuesto no podía considerarse un despido en sentido estricto (*vid.* Apartados 28 y 26 casos *Ciupa* y *Socha*, respectivamente). Así, el Tribunal también precisa en el asunto *Ciupa*, con motivo de una reducción de salarios del 15% de carácter temporal (varios meses), si bien afectaba a un elemento esencial del contrato, el alcance de la modificación sustancial se veía minorado por el carácter transitorio de la medida, lo cual debería de ser apreciado por el tribunal competente (apartados 29 y 30). Por otro lado, en cuanto a las extinciones asimiladas el TJUE precisa que las resoluciones del contrato subsiguientes a la negativa del trabajador a aceptar una modificación no sustancial deben considerarse como tales (apartados 31 y 28 caso *Ciupa* y *Socha*).

Por último, “por lo que respecta al momento a partir del cual un empresario está obligado a efectuar las consultas previstas en el artículo 2 de la Directiva 98/59, procede recordar que el Tribunal de Justicia ha considerado que las obligaciones de consulta y de notificación nacen con anterioridad a una decisión del empresario de extinguir los contratos de trabajo (sentencias de 27 de enero de 2005, *Junk*, C-188/03, EU:C:2005:59, apartado 37, y de 10 de septiembre de 2009, *Akavan Erityisalojen Keskusliitto AEK* y otros, C-44/08, EU:C:2009:533, apartado 38) y que la realización del objetivo, expresado en el artículo 2, apartado 2, de la citada Directiva, de evitar las extinciones de contratos de trabajo o de reducir su número quedaría amenazado si la consulta a los representantes fuera posterior a la decisión del empresario (sentencias de 27 de enero de 2005, *Junk*, C-188/03, EU:C:2005:59, apartado 38, y de 10 de septiembre de 2009, *Akavan Erityisalojen Keskusliitto AEK* y otros, C-44/08, EU:C:2009:533, apartado 46)”.

En definitiva, el Tribunal entiende que aquellas decisiones económicas que, aunque no persigan directamente el objetivo de poner fin a las relaciones laborales específicas puedan tener repercusiones sobre el empleo de un determinado número de trabajadores, obligan al empresario a que lleve a cabo el procedimiento de consultas-negociación de la Directiva comunitaria, y que, a su vez, inicie el mismo en el momento en que se ha adoptado una decisión estratégica o empresarial que le obligue a examinar o a proyectar despidos colectivos<sup>425</sup>. El mismo criterio ha sido adoptado por la STS de 29 de enero de

---

<sup>425</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G.: “Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y su cómputo para el despido colectivo en caso de posterior extinción contractual (Sentencias

2019, rec. 168/2018, y de manera indirecta para extender la responsabilidad del FOGASA en casos de extinción derivada de modificación sustancial previa e insolvencia empresarial (SSTS de 8 de enero de 2019, rec. 1649/2017, y de 12 de noviembre de 2019, rec. 1357/2017).

Sin embargo, atendiendo a nuestra legislación actual, a diferencia de la polaca, el Estatuto de los Trabajadores español ya exige un procedimiento de consultas con los representantes de los trabajadores tanto para las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo (art. 41.4) como para las decisiones de traslado (40.2 ET) cuando superen un determinado umbral, además de que se le da la opción al trabajador de que pueda impugnar ante la jurisdicción social la decisión empresarial si se muestra disconforme, hecho que se aleja de la legislación polaca en la que el empresario puede despedir al trabajador si no acepta la decisión empresarial<sup>426</sup>.

En este sentido, al considerarse el procedimiento del art. 51 mucho más complejo, y teniendo en cuenta que se trataría de negociaciones de medidas de flexibilidad interna, mucho más favorecedoras para el trabajador y el mantenimiento del empleo, no resultaría adecuado exigir que las empresas que quisieran llevar a cabo modificaciones sustanciales o traslados debieran de llevar a cabo necesariamente el procedimiento de consultas-negociación del despido colectivo, máxime después de que el TS haya atenuado las exigencias de información y documentación en los supuestos del art. 40 y 41 ET. A excepción de aquellos casos en los que se previera que ante las modificaciones sustanciales o traslados hubiera un elevado número de despidos indirectos que superaran los umbrales del despido colectivo, y que, por tanto, fueran anulados en aplicación de la doctrina aquí recogida<sup>427</sup>.

Por tanto, lo que aquí se propone sería que las dimisiones provocadas del art. 50 ET computaran como despidos en sentido estricto, ya que parten de un previo incumplimiento contractual no imputable a la persona del trabajado, y que las

---

del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 2017, asunto C-429/16: Ciupa y otros y, C-149/16: Socha y otros)", LA LEY Unión Europea, N.º 54, 2017, p. 12/21.

<sup>426</sup> Muy crítico con esta interpretación extensiva del tribunal, DE CASTRO MARÍN, E.: Despido colectivo "de hecho". Aspectos controvertidos en la aplicación práctica del art. 51.1 ET, op. cit., pp. 45-53.

<sup>427</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G.: "Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y su cómputo para el despido colectivo en caso de posterior extinción contractual (Sentencias del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 2017, asunto C-429/16: Ciupa y otros y, C-149/16: Socha y otros)", op. cit., p. 15/21.



modificaciones sustanciales, con independencia de su posterior extinción o no fueran consideradas como extinciones asimiladas, todo ello con efecto de potenciar las medidas de flexibilidad interna y no incurrir en contradicciones.

Por otro lado, un aspecto muy importante a valorar, teniendo en cuenta que el criterio del TJUE ha sido asumido por el TS, en su sentencia de 29 de enero de 2019, rec. 168/2018, es si los ERTE también se entenderán como modificaciones sustanciales. En este caso, habrá que acudir a la argumentación vertida por el TJUE en el caso *Ciupa* para los casos de modificaciones sustanciales, sin posterior extinción, y de carácter transitorio. En concreto, el TJUE reconoce que esta modificación sustancial pudiera no ser calificada como despido a la luz de la Directiva comunitario, debido a su carácter transitorio, sin perjuicio de que el tribunal interno estimara lo contrario en virtud de las circunstancias concurrentes. Sin embargo, el Tribunal no recoge expresamente si dicha extinción pudiera merecer la calificación de extinción asimilada, lo cual pudiera dar lugar a situaciones de incertidumbre<sup>428</sup>.

En definitiva, atendiendo a lo anterior, pudiera parecer razonable que el tribunal entendiera que dichos ERTE, ya fueran por fuerza mayor o por causas ETOPS, en función de la duración de los mismos, pudieran equipararse a una modificación sustancial de carácter transitorio que mereciera la calificación de despido, lo cual provocaría que junto a otras extinciones se superaran los umbrales del despido colectivo, y, por tanto, dichas extinciones fueran declaradas nulas por no haber respetado el procedimiento de despido colectivo (con independencia de la valoración judicial por parte de la cláusula de prohibición de despedir del art. 2 Real Decreto-ley 9/2020 y sin que se necesitara que dichos ERTE pasaran a ser procedimientos de regulación de empleo extintivos).

#### *2.2.4. Las extinciones no computables*

Teniendo en cuenta lo anterior, será necesario referirse a una serie de extinciones contractuales, que por no reunir los requisitos expuestos no podrán calificarse ni como despido en sentido estricto ni como extinciones asimiladas y, por tanto, ni computarán a efectos de los umbrales extintivos y ni tampoco se les aplicarán las garantías.

---

<sup>428</sup> BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “¿Un ERTE es una ‘modificación sustancial’ computable a los efectos del despido colectivo?”, en Blog: Una mirada crítica a las relaciones laborales, entrada de 8 de junio de 2020, disponible en: <https://ignasibeltran.com/2020/06/08/un-erte-es-una-modificacion-sustancial-computable-a-los-efectos-del-despido-colectivo/> visita el día 28/08/2020.

Comenzando por los supuestos de exclusión del art. 1.2 Directiva 98/59, relativas a los contratos celebrados por una duración o para una tarea determinada, no computarán a efectos extintivos ni en términos de garantías, aunque sí en términos de plantilla computable como se expuso con anterioridad, excepto en aquellos supuestos de fraude o finalización anticipada del contrato a los que aludiremos con posterioridad.

Supuestos claramente a los que se les inaplicaría el procedimiento de despido colectivo, pudieran ser aquellos a consecuencia de la muerte, incapacidad o jubilación del empresario persona física (art. 49.1.g) ET). Asimismo, otras aquellas extinciones de contratos que por obedecer a “motivos inherentes a la persona de los trabajadores” no serían computables serán: las que se produjeran por dimisión voluntaria del trabajador (art. 49.1.d) ET), por las causas válidamente consignadas en el contrato (art. 49.1.b) ET), en los supuestos de muerte, incapacidad o jubilación ordinaria del trabajador (art. 49.1.e) y f) ET), así como por resolución del contrato de trabajo por voluntad de la trabajadora víctima de violencia de género (art. 49.1.m) ET)<sup>429</sup>. Por último, como supuesto más paradigmático, los despidos disciplinarios no impugnados o declarados procedentes tampoco serán computables a ninguno de los efectos.

### *2.3. Elemento temporal*

#### *2.3.1. Aproximación al problema jurídico-interpretativo*

La transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva comunitaria sobre despidos colectivos en materia del elemento temporal ha supuesto, por un lado, que el legislador nacional haya optado por el ámbito temporal de 90 días para computar las extinciones de contratos a efectos de comprobar si se ha superado el umbral del despido colectivo pero que, por otro lado, no se haya tomado el límite de 20 extinciones que la Directiva 98/59/CE relaciona con este período de 90 días.

De este modo, el legislador español ha elegido<sup>430</sup> el ámbito temporal de 90 días, pero con la escala de extinciones que la Directiva establece para un período de 30 días:

---

<sup>429</sup> DE CASTRO MARÍN, E.: Despido colectivo “de hecho”. Aspectos controvertidos en la aplicación práctica del art. 51.1 ET, op. cit., p. 55.

<sup>430</sup> En los términos del art. 1.1 de la Directiva 98/59/CE: “se entenderá por “despidos colectivos” (...) cuando el número de despidos producidos sea, según la elección efectuada por los Estados miembros: i) para un período de 30 días (...) ii) o bien, para un período de 90 días (...)”. En efecto, la Directiva comunitaria permite a los Estados miembros elegir entre un período temporal u otro, pero con el límite de extinciones que cada período contiene. No obstante, la transposición española mezcla un límite temporal con las extinciones inherentes al límite temporal no escogido.

al menos 10 extinciones en los centros de trabajo de entre más de 20<sup>431</sup> y menos de 100 trabajadores; al menos el 10% en los centros de trabajo de entre 100 y menos de 300 trabajadores; así como al menos 30 extinciones en los centros de trabajo de 300 trabajadores como mínimo. Una elección que ha sido definida por la doctrina como más beneficiosa para las garantías de los trabajadores, en el sentido de que se toman los umbrales de extinciones del período de 30 días, pero en un período mayor de 90 días<sup>432</sup>. En efecto, la normativa española es más favorable para los trabajadores en el sentido de que mejora la escala de extinciones al ampliarla en plazo, aunque si se observa el límite de 20 extinciones en la Directiva para el período de 90 días, “sea cual fuere el número de los trabajadores habitualmente empleados”, pueden darse situaciones contradictorias. Por ejemplo, piénsese en una empresa de 250 trabajadores que despide por causas económicas a 24 trabajadores y que, según la regulación española, no estaría obligada a realizar procedimiento de despido colectivo al no alcanzar el 10%, a diferencia de si se tomara el límite de 20 que establece la Directiva. Con ello se puede inferir que si la empresa tiene menos de 200 trabajadores la normativa de despido colectivo española será más beneficiosa y, viceversa, si la empresa tiene más de 200 trabajadores será más beneficiosa la regulación comunitaria.

Al margen de lo anterior, el modo de proceder al cómputo de los 90 días, que serán en todo caso naturales<sup>433</sup>, ha sido una cuestión que ha suscitado enormes problemas interpretativos, ya que ni la Directiva 98/59/CE (“para un periodo de 30 días”; “para un período de 90 días”) ni la norma estatutaria (“cuando, en un período de noventa días”) lo han especificado. En concreto, el día que comienza o finaliza dicho periodo temporal de 90 días y su cómputo (“hacia atrás”, “hacia delante” o “en ambas direcciones”) ha sido objeto de numerosos debates doctrinales<sup>434</sup>, pues no se debe de olvidar que de un modo u

---

<sup>431</sup> Como ya se ha comentado, el art. 51 ET no recoge este límite de 20 personas en la plantilla a efectos de poder computar las extinciones para la realización del despido colectivo en la empresa.

<sup>432</sup> En cuanto a esta apreciación, véase, MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G.: “Despido colectivo y Derecho Social Comunitario: La reinterpretación en el método del cómputo del factor temporal de los despidos colectivos: criterio amplio a través del período continuo anterior/posterior”, *LA LEY Unión Europea*, N.º 89, 2021, versión electrónica y POQUET CATALÁ, R.: *Análisis de la actual configuración del despido colectivo*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2021, versión electrónica.

<sup>433</sup> DESDENTADO BONETE, A: “La delimitación legal del despido colectivo. El despido colectivo de hecho”, op. cit., p. 37.

<sup>434</sup> En este sentido, GOERLICH PESET, J.M.: *La extinción del contrato de trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, pp. 94 y 95; BLASCO PELLICER, A.: *Los expedientes de regulación de empleo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 33-39 y DE CASTRO MARÍN, E.: *Despido colectivo “de hecho”. Aspectos controvertidos en la aplicación práctica del art. 51.1 ET*, op. cit., pp. 113-115.

otro de proceder derivarán diferentes consecuencias en materia de la calificación del despido colectivo y, en su caso, de la respectiva sanción de nulidad.

En otras palabras, el modo de cómputo de los 90 días resulta clave no tanto en el plano teórico o para que el empresario o los representantes comprendan en qué supuestos deben de realizar procedimiento de despido colectivo (que también), sino más bien a la hora de la impugnación del despido al alegar que se ha producido un despido colectivo “de hecho” y computar, por tanto, unas u otras extinciones<sup>435</sup>.

En las siguientes páginas se analizará la respuesta dada por los tribunales españoles y, en especial, por el Tribunal Supremo, basada en el cómputo retrospectivo o “hacia atrás”, con anterioridad a la interpretación dada por el TJUE en su sentencia de 11 de noviembre de 2020, *Marclean Technologies*, C-300/19, así como también se analizará la propia sentencia del Tribunal de Luxemburgo y sus implicaciones en la doctrina judicial española. Por último, se abordará una delimitación y configuración general del mecanismo antifraude del art. 51.1 ET, último párrafo.

### *2.3.2. Interpretación judicial anterior a la doctrina Marclean del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*

A la vista de las diferentes interpretaciones judiciales dadas por los tribunales españoles<sup>436</sup>, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo tuvo que resolver en unificación de doctrina a favor del cómputo del período de 90 días “hacia atrás” (STS de 23 de abril de 2012, rec. 2724/2011). En efecto, se trata de la consolidación de una doctrina, reiterada, entre otras, por la STS de 11 de enero de 2017, rec. 2270/2015, que se basa en el cómputo retrospectivo de los 90 días a partir del momento en que se acuerde la

---

<sup>435</sup> En el supuesto de que se declare la existencia de despido colectivo de hecho en sede judicial, la STS del 14 de mayo de 2014, rec. 66/2014, reconoce que todas las extinciones deberán de ser declaradas nulas, tanto las anteriores como las posteriores a superar el umbral, en virtud de fraude de ley e incluso acto contra legem. ROMERO SÁNCHEZ, I.: El despido colectivo. Evolución normativa y régimen jurídico, op. cit., p. 65-66.

<sup>436</sup> A favor del cómputo “hacia atrás”: SSTSJ de Madrid, de 18 de abril de 2012, rec. 6045/2011; de Asturias, de 24 de julio de 2009, rec. 1357/2009; de Madrid, de 26 de diciembre de 2001, rec. 4719/2000; de Galicia, de 21 de noviembre de 1996, rec. 4794/1996. A favor del cómputo bidireccional: SSTSJ Cataluña, de 21 de junio de 2011, rec. 1530/2011; de Aragón, de 30 de diciembre de 2010, rec. 954/2010; de Navarra, de 29 de marzo de 2010, rec. 70/2010; de Cataluña, de 2 de febrero de 2010, rec. 7177/2009; de Castilla-La Mancha, de 15 de junio de 2010, rec. 354/2010; de Castilla-La Mancha, de 5 de mayo de 2009, rec. 121/2009; de Madrid, de 16 de septiembre de 2008, rec. 2306/2008; de Comunidad Valenciana, de 28 de julio de 2000, rec. 2092/2000; de Andalucía, de 21 de mayo de 1997, rec. 366/1996. A favor del cómputo del período de 90 días solo hacia el futuro: STSJ Asturias, de 8 de julio de 2011, rec. 1489/2011. Sentencias recogidas en el trabajo de POQUET CATALÁ, R.: *Análisis de la actual configuración del despido colectivo*, op. cit., versión electrónica.

extinción del contrato de trabajo objeto de impugnación judicial. En resumen, en palabras del Tribunal Supremo: “el día del despido constituye el día final del plazo (el “dies ad quem”) para las extinciones contractuales que se acuerden ese día [añado: y *en los días anteriores*] y, al mismo tiempo, el día inicial (el “dies a quo”) para el cómputo del período de los 90 días siguientes”.

En otras palabras, para valorar si se da el supuesto de despido colectivo o no en el momento de la notificación del despido<sup>437</sup>, se han de computar las extinciones acaecidas con anterioridad a este momento hasta agotar el periodo de 90 días, sin que se puedan computar futuras extinciones, pues tal y como argumenta el TS: “el futuro no se conoce” y “es muy difícil que el legislador dé pautas para presumir y sancionar lo que alguien hará o lo que piensa hacer”. “Por ello, se fija el “dies ad quem” coincidiendo con la fecha en que se acuerda la extinción, en la fecha en la que los hechos son ciertos y sin género de dudas se puede calificar si el despido es colectivo con arreglo a la ley y no con arreglo a un futuro incierto, pues la norma trata de generar seguridad jurídica y no incertidumbres” (STS de 11 de enero de 2017, rec. 2270/2015, con cita en 23 de abril de 2012, rec. 2724/2011).

De este modo, la jurisprudencia española frente al resto de opciones ha reconocido el cómputo retrospectivo del plazo de 90 días, sin que el mecanismo antifraude del último párrafo del art. 51.1 haya supuesto una excepción o una suerte de período de cómputo temporal extendido de 180 días, como se analizará. Sin embargo, sí que se han admitido excepciones a la regla general<sup>438</sup> para computar ciertas extinciones posteriores a la impugnada sobre la base de la teoría del fraude de ley del art. 6.4 CC. En concreto, el Tribunal Supremo<sup>439</sup> ha indicado que “cuando la proximidad entre los sucesivos ceses es tan escasa que cabe presumir que el empresario sabía que a las extinciones acordadas se

---

<sup>437</sup> El dies ad quem de los 90 días será el de la fecha de la notificación del despido y no el de la fecha en que se despliegan los efectos del despido, una vez transcurrido el plazo de preaviso, ya que cuando se comunica el despido la decisión empresarial es irrevocable y el trabajador puede ya interponer acción de impugnación. ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, op. cit., pp. 46 y 47.

<sup>438</sup> En realidad, del análisis de la jurisprudencia se infiere que se trata más bien de una excepción al mecanismo antifraude ya que no solo se tienen en cuenta las extinciones posteriores, sino que todas son declaradas nulas y no solo las posteriores a superar el umbral del despido colectivo como ocurre en el citado mecanismo (STS de 11 de enero de 2017, rec. 2270/2015).

<sup>439</sup> Véase, SSTS de 23 de abril de 2012, rec. 2724/2011; y de 11 de enero de 2017, rec. 2270/2015. Siguiendo la jurisprudencia del TS destaca la STSJ Andalucía/Sevilla de 30 de enero de 2020, rec. 3496/2018.

le unirían en fechas próximas otras con las que se superarían los umbrales del despido colectivo” se trata de un proceder fraudulento y, por tanto, nulo. En otras palabras, “el corto periodo de tiempo existente entre las distintas extinciones contractuales revela que la decisión de extinguir varios contratos se tomó simultáneamente y que su ejecución se espació en el tiempo para evitar los trámites de los despidos colectivos, proceder que no puede impedir la aplicación de la norma que se trató de eludir”.

En efecto, la apreciación de determinadas extinciones posteriores al despido enjuiciado y muy próximas en el tiempo han podido ser incluidas dentro del período de 90 días y, por tanto, anuladas por superar los umbrales del despido colectivo, siempre que se haya podido probar el *animus fraudandi* en el actuar empresarial, ya que aquí no opera una presunción *iuris et de iure* como en el caso del mecanismo antifraude<sup>440</sup>.

### *2.3.3. El nuevo cómputo bidireccional y su acogimiento por la doctrina judicial española*

El método de cómputo de los 90 días “hacia atrás” consolidado por el Tribunal Supremo, si bien ha sido catalogado por la mejor doctrina como una “solución razonable”<sup>441</sup> en orden a evitar “demandas por despido colectivo preventivas”<sup>442</sup>, ha sido tachado de contrario al efecto útil de la Directiva 98/59/CE por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de noviembre de 2020, *Marclean Technologies*, C-300/19, tal y como se analizará a continuación.

Esta interpretación judicial del Tribunal Supremo por la que solo se tenían en cuenta las extinciones contractuales anteriores a la fecha del despido impugnado ya había suscitado ciertas dudas en algún sector doctrinal, que proponía un sistema de cómputo mixto, hacia el pasado y hacia el futuro, en aras de garantizar el efecto útil de la Directiva comunitaria<sup>443</sup>. La fórmula de cómputo defendida por el Tribunal Supremo ha dejado

---

<sup>440</sup> DE CASTRO MARÍN, E.: Despido colectivo “de hecho”. Aspectos controvertidos en la aplicación práctica del art. 51.1 ET, op. cit., p. 122.

<sup>441</sup> DESDENTADO BONETE, A: “La delimitación legal del despido colectivo. El despido colectivo de hecho”, op. cit., p. 39.

<sup>442</sup> DE CASTRO MARÍN, E.: Despido colectivo “de hecho”. Aspectos controvertidos en la aplicación práctica del art. 51.1 ET, op. cit., p. 124.

<sup>443</sup> BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Método de cómputo del plazo de 90 días en el despido colectivo: ¿es plenamente compatible con la Directiva 98/59?”, Blog: Una mirada crítica a las relaciones laborales, entrada de 14 de febrero de 2017, disponible en: <https://ignasibeltran.com/2017/02/14/metodo-de-computo-del-plazo-de-90-dias-en-el-despido-colectivo-es-plenamente-compatible-con-la-directiva-9859/> visitado el 2/09/2020.

fuera del procedimiento de despido colectivo a despidos individuales o plurales formalizados por causas empresariales que han sido materialmente colectivos, por superar los umbrales, pero que no han sido cubiertos por las garantías de la Directiva a causa de que los trabajadores despedidos posteriormente, una vez que se superaron los umbrales del despido colectivo, no accionaron.

Por ejemplo, imaginemos el caso de una empresa con 150 trabajadores en un solo centro de trabajo, que despide a 1 trabajador el día 30 de agosto, habiendo despedido previamente a 10 de sus trabajadores el día 1 de agosto. Por tanto, aplicando la doctrina del Tribunal Supremo, al solo haberse producido 10 despidos en los 90 días anteriores al 30 de agosto, no se alcanzaría el umbral del despido colectivo (10% para empresas que tienen más de 100 trabajadores). Sin embargo, si la empresa decidiera despedir a 3 trabajadores más el día 30 de septiembre, igualmente no se alcanzarían los umbrales del despido colectivo, tanto si impugnara el trabajador despedido el día 30 de agosto como los despedidos el 30 de septiembre. Pero ¿qué ocurriría si el 15 de octubre se procede a despedir a otro trabajador más, alcanzando el umbral de 15 despidos en una empresa con 150 trabajadores? Siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo de igual modo los trabajadores despedidos el día 30 de agosto y 30 de septiembre no podrán alegar vulneración del procedimiento de despido colectivo y anular su despido, pues regirá la regla de cómputo hacia atrás, quedando fuera, por tanto, esta última extinción contractual del 15 de octubre. En definitiva, se ha hecho depender la protección de los despidos materialmente colectivos de las eventuales impugnaciones judiciales de despidos posteriores, como ocurre en el presente caso en el que la declaración de nulidad de los despidos dependerá de que el último trabajador despedido impugne su despido, lo cual podría hacernos adentrar en el terreno de la arbitrariedad y del trato desigual de la norma<sup>444</sup>, además de tratarse de una postura excesivamente rígida en contra del efecto útil de la Directiva 98/59/CE.

Siguiendo tal lógica, el Juzgado de lo Social N.º 3 de Barcelona, en auto de 25 de marzo de 2019, planteó cuestión prejudicial frente al Tribunal de Justicia de la Unión Europea para preguntar si la interpretación dada por el Tribunal Supremo era acorde con la Directiva 98/59/CE, sobre todo porque existe “un cierto grado de arbitrariedad si no se

---

<sup>444</sup>Ejemplo y reflexiones sacadas de DE CASTRO MARÍN, E.: Despido colectivo “de hecho”. Aspectos controvertidos en la aplicación práctica del art. 51.1 ET, op. cit., p. 126.

admiten las extinciones posteriores para computarlas conjuntamente a los efectos de determinar si ha existido un despido colectivo, ya que este trabajador no podrá valerse de las mismas y en cambio los trabajadores que reclamen contra su despido después sí que lo pueden hacer”. En concreto, el Juzgado de lo Social de Barcelona N.º 3 planteó tres cuestiones prejudiciales:

“¿El artículo 1, apartado 1, letra a), apartados i) y ii), de la [Directiva 98/59] debe interpretarse en el sentido de que el período de referencia de 30 o 90 días fijados para considerar la existencia de un despido colectivo siempre se ha de computar antes de la fecha en la que tuvo lugar el despido individual objeto de enjuiciamiento?

¿El artículo 1, apartado 1, letra a), apartados i) y ii), de la [Directiva 98/59] puede interpretarse en el sentido de que el período de referencia de 30 o 90 días fijados para considerar la existencia de un despido colectivo se puede computar después de la fecha en la que tuvo lugar el despido individual objeto de enjuiciamiento sin necesidad de que sean consideradas dichas extinciones posteriores fraudulentas?

Los períodos de referencia del artículo 1, apartado 1, letra a), apartados i) y ii), de la [Directiva 98/59,] ¿admiten una interpretación tal que permita tener en cuenta los despidos o extinciones ocurridas dentro de 30 o 90 días, ubicándose el despido objeto de enjuiciamiento dentro de dichos períodos?”

Pues bien, con la finalidad de entender la resolución dada por el Tribunal de Luxemburgo, en su sentencia de 11 de noviembre de 2020, *Marclean Technologies*, C-300/19, se exponen a continuación los antecedentes de hecho más significativos del caso:

- La controversia se origina entre *UQ*, demandante, y *Marclean Technologies S.L.U.*, empleadora. *UQ* ha venido prestando sus servicios para tal empresa desde 31/10/2016. El 28/05/2018 accedió a la situación de incapacidad temporal y el 31/05/2018 fue despedida, reconociendo su improcedencia la parte empresarial.

- Ante dicha situación, *UQ* presentó el día 11/06/2018 demanda de despido ante el Juzgado de lo Social n.º 3 de Barcelona, solicitando la nulidad y, subsidiariamente, la improcedencia del despido.

- En el período que va desde el 31/05/2018 al 14/08/2018 se han extinguido 7 contratos de trabajo: 4 por causas no imputables a la persona del trabajador, 2 por cese voluntario y 1 por finalización de contrato temporal. Además, el 15/08/2018 se



produjeron 29 “bajas voluntarias”, incorporándose todas ellas al día siguiente en otra empresa.

- El 15/08/2018 Marclean Technologies pone fin a su actividad.

A la vista de las cuestiones prejudiciales planteadas y de los hechos en cuestión, el Abogado General, Michal Bobek, presentó sus conclusiones el 11 de junio de 2020 a favor de una interpretación del sistema de cómputo mixto o flexible, pues resulta “probable que la determinación *ex ante* y rígida del período de referencia dé lugar a resultados arbitrarios para los trabajadores afectados. Si el período de referencia se computase solo retrospectivamente (en otras palabras, hacia atrás) desde la fecha del despido individual objeto de enjuiciamiento, no podría tenerse en cuenta nada de lo que ocurriera después de esa fecha de corte. Tal sería el caso incluso si, por ejemplo, todos los despidos que serían pertinentes para determinar si se ha alcanzado el respectivo umbral exigido se produjeran subsiguientemente. Lo mismo ocurriría, aunque en sentido inverso, si el período de referencia se computase solo prospectivamente y no se pudiera así tener en cuenta la cantidad o el tipo de despidos que se hayan producido antes del despido del trabajador de que se trate”. Y nada de este tratamiento rígido podría derivarse del tenor literal de la Directiva comunitaria, en el sentido de que las expresiones “un período de 30 días” o “un período de 90 días” significan “cualquier período de 30 o 90 días”. De este modo, el Abogado General propuso al TJUE que respondiese a la cuestión prejudicial de la siguiente manera: “el artículo 1, apartado 1, letra a), de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, debe interpretarse en el sentido de que se refiere a cualquier período de 30 o de 90 días consecutivos que incluya el despido del trabajador objeto de enjuiciamiento”.

La STJUE de 11 de noviembre de 2020, *Marclean Technologies*, C-300/19, procede a dar respuesta a las cuestiones prejudiciales del Juzgado de lo Social N.º 3 de Barcelona y comienza, como ya había hecho en otras sentencias, recordando que el concepto de despido colectivo es un “concepto típico” de Derecho de la Unión, y por tanto, sus umbrales integradores, no pueden quedar a disposición de los propios Estados miembros, pues ello les permitiría alterar el ámbito de aplicación de la Directiva 98/59 y privarla de eficacia. En efecto, el Tribunal de Luxemburgo, siguiendo las conclusiones del Abogado General, rechaza el método de cómputo exclusivamente anterior o posterior al despido individual impugnado, ya que la Directiva no impone ninguno de estos límites. Entender

lo contrario más bien significaría en determinados supuestos impedir o dificultar la consecución de la finalidad de la Directiva 98/59, que no es otra que la de reforzar la protección de los trabajadores en los casos de despido colectivo. Por ello, para el Tribunal de Justicia conformar el período de referencia como todo período de 30 o 90 días (anterior y/o posterior) en el que se haya producido el despido individual impugnado, es el único método que casa con la finalidad de la citada Directiva. Es más, la única limitación, tal y como se recoge en las conclusiones del Abogado General sr. Michal Bobek, presentadas el 11 de junio de 2020, consiste en que el período de referencia de 30 o 90 días ha de ser continuo y, por tanto, que no puede interrumpirse o trocearse para intentar abarcar más período temporal del establecido.

En definitiva, el Tribunal de Justicia acaba por reconocer en la parte dispositiva de la sentencia que: *“el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, debe interpretarse en el sentido de que, a efectos de apreciar si un despido individual impugnado forma parte de un despido colectivo, el período de referencia previsto en dicha disposición para determinar la existencia de un despido colectivo ha de calcularse computando todo período de 30 o de 90 días consecutivos en el que haya tenido lugar ese despido individual y durante el cual se haya producido el mayor número de despidos efectuados por el empresario por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, en el sentido de esa misma disposición”*.

Una vez resueltas las cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de lo Social N.º 3 de Barcelona, el órgano remitente aplica la interpretación elaborada por el Tribunal de Luxemburgo y procede a valorar si las extinciones contractuales posteriores al despido de la actora son computables. Efectivamente, el Juzgado de lo Social N.º 3 de Barcelona, en su sentencia de 21 de diciembre de 2020 (rec. 385/2018), aplica el cómputo bidireccional de los 90 días y termina por afirmar que las 29 “bajas voluntarias” posteriores al despido objetivo impugnado no son tales, pues “no se puede considerar que la causa de la extinción fuera su libre voluntad de extinguir el contrato, sino la seguridad de que seguían trabajando para otra empresa sin solución de continuidad al pasar en bloque a otra compañía, de forma que dejaron sin actividad a la empresa ahora demandada, es decir, cerró”. Por ello, se declara que las bajas voluntarias en realidad son despidos basados en causas objetivas, siendo de aplicación el art. 51 ET y, por tanto, que

entran dentro del ámbito temporal de los 90 días según la nueva interpretación del Tribunal de Justicia. De este modo, el Juzgado de lo Social entiende que ha existido despido colectivo de hecho y declara nulo el despido individual impugnado, extinguiendo el contrato por imposibilidad de readmisión por cierre de empresa según art. 286 LRJS y fijando la indemnización y los salarios de tramitación correspondientes.

La nueva interpretación judicial dada por el TJUE rompe, por tanto, con la doctrina anterior del Tribunal Supremo y consolida a partir de ahora la que se conoce como “regla del compás”<sup>445</sup>, el “cómputo bidireccional”<sup>446</sup> o la regla del “período continuo anterior/posterior”<sup>447</sup>. Doctrina que computa el período de 90 días de cualquier forma, siempre que se haya producido el despido en cuestión dentro del período, sin distinguir en función de que ese período sea anterior, posterior o en parte anterior y en parte posterior al despido individual o plural.

En este sentido, el Tribunal Supremo no ha tardado en asumir plenamente el método de cómputo bidireccional del Tribunal de Luxemburgo en su sentencia de 9 de diciembre de 2020 (rec. 55/2020), dictada en Pleno y sin votos particulares. Se trata, en síntesis, de una demanda de despido colectivo presentada por un sindicato frente a una empresa de 300 trabajadores por la que se solicita la nulidad de los 20 despidos realizados en octubre de 2019. No obstante, el Tribunal Supremo, aplicando la regla del período continuo anterior/posterior, determina que no ha existido despido colectivo, pues no se han superado los umbrales de 30 despidos. “En el caso en los 90 días posteriores al despido cuestionado no consta que se haya efectuado ninguna extinción y en los 90 anteriores tampoco, pues las últimas (24) fueron el 12/04/2019, por lo tanto, ni en los 90 días consecutivos anteriores, ni en los posteriores se localiza un periodo de mayor número de

---

<sup>445</sup> Denominación aportada por BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Despido colectivo, cómputo del período de 90 días y la regla del compás (y, ¿el fin de la caducidad de 20 días?): a propósito de la STJUE 11/11/20 (C-300/19), Marclean Technologies”, Blog: Una mirada crítica a las relaciones laborales, entrada de 16 de noviembre de 2020, disponible en: <https://ignasibeltran.com/2020/11/16/despido-colectivo-computo-del-periodo-de-90-dias-y-la-regla-del-compas-y-el-fin-de-la-caducidad-de-20-dias-a-proposito-de-la-stjue-11-11-20-c%e2%80%91300-19-marclean-technologies/> visitada el 4/08/2022.

<sup>446</sup> Término utilizado por ROJO TORRECILLA, E.: “Despidos colectivos. Computo bidireccional de los 90 días: ni hacia atrás, ni hacia delante, sino ambos. Examen del litigio que ha dado lugar a la sentencia del TJUE de 11 de noviembre de 2020 (asunto C-300/19)”, Blog: El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales, entrada de 13 de noviembre de 2020, disponible en: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2020/11/despidos-colectivos-computo.html> visitada el 4/08/2022.

<sup>447</sup> Expresión de MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G.: “Despido colectivo y Derecho Social Comunitario: La reinterpretación en el método del cómputo del factor temporal de los despidos colectivos: criterio amplio a través del período continuo anterior/posterior”, op. cit., p.

despidos, pues solo existen los que tuvieron lugar el 18/10/2019, y tres más también en octubre, por lo tanto, no se alcanzan los umbrales previstos en el art. 51.1 ET para considerar que estamos ante un despido colectivo”. Dicha doctrina *Marclean* ha sido asumida, igualmente, por la doctrina judicial española<sup>448</sup>.

Este nuevo modo de computar los 90 días para valorar si concurren o no los umbrales del despido colectivo no está exento de controversia, sobre todo en materia de su compatibilidad con el plazo de caducidad de 20 días para la acción de despido del art. 59.3 ET. En otras palabras, cabe preguntarse qué ocurre cuando el período de referencia de 90 días no coincide con el plazo de caducidad de 20 días de la acción de despido y, por tanto, no se ha interpuesto demanda en plazo y forma ya que cuando se advirtió que se había superado el umbral del despido colectivo se superó el plazo de caducidad. Pues bien, ante esta situación, que se muestra más que probable, la doctrina ha elaborado dos posibles soluciones, no sin dificultades<sup>449</sup>: i) incluir en la demanda de despido una referencia acerca de una eventual discusión en torno a la existencia de despido colectivo a futuro y ii) la posibilidad de extender el plazo de caducidad de 20 días en virtud del “principio de efectividad” comunitario, el cual está dirigido a garantizar que la aplicación del Derecho de la UE sea real y efectiva, en el sentido de eliminar aquellas normas, sobre todo procesales, que impidan el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (STJUE 16 de mayo de 2000, C-78/98, *Shirley Preston*)<sup>450</sup>.

Frente al anterior problema, tanto los representantes de los trabajadores como los trabajadores afectados podrán interponer demanda de despido colectivo, no solo en virtud del plazo de caducidad del art. 59.3 ET, sino en virtud del art. 124 LRJS, una vez que se alcance el umbral del despido colectivo y se produzca, por tanto, un despido colectivo de hecho<sup>451</sup>. En este sentido, surgen también problemas aplicativos con el plazo de caducidad

---

<sup>448</sup> Cfr. SSTSJ de Cataluña de 9 de febrero de 2021 (rec. 4715/2020); de Madrid de 10 de mayo de 2021 (rec. 83/2021); de País Vasco de 11 de mayo de 2021 (rec. 582/2021); de Andalucía/Sevilla de 7 de julio de 2021 (rec. 3170/2019).

<sup>449</sup> BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Despido colectivo, cómputo del período de 90 días y la regla del compás (y, ¿el fin de la caducidad de 20 días?): a propósito de la STJUE 11/11/20 (C-300/19), *Marclean Technologies*”, op. cit.

<sup>450</sup> Véase, del mismo modo, la STJUE de 16 de julio de 2020, *Caixabank y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria* (C-224/19 y C-259/19), en la que se desprende que el Derecho de la Unión no se opone a la aplicación de plazos de prescripción, siempre que no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el Derecho de la Unión.

<sup>451</sup> El Tribunal Supremo ha admitido que se aplique la modalidad procesal del art. 124 LRJS a los despidos colectivos de hecho, ya que, aunque no haya existido una decisión formalmente colectiva, el despido puede ser materialmente colectivo a pesar de que no se manifieste según la forma prevista en el art. 51 ET. SSTS

que establece el art. 124.6 LRJS para la impugnación de carácter colectivo<sup>452</sup> a causa de la falta de procedimiento de despido colectivo. Por ello, procederá aplicar el plazo general para reclamar del art. 103 de la LRJS, por el cual los 20 días empezarán a contar desde que se consideren superados los umbrales del art. 51.1 ET y, por tanto, exista despido colectivo de hecho<sup>453</sup>. No obstante, la falta de información a los representantes de los trabajadores de las extinciones contractuales puede impedir que estos conozcan a partir de qué momento se supera el umbral del despido colectivo<sup>454</sup>. A consecuencia de lo anterior, el Tribunal Supremo ha determinado en su sentencia de 18 de noviembre de 2014 (rec. 65/2014) que el plazo de caducidad no debería empezar a computar sino a partir de la fecha en que estos representantes hubieran tenido conocimiento fehaciente de la última extinción contractual por la que se habrían alcanzado los umbrales para el despido colectivo, imponiéndose una interpretación de la norma *pro actione* en estos supuestos en aras del derecho a la tutela judicial efectiva<sup>455</sup>.

Por otro lado, los trabajadores afectados podrán interponer demandas a nivel individual según el cauce del art. 124.13 LRJS, una vez que haya transcurrido el plazo de caducidad del art. 59.3 ET, siempre que se haya alcanzado con posterioridad a la extinción que se pretende impugnar el umbral del despido colectivo. De este modo, el despido del afectado y las extinciones contractuales anteriores y/o posteriores determinarán la existencia de un despido colectivo de hecho, que se podrá impugnar a nivel individual

---

de 25 de noviembre de 2013 (rec. 52/2013), de 18 de noviembre de 2014 (rec. 65/2014), de fecha 17 de mayo de 2016 (rec. 3037/2014), de 14 de marzo de 2017 (rec. 2019/2015).

<sup>452</sup> “La demanda deberá presentarse en el plazo de caducidad de veinte días desde la fecha del acuerdo alcanzado en el período de consultas o de la notificación a los representantes de los trabajadores de la decisión empresarial de despido colectivo”.

<sup>453</sup> NAVARRO NIETO, F.: “El despido colectivo, novedades normativas y balance jurisprudencial”, Revista Doctrinal Aranzadi Social, N.º 7, 2013, p. 6.

<sup>454</sup> Para impedir esta situación el art. 53.1.c) ET establece que “en el supuesto contemplado en el artículo 52.c), del escrito de preaviso se dará copia a la representación legal de los trabajadores para su conocimiento”. La jurisprudencia ha interpretado que en realidad se trata de una copia de la carta de despido que, si no se entrega, tendrá los efectos de la improcedencia (STS de 17 de mayo de 2022, rec. 2894/2020). Sobre la importancia de este proceder la STS de 11 de junio de 2014 (rec. 649/2013), siguiendo la argumentación de la STS de 18 de abril de 2007 (rec. 4781/2005), indica que “la información a los representantes de los trabajadores sobre los despidos objetivos económicos es una pieza esencial del sistema legal de control de la distinción institucional entre el despido colectivo y el objetivo. Sin una información de esta clase, que tiene necesariamente que centralizarse en la representación unitaria de los trabajadores, éstos tendrán importantes dificultades para conocer la situación de la empresa en orden a la correcta utilización del cauce del despido objetivo económico y, por tanto, será muy difícil acreditar la eventual superación de los límites cuantitativos”.

<sup>455</sup> DE CASTRO MARÍN, E.: Despido colectivo “de hecho”. Aspectos controvertidos en la aplicación práctica del art. 51.1 ET, op. cit.

reclamando la nulidad en virtud del plazo del art. 124.13.a) LRJS: “el plazo para la impugnación individual dará comienzo una vez transcurrido el plazo de caducidad de veinte días para el ejercicio de la acción por los representantes de los trabajadores”. Ciertamente se alarga el plazo por el que el trabajador afectado puede interponer acción de despido, sin que tenga que interponer una demanda de despido colectivo preventiva, aunque también existen los mismos riesgos de que el trabajador no obtenga la información correspondiente para determinar si se ha superado o no el umbral del despido colectivo, pudiendo ser aplicable de igual modo la jurisprudencia del Tribunal Supremo en torno a la interpretación *pro actione* del plazo de caducidad (que de igual modo refleja el “principio de efectividad” elaborado por el TJUE).

#### *2.3.4. El mecanismo antifraude del art. 51.1 ET, último párrafo*

Ante la frecuente práctica empresarial de programar los despidos objetivos individuales o plurales en el tiempo con el fin de evitar el procedimiento de despido colectivo, el legislador español ha optado por introducir una mejora respecto a la Directiva comunitaria en el art. 51.1, último párrafo, cuyo tenor literal es el siguiente: “*cuando en periodos sucesivos de noventa días y con el objeto de eludir las previsiones contenidas en este artículo, la empresa realice extinciones de contratos al amparo de lo dispuesto en el artículo 52.c) en un número inferior a los umbrales señalados, y sin que concurren causas nuevas que justifiquen tal actuación, dichas nuevas extinciones se considerarán efectuadas en fraude de ley, y serán declaradas nulas y sin efecto*”.

No obstante, debe de precisarse que se trata de una regla, que se conoce como “mecanismo antifraude”, que no supone una ampliación del ámbito temporal de 90 días previsto en la normativa comunitaria e interna, ya que este último plazo no es un tiempo elástico ni disponible para quien lleva a cabo el cómputo. El propio Tribunal Supremo indica que “en absoluto cabe entender que (el mecanismo antifraude) contiene una especie de segunda modalidad o variedad extendida del despido colectivo (STS de 21 de junio de 2015, rec. 370/2014), de forma que los despidos objetivos individuales formulados al amparo del art. 52 c) ET por la empresa en periodos sucesivos de 90 días y en número inferior a los umbrales legales, determinará que precisamente esos despidos individuales sean declarados nulos, pero en modo alguno supone que la extensión de esos periodos sucesivos de 90 días signifique en absoluto que se trate de un despido colectivo tácito, ni que éste se vea garantizado de un periodo de cómputo superior a los 90 días” (véase, la sentencia del Tribunal Supremo del Pleno de 26 de septiembre de 2017, rec. 62/2017).

El último párrafo del art. 51.1 ET introduce, así, una garantía frente a lo que se ha denominado el despido colectivo “por goteo”<sup>456</sup>, en otras palabras, el fraccionamiento de los despidos por la misma causa en períodos sucesivos de noventa días con el objeto de eludir el procedimiento de consulta-negociación del despido colectivo, más oneroso para la empresa y más garantista para los trabajadores que el despido objetivo individual o plural<sup>457</sup>. El legislador no impide prácticas consistentes en el encadenamiento de despidos por causas empresariales, sin necesidad de acudir al procedimiento del art. 51 ET; sin embargo, sí que establece unos límites para el caso de que se incurra en fraude de ley si el empresario despide por debajo del umbral del despido colectivo en períodos sucesivos y sin que concurran causas nuevas que justifiquen la actuación<sup>458</sup>. Se trata, por tanto, de una presunción de fraude *iuris et de iure*, por la que no se necesitará demostrar la intención del empresario de eludir el art. 51 ET ni se admitirá prueba en contrario si se cumplen los requisitos que se analizan a continuación, atendiendo más a un juicio sobre los hechos que sobre las intenciones<sup>459</sup>.

En primer lugar, la norma se refiere a que tales despidos por debajo del umbral del despido colectivo se realicen en “períodos sucesivos de noventa días”. La doctrina anterior a la sentencia *Marclean* también se elaboró pensando en la regla del mecanismo antifraude, ya que, si el día del despido constituía el *dies ad quem* y, al mismo tiempo, el día inicial o *dies a quo* para el cómputo del período de los 90 días siguientes, era a partir de la fecha del despido cuando comenzaban los períodos sucesivos de 90 días “hacia atrás” (STS de 26 de septiembre de 2017, rec. 62/2017), sin que pudiera romperse esta sucesión por existir períodos en los que no se realizara ningún despido<sup>460</sup>. En efecto, la doctrina judicial ha venido entendiendo que el período temporal en el que deben de

---

<sup>456</sup> MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornadas, op. cit., p. 30.

<sup>457</sup> POQUET CATALÁ, R.: *Análisis de la actual configuración del despido colectivo*, op. cit., versión electrónica.

<sup>458</sup> ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, op. cit.

<sup>459</sup> MONEREO PÉREZ, J.L y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, op. cit., pp. 69-71. En cambio, existe cierta doctrina judicial no consolidada que reconoce la presunción como *iuris tantum* y, por tanto, que admite prueba en contrario (STSJ de Galicia de 23 de octubre de 2012 [AS 2013, 259]).

<sup>460</sup> DESDENTADO BONETE, A: “La delimitación legal del despido colectivo. El despido colectivo de hecho”, op. cit., p. 42.

computarse las extinciones contractuales del mecanismo antifraude es el de los 180 días anteriores a las extinciones que se están enjuiciando<sup>461</sup>.

Sin embargo, la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2021 (rec. 2128/2018)<sup>462</sup>, con base en el nuevo cómputo bidireccional del ámbito temporal del despido colectivo, entiende que “el periodo de 90 días podrá ser el anterior, o bien, el posterior, al despido individual en litigio, aquel durante el cual se haya producido el mayor número de despidos y extinciones contractuales computables a estos efectos”. En otras palabras, que los sucesivos períodos de 90 días para determinar la aplicación de la regla antifraude del último párrafo del art. 51.1 ET podrán ser tanto anteriores como posteriores al despido impugnado judicialmente, en sintonía con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

“Pero en todo lo demás debe mantenerse la doctrina que exige la necesidad de que tales periodos sean sucesivos, consecutivos, sin que pueda remontarse el cómputo a fechas tan alejadas en el tiempo a la fecha del despido individual que quedan fuera de cualquiera de los ciclos sucesivos de 90 días que se presenten sin solución de continuidad en periodos anteriores o posteriores al mismo, para respetar de esta forma la dicción literal del último párrafo del art. 51.1 ET en la que específicamente se dice “Cuando en periodos sucesivos de noventa días...”, estableciendo el requisito de que sean sucesivos los periodos temporales que hayan de tenerse en cuenta para cuantificar el número de despidos que deben ser considerados”. Y añade que: “durante todo ese espacio temporal (el del caso enjuiciado) hay varios periodos superiores a 90 días en los que no se ha producido despido alguno, por lo que rompen de esta forma el necesario carácter sucesivo de los mismos, de modo que tales periodos no se solapan entre sí, ni forman parte de una unidad temporal indiferenciada que pudiere tenerse en cuenta en su totalidad por haber enlazado sin solución de continuidad distintos periodos de 90 días en todos los cuales se hubiere producido algún despido computable a estos efectos. Esta es la solución que se corresponde con la indubitada dicción literal del último párrafo del art. 51.1 ET, y que mejor se adapta a su integradora interpretación con lo dispuesto en el primer párrafo de ese mismo precepto. Lo contrario llevaría a computar todos los despidos que por esas mismas causas del art. 52. c) ET pudieren producirse en la empresa a partir de la fecha

---

<sup>461</sup> Véase, MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornadas*, op. cit., p. 31, con cita en diversas sentencias.

<sup>462</sup> Reitera jurisprudencia la STS de 19 de abril de 2022 (rec. 1779/2019).



del primero de ellos, sin ninguna clase de límite temporal, y sin respetar ese marco de periodos de 90 días que la normativa interna y la mencionada Directiva configuran como ciclo a tener en cuenta para realizar ese cómputo” (STS de 21 de julio de 2021, rec. 2128/2018).

En segundo lugar, el último párrafo del art. 51.1 ET establece como requisito que “la empresa realice extinciones de contratos al amparo de lo dispuesto en el artículo 52.c) en un número inferior a los umbrales señalados”. Lógicamente, las extinciones contractuales deben de ser inferiores al requisito cuantitativo-numérico del primer párrafo del art. 51.1 ET ya que de lo contrario se estaría ante un despido colectivo de hecho que no se corresponde con el mecanismo antifraude. No obstante, es necesario discrepar con el tenor literal de la norma ya que solo se refiere a los despidos por causas empresariales efectuados en el marco del art. 52.c) ET, lo cual entra en contradicción con los últimos pronunciamientos del TJUE y su asimilación por el Tribunal Supremo, en el sentido de entender por despido computable en el despido colectivo cualquier extinción contractual por iniciativa del empresario, sin el consentimiento del trabajador, por motivos no inherentes a la persona de los trabajadores<sup>463</sup>. De este modo, habrá que atender a la causa real y no a la formal, como puede ocurrir en el caso de despidos disciplinarios declarados o reconocidos como improcedentes, para la aplicación de la regla que evita el despido “por goteo”.

Otro de los requisitos es que exista identidad causal, en el sentido de que no concurren causas nuevas para justificar la concatenación de despidos empresariales en el tiempo. Se trata de un elemento de apreciación judicial en el que se exige que exista identidad de *ratio* atendiendo a parámetros de razonabilidad y a un juicio de comparación. Por consiguiente, es preciso hacer un juicio de comparación que superar la causa genérica alegada por el empresario para descubrir si existe o no idéntica *ratio*<sup>464</sup>. De este modo, se puede entrever que lo verdaderamente importante para apreciar la regla antifraude es que exista identidad de la causa<sup>465</sup>. En efecto, “lo determinante no es la clasificación dentro de cada una de las cuatro grandes categorías referidas en el art. 51.1 ET, sino las concretas

---

<sup>463</sup> DE CASTRO MARÍN, E.: *Despido colectivo “de hecho”. Aspectos controvertidos en la aplicación práctica del art. 51.1 ET*, op. cit., p. 121.

<sup>464</sup> ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, op. cit.

<sup>465</sup> MONEREO PÉREZ, J.L y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, op. cit., p. 71.

causas en las que se basen. Y estas circunstancias difieren en cada caso, como resulta de las comunicaciones individuales, sin que se haya practicado prueba tendente a mantener lo contrario, teniendo en cuenta además que tratándose de causas no económicas, para su valoración, el punto de referencia no sería la empresa en su conjunto, sino cada uno de los centros de trabajo afectados” (STS de 9 de diciembre de 2020, rec. 55/2020). En definitiva, si se producen despidos como consecuencia de nuevos eventos, como pueden ser cambios sobrevenidos en la demanda de productos que generen stock o pérdida de nuevos clientes que agudicen las pérdidas, si estos despidos sumados a los anteriores o posteriores sobrepasan el umbral del despido colectivo no serán considerados como fraudulentos.

En cuanto a los efectos del mecanismo antifraude, el último párrafo del art. 51.1 ET precisa que “dichas nuevas extinciones se considerarán efectuadas en fraude de ley, y serán declaradas nulas y sin efecto”. Pero ¿cuáles son estas nuevas extinciones? La doctrina defiende que la declaración de nulidad afectará exclusivamente a las nuevas extinciones que se produzcan a partir del momento en que se supere el umbral del despido colectivo en los períodos sucesivos de 90 días<sup>466</sup>. Y esto parece ser lo que interpreta el Tribunal Supremo<sup>467</sup> cuando indica que “ahora bien, el propio art. 51.1 ET, en su último párrafo, establece una norma antifraude encaminada a evitar la burla de la regla general y que, aunque aplicable únicamente, en principio a las nuevas extinciones, esto es, a las producidas con posterioridad a las que se habrían visto afectadas por la norma general”, esto es, por el procedimiento de despido colectivo. En contra de lo anterior, doctrina especializada entiende que la cláusula antifraude solo se activaría en caso de la existencia de despido colectivo anterior ya realizado según los trámites del art. 51 ET, por lo que las nuevas extinciones serían las posteriores a un despido colectivo ya consumado bajo las mismas causas<sup>468</sup>. No obstante, a nuestro parecer y siguiendo la interpretación dada por

---

<sup>466</sup> MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornadas*, op. cit., p. 30 y ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, op. cit. p. 195. En contra, MONEREO PÉREZ, J.L y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, op. cit., pp. 69 y 70 que defiende que deberá de aplicarse a todas las extinciones por haber en todas ellas el mismo afán fraudulento.

<sup>467</sup> SSTs de 11-1-2017 (rec. 2270/2015); 23-4-12 (rec. 2724/11); 23-1-2013 (rec. 1362/12); 25-11-2013 (rec. 52/13); 26-11-2013 (rec. 334/13); 11-2-2014 (rec. 323/13); 9-4-2014 (rec. 2022/13), donde se admite que la nulidad se aplica a todas las extinciones con base en la teoría del fraude de ley, ya comentada, el art. 6.4 CC.

<sup>468</sup> Sobre esta opción interpretativa, véase, DE CASTRO MARÍN, E.: *Despido colectivo “de hecho”. Aspectos controvertidos en la aplicación práctica del art. 51.1 ET*, op. cit., pp. 119 y ss.

el Tribunal Supremo, esta opción interpretativa no tendría mucha cabida ya que se estaría posibilitando la programación de despidos por causas empresariales en el tiempo con el fin de evitar el procedimiento de despido colectivo —una operación ciertamente más difícil tras la doctrina *Marclean*— y solo se estaría sancionando por las extinciones posteriores a un despido colectivo ya realizado y que no tuvieron cabida en él.

#### 2.4. Elemento causal: las causas empresariales para despedir

A raíz de las últimas interpretaciones del Tribunal de Justicia (y no tan últimas, recuérdese *Comisión c. Portugal*), ha quedado patente que la transposición del elemento causal a nuestro ordenamiento jurídico español no ha sido del todo correcta. Así, el TS en su sentencia 1574/2019 de 4 de abril, al igual que ya lo hicieron sus anteriores sentencias, y con cita en las correspondientes del TJUE, reconoce que en honor al principio de primacía y de interpretación conforme de la legislación nacional al efecto útil de la Directiva, “se entenderá por "despidos colectivos" los despidos efectuados por un empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, siempre que concurren determinados requisitos de índole cuantitativa/temporal, resultando indebida aplicación de las obligaciones comunitarias limitar "el concepto de despidos colectivos a los despidos por motivos de índole estructural, tecnológica o coyuntural" y no ampliar "el citado concepto a los despidos por todas las razones no inherentes a la persona de los trabajadores"”.

De este modo, la configuración causal pasa a un segundo plano en cuanto a la aplicación del procedimiento de despido colectivo y la sanción de nulidad<sup>469</sup>, aunque ello no quiera decir que se esté admitiendo despedir sin justa causa, pues ello contravendría nuestro art. 35 CE y la normativa internacional, tal como el Convenio de la OIT N.º 158, la Carta Social Europea y la CDFUE en su art. 30<sup>470</sup>. Más bien en mi opinión todo lo contrario, en el control judicial posterior el juez, en un primer lugar, tendrá que atender al cómputo de las extinciones en el sentido de la jurisprudencia comunitaria para calificar el despido como colectivo y comprobar el cumplimiento de las obligaciones de consulta-negociación y comunicación a la autoridad laboral, para después, si no incurriera nulidad, tener que atender más que a la causa formal, que en este caso equivaldría a cualquier “motivo no inherente a la persona de los trabajadores”, a la causa real o subyacente

---

<sup>469</sup>DESIDENTADO BONETE, A.: “La delimitación legal ...”, op. cit., p. 47.

<sup>470</sup>MONEREO PÉREZ, J.L.: “El régimen jurídico de los despidos colectivos...”, cit., p. 324.

(económica, técnica, organizativa o productiva) para valorar la procedencia o improcedencia de la decisión judicial<sup>471</sup>.

Teniendo en cuenta lo anterior, en el presente punto del trabajo se abordará un estudio de la función jurisdiccional en torno al control de la causa a la luz de las últimas reformas laborales, así como posteriormente se analizará la configuración jurídica de cada una de ellas.

#### *2.4.1. El control de razonabilidad elaborado por los Tribunales españoles*

Partimos de la base de que, en nuestro ordenamiento jurídico, al menos formalmente, no está permitido despedir sin justa causa, pues ello supondría una vulneración del art. 35.1 CE en su vertiente individual del mantenimiento del empleo (STC 22/1981, de 2 de julio), dejando a un lado los denominados despidos libres indemnizados<sup>472</sup>. Sin embargo, tal y como se expuso en el apartado correspondiente al desarrollo-histórico normativo y jurisprudencial de la figura del despido, las últimas reformas laborales han ido flexibilizando dicho derecho a no ser despedido sin justa causa, en favor del principio de libertad (o beneficio) de empresa (art. 38 CE), instaurando una suerte de modelo de flexiseguridad neoliberal con el propósito de transformar el Derecho del Trabajo en un Derecho de la Economía laboral<sup>473</sup>.

En este sentido, la culminación de dicho proceso liberalizador, se ha alcanzado con la reforma laboral de 2012, la cual supuso no solo una objetivación de las causas, recurriendo a datos metajurídicos o contables y eliminando cualquier referencia a la razonabilidad de la medida, sino suprimiendo la autorización administrativa y atenuando el recurso a las medidas sociales de acompañamiento. Específicamente, en lo que respecta a las causas, la Exposición de motivos del Real Decreto-ley 3/2012 y su homólogo en la Ley exponían que: “la ley se ciñe ahora a delimitar las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas que justifican estos despidos, suprimiéndose otras referencias normativas que han venido introduciendo elementos de incertidumbre ... tales referencias incorporaban proyecciones de futuro, de imposible prueba, y una valoración finalista de estos despidos, que ha venido dando lugar a que los tribunales realizasen, en numerosas

---

<sup>471</sup>BLASCO PELLICER, A.: Los expedientes de regulación de empleo, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, p. 26.

<sup>472</sup>ORTEGA LOZANO, P.G.: Poderes empresariales y resolución del contrato de trabajo por incumplimiento del trabajador. España e Italia, Granada, Comares, 2020, passim.

<sup>473</sup>MONEREO PÉREZ, J. L.: La metamorfosis del derecho del trabajo, Albacete, Bomarzo, 2017, passim

ocasiones, juicios de oportunidad relativos a la gestión de la empresa. Ahora queda claro que el control judicial de estos despidos debe ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas”.

De este modo, el legislador, descompensando aún más el equilibrio de poderes en la empresa, busca eliminar cualquier referencia a un juicio de racionalidad o de proporcionalidad por parte del control judicial, bastando meramente la alegación de una causa (v.gr. pérdidas previstas) para despedir sin ningún tipo de limitación. Esto es, cristalizando el despido colectivo, y objetivo (art. 52.c) ET), pues no se olvide que se comparten las causas, como un mecanismo plenamente normalizado en términos de gestión empresarial, competitividad y beneficio empresarial. Lo cual, a todas luces, desde la perspectiva tuitiva del Derecho del Trabajo era más que reprochable<sup>474</sup>.

Baste acudir al citado artículo 35 CE o al Convenio 158 de la OIT, en concreto a sus artículos 4 (“no se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”) y 9 (“los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio estarán facultados para examinar las causas invocadas para justificar la terminación de la relación de trabajo y todas las demás circunstancias relacionadas con el caso, y para pronunciarse sobre si la terminación estaba justificada ... En los casos en que se invoquen para la terminación de la relación de trabajo razones basadas en necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio, los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio estarán facultados para verificar si la terminación se debió realmente a tales razones, pero la medida en que esos organismos estarán facultados también para decidir si esas razones son suficientes para justificar la terminación deberá determinarse por los métodos de aplicación mencionados en el artículo 1 de este Convenio”).

Sin embargo, este intento de automatizar la causa por la concurrencia de unos hechos no se ha materializado en su plenitud, pues poco después de la reforma ya hubo sentencias (SAN de 15 de octubre de 2012, sentencia 112/2012 o SAN de 21 de noviembre de 2012, rec. 167/2012) que siguieron utilizando el criterio de funcionalidad

---

<sup>474</sup>MONEREO PÉREZ, J.L.: “El régimen jurídico de los despidos colectivos después de la reforma de 2012”, *Temas Laborales*, N.º 115, 2012, p. 322.

o de racionalidad entre la medida y el fin. Afortunadamente, dicho juicio de razonabilidad, a pesar de su supresión del art. 51 ET y de que el TC en su sentencia 8/2015 no la declarara inconstitucional, se ha consolidado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>475</sup>, limitando en cierto modo la máxima discrecionalidad empresarial y garantizando que se alegue una causa seria y razonable para efectuar los despidos<sup>476</sup>. Aunque, también es cierto que esta definición causal, la cual elude cualquier referencia a una finalidad de las extinciones, propicia un aumento del poder gestional del empresario, así como dificulta el control judicial del elemento causal al introducirse mayores posibilidades de alegación de despido colectivo o al reducir la gravedad o actualidad exigible para las extinciones<sup>477</sup>.

De este modo, una vez alegue y pruebe la causa el empresario, al ser este sobre quien reside la carga de la prueba como titular exclusivo de la facultad de despedir, al juez le corresponderá desarrollar una función ajena de componedor y árbitro para resolver realmente conflictos intereses, con base en datos metajurídicos, en vez de desarrollar su función tradicional de intérprete y aplicador de una norma preexistente<sup>478</sup>. En otras palabras, atendiendo a la racionalidad de los fines de Max Weber<sup>479</sup>, por la que la decisión es razonable si el medio elegido tiene sentido desde el punto de vista del fin propuesto. En concreto, el juez tendrá que valorar si existe una adecuación entre la medida extintiva (medio) y el fin (de viabilidad de la empresa y mantenimiento *relativo* del empleo). De este modo, no estaremos hablando de una serie de reglas estrictas a aplicar en todo caso, sino de un standard en sentido abierto y flexible sobre el que caben numerosas opciones de política empresarial, lo cual nos hace ver que lo que subyace sobre tales conceptos jurídicos indeterminados es de nuevo la ansiada flexibilidad empresarial<sup>480</sup>.

---

<sup>475</sup>SSTS 28 de febrero de 2018, rec. 1731/2016; de 26 de marzo de 2014, rec. 158/2013; y de 27 de enero de 2014, rec. 100/2013.

<sup>476</sup>MONEREO PÉREZ, J.L.: “El régimen jurídico de ... op. cit., p. 322.

<sup>477</sup> Ídem.

<sup>478</sup>ORTEGA LOZANO, P.G.: “Racionalidad económica, rentabilidad empresarial y funciones no jurisdiccionales del intérprete de la norma en el actual modelo extintivo: críticas y propuestas a la luz de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”, Revista de Información Laboral, N.º 5, 2018, p. 12/21.

<sup>479</sup>WEBER, M.: Economía y sociedad, México, Fondo de Cultura Económica, 1977, *passim*.

<sup>480</sup>MONEREO PÉREZ, J.L. Y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: El despido colectivo en el Derecho Español, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 1997, pp. 102 y 103.

Y más aún, si acudimos a la jurisprudencia del TS, podemos ver cómo aplica el denominado control de razonabilidad sobre un juicio de mínimos<sup>481</sup>, esto es, sin poder descartar la causa del despido porque exista una medida empresarial que se hubiera podido tomar, que por ser menos traumática o lesiva para los derechos de los trabajadores hubiera sido más, hubiera sido más adecuada. De este modo, dichos juicios de oportunidad, así catalogados por el TS<sup>482</sup>, solo corresponden a la gestión empresarial – “lo mismo que antes de la reforma”- añade, y, por tanto, por razonabilidad no ha de entenderse en el sentido de que la medida adoptada sea la óptima para conseguir el objetivo perseguido con ella, garantizando el respeto a la libertad de empresa. Del mismo modo, “el canon de control que la ley establece no se corresponde con lo que se ha llamado un control de óptimos, consistente en que el órgano judicial verifique que la medida adoptada ante la situación negativa es la más adecuada -en sentido técnico gestión empresarial o en términos de coste social-, sino a un control del supuesto de hecho en el sentido de que ese órgano debe limitarse a verificar si la situación fáctica es la prevista en la norma para determinar la procedencia del despido, con independencia que pueda ser posible otra que a juicio del órgano que realiza el control resultara más adecuada. Se trata de una garantía frente a la arbitrariedad que respeta el margen de discrecionalidad del empresario”.

En definitiva, ante esta patente descompensación del equilibrio contractual a favor del empresario, las soluciones serán inciertas y cambiantes al operar conceptos jurídicos indeterminados. El principio de seguridad jurídica en este sentido es difícilmente alcanzable.

#### 2.4.2. *Las causas económicas*

Teniendo en cuenta la labor interpretativa del juez, se procederá a analizar las causas habilitantes del despido por causas empresariales, comenzando por las causas económicas, que citando el tenor literal del ET “se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel

---

<sup>481</sup>MERCADER UGUINA, J.R., Y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: Los procedimientos de despido... op. cit., p. 36.

<sup>482</sup>SSTS 27 de enero 2014 ([rec. 100/2013](#)) y 26 de marzo 2014 ([rec. 158/2013](#)).

de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior.”

Por lo que, el Estatuto de los Trabajadores configura la causa económica a través de la fórmula básica de la “situación económica negativa”, concepto jurídico indeterminado que dota de flexibilidad al precepto. Es por ello, que el legislador ha introducido una serie de situaciones a título ejemplificativo, como pueden ser las pérdidas actuales, e incluso, previstas, así como la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas, especificando que se tratará de una disminución persistente cuando durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior. Destacar que las últimas reformas del mercado de trabajo, tratando de liberalizar esta figura, han eliminado la exigencia de que esta causa afecte a la viabilidad de la empresa o a su capacidad de mantener el volumen del empleo, eliminando también “la exigencia de acreditar los resultados alegados y la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado”<sup>483</sup>. Es decir, la anterior regulación más que contener una definición causal contenía una *definición por resultados*, lo cual convirtió al órgano judicial en un *componedor de intereses* al apreciar la causa cuando las medidas adoptadas ayudaran razonablemente a la consecución de unos fines generales<sup>484</sup>.

Por otro lado, y como ya hemos indicado, la causa económica se presenta en la regulación con un carácter abierto, así como asimilable a no ya situaciones de crisis irreversibles, sino a aquellas situaciones de saneamiento de la empresa como consecuencia de su funcionamiento en un entorno cambiante y globalizado. Sin embargo, en línea de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 2011 (RJ 2011/7056), en ningún caso, la causa puede residir en perseguir un mayor beneficio a costa de las extinciones contractuales.

El primer ejemplo que aporta el Estatuto de los Trabajadores de situación económica negativa, serían las pérdidas actuales o previstas. Entendiendo la jurisprudencia que se trata de una causa dotada de realidad, objetividad y suficiencia, si bien, la nota de actualidad ha sido desvirtuada al introducirse las pérdidas previstas.

---

<sup>483</sup>ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, op. cit., p. 84.

<sup>484</sup>MONEREO PÉREZ, J.L.: “El régimen jurídico de los despidos colectivos...”, cit., p. 323 y 324.



Realidad ya que la situación económica la tiene que probar el empresario, objetividad derivada de que no se tendrán en cuenta las decisiones empresariales que han desembocado en pérdidas y, por último, suficiencia pues no se ofrece un baremo de cuándo se entiende que las pérdidas justifican la decisión empresarial extintiva, sino que se atenderá al supuesto concreto, es decir, a la capacidad económica de la empresa<sup>485</sup>.

En cuanto a las pérdidas actuales y su alegación, indicar que se deben de valorar en un ámbito de tiempo superior a la anualidad<sup>486</sup>, ya que las meras expectativas de beneficio, incluso el resultado positivo en un año, pueden justificar el despido colectivo, si las pérdidas de la anualidad anterior han sido de gran entidad, y, por tanto, este posible o real beneficio no posibilita una recuperación efectiva de la empresa. En otras palabras, se exigen que sean unas pérdidas suficientes y prolongadas en el tiempo, no siendo cierto que por el mero hecho de haber pérdidas ya se trata de una situación económica negativa, siendo necesario el ciclo integrado, según la STS 17 septiembre 2012 TS (RJ 10276 y 10277), por crisis económica, extinción contractual y finalmente superación de crisis. Del mismo modo, el RPDC avala esta postura cuando indica que “deberá aportar las cuentas anuales de los dos últimos ejercicios económicos completos”.

A su vez, respecto a las pérdidas previstas, indicar que no se trata de justificar un despido preventivo puro, sino un despido con causa actual, pero con proyecciones consecuenciales de futuro<sup>487</sup>, postura avalada una vez más por el RPDC en su artículo 4.3. En otras palabras, no se asumen previsiones desligadas de cualquier causalidad actual, sino previsiones que “sobre las bases de unos hechos actuales se pronostican unas previsiones de futuro, que no podrán ser objeto de prueba, debiendo razonarse a través de los análisis económicos que reflejen la proyección económica y financiera de la empresa, con el debido apoyo pericial”<sup>488</sup>.

Además, como muestra más de la amplitud de posibilidades que caben en la causa económica, se encuentra la *disminución persistente del nivel de ingresos ordinarios o ventas*, la cual tuvo que ser precisada por el RD-Ley 3/2012, tras su inclusión en 2010. Así, en el cómputo de los ingresos ordinarios entrarán, siguiendo el Plan General

---

<sup>485</sup>ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, op. cit., p. 88.

<sup>486</sup>STS 17 septiembre 2012 TS (RJ 10276 y 10277).

<sup>487</sup>MONEREO PÉREZ, J.L: “El régimen jurídico de los despidos colectivos...”, cit., p. 326.

<sup>488</sup>MONEREO PÉREZ, J.L: *El despido colectivo y sus elementos configuradores tras...*, cit., p. 31.

Contable, los ingresos por ventas de bienes o prestación de servicios, descontando el importe correspondiente a los impuestos indirectos que gravan el consumo (IVA). Además, se comprenderán “otros gastos de explotación”, siendo aquellos que no constituyen actividad principal de la empresa, aunque tienen cierta periodicidad, consistiendo normalmente en cesiones de uso de activos a terceros<sup>489</sup>. Del mismo modo se pueden computar los ingresos financieros y en cambio, no cabrán las ganancias atípicas de carácter excepcional derivadas de la venta de inmuebles, así como la realización de determinadas operaciones financieras.

Por otro lado, el legislador, en su afán de flexibilizar aún más esta figura extintiva, introduce como ya hemos indicado, la disminución persistente del nivel de ventas, sin que ello, tenga por qué afectar al resultado del ejercicio, ya que puede mantenerse y no dar lugar a pérdidas. Introduciendo, por tanto, una nueva forma de despido preventivo<sup>490</sup>.

Sin embargo, debido a la amplitud de esta disminución persistente de ingresos ordinarios o ventas, se introduce una presunción iuris et de iure: “si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior”. Sin embargo, esto no configura una justificación necesaria del despido colectivo, sino que habrá que atender además a la intensidad de la disminución, siempre entendida por trimestres fiscales, pues de otro modo, si fueran naturales, su cómputo sería dificultoso al no poder utilizar la contabilidad existente<sup>491</sup>.

#### *2.4.3. Las causas técnicas, organizativas o de producción*

Finalmente, respecto al resto de causas, denominadas “reorganizativas”<sup>492</sup>, el ET las reconoce y define a título ejemplificativo, eliminando cualquier referencia a la finalidad o razonabilidad. De igual modo, no se exige que se actualice una situación de riesgo que ponga en duda la viabilidad empresarial o una situación de dificultad en la

---

<sup>489</sup> ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, op. cit., p. 94.

<sup>490</sup> *Ibidem*, p. 95.

<sup>491</sup> ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, op. cit., p. 96.

<sup>492</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: *El despido colectivo y sus elementos configuradores tras...*, cit., p. 36.

empresa, sino que se admitirán estas causas con la mera finalidad de “mejorar la situación de la empresa” en términos de eficiencia y competitividad<sup>493</sup>.

Una vez que se unificaron las causas empresariales para despedir de forma objetiva y colectiva en el art. 51 ET y se definieron las mismas causas con la Reforma laboral de 2010, la articulación de las causas técnicas y organizativas está basada en la definición de unos cambios en sentido ejemplificativo (“entre otros”), a modo de lista abierta<sup>494</sup>. Definición que tiene su origen en una interpretación jurisprudencial (véase la STS de 14 de junio de 1996) y que cataloga a las causas técnicas “cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción”; al igual que a las causas organizativas “cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal”. Última definición que ha sido ampliada con la Reforma laboral de 2012 por el tenor literal “o en el modo de organizar la producción”.

Llegados a este punto, es necesario tener en cuenta la lógica económica que subyace en cada una de las causas empresariales. De este modo, aunque no sea necesario que exista situación económica negativa para que concurran el resto de las causas (técnicas, organizativas o productivas)<sup>495</sup>, la causa económica late y se imbrica profundamente en estas, en el sentido de que la extinción de los contratos se produce porque de estos no son extraíbles los debidos rendimientos requeridos para el correcto funcionamiento de la empresa o se da una pérdida de utilidad económica<sup>496</sup>. Buena muestra de ello es cómo se subsume el despido objetivo o colectivo por causas empresariales dentro del término “despido económico” (STS 14 junio de 1996).

Tal y como se ha podido observar, tradicionalmente ha existido una separación entre las causas económicas (que afectan a la rentabilidad) y las causas técnicas, organizativas y productivas (que afectan a la eficiencia de la empresa entendida como organización productiva), aunque todas ellas están relacionadas entre sí pues persiguen

---

<sup>493</sup>Ídem.

<sup>494</sup> GALA DURÁN, C.: “Una aproximación al despido colectivo como medida de reestructuración empresarial tras las últimas reformas laborales”, *Revista de Derecho Social y Empresa*, N.º 0, 2014, pp. 19-56.

<sup>495</sup>SSTS 28 de febrero de 2018; 10 de mayo 2006; 31 de mayo 2006; 2 de marzo 2009; y 21 de diciembre 2012.

<sup>496</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. Y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo en el Derecho Español: Estudio de su Régimen Jurídico*, op. cit., pp. 58 y 59.

un mismo fin, como es el de garantizar la supervivencia de la empresa y del empleo (STS 20 de noviembre de 2015).

Específicamente para las causas técnicas y organizativas, estas tienen su lógica en el círculo de la autonomía y responsabilidad de quien está al frente de la empresa, y no devienen necesarias a consecuencia de elementos exógenos, como ocurre, por ejemplo, con las pérdidas previstas o actuales en la causa económica. Esto es, es el propio empresario el que por razones de estrategia o planificación empresarial introduce las modificaciones tecnológicas en la empresa, con el objetivo de aumentar la competitividad y solidez del negocio, sin que sea necesario acreditar su supervivencia o dificultad económica<sup>497</sup>. Aunque ya desde aquí se defiende que la decisión empresarial de despedir basada en la mejora de la productividad o competitividad en la empresa no puede traducirse en un mero interés empresarial, orientado a mejorar la rentabilidad empresarial por la pura voluntad de incrementar los beneficios y disminuir los costes en mano de obra<sup>498</sup>.

Siendo así, se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios “en el ámbito de los medios o instrumentos de producción”. Por lo que, la inversión en nuevos instrumentos, frutos del avance tecnológico, que incrementen la producción de bienes o servicios, incluso de forma cualitativa, dará lugar a extinciones contractuales cuando haya exceso de mano de obra, por haber quedado sus funciones ineficientes<sup>499</sup>. De este modo, para que concurra la causa técnica hay que apreciar una serie de factores que incidan negativamente en la competitividad de la empresa, y en concreto, en sus medios e instrumentos de producción. De tal modo, que la introducción de innovaciones tecnológicas para paliar dicha pérdida de competitividad ocasione la amortización de puestos de trabajo ya no necesarios<sup>500</sup>. Un claro ejemplo de ello podría ser la robotización de algunos procesos productivos.

---

<sup>497</sup> GARCÍA MURCIA, J.: “Las causas del despido colectivo. Causas técnicas, organizativas y de producción”, en VV.AA.: *Tratado de despido colectivo*, GODINO REYES, M. (Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 115-150.

<sup>498</sup> DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “El despido por causas empresariales”, en VV.AA.: *Reestructuraciones empresariales. XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2021, *passim*.

<sup>499</sup> *Ibidem*, p. 102.

<sup>500</sup> ALTÉS TÁRREGA, J.A., BLASCO PELLICER, Á. Y NORES TORRES, L.E.: *El despido objetivo*, op. cit., páginas 155 y 156.

En cuanto a las causas organizativas, se entienden “en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción”. Es decir, este modo de racionalizar los recursos humanos en la empresa<sup>501</sup> busca aumentar la eficiencia, a través tanto de reestructuraciones internas como externas. Sin embargo, cabe destacar la posibilidad perdida por el legislador al no haber incluido en este aspecto las descentralizaciones productivas<sup>502</sup>, que tantos problemas han causado en la práctica judicial, intentando salvaguardar en mayor medida las garantías establecidas para la sucesión de empresa ex artículo 44 ET.

Y, por último, concurrirán causas productivas, cuando se produzcan cambios “en la demanda de productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado”. Siendo necesario distinguir esta causa de la disminución persistente de ventas, propia de las causas económicas, pues, por un lado, el ámbito de afectación será diferente, y por otro, en la causa productiva no se exige que la disminución sea persistente<sup>503</sup>.

*A) Especial referencia a las causas técnicas y al recurso al “despido tecnológico” ante la Cuarta Revolución Industrial*

Cuando nos referimos al “despido tecnológico” es necesario hablar de un despido colectivo (u objetivo) por causas técnicas y organizativas ya que son las causas que suelen alegarse en un proceso de automatización o robotización<sup>504</sup>. La causa técnica, originada por la introducción de un programa informático o una maquinaria novedosa en la empresa, suele venir acompañada de una causa organizativa, que es la relacionada con la organización del personal para hacer frente al sobredimensionamiento de plantilla tras la modificación tecnológica. Es decir, “lo más probable es que la medida técnica vaya acompañada de alguna innovación organizativa, y que los cambios organizativos se sustenten en nuevas tecnologías o nuevas técnicas de producción”<sup>505</sup>.

Sin embargo, la formulación actual de las causas técnicas y organizativas para despedir supone una definición excesivamente amplia y flexible que pretende encajar casi

---

<sup>501</sup> MONEREO PÉREZ, J.L Y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., op. cit., p. 91.

<sup>502</sup> MONEREO PÉREZ, J.L: *El despido colectivo y sus elementos configuradores tras...*, cit., p. 36.

<sup>503</sup> ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, op. cit., p. 106.

<sup>504</sup> JURADO SEGOVIA, Á.: “Robotización/automatización y despido objetivo por causas técnicas (Art. 52 c ET)”, *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, N.º 3, 2020, pp. 13-35.

<sup>505</sup> GARCÍA MURCIA, J.: “Las causas del despido colectivo. Causas técnicas, organizativas y de producción”, op. cit., p. 113.

cualquier decisión empresarial de extinguir el contrato de trabajo y puede dificultar la protección frente a la mera conveniencia empresarial<sup>506</sup>. Así, en una breve diferenciación, las causas técnicas se originan por la renovación o mejora del proceso de producción o de prestación del servicio (“medios o instrumentos de producción”), para lo cual se requiere una previa inversión real para obtener, por ejemplo, el *software* informático o la maquinaria en cuestión<sup>507</sup>; mientras que las causas organizativas se originan cuando se reestructura la organización del trabajo de tal manera que se produzca un excedente de mano de obra<sup>508</sup>.

Como ya se ha indicado, es al empresario al que, en última instancia, corresponde la elección de despedir por causas tecnológicas, ya que ha sido este quien previamente ha decidido introducir modificaciones tecnológicas en la empresa, ya sea de la mano de la automatización o de la robotización. De este modo, a quien corresponde probar los cambios introducidos en la empresa para valorar la procedencia o improcedencia del despido es al empresario.

Teniendo en cuenta lo anterior, el empresario debe de probar que los cambios que justifican el despido son reales y actuales, ya que “ni antes ni ahora, resulta procedente el despido acometido sobre la base de meros proyectos y con anterioridad a la efectiva implantación del cambio”<sup>509</sup>. Además, tales cambios deben de ser valorados en relación con su ámbito de afectación que, a diferencia de las causas económicas, puede proyectarse sobre el conjunto de la empresa o del grupo empresarial, así como sobre una parte de la empresa: centro de trabajo, departamento, sección, etc. Y es en este ámbito precisamente reducido (o no) donde debe de aplicarse la medida empresarial orientada a extinguir aquellos contratos que se vean afectados por una situación de desajuste entre la fuerza de trabajo y las necesidades de la producción o de la posición en el mercado (STS de 28 febrero de 2018, rec. 1731/2016).

---

<sup>506</sup> ARIAS DOMÍNGUEZ, Á.: “Tres años de reforma del despido colectivo: ¿ha conseguido su propósito el legislador?”, Madrid, Dykinson, 2014.

<sup>507</sup> POQUET CATALÁ, R.: “Cuarta revolución industrial, automatización y afectación sobre la continuidad de la relación laboral”, *Ars Iuris Salmanticensis*, N.º 8, pp. 167-183.

<sup>508</sup> GUINDO MORALES, S.: *Caracterización jurídica y causas del despido objetivo en la normativa, doctrina y jurisprudencia tras las recientes reformas laborales*, Granada, Comares, 2020, passim.

<sup>509</sup> JURADO SEGOVIA, Á.: “Robotización/automatización y despido objetivo por causas técnicas (Art. 52 c ET)”, op. cit., p. 24.

De este modo, el segundo elemento a considerar por el control judicial es que el cambio tecnológico tenga una incidencia directa sobre el ámbito en el que el trabajador despedido presta sus servicios<sup>510</sup>. El empresario debe demostrar, por tanto, que la introducción del programa informático o del robot en la empresa es de tal magnitud que genera un vaciamiento de funciones en el trabajador afectado que, a su vez, genera un sobredimensionamiento de la plantilla que justificaría el recurso al despido. En estos casos, no se trata tanto de la crisis de la empresa, sino de la crisis del contrato, en el sentido de que este deviene superfluo para la empresa cuando la utilidad patrimonial de la prestación de trabajo ha desaparecido o ha perdido interés para la empresa<sup>511</sup>.

En definitiva, el control de razonabilidad en las causas técnicas y organizativas consiste en ponderar si la supresión del puesto de trabajo de la persona trabajadora despedida guarda una relación causa-efecto con el cambio acreditado, ya que únicamente será legítimo el despido del trabajador de cuyas tareas y responsabilidades se puede prescindir como consecuencia del cambio tecnológico<sup>512</sup>. Se exige, así, que se aporten datos acerca de las concretas tareas que desarrollaba con anterioridad el trabajador afectado; de qué modo estas han sido encargadas al robot o *software* informático; y cuánto ha aumentado la productividad y eficiencia con la sustitución del factor trabajo<sup>513</sup>.

Es así que los informes técnicos que demuestren el excedente de plantilla en la empresa a causa de la innovación técnica suponen un elemento central en el control judicial (véase, sendas sentencias del TSJ de Madrid y de Andalucía con sede en Granada, de fecha de 7 de octubre de 2019, rec. 775/2019, y de fecha de 14 de noviembre de 2019, rec. 939/2019, por las que se declara el despido como improcedente al no quedar probado dicho excedente). Especialmente relevantes son los informes técnicos en el caso del despido colectivo, unidos a la memoria explicativa, por los que se explicita la relación de proporcionalidad entre la envergadura o intensidad de la causa y el número de trabajadores afectados por el procedimiento colectivo, con la consecuente calificación

---

<sup>510</sup> *Idem.*

<sup>511</sup> DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “El despido por causas empresariales”, op. cit.

<sup>512</sup> JURADO SEGOVIA, Á.: “Robotización/automatización y despido objetivo por causas técnicas (Art. 52 c ET)”, op. cit.

<sup>513</sup> MUROS POLO, A.: “El despido objetivo por causas técnicas y la automatización robótica de procesos, a debate”, en I. MARÍN y M.T. IGARTUA (Dirs.), *Nuevas tecnologías y trabajo sostenible*, Murcia, Laborum, 2020, pp. 209-226.

judicial como ajustado o no a derecho<sup>514</sup>. En este orden de cosas, la justificación de la necesidad de amortizar el puesto de trabajo puede no resultar exitosa si se procede a contratar a nuevos trabajadores, en un espacio de tiempo más o menos cercano, para aquellas actividades que podía realizar el trabajador afectado por el despido colectivo u objetivo<sup>515</sup>.

Por otro lado, no existe la obligación de recolocar al trabajador cuyo contrato de trabajo se pretende extinguir o “de reforzar con el excedente de mano de obra en esa unidad, otra unidad que se encuentre en situación de equilibrio, salvo que se prefiera desplazar el problema de un centro de trabajo a otro, pero sin solucionarlo” (STS 28 de febrero de 2018). En el caso de sustitución de funciones de forma parcial, del mismo modo la conversión del contrato de trabajo a tiempo parcial supone una novación contractual que exige la voluntariedad y consentimiento del trabajador (art. 12.4.e) ET), ofrecimiento que, según la legislación vigente, no está obligado a ejercer el empresario<sup>516</sup>, aunque, como ya se ha indicado, ello dificultaría la calificación de procedencia cuando se contrate a otro trabajador a tiempo parcial. Sin embargo, también es posible tener en cuenta anterior jurisprudencia que reconoce la posibilidad de que el resto de funciones sean desarrolladas o repartidas entre el resto de los trabajadores de la empresa, que sean ejercidas por el empresario y que incluso se externalicen.

Si partimos de la base de que la causa técnica y organizativa para justificar el proceso de automatización o robotización y despido en la empresa es independiente de la causa económica, no es necesario que el despido se justifique, por ende, en una situación económica negativa de la empresa. Aunque lo anterior no excluye que en la mayoría de los casos (y así ha venido ocurriendo en la práctica forense) ambas causas aparezcan relacionadas, bien porque la modificación tecnológica se adopta para evitar o superar un escenario de crisis económica, bien porque la causa económica deriva de una falta de

---

<sup>514</sup> GARCÍA MURCIA, J.: “Las causas del despido colectivo. Causas técnicas, organizativas y de producción”, op. cit.

<sup>515</sup> JURADO SEGOVIA, Á.: “Robotización/automatización y despido objetivo por causas técnicas (Art. 52 c ET)”, op. cit.

<sup>516</sup> JURADO SEGOVIA, Á.: “Robotización/automatización y despido objetivo por causas técnicas (Art. 52 c ET)”, op. cit.



renovación de la empresa que ha determinado su obsolescencia y, con ello, la pérdida de competitividad económica<sup>517</sup>.

Sin embargo, el nuevo escenario que plantea la Cuarta Revolución Industrial hace presagiar operaciones de reestructuración por motivos tecnológicos, sin que exista una causa económica de por medio. Ante esta situación, una vez que ha sido probado el excedente de personal a causa de la digitalización empresarial, cabe preguntarse si ello es suficiente o si es necesario que se justifique la decisión de despedir en una finalidad o situación previa empresarial.

En este sentido, algunos autores defienden que a raíz del estudio de la legislación actual y de las reformas laborales, “la normativa vigente admite un despido justificado por causa de la introducción de cambios tecnológicos en una empresa con beneficios económicos y, por tanto, sin deterioro económico alguno ni por reducción de ingresos ni por incrementos de pérdidas”<sup>518</sup>. Es más, “no cabe exigir que tales cambios obedezcan a problemas o dificultades ya constatadas, ni tampoco acreditar nada acerca de la repercusión más o menos positiva de dichos cambios en la viabilidad o continuidad de la empresa”<sup>519</sup>. Por lo que comprobar realmente la excedencia de personal sería suficiente para valorar la procedencia del despido.

No obstante, de un estudio de la doctrina judicial no se puede extraer una conclusión unívoca. Por un lado, algunas sentencias sí que parecen reconocer en principio la mera conveniencia empresarial para despedir, esto es, el aumento de beneficios y disminución de costes, para reconocer como justificado el despido tecnológico. Algunos ejemplos son la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 27 de enero de 2015 (rec. 3505/2014), por la que se declara el despido objetivo procedente a causa de la digitalización de las salas de proyección de un cine y la reducción significativa de las funciones del trabajador afectado. En la misma línea destaca la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de fecha de 23 de octubre de 2018 (rec. 2587/2018), que confirma la sentencia de instancia al entender que los despidos quedan justificados por la renovación e introducción de máquinas y tecnología en el proceso

---

<sup>517</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: “Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía” *Temas laborales*, N.º 138, 2017, pp. 13-47.

<sup>518</sup> *Ibidem*, p. 35.

<sup>519</sup> JURADO SEGOVIA, Á.: “Robotización/automatización y despido objetivo por causas técnicas (Art. 52 c ET)”, *op. cit.*, p. 22.

productivo, pues se trata de “procesos más automatizados y más eficientes, lo que permite prescindir de puestos de trabajo y, en definitiva, importantes ahorros de costes”.

Por otro lado, a favor de que se tomen en consideración otros datos o variables para valorar la procedencia o improcedencia del despido tecnológico, destaca, entre otras, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de 26 de septiembre de 2016 (rec. 176/2016). Sentencia que califica como improcedente el despido por centralización de las tareas administrativas por programa informático, “careciendo de cualquier dato, siquiera sea indiciario, de que esa centralización del servicio de administración sea una medida para remediar cualquier disfunción en la organización del trabajo, hacer frente a problemas de productividad, ahorrar costes mejorando la deteriorada situación económica de la empresa o ayudando a evitar una previsible situación de crisis, o para favorecer la competitividad empresarial (...) y ha sido esa decisión patronal la que ha venido a dejar carente de parte de su contenido funcional el puesto de trabajo de la demandante, que no se ha visto despojado de valor económico o productivo por la existencia de cualquier problema de eficiencia o rentabilidad en el funcionamiento de la empresa, sino por la libre elección de la empresa de cambiar un método de trabajo por otro, sin que exista la más mínima constancia de que el que ha escogido sirva para superar o remediar cualquier dificultad en la marcha de su actividad, o resulte idóneo y adecuado en orden a lograr su progreso y prosperidad económica o productiva frente a las empresas de la competencia”. Destaca, asimismo, la sentencia del Juzgado de lo Social número 10 de Las Palmas de Gran Canaria de fecha de 23 de septiembre de 2019 (rec. 470/2019), especialmente por su interpretación final, alertando de los peligros y riesgos de la digitalización de la economía sobre el empleo<sup>520</sup>.

Si acudimos a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la respuesta tampoco parecer ser clara. Algunas sentencias reconocen el estándar del “buen comerciante” (véase, STS de 28 de febrero de 2018, rec. 1731/2016) para valorar la concurrencia de la causa, el cual, aunque adolezca de ambigüedad<sup>521</sup>, parece estar orientado a que los despidos respondan de forma razonable y proporcional a las necesidades empresariales que los

---

<sup>520</sup> MUROS POLO, A.: “El despido objetivo por causas técnicas y la automatización robótica de procesos, a debate”, op. cit., *passim*.

<sup>521</sup> MOLINA NAVARRETE, C.: “El despido por causas empresariales: claves para una interlocución crítico-constructiva”, en VV.AA.: *Reestructuraciones empresariales. XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ponencias*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2021, pp. 225-246.

justifiquen, esto es, que respondan a una circunstancia de tipo organizativo o técnico que impacte en la productividad y competitividad y no en la mera conveniencia empresarial, no reconducible a ninguna de estas circunstancias<sup>522</sup>. La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2018 (rec. 192/2017), en cambio, sí que reconoce de forma indirecta la necesidad de que concurren otros elementos para valorar la concurrencia de la causa técnica y organizativa. En este caso, se justifica la modernización del proceso productivo y el recurso al despido tecnológico, habida cuenta de la obsolescencia de la maquinaria empleada y los efectos positivos en materia de rentabilidad a consecuencia de la innovación técnica en el medio de producción.

Una vez que se prueba objetivamente el excedente de personal que causa la robotización o automatización en la empresa, a causa de la desaparición o vaciamiento de funciones de los trabajadores afectados, es necesario preguntarse si esto es motivo suficiente para valorar la procedencia del despido. Tal y como se ha expuesto, del estudio de la doctrina judicial y jurisprudencia, no se puede inferir, en principio, una respuesta inequívoca.

Sin embargo, si se analiza atentamente las sentencias aportadas (aun siendo escasas), podemos observar que cuando lo que se digitaliza es el proceso productivo o de prestación del servicio como tal, no hay mayor problema para justificar el despido tecnológico. En cambio, cuando lo que se automatiza es una tarea complementaria, como pudieran ser los servicios administrativos o las tareas de contabilidad, sí que parecen exigirse otros elementos adicionales para valorar la procedencia o improcedencia de la decisión de despedir.

En definitiva, lo que aquí se propone (y es consecuencia lógica de lo anteriormente expuesto) es que cuando se automatice o robotice el proceso productivo o de prestación del servicio principal de la empresa, solo se exija probar el excedente de personal a consecuencia de la digitalización, ya que, en última instancia, ello redundará en una finalidad: el aumento de la competitividad y productividad empresarial (fin legítimo de la libertad de empresa que permitirá sostener y generar más empleo de calidad). No obstante, cuando lo que se automatice sean servicios complementarios, no afines a la actividad principal, se deberá de exigir un elemento adicional de justificación (ya sea económico o no), pues, de lo contrario, ello sí que justificaría un despido basado en una

---

<sup>522</sup> DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “El despido por causas empresariales”, op. cit.

mera reducción de costes y aumento de beneficio empresarial, sin que se aporte mayor productividad y competitividad al ciclo productivo.

Propuesta que, como se conoce, entra en contradicción con la última doctrina flexible de la justificación del despido por causas empresariales por externalización productiva o descentralización (véase, STS de 20 de noviembre de 2015, rec. 104/2015<sup>523</sup>). Se trata, en fin, de una interpretación que entra en la lógica de la facilitación del despido y que podría tacharse de contraria a los planteamientos de la reestructuración responsable y del trabajo decente defendido por la OIT. Además, en adicción a la propuesta aquí defendida, no se entiende por qué las principales medidas de flexibilidad interna deben de estar condicionadas a la competitividad y productividad empresarial (arts. 40 y 41 ET) y las de flexibilidad externa no, aun siendo estas de mayor gravedad para la estabilidad del contrato de trabajo<sup>524</sup>.

Para concluir, la superior indemnización del despido improcedente para el despido tecnológico injustificado no parece ser que sea la única ni definitiva solución. Como algún autor ha planteado de forma muy expresiva<sup>525</sup>, la indemnización para el despido improcedente está lejos de frenar la extinción del contrato de trabajo ante lo que se plantea como una revolución digital imparable.

La solución más bien debe de consistir, no solo en un cambio social y educativo desde cualquier nivel, con el fomento de las competencias tecnológicas y las denominadas *soft skills*, sino específicamente en una promoción de las medidas de flexibilidad interna en la empresa para acompañar los procesos de recapacitación y recualificación digital del personal afectado por la transformación tecnológica. Es necesario, por ende, implantar sistemas de prevención del despido, a través de una flexiseguridad garantista de carácter ofensivo, en la que tanto el empresario, los interlocutores sociales como la Administración laboral desarrollen un papel proactivo y preventivo fundamental. Todo

---

<sup>523</sup> BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Automatización y despido objetivo (STS/10 Las Palmas 23/9/19)”. En Blog: *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, entrada de 9 de octubre de 2019, disponible en: <https://ignasibeltran.com/2019/10/09/automatizacion-y-despido-objetivo-sjs-10-las-palmas-23-9-19/>

<sup>524</sup> DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “El despido por causas empresariales”, op. cit.

<sup>525</sup> MERCADER UGUINA, J.R.: “Despido de una administrativa cuyo trabajo ha sido sustituido por un Robot: ¿es posible poner Puertas al Campo?”, en el blog: *El Foro de Labos*, entrada de 1 de octubre de 2019, disponible en: <https://www.elforodelabos.es/despido-de-una-administrativa-cuyo-trabajo-ha-sido-sustituido-por-un-robot-es-posible-poner-puertas-al-campo/>

ello en la línea de la reestructuración socialmente responsable, defendida por la propia Unión Europea, y el planteamiento del trabajo decente, defendido por la OIT.

#### 2.4.4. *El ámbito de afectación de las causas*

En cuanto al ámbito de afectación de la causa económica, la jurisprudencia ha precisado que la misma se define en torno a los resultados de la empresa, considerada en su conjunto<sup>526</sup>. En otras palabras, este resultado no deberá de referirse aisladamente a aquellas unidades más pequeñas conformadas dentro de la empresa, ni se exigirá que este resultado afecte a todos los centros de trabajo, especialmente cuando se tome el centro de trabajo como ámbito espacial de referencia. Sin embargo, si se trata de un grupo de empresas a efectos laborales, “la acreditación de las causas económicas deberá ir referida a todas las empresas del grupo y no sólo a la formal empleadora”, ya que nos encontramos “ante una única relación de trabajo cuyo titular es el grupo en su condición de sujeto real y efectivo de la explotación unitaria por cuenta de la que prestan servicios los trabajadores”<sup>527</sup>.

Este ámbito de afectación de la causa a la empresa en su conjunto es confirmado por el RD 1483/2012 que regula los procedimientos de despidos colectivos, cuando en la documentación se exige que se acrediten los resultados de la empresa, tanto en una memoria explicativa como indirectamente a través de las cuentas anuales de los dos últimos años (artículo 4.1 y 2 RD 1483/2012).

Por otro lado, a diferencia de las causas económicas, el ámbito de afectación de las causas técnicas, organizativas y productivas corresponderá al sector concreto de la empresa donde aparezca el problema, pudiendo ser un solo centro de trabajo<sup>528</sup> y no la empresa en su totalidad [SSTS 14 de mayo 1998 (RJ 1998/4650) y 8 de julio de 2012 (RJ 2012/9967)]. En concreto, como sintetiza la STS de 28 de febrero de 2018 (rec. 1731/2016), las causas técnicas, organizativas o productivas: “pueden actuar tanto en el ámbito de la empresa en su conjunto como en un solo centro de trabajo o en una unidad productiva autónoma, cuando lo que se produce es una situación de desajuste entre la fuerza del trabajo y las necesidades de la producción o de la posición en el mercado, que

---

<sup>526</sup>SSTS 21 de julio de 2003 (RJ 2003/7165) y 12 de diciembre de 2008 (RJ 2008/256).

<sup>527</sup> STS 656/2018, 20 de junio de 2018.

<sup>528</sup>ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, op. cit., p. 100.

afectan y se localizan en puntos concretos de la vida empresarial, pero que no alcanzan a la entidad globalmente considerada, sino exclusivamente en el espacio en que la patología se manifiesta”.

Por otro lado, la STS de 13 de mayo 2019 (rec. 246/2018) indica que en el despido colectivo en el ámbito de un grupo de empresas a efectos laborales debe descartarse la necesidad de que todas las empresas del grupo tengan que ser promotoras del despido colectivo porque, al ser las causas de este de carácter productivo y organizativo, el ámbito de afectación de la medida debe centrarse allí donde estén presentes las causas que la provocan, correspondiendo al empresario decidir los puestos que deben extinguirse.

### 3. ANÁLISIS DEL CENTRO DE IMPUTACIÓN NORMATIVA

#### 3.1. *El centro de trabajo frente a la empresa en su conjunto: doctrina Rabal Cañas y problemas interpretativos*

En un primer lugar, es imprescindible tener en cuenta que la normativa interna, fruto de una deficiente transposición, no coincide con la Directiva comunitaria a efectos de la “unidad de cómputo”<sup>529</sup>, pues en la primera se contempla la noción de “empresa” y en la segunda la de “centro de trabajo”.

Dicha distinción, la cual no ha estado exenta de debate, ha sido generalmente mantenida por la doctrina científica<sup>530</sup> e incluso judicial (SSTS 3672/2009 de 18 de marzo)<sup>531</sup>, fundamentalmente sobre la base de la protección más garantista del derecho interno, el carácter flexible del concepto comunitario de centro de trabajo y la posibilidad de complementar dicha protección mínima de la Directiva a través de la previsión de su artículo 5. Así, se entendía que la opción del legislador español por la unidad de referencia “empresa” favorecía más a los trabajadores ante un tejido empresarial caracterizado por pymes, generalmente organizadas en diversos centros de trabajo con un número reducido

---

<sup>529</sup> MERCADER UGUINA, J.R. Y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada*, op. cit., pp. 25-26.

<sup>530</sup> VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Los despidos por causa económica”, VV.AA.: *La reforma del mercado laboral*, VALDÉS DAL-RÉ, F. (Dir.), Valladolid, Lex Nova, 1994, pp. 395 y ss., y más específicamente, recogiendo todos los argumentos a favor utilizados por la doctrina, vid., SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. y DE FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, C.: “Despido colectivo y unidad de referencia (I). La transposición de la Directiva 98/59/CE y el margen de apreciación de los derechos nacionales”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, N.º 194, 2017, pp. 23 y ss.

<sup>531</sup> Jurisprudencia reiterada por las SSTS 4641/2012 de 23 de abril y 404/2013 de 23 de enero.

de empleados<sup>532</sup>, en el que la previsión de centro de trabajo hubiera dificultado más la aplicación del procedimiento, evitando así de igual modo prácticas fraudulentas de fragmentación de plantillas o de despidos por centro de trabajo<sup>533</sup>.

Sin embargo, dicha posición *cuasi* unánime<sup>534</sup> no era del todo pacífica, tanto por sus problemas interpretativos evidentes (la diferencia de términos en uno y otro nivel), como por el reconocimiento, incluso por el propio Tribunal Supremo en la sentencia citada, de que “la aplicación de la Directiva en algún hipotético supuesto, pudiera determinar un efecto no menos favorable que la norma nacional”<sup>535</sup>. Hecho que se constató con la importante STJUE de 13 de mayo de 2015, *Rabal Cañas*, C-392/13, tras la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social N.º 33 de Barcelona en el asunto *Nexea Gestión Documental S.A.*, en demanda número de autos 85/2013:

“¿Admite el concepto de “centro de trabajo”, como “concepto de Derecho Comunitario” esencial para la definición de lo que deba entenderse como “despido colectivo” en el contexto del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 98/59 y dado el carácter de norma mínima de la misma establecido en su artículo 5, una interpretación que permita que la norma de trasposición o traslación a la normativa interna del Estado miembro, el artículo 51.1 del [ET] en el caso de España, refiera el ámbito del cómputo del umbral numérico, exclusivamente, al conjunto de la “empresa”, con exclusión de aquellas situaciones en las que —de haberse acogido el “centro de trabajo” como unidad de referencia— habrían superado el umbral numérico establecido en dicho precepto?”

En tales términos se pronunció el TJUE tras una argumentación fundamentada en su anterior jurisprudencia, a la que haremos seguidamente referencia. En primer lugar, el

---

<sup>532</sup> MOLERO MARAÑÓN, M.L.: “La ineludible reforma del despido colectivo en su ámbito de referencia”, Documento laboral, N.º 111, 2017, pp. 43 y 44.

<sup>533</sup> SÁEZ LARA, C.: Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos, op. cit., p. 56.

<sup>534</sup> A favor de una opción flexible entre “empresa” o “centro de trabajo”, en función del contexto empresarial, vid., NAVARRO NIETO, F.: “El despido colectivo, novedades normativas y balance jurisprudencial”, Revista Doctrinal Aranzadi Social, N.º 7, 2013, p. 5.

<sup>535</sup> Piénsese en un supuesto concreto en el que se despidieran a 10 trabajadores de un centro de trabajo con 22 trabajadores y su plantilla a nivel de empresa fuera de 200 trabajadores. Aplicando la unidad de referencia española no serían consideradas dichas extinciones despidos colectivos, sino individuales, a diferencia de si se hubiera aplicado el centro de trabajo comunitario como unidad de cómputo. Por lo que, en general, la previsión española perjudicaba a aquellos trabajadores despedidos ante medidas reorganizativas de personal adoptadas en grandes empresas y concentradas en un único centro de trabajo. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. y DE FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, C.: “Despido colectivo y unidad de referencia (I). La transposición de la Directiva 98/59/CE y el margen de apreciación de los derechos nacionales”, op. cit., p. 22.

Tribunal aclaró que a pesar de que el concepto “centro de trabajo” no se encuentre definido en la Directiva 98/59, ello no quiere decir que se pueda definir el mismo por referencia a las legislaciones de los Estados miembros al ser un concepto de Derecho de la Unión (STJCE de 7 de diciembre de 1995, *Rockfon*, C-449/93), y como tal, debe de ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme en el ordenamiento jurídico de la Unión (STJCE 15 de febrero de 2007, *Athinaiiki Chartopoïia*, C-270/05).

En segundo lugar, el TJUE, teniendo en cuenta lo anterior, y con base en su sentencia de 7 de febrero de 1985, *Botzen y otros*, C-186/83, donde observó que la relación laboral se caracteriza esencialmente por el vínculo existente entre el trabajador y aquella parte de la empresa a la que se halle adscrito para desempeñar su cometido, abordó la definición del término centro de trabajo “en el sentido de que designa, según las circunstancias, aquella unidad a la que se hallan adscritos los trabajadores afectados por el despido para desempeñar su cometido”, es decir, aquella organización empresarial a la que con habitualidad los trabajadores prestan sus servicios, sin que “resulte esencial que dicha unidad disponga de una dirección facultada para efectuar autónomamente despidos colectivos” (STJCE de 7 de diciembre de 1995, *Rockfon*, C-449/93, apartado 32). Matiz último que parece adecuado con el fin de evitar una vía de escape a la hora de la aplicación de la Directiva en aquellos casos en los que se le atribuyera a órgano distinto la facultad de despedir (incluso en el caso de que dicha facultad residiera en un departamento común a dos empresas y de decisión coordinada como en el caso *Rockfon*).

Asimismo, recogió las precisiones vertidas en su sentencia de 15 de febrero de 2007, *Athinaiiki Chartopoïia*, C-270/05, por las que “a efectos de la aplicación de la Directiva 98/59, puede constituir concretamente un «centro de trabajo», en el marco de una empresa, una entidad diferenciada, que tenga cierta permanencia y estabilidad, que esté adscrita a la ejecución de una o varias tareas determinadas y que disponga de un conjunto de trabajadores, así como de medios técnicos y un grado de estructura organizativa que le permita llevar a cabo esas tareas”.

En tal sentido, el TJUE reconoce expresamente la diferencia entre los términos empresa y centro de trabajo, los cuales no son equiparables al ser, generalmente, el centro una parte de la empresa, aunque no se excluye que ambos términos coincidan en el supuesto de que la empresa no disponga de varias unidades distintas. Además, ampliando aún más el concepto de centro de trabajo, y siguiendo su jurisprudencia de 15 de febrero de 2007, al contemplar la finalidad de la Directiva 98/59, por la que se previenen las



consecuencias socioeconómicas que los despidos colectivos pudieran provocar en un contexto local y social determinados, “la entidad en cuestión no debe estar dotada necesariamente de autonomía jurídica alguna ni de una autonomía económica, financiera, administrativa o tecnológica para poder ser calificada de centro de trabajo”.

Seguidamente, la STJUE *Rabal Cañas*, tras haber recogido su definición de centro de trabajo, alude a las SSTJUE de 13 de mayo de 2015, *Little y otros*, C-182/13, y de 30 de abril de 2015, *USDAW y Wilson*, C-80/14, para precisar que los términos “centros de trabajo” de los incisos i) y ii) del artículo 1.1.a) Directiva 98/59, se refieren al mismo significado, igualando el concepto comunitario con independencia de la opción de política legislativa de los Estados miembros en su elección por el periodo de referencia de 30 o 90 días.

Las mismas sentencias son referenciadas (apartados 33 y 52, respectivamente) para finalmente dar respuesta a la cuestión prejudicial planteada por el juez español: “el centro de trabajo ... es la entidad a la que se hallan adscritos los trabajadores afectados por el despido para desempeñar su cometido, y son los despidos efectuados en dicha entidad los que han de tomarse en consideración separadamente de los efectuados en otros centros de trabajo de esa misma empresa”. Asimismo, “la sustitución del término «centro de trabajo» por el de «empresa» sólo puede considerarse favorable a los trabajadores si dicho elemento supone una añadidura y no implica el abandono o la reducción de la protección conferida a los trabajadores en aquellos casos en los que, si se aplicase el concepto de centro de trabajo, se alcanzaría el número de despidos requerido por el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de la Directiva 98/59 para aplicar la calificación de «despido colectivo»”.

De este modo, el TJUE acaba reconociendo la defectuosa transposición de la normativa comunitaria en la legislación española, en el sentido de que la Directiva 98/59 se opone a una normativa nacional que introduce como única unidad de referencia, la empresa y no el centro de trabajo, cuando la aplicación de dicho criterio conlleva obstaculizar el procedimiento de información y consulta, y no al contrario cuando se atendiera al centro de trabajo como unidad de cómputo. Sin embargo, también es cierto que el TJUE posibilita la adopción de la mejora de este mínimo común denominador del centro de trabajo, sumando todos los despidos realizados en cada uno de los centros de trabajo, a elección de cada Estado, sin que dicha mayor garantía se pueda exigir según el efecto útil de la Directiva 98/59, pues tal y como ha reconocido el propio Tribunal de

Luxemburgo (sentencias *Little y otros* y *USDAW y Wilson*), atendiendo al fin económico de dicha normativa comunitaria, ello supondría una descompensación entre las cargas exigidas a las empresas de los países miembros<sup>536</sup>.

Por tanto, una vez resuelto el TJUE en tal sentido respecto a la normativa española, los jueces internos tuvieron que obedecer al principio de primacía de la Unión, interpretando la normativa interna conforme al Derecho social comunitario, eso sí, sin incurrir en interpretación *contra legem*. De este modo, los primeros pronunciamientos no tardaron en llegar en suplicación (*vid.*, STSJ País Vasco 1135/2015 de 21 de mayo, caso *Zordoya Otis*) adoptando la doctrina *Rabal Cañas* y declarando la nulidad de aquellos despidos que por no haber aplicado la unidad de referencia “centro de trabajo” se habían visto privados del procedimiento de despido colectivo.

A partir de aquí, el propio Tribunal Supremo confirma dicha doctrina (STS 4408/2016 de 17 de octubre) efectuando una interpretación conforme del derecho interno respecto al comunitario con base en los siguientes argumentos: el tenor literal del art. 51 ET es confuso e incompleto, sin que se descarte expresamente la opción por el centro de trabajo; y por tanto, se puede incluir el mandato mínimo indisponible de centro de trabajo de la Directiva, que a su vez, es “claro, rotundo y terminante”, desdiciéndose de su doctrina judicial anterior. Asimismo, alude a criterios teleológicos y de interpretación sistemática, para justificar un “sistema de doble cómputo o escrutinio alternativo del umbral numérico” (empresa-centro de trabajo)<sup>537</sup>, siempre que el centro de trabajo emplee habitualmente a más de 20 trabajadores.

Pero la controversia respecto a la unidad de cómputo ni mucho menos ha terminado aquí. Respecto a la interpretación elaborada en sede judicial, y reiterada posteriormente por el mismo tribunal<sup>538</sup>, algunas voces la han calificado como *contra legem*<sup>539</sup>, al infringir los límites inherentes al recurso a la interpretación conforme que reconoce el propio Tribunal Supremo en su sentencia de 17 de octubre de 2016. Aunque más bien

---

<sup>536</sup> CABEZA PEREIRO, J.: “La última jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en torno a la Directiva de despidos colectivos: un problema de conceptos y de políticas legislativas”, Trabajo y Derecho, N.º 10, 2015, p. 4.

<sup>537</sup> DE CASTRO MARÍN, E.: Despido colectivo “de hecho”. Aspectos controvertidos en la aplicación práctica del art. 51.1 ET, op. cit., pp. 136-138.

<sup>538</sup> Vid., STS 312/2017 de 6 de abril.

<sup>539</sup> DE CASTRO MARÍN, E.: Despido colectivo “de hecho”. Aspectos controvertidos en la aplicación práctica del art. 51.1 ET, op. cit., pp. 139-143.

ello también podría deberse a la “operatividad, a veces difícil, insegura e incierta del principio de interpretación conforme al Derecho de la UE cuando se ha de resolver el caso concreto”<sup>540</sup>.

Además, descartada la sustitución de la unidad “centro de trabajo” por “empresa” en la legislación española<sup>541</sup>, las dudas interpretativas respecto al sistema de doble cómputo y su orden de preferencia se han hecho palpables<sup>542</sup>, aunque defendiendo la mayoría de la doctrina<sup>543</sup> el carácter del centro de trabajo como unidad de referencia mínima, y la empresa como su complemento, a efectos de asegurar el cumplimiento de las previsiones de la Directiva 98/59, posición aquí compartida, ya que entra en mayor consonancia con la jurisprudencia del TJUE (pues no olvidemos que “la sustitución del término «centro de trabajo» por el de «empresa» sólo puede considerarse favorable a los trabajadores si dicho elemento supone una añadidura y no implica el abandono o la reducción de la protección conferida a los trabajadores”, STJUE de 13 de mayo de 2015, *Rabal Cañas*, C-392/13).

Por tanto, una vez establecido el centro de trabajo como “mínimo indisponible y unidad básica de referencia” a los efectos del cómputo del art. 51.1 ET<sup>544</sup>, conviene precisar tanto su ámbito cualitativo como cuantitativo para proceder a su aplicación. En cuanto al primero, aludir de nuevo a su carácter de concepto típico comunitario, por el que para la definición de centro de trabajo se deberá de acudir a la jurisprudencia del TJUE, ya comentada, pudiendo sintetizar sus elementos definitorios de la siguiente

---

<sup>540</sup> SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. y DE FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, C.: “Despido colectivo y unidad de referencia (II). La transposición de la Directiva 98/59/CE y el margen de apreciación de los derechos nacionales”, Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, N.º 196, 2017, p. 13.

<sup>541</sup>Ibídem, pp. 18 y 19.

<sup>542</sup> A favor de constituir la empresa como unidad básica de cómputo y el centro de trabajo como unidad secuencial y subsidiaria, véase: STSJ Cataluña 582/2016 de 22 de febrero, la cual resolvió el recurso de suplicación contra la SJS n.º 33 de Barcelona que planteó cuestión prejudicial en el asunto Rabal Cañas; y GUTIÉRREZ COLOMINAS, D.: “El centro de trabajo como unidad de referencia física subsidiaria para el cálculo de las extinciones de los despidos colectivos”, IUSlabor, N.º 2, 2015, p. 9.

<sup>543</sup>Entre otros, CASAS BAAMONDE, M.ª E.: “Unidades de cálculo de los umbrales numéricos del despido colectivo, el centro de trabajo y la empresa y extinciones contractuales computables. Los efectos de la sentencia del Tribunal de Justicia Rabal Cañas en la regulación del despido colectivo por el Estatuto de los Trabajadores”, Derecho de las Relaciones Laborales, N.º 4, 2015, p. 395; y GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. Y MERCADER UGUINA, J.R.: “La reformulación jurisprudencial del art. 51 ET: la STS 17 de octubre de 2016 fija que un despido es colectivo si supera el umbral legal en un único centro con más de 20 de trabajadores”, Revista de Información Laboral, N.º 11, 2016.

<sup>544</sup>DE CASTRO MARÍN, E.: Despido colectivo “de hecho”. Aspectos controvertidos en la aplicación práctica del art. 51.1 ET, op. cit., p. 144.

forma: “unidad local diferenciada a la que están adscritos los trabajadores, que disponga de cierta permanencia y estabilidad y de medios técnicos y estructura organizativa propia para llevar a cabo las tareas encomendadas, aunque carezca de dirección facultada para efectuar autónomamente despidos colectivos, ni esté dotada de autonomía jurídica, económica, financiera, administrativa o tecnológica para poder ser calificada como centro de trabajo”<sup>545</sup>.

Mayor debate ha suscitado el elemento cuantitativo del centro de trabajo a efectos del despido colectivo, pues la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reconocido sin ningún tipo de duda una limitación cuantitativa para el centro de trabajo de 20 trabajadores<sup>546</sup>, hecho que ha sido tachado de erróneo por algunos sectores doctrinales<sup>547</sup>. No solo porque se haya privado de la mejora que se introduce en el art. 51.1 ET para el cómputo en empresas (que no establece mínimo para su plantilla) *ex* art. 5.1 Directiva 98/59, sino porque ello tampoco encuentra encaje en la necesaria dimensión colectiva del despido colectivo que defiende el TS, pues si no se exigiera mínimo de plantilla en los centros de trabajo, igualmente habría que despedir a 10 trabajadores para que el despido colectivo fuera calificado como tal. Incluso pudiendo darse en algunas ocasiones situaciones de desigualdad de trato a efectos del cómputo en una empresa que solo tiene un centro de trabajo y los diferentes centros de trabajo de otra empresa, pues a la primera solo se le exigirán 10 despidos, como mínimo, y a los segundos, además una plantilla de 20, generando mayores ventajas para las grandes empresas que organicen de este modo sus plantillas. Del mismo modo, tal y como ha ocurrido en la STS 2480/2017 de 13 de junio, si se extinguen la totalidad de los contratos de trabajo (12) de un centro de trabajo, insertado en una plantilla de 20.000 trabajadores, dicho “cierre de centro de trabajo”, además de no ser colectivo porque no se reunieran los umbrales tanto para la empresa en su conjunto como en el centro de trabajo por no emplear a 20 trabajadores, tampoco equivaldría a cierre de empresa en el sentido del art. 51.1 ET. Por tanto, debería de

---

<sup>545</sup>CASAS BAAMONDE, M.<sup>a</sup> E.: “Unidades de cálculo de los umbrales numéricos del despido colectivo, el centro de trabajo y la empresa y extinciones contractuales computables. Los efectos de la sentencia del Tribunal de Justicia Rabal Cañas en la regulación del despido colectivo por el Estatuto de los Trabajadores”, *op. cit.*, p. 395.

<sup>546</sup>SSTS 4408/2016 de 17 de octubre, 312/2017 de 6 de abril y 2480/2017 de 13 de junio.

<sup>547</sup>CASAS BAAMONDE, M.<sup>a</sup> E.: “Unidades de cálculo de los umbrales numéricos del despido colectivo, el centro de trabajo y la empresa y extinciones contractuales computables. Los efectos de la sentencia del Tribunal de Justicia Rabal Cañas en la regulación del despido colectivo por el Estatuto de los Trabajadores”, *op. cit.*, p. 397 y DE CASTRO MARÍN, E.: Despido colectivo “de hecho”. Aspectos controvertidos en la aplicación práctica del art. 51.1 ET, *op. cit.*, pp. 146-152.

posibilitarse un debate acerca de si esta diferencia de trato estaría cubierta por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, obedeciendo a una justificación objetiva y razonable, que, a su vez, supere el test de proporcionalidad<sup>548</sup>.

En definitiva, más allá de estas cuestiones, en la actualidad parece asentado jurisprudencialmente el criterio alternativo de doble cómputo sobre el centro de trabajo de como mínimo 20 trabajadores y empresa, lo cual no quiere decir que, como hemos podido observar, ello esté generando una gran inseguridad jurídica, al desconocer *ex ante* cuál será el centro de imputación normativa, lo cual merecería para su solución y precisión una intervención legislativa<sup>549</sup>, que, para mayor precisión, debería de incluir una adecuada referencia al grupo empresarial, figura que está plenamente a la orden del día en cuanto a mecanismo de gestión empresarial.

### 3.2. *El grupo de empresas como empleador en el despido colectivo*

El cambio de paradigma que ha vivido la economía mundial durante el siglo pasado, y muy especialmente durante la segunda mitad de la década de los setenta, provocó que se dejara atrás definitivamente al modelo de empresa-fordista para dejar paso al fenómeno de la descentralización productiva<sup>550</sup>. En una época caracterizada por la inestabilidad económica, la globalización, el aumento de la competitividad, la aparición de los países emergentes o el desarrollo tecnológico, la flexibilidad que otorgaba la organización empresarial vía grupos de empresas se mostraba como la más ventajosa, incluso para disminuir el denominado “efecto dominó o de contagio” entre las distintas empresas<sup>551</sup>.

Y en esta política de diversificación de riesgos, las reestructuraciones en los grupos de empresas no han sido un fenómeno extraño, acudiendo en la mayoría de los casos a

---

<sup>548</sup>Por todas, SSTC 22/1981, de 2 de julio, F. 3; 3/1983, de 25 de enero, F. 3; 6/1984, de 24 de enero, F. 2; 209/1987, de 22 de diciembre, F. 3; 209/1988, de 10 de diciembre, F. 6; 76/1990, de 26 de abril, F. 9; 20/1991, de 31 de enero, F. 2; 110/1993, de 25 de marzo, F. 6; 214/1994, de 14 de julio, F. 8; 117/1998, de 2 de junio, F. 8; 46/1999, de 22 de marzo, F. 2; 200/1999, de 8 de noviembre, F. 3; 212/2001, de 29 de octubre, F. 5; 200/2001, de 4 de octubre, F. 4; 111/2001, de 7 de mayo, F. 2; 39/2002, de 14 de febrero, FF. 4 y 5; y 103/2002, de 6 de mayo, F. 4.

<sup>549</sup> ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, op. cit., p. 58.

<sup>550</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “Aspectos laborales de los grupos de empresas”, *Revista española de derecho del trabajo*, N.º 21, 1985, p. 87.

<sup>551</sup> UBILLÚS BRACAMONTE, R.E.: *Grupos de empresas en el ámbito laboral: delimitación conceptual y reestructuraciones*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2017, p. 52.

despidos colectivos<sup>552</sup>. Buena prueba de ello ha sido la intensa batería de pronunciamientos que han elaborado los jueces y tribunales internos para hacer frente a esta problemática, entre los que destacan, por su impacto social y mediático, algunos de ellos<sup>553</sup>.

Sin embargo, también es cierto que nuestra jurisprudencia ha tenido que hacer un especial esfuerzo de interpretación para resolver estos supuestos de despido ante la regulación parcial del grupo empresarial que ostenta nuestro ordenamiento jurídico. Respecto al orden social, tres son las normas que definen de manera directa o indirecta qué debe entenderse por grupo de empresas:

- i) Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria en su artículo 3.1.3º.
- ii) La Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional en su artículo 2.1.1º.b).
- iii) La disposición adicional 16.<sup>a</sup> (conocida como “enmienda telefónica”<sup>554</sup>) de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, por remisión al art. 42.1 Ccom (aspecto introducido por el art. 5 de la Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores).

De este modo, la regulación laboral española define al grupo empresarial con las notas de dependencia o control de una empresa sobre otra, remitiendo expresa o tácitamente a la definición mercantil contenida en el Código de Comercio<sup>555</sup>. Aunque ello no quiere decir que se traduzca en una definición del grupo de empresa a efectos laborales, es decir, que defina o regule al grupo empresarial como empleador, pues estas

---

<sup>552</sup> GOERLICH PESET, J.M.: “Los grupos de sociedades en la jurisprudencia social reciente: puntos críticos”, Revista de información laboral, N.º 5, 2014, p. 16.

<sup>553</sup> Entre otros, caso COCA COLA (SAN 108/2014 de 12 de junio y STS 1717/2015 de 20 de abril).

<sup>554</sup> BAZ RODRÍGUEZ, J.: “El despido colectivo en las empresas de grupo. Viejos y nuevos problemas, tras el cambio de modelo normativo (2012-2014)”, Trabajo y Derecho, N.º 1, 2015, p. 5/30.

<sup>555</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: Teoría jurídica de los grupos de empresas y derecho del trabajo, Granada, Comares, 1997, p. 60.

definiciones solo hacen referencia al tipo de vinculación que debe de existir entre las empresas para que sean consideradas a tales efectos, sin relacionar dicha vinculación con los trabajadores que trabajan para una o varias empresas del grupo<sup>556</sup>.

Es más, a pesar de las últimas referencias añadidas en materia de grupos empresariales a la regulación del despido colectivo (arts. 4.5, 8 y 9.5 RPDC, referentes, respectivamente, a la obligación de documentación en despidos por causa económica, a la recolocación interna en grupos de empresas como medida social de acompañamiento, o al cómputo de contratos extinguidos a efectos del plan de recolocación externa, además de la citada “enmienda telefónica”), tanto la Directiva 98/59, como consecuencia de su armonización débil y opción de política legislativa económica, a la que ya se ha hecho referencia, como la regulación española, no reconocen al grupo empresarial como sujeto promotor del procedimiento de consultas-negociación<sup>557</sup>.

De hecho, la única referencia que adopta la Directiva comunitaria se encuentra en su artículo 2.4, al garantizar el procedimiento de despido colectivo con independencia de que la decisión material de despedir la haya tomado la matriz (o empresa ejerce el control) o de que esta no haya suministrado la información suficiente. Postura criticable, pues aun habiéndose reconocido la autoría material de la decisión de despedir como consecuencia de la penetración o reparto de poder que opera en los grupos empresariales, no se han extendido las obligaciones y responsabilidades más que a la empresa filial, articulando meramente una regla de transparencia, pero no de responsabilidad ni de equidad<sup>558</sup>. Basta referenciar el apartado 58 de la STJCE de 10 de septiembre de 2009, *AEK vs. Fujitsu Siemens*, C-44/08, cuyo tenor literal es el siguiente: “una empresa que controla al empresario, aun cuando pueda adoptar decisiones vinculantes para éste, no tiene la condición de empresario” y por tanto, “el único destinatario de las obligaciones en materia de información, consulta y notificación es el empresario, es decir, una persona física o jurídica que tiene una relación laboral con los trabajadores que pueden ser despedidos” (apartado 57). Dicho criterio fue reiterado posteriormente por la STJUE de 7 de agosto de 2018, asuntos *Bichat, Chlubna y Walkner*, C-61/17, C-62/17 y C-72/17, al igual que

---

<sup>556</sup> UBILLÚS BRACAMONTE, R.E.: Grupos de empresas en el ámbito laboral: delimitación conceptual y reestructuraciones, op. cit., pp. 64-68.

<sup>557</sup> BAZ RODRÍGUEZ, J.: “El despido colectivo en las empresas de grupo. Viejos y nuevos problemas, tras el cambio de modelo normativo (2012-2014)”, op. cit., pp. 2-4/30.

<sup>558</sup> MOLINA NAVARRETE, C.: “«Grupo de empresas» y despidos colectivos: disfunciones prácticas de la distinción entre usos «patológicos» y «fisiológicos»”, *Actualidad Laboral*, N.º 7, 2014, p. 14.

asumido por nuestra jurisprudencia del TS en su sentencia 4297/2019, de 21 de noviembre, al referirse a la obligación de aportación documental por causas económicas y entender que “si la intención del legislador hubiese sido otra, en concreto la de establecer con carácter general la responsabilidad solidaria de las empresas del grupo e incluso tan sólo la de ampliar el ámbito a tener en cuenta en las extinciones por causas económicas [extendiéndolo a la totalidad del grupo o a la empresa matriz], esta importante consecuencia se habría establecido -razonablemente- con carácter expreso”.

Aunque también llama palmariamente la atención cómo el sentido de la Directiva 2009/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de mayo de 2009, sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, y su normativa de transposición (Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria), es radicalmente opuesto. Pues, con independencia de que no se llegue a contemplar la obligatoriedad de negociación, sí que se posibilita un procedimiento de consulta-informe con la dirección central del grupo empresarial de dimensión comunitaria como sujeto que, sin necesidad de ser empleador de los trabajadores, es responsable, “en cuanto rector de un ámbito complejo y descentralizado de organización del trabajo, de poner en marcha procedimientos de interlocución ... ante la toma de decisiones, a nivel y con impacto subjetivo transnacional, que afecten a los trabajadores, y particularmente en el caso de despidos colectivos”<sup>559</sup>, aunque todo ello con independencia de su específico procedimiento (Considerando 38 de la Directiva).

De este modo, este interés por la “impermeabilidad causal y procedimental”<sup>560</sup> del grupo en relación con el despido colectivo, se ha trasladado a la regulación española, que no ha estimado oportuno implantar mejora vía art. 5 Directiva 98/59, en un intento de no limitar la libertad de empresa<sup>561</sup>. Sin embargo, también es cierto que el derecho a la libertad de empresa no es ilimitado, pues su ejercicio a través de la articulación de grupos

---

<sup>559</sup> BAZ RODRÍGUEZ, J.: “El despido colectivo en las empresas de grupo. Viejos y nuevos problemas, tras el cambio de modelo normativo (2012-2014)”, op. cit., p. 4/30

<sup>560</sup> *Ibidem*, p. 6/30.

<sup>561</sup> Véase, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Teoría jurídica de los grupos de empresas y derecho del trabajo*, op. cit., pp. 152-153, 202 y 212-215 y MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C.: *El modelo de regulación jurídico laboral de los grupos de empresas. Una propuesta de reforma*, Granada, Comares, 2002, pp. 36-37 y 53.



empresariales no puede transgredir, afectar o vulnerar los derechos de los trabajadores, tal y como ha defendido el Tribunal Supremo<sup>562</sup>, en un intento de evitar la *cosificación* de los trabajadores en la búsqueda del interés económico de las organizaciones empresariales, como si fuesen meros instrumentos productivos subordinados a la consecución de fines económicos<sup>563</sup>.

A tal fin, nuestros tribunales han construido un armazón jurisprudencial para considerar al grupo empresarial como efectivo empleador, y, por tanto, como sujeto promotor y responsable del procedimiento de despido colectivo. Ello significa que, si se considera a un grupo empresarial como tal a efectos laborales, el centro de imputación normativa (con lo que ello acarrea en materia de plantilla computable, extinciones computables, factor espacial y temporal, incluso afectación de las causas), las obligaciones de información y documentación, así como la celebración del periodo de consultas, recaerán sobre el grupo en su conjunto<sup>564</sup>. Y si ello no se observara, la consecuencia sería declarar nulos los despidos efectuados en fraude<sup>565</sup>.

Por ende, procede destacar la STS, ya citada, 4297/2019, de 21 de noviembre, donde se recoge y sintetiza la doctrina jurisprudencial en dicho sentido. Así, por un lado, se alude a una definición general del grupo como el integrado por el “conjunto de sociedades que, conservando sus respectivas personalidades jurídicas, se encuentran subordinadas a una dirección económica unitaria”, y de la que se extraen los denominados elementos esenciales que caracterizan a todo grupo empresarial: “a) la independencia jurídica de sus miembros, tanto en el ámbito patrimonial [mantienen la titularidad del patrimonio] cuanto en el organizativo [se estructuran por sus propios órganos]; y b) la dirección económica unitaria, cuya intensidad es variable en función del grado de centralización, pero que en todo caso ha de alcanzar a las decisiones financieras [política empresarial común], bien sea en términos de control [grupos verticales o de subordinación] bien en los de absoluta paridad [grupos horizontales o de coordinación]”

---

<sup>562</sup> SSTS de 9 de julio de 2001 (RJ 2001, 10019); 26 de septiembre de 2001 (RJ 2002, 1270); 19 de febrero de 2014 (RJ 2014, 1868); 26 de marzo de 2014 (RJ 2014, 2778), entre otras.

<sup>563</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “Nuevas formas de organización de la empresa, entre centralización y descentralización (I). La empresa en transformación permanente”, *Relaciones laborales*, N.º 1, 2011, p. 300.

<sup>564</sup> BAZ RODRÍGUEZ, J.: “El despido colectivo en las empresas de grupo. Viejos y nuevos problemas, tras el cambio de modelo normativo (2012-2014)” *op. cit.*, pp. 13-14/30.

<sup>565</sup> Véase, STS de 20 de noviembre del 2014, Ar. 6836, FJ 6 y SAN de 25 de noviembre del 2014, Ar. 2993, FJ 4, entre otras.

De este modo, la jurisprudencia española sí parece admitir la existencia de grupos empresariales por coordinación, esto es, aquellos que “se encuentran conformados por un conjunto de empresas económica y jurídicamente independientes, que libre y autónomamente se someten en todo o en parte a una dirección unitaria común acordada por ellas mismas”<sup>566</sup>. Por último, también cabe precisar cómo según el TS, ante dificultades probatorias e inseguridad jurídica, en el campo del Derecho del Trabajo, y a diferencia del derecho mercantil, no es necesario probar que “la sociedad dominante ejerza de forma decisiva su influencia, imponiendo una política empresarial común”, sino que se atenderá a “la mera posibilidad de dicha dirección común, atendiendo a la existencia de control societario”, coincidiendo con las numerosas referencias al grupo empresarial en nuestra legislación (art. 42.1 CCom, antiguo art. 4 LMV, art. 2 RD 1343/1992, art. 78 LCoop, etc.) o en directivas comunitarias, ya mencionadas.

Por otro lado, una vez elaborada una definición del grupo empresarial con carácter general, el TS procede a recoger una breve reseña acerca de su evolución jurisprudencial en materia de grupos empresariales a efectos laborales, distinguiendo dos etapas<sup>567</sup>: una que parte de las SSTS de finales de los años setenta, en la que la consideración del grupo a efectos laborales era irrelevante, como consecuencia de su independencia y responsabilidad diferenciada, a no ser que existieran desviaciones en excepcionales supuestos (“(sic) a virtud del principio de la realidad en la atribución de la condición de empresario, la doctrina del empresario aparente y la del fraude de ley”); para dejar paso al “más moderno criterio”, emanado principalmente de la STS 3 de mayo de 1990 (RJ 1990, 3946), “que persiste en la regla general de responsabilidad separada de las sociedades integrantes del grupo, pero que admite la trascendencia laboral del referido Grupo en ciertas circunstancias o cuando tal dato va acompañado de elementos adicionales”.

De este modo, la jurisprudencia del TS diferencia entre el “grupo de sociedades” propio del ámbito mercantil, que es “inocuo” y en principio lícito, y el “grupo de empresas” a efectos laborales, trascendente a efectos de extensión de la responsabilidad y para los que se exigen la concurrencia de unos determinados elementos adicionales

---

<sup>566</sup> UBILLÚS BRACAMONTE, R.E.: Grupos de empresas en el ámbito laboral: delimitación conceptual y reestructuraciones, op. cit., p. 82.

<sup>567</sup>Para un estudio con mayor rigurosidad acerca de la evolución jurisprudencial en materia de grupos empresariales laborales, véase, *Ibidem*, pp. 130-144.

(*vid.*, STS 2601/2018 de 20 de junio). En este sentido, dejando de lado el debate en torno a si los conceptos son equivalentes o no<sup>568</sup>, la STS de 2019, con cita a numerosas sentencias, recoge unos criterios constantes de la Sala que refuerzan la idea antes referida:

- “Que no es suficiente que concurra el mero hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria respecto de obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores, sino que es necesaria, además, la presencia de elementos adicionales”, porque “los componentes del grupo tienen en principio un ámbito de responsabilidad propio como persona(s) jurídicas independientes que son”;
- “Que la dirección unitaria de varias entidades empresariales no es suficiente para extender a todas ellas la responsabilidad, pues tal dato tan sólo será determinante de la existencia del grupo empresarial, no de la responsabilidad común por obligaciones de una de ellas”, y;
- “Que tampoco determina esa responsabilidad solidaria la existencia de una dirección comercial común, porque ni el control a través de órganos comunes, ni la unidad de dirección de las sociedades de grupos son factores suficientes para afirmar la existencia de una “unidad empresarial”; como el que una empresa tenga acciones en otra o que varias empresas lleven a cabo una política de colaboración no comporta necesariamente la pérdida de su independencia a efectos jurídico- laborales; como la coincidencia de algunos accionistas en las empresas del grupo carece de eficacia para ser determinante de una condena solidaria, en contra de la previsión del art. 1137 CE , teniendo en cuenta que todas y cada una de las Sociedades tienen personalidad jurídica propia e independiente de la de sus socios; y tampoco cabe exigir esa responsabilidad solidaria por el sólo dato de que el Administrador único de una empresa sea representante legal de otra, pues “pues la mera coincidencia de un administrador en ambas, aunque comportara una dirección unitaria, no

---

<sup>568</sup> La STS 4297/2019 de 21 de noviembre entiende que el concepto de “grupo de empresas” es común a las distintas ramas del ordenamiento jurídico, mientras que, sentencias precedentes (SSTS 03/11/05 -rcud 3400/04-; y 23/10/12 -rcud 351/12-) y autorizada doctrina científica (entre otros, SÁEZ LARA, C.: Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos, op. cit., p. 106) defienden que los grupos de empresas configuran un campo de aplicación normalmente más restringido que el del grupo de sociedades mercantil al exigírsele una serie de elementos adicionales.

determinaría sino la existencia de un grupo de empresas y no la responsabilidad solidaria de aquéllas”.

Pues bien, precisada esta cuestión, el TS, finalmente, con base en su importante sentencia de 27 de mayo de 2013, rco. 78/12, denominada “*leading case*”<sup>569</sup>, donde se recoge la llamada doctrina *Aserpal*<sup>570</sup>, enumera los elementos adicionales que deben concurrir, en manera alguna acumulativa, para que se extienda la responsabilidad al grupo, siendo los siguientes: “1º) el funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo, manifestado en la prestación indistinta de trabajo - simultánea o sucesivamente- en favor de varias de las empresas del grupo; 2º) la confusión patrimonial; 3º) la unidad de caja; 4º) la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, con creación de la empresa “aparente”; y 5º) el uso abusivo - anormal- de la dirección unitaria, con perjuicio para los derechos de los trabajadores”. Dicha sentencia de 2013, excluyó los supuestos de “dirección unitaria” y “apariencia externa de unidad” de los elementos adicionales, al ser estos más bien configuradores de los ya mencionados elementos esenciales que deben existir en cualquier grupo empresarial y ser insuficientes para extender la responsabilidad (en palabras del TS, “no ha de considerarse propiamente adicional la apariencia externa de unidad, porque ésta es un componente consustancial del grupo, en tanto que no representa más que la manifestación hacia fuera de la unidad de dirección que es propia de aquél). Así, la STS de 27 de mayo de 2013, rco. 78/12, destacó por la reformulación del concepto jurisprudencial de grupo de empresa a efectos laborales superando las imprecisiones advertidas por la doctrina científica<sup>571</sup>.

Pero tampoco debe de entenderse a los elementos adicionales citados como una relación numérica cerrada, pues, en palabras del Tribunal Supremo, “el concepto de grupo laboral de empresas y, especialmente, la determinación de la extensión de la responsabilidad de las empresas del grupo depende de cada una de las situaciones concretas que se deriven de la prueba que en cada caso se haya puesto de manifiesto y

---

<sup>569</sup> MERCADER UGUINA, J.R.: “El desconcertante mundo de los grupos “laborales” de empresas y sus nuevas formulaciones jurisprudenciales”, en AA.VV.: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, p. 488.

<sup>570</sup> BAZ RODRÍGUEZ, J.: “El despido colectivo en las empresas de grupo. Viejos y nuevos problemas, tras el cambio de modelo normativo (2012-2014)”, op. cit., passim.

<sup>571</sup> UBILLÚS BRACAMONTE, R.E.: *Grupos de empresas en el ámbito laboral: delimitación conceptual y reestructuraciones*, op. cit., p. 141.

valorado, sin que se pueda llevar a cabo una relación numérica de requisitos cerrados para que pueda entenderse que existe esa extensión de responsabilidad. Entre otras cosas, porque en un entramado de ... empresas ..., la intensidad o la posición en relación de aquéllas con los trabajadores o con el grupo no es la misma”.

En este orden de cosas, otras de las sentencias a resaltar son las SSTS- todas ellas de Pleno-20 de octubre de 2015 -rco 172/14-, asunto *Tragsa*; 850/2017, de 31 de octubre de 2017 - rco 115/17-, para *Ayuntamiento de Isla Cristina*; y 869/2017, de 10 de noviembre de 2017 - rcud 3049/15-, asunto *Tecno Envases, SA*), en las que se reconoce un giro jurisprudencial ya reclamado por algunos sectores doctrinales<sup>572</sup> en torno a la utilización exclusiva y excesivamente delimitadora del concepto grupo de empresas laboral en virtud de la teoría del fraude. En este sentido, el TS ya deja de atender a la clásica diferenciación entre el inocuo “grupo de sociedades” y el trascendente “grupo patológico de empresas”, para referirse al concepto “empresa de grupo” o “empresa-grupo”, que abarcaría de igual modo el “grupo patológico” pero reservándolo a supuestos que se enmarquen en el terreno de la ocultación o el fraude, pues “el transcurso del tiempo y la progresiva evidencia de un cierto desfase entre la normativa vigente en materia de sociedades mercantiles y la variada realidad ofrecida por el mundo económico en materia de grupos de sociedades [dominicales, contractuales y personales], en muchas ocasiones absolutamente exteriorizadas y aún mantenidas por iniciativa propia en sede judicial por las propias empresas [incluso con oposición de la parte social]” no eran compatibles con una teoría del fraude absoluta. Es decir, tras los últimos años de crisis no ha sido extraña la situación en la que sean los propios grupos empresariales los que aludan a su condición de verdadero empleador para así poder ajustar la plantilla en todo el grupo y afectar la situación económica negativa a la totalidad de las empresas<sup>573</sup>.

Entrando ya a valorar los diferentes elementos adicionales, se analizarán cada uno de ellos de manera sintética, destacando sus aspectos claves:

En cuanto al primero de ellos, el “funcionamiento unitario”, procede destacar tanto su vertiente individual (prestación de trabajo indistinta – simultánea o sucesiva --)

---

<sup>572</sup>BAZ RODRÍGUEZ, J.: “El despido colectivo en las empresas de grupo. Viejos y nuevos problemas, tras el cambio de modelo normativo (2012-2014)” op. cit., passim y UBILLÚS BRACAMONTE, R.E.: *Grupos de empresas en el ámbito laboral: delimitación conceptual y reestructuraciones*, op. cit., pp. 143 y 144.

<sup>573</sup>GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I., Y MERCADER UGUINA, J.R.: “La iniciación del procedimiento de despido colectivo por los grupos patológicos: algunos extraños efectos”, *Revista de Información Laboral*, N.º 1, 2015, p. 1.

como colectiva (denominada confusión de plantillas), por las que uno, varios o el conjunto de trabajadores prestan servicios a las diversas empresas del grupo, o a algunas de ellas, denotando la existencia de una relación laboral única, a pesar de la pluralidad empresarial. Por tanto, nos encontramos ante “una única relación de trabajo cuyo titular es el grupo en su condición de sujeto real y efectivo de la explotación unitaria por cuenta de la que prestan servicios los trabajadores; situaciones integrables en el art. 1.2. ET, que califica como empresarios a las "personas físicas y jurídicas" y también a las "comunidades de bienes" que reciban la prestación de servicios de los trabajadores”. Sin embargo, siguiendo la STS 656/2018, de 20 de junio de 2018, que incluso define dicho elemento esencial como “funcionamiento unitario con confusión de plantillas”, este elemento adicional solo tendrá lugar cuando exista una confusión de plantillas cuantitativa y cualitativa, pues de otro modo, nos encontraríamos ante el supuesto de una “mínima intercomunicación laboral”, concepto elaborado por el TS sobre la base de la doctrina de la “insignificancia” (SSTS 27 de abril de 2015, recud. 1881/14 y 19 de febrero de 2016, recud. 3035/14, entra otras).

En segundo lugar, la “confusión patrimonial”, no debe de entenderse con referencia a la pertenencia del capital social, como ya se ha indicado, sino a la “pertenencia y uso del patrimonio social de forma indistinta, lo que no impide la utilización conjunta de infraestructuras o medios de producción comunes, siempre que esté clara y formalizada esa pertenencia común o la cesión de su uso”; y “ni siquiera existe por encontrarse desordenados o mezclados físicamente los activos sociales, a menos que “no pueda reconstruirse formalmente la separación””. En este sentido, partiendo de la base de que la explotación de “sinergias productivas” (uso común de bienes muebles, inmuebles, materiales o inmateriales)<sup>574</sup> en los grupos empresariales es en principio lícita, la misma deberá de atender a una serie de límites que impidan un “alto grado de comunicación entre patrimonios de dos o más empresas del grupo”<sup>575</sup>, de manera que no sea posible distinguir entre el patrimonio de una y otras empresas (entre otras, STS de 20 de octubre de 2015, RJ 2015/5210), y denotando la existencia de una unidad empresarial laboral verdaderamente receptora y beneficiaria de las prestaciones laborales<sup>576</sup>. Por ello,

---

<sup>574</sup> UBILLÚS BRACAMONTE, R.E.: Grupos de empresas en el ámbito laboral: delimitación conceptual y reestructuraciones, op. cit., pp. 151 y 156.

<sup>575</sup> BAZ RODRÍGUEZ, J.: “El despido colectivo en las empresas de grupo. Viejos y nuevos problemas, tras el cambio de modelo normativo (2012-2014)” op. cit., p. 9/30.

<sup>576</sup> Ídem.

siempre que exista utilización conjunta de bienes, deberá de haber un título jurídico que justifique dicho uso común (v.gr.: contrato de arrendamiento)<sup>577</sup>, o bien, la existencia de una contrata o subcontrata (sin incurrir en cesión ilegal de trabajadores)<sup>578</sup>, así como una contraprestación acorde con el valor de mercado o razonablemente cercana al mismo, muestra de la independencia económica de las empresas del grupo (entre otras, SSTS de 9 de julio de 2001, RJ 201/10019, y de 29 de enero de 2014, RJ 2014/1291). Asimismo, a efectos de valorar la confusión patrimonial como la existencia de una sola organización empresarial conformada por varias empresas, dicha confusión debe de ser cualitativa y cuantitativamente relevante, pues de lo contrario nos encontraríamos ante una “confusión patrimonial limitada o irrisoria” a efectos de determinar la confusión patrimonial como determinante de un grupo de empresas laboral<sup>579</sup>, como pudiera ser en los supuestos de préstamos ocasionales o que no tengan que ver con el giro del negocio<sup>580</sup>.

Sin embargo, llegados a este punto, han existido divergencias tanto en sede judicial, con dos votos particulares en sendas sentencias<sup>581</sup>, como en la doctrina científica<sup>582</sup>, acerca de la irrelevancia de la pertenencia del capital social, pues, en determinados supuestos en los que la empresa matriz ostenta casi o la totalidad de las acciones o participaciones de sus filiales podrían constituirse como un elemento adicional más, en tanto que el grupo empresarial hubiera dividido o troceado su proceso productivo en las diferentes empresas filiales para producir un mismo bien o servicio. Hecho que entraría en consonancia con la apreciación de verdadero empresario a la luz del art. 1 del ET.

Por otro lado, el tercer elemento adicional a tratar sería el de la “unidad de caja”, grado extremo de confusión patrimonial, por lo que se suele proceder a su estudio de

---

<sup>577</sup> STS 29 de enero de 2014, RJ 2014/1291. De igual modo, para UBILLÚS BRACAMONTE, R.E.: Grupos de empresas en el ámbito laboral: delimitación conceptual y reestructuraciones, op. cit., p. 159, esta actuación patrimonial diferenciada también tiene que acreditarse en una facturación o contabilidad independiente, siguiendo las indicaciones del Código de Comercio.

<sup>578</sup> SSTS de 30 de abril de 1999, RJ 1999/4660 y 25 de junio de 2009, RJ 2009/3263.

<sup>579</sup> DESDENTADO BONETE, A., y DESDENTADO DAROCA, E.: Grupos de empresas y despidos económicos, Valladolid, Thomson-Reuters-Lex Nova, 2014, p. 115.

<sup>580</sup> UBILLÚS BRACAMONTE, R.E.: Grupos de empresas en el ámbito laboral: delimitación conceptual y reestructuraciones, op. cit., p. 160.

<sup>581</sup> SSTS de 25 de septiembre de 2013, RJ 2014/1204, y de 28 de enero de 2014, RJ 2014/192796.

<sup>582</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C.: El modelo de regulación jurídico laboral de los grupos de empresas. Una propuesta de reforma, op. cit., p. 47.

manera conjunta<sup>583</sup>, y que se conoce en la doctrina como “promiscuidad en la gestión económica” o en la jurisprudencia con el término “permeabilidad operativa y contable”. En otras palabras, se constituye el elemento de “caja única” cuando se produzca una confusión patrimonial de orden financiero que dé lugar a “una sola masa económica-financiera”, y, por tanto, no se permita diferenciar entre los diferentes patrimonios financieros de las empresas<sup>584</sup>. Especialmente problemática se muestra en este sentido la técnica financiera del *cash pooling*, entendida como una “gestión centralizada de la tesorería para grupos de empresas” en la que los saldos pasivos de unas empresas son cubiertos por los saldos activos de otras de ellas, generalmente con periodicidad diaria<sup>585</sup> y eliminando los saldos inactivos que puedan existir<sup>586</sup>. En definitiva, una técnica de financiación automática o de liquidez permanente, por la que no se tenga que acudir a terceros<sup>587</sup>, que será lícita y no conformará supuesto de “caja única”, siempre que no vaya acompañada de confusión patrimonial alguna, como podría ser en los casos de: una inadecuada contabilidad de los flujos y saldos de cada empresa que impida diferenciarlos entre sí; las condiciones de remuneración y costes no se ajustan al valor razonable de mercado, tal y como exige la normativa contable; y en caso de descapitalizaciones<sup>588</sup>. Sin embargo, esto último no debemos de confundirlo, a pesar de su similitud, con los mecanismos de compensación de deudas entre empresas del mismo grupo conocidos en su terminología anglosajona como *netting*, para los que habrá que atender del mismo modo a una serie de premisas para que se constituya caja única, no operando su carácter ilícito o de extensión de responsabilidad *per se*<sup>589</sup>.

---

<sup>583</sup>Vid., UBILLÚS BRACAMONTE, R.E.: Grupos de empresas en el ámbito laboral: delimitación conceptual y reestructuraciones, op. cit., p. 151 y BAZ RODRÍGUEZ, J.: “El despido colectivo en las empresas de grupo. Viejos y nuevos problemas, tras el cambio de modelo normativo (2012-2014)” op. cit., p. 9/30.

<sup>584</sup> UBILLÚS BRACAMONTE, R.E.: Grupos de empresas en el ámbito laboral: delimitación conceptual y reestructuraciones, op. cit., p. 162.

<sup>585</sup> SSAN de 20 de enero de 2014, JUR 2014/20542 y de 20 de enero de 2014, JUR 2014/20969.

<sup>586</sup> SERRANO OLIVARES, R.: “Grupos de empresas a efectos laborales y cash pooling”, Iuslabor, N.º 1, 2014, p. 2.

<sup>587</sup> BAZ RODRÍGUEZ, J.: “El despido colectivo en las empresas de grupo. Viejos y nuevos problemas, tras el cambio de modelo normativo (2012-2014)” op. cit., p. 10/30.

<sup>588</sup> BAZ RODRÍGUEZ, J.: “El despido colectivo en las empresas de grupo. Viejos y nuevos problemas, tras el cambio de modelo normativo (2012-2014)” op. cit., p. 10/30 con cita en las SAN 25-2-2013; SAN 20-1-2014; SAN 28-3-2014 y SAN 12-6-2014.

<sup>589</sup> UBILLÚS BRACAMONTE, R.E.: Grupos de empresas en el ámbito laboral: delimitación conceptual y reestructuraciones, op. cit., pp. 172 y 173.



En cuarto lugar, la “utilización fraudulenta de la personalidad”, “apunta a la “creación de empresa aparente” -concepto íntimamente unido a la confusión patrimonial y de plantillas- y alude al fraude en el manejo de la personificación, que es lo que determina precisamente la aplicación de la doctrina del “levantamiento del velo”, en supuestos en los que -a la postre- puede apreciarse la existencia de una empresa real y otra que sirve de “pantalla” para aquélla (*sic*)”. En otras palabras, dicha doctrina del levantamiento del velo, cuyo génesis en el ordenamiento jurídico español proviene de la STS 28 de mayo de 1984, RJ 1984/2800, y que ha sido adaptada posteriormente al orden social a través de su jurisprudencia, busca enervar la protección de la limitación de la responsabilidad, cuando a través de este uso de la personalidad jurídica se vulneren los derechos de los trabajadores, constituyéndose un fraude de ley. Ello podría ocurrir con la creación de una empresa aparente, la cual no disponga ni de un verdadero sustento en términos de trabajadores o de actividad productiva real (confusión de plantilla o patrimonial), no disponiendo de un patrimonio suficiente para asumir sus obligaciones contraídas con terceros (trabajadores o acreedores)<sup>590</sup>. Sin olvidar que esta descapitalización puede venir sobrevenida, a través de decisiones de la empresa matriz en favor de sus otras filiales y del grupo en general<sup>591</sup>.

En último lugar, la jurisprudencia también alude al “uso abusivo de la dirección unitaria” – no olvidemos que un uso *normalizado* de la dirección unitaria constituye un elemento esencial de todo grupo empresarial --. Tal y como se precisa en la STS 4297/2019, “la legítima dirección unitaria puede ser objeto de abusivo ejercicio - determinante de solidaridad- cuando se ejerce anormalmente y causa perjuicio a los trabajadores, como en los supuestos de actuaciones en exclusivo beneficio del grupo o de la empresa dominante”. Concretamente, según la SAN 108/2014 de 12 de junio<sup>592</sup>, se estaría dando un supuesto de uso abusivo de la dirección unitaria, con perjuicio de los derechos de los trabajadores, en el caso de que la empresa filial no tuviera dirección, siendo esta totalmente asumida por la sociedad dominante, ya que “mantener una empresa

---

<sup>590</sup> BAZ RODRÍGUEZ, J.: “El despido colectivo en las empresas de grupo. Viejos y nuevos problemas, tras el cambio de modelo normativo (2012-2014)” op. cit., p. 10/30.

<sup>591</sup> UBILLÚS BRACAMONTE, R.E.: Grupos de empresas en el ámbito laboral: delimitación conceptual y reestructuraciones, op. cit., p. 181.

<sup>592</sup> Criterio asumido anteriormente tanto en la STS de 26 de marzo de 2014, RJ 2014/3840, y las SSAN de 20 de enero de 2014, JUR 2014/20542 y 20 de enero de 2014, JUR 2014/20969.

sin dirección propia ... la hace irreconocible como tal empresa” y “la vacía de contenido como empresa diferenciada dentro del grupo”.

Para finalizar, una vez analizada la construcción jurisprudencial del grupo empresarial laboral y su extensión de responsabilidad, es necesario destacar que, al erigirse este como centro de imputación normativa, la doctrina Rabal Cañas no será ajena. Esto es, siguiendo los planteamientos recogidos *ut supra*, en cuanto al concepto comunitario de “centro de trabajo” y al sistema de doble cómputo acogido en nuestra jurisprudencia interna, habrá que acudir en primer lugar al centro de trabajo, y si este no activara el procedimiento de despido colectivo, en segundo lugar, se atenderá al grupo empresarial laboral como “empresa” en su conjunto<sup>593</sup>.

---

<sup>593</sup> Para UBILLÚS BRACAMONTE, R.E.: Grupos de empresas en el ámbito laboral: delimitación conceptual y reestructuraciones, op. cit., pp. 365 a 372, solo se cumplirá con la nueva doctrina jurisprudencial sobre el centro de trabajo si la extensión de responsabilidad laboral a la empresa de grupo se produce por confusión de plantilla o de patrimonios.

## **CAPÍTULO IV. EL PROCEDIMIENTO DE DESPIDO COLECTIVO: SIGNIFICACIÓN Y RÉGIMEN JURÍDICO**

### **1. EL PROCEDIMIENTO DE “CONSULTAS-NEGOCIACIÓN”: EL FOMENTO DE LA “FLEXIBILIDAD NEGOCIADA” EN EL DESPIDO COLECTIVO**

#### *1.1. Actos previos y fase inicial*

##### *1.1.1. Comunicación “fehaciente” de la intención de iniciar procedimiento de despido colectivo*

La decisión de despedir, en lo que aquí respecta de forma colectiva, reside en la propia voluntad del empresario y su poder de dirección y gestión, aunque cabe decir que no de forma ilimitada (ya sea por el respeto de la causa y el procedimiento). Atrás ha quedado la antigua facultad de los trabajadores de exigir la tramitación de un despido colectivo, que ahora solo queda relegada a los procesos concursales (art. 171.1 LC)<sup>594</sup>. De este modo, debe de ser el empresario el que se dirija a sus trabajadores para que estos conozcan no solo las intenciones de la parte empresarial de iniciar el procedimiento de despido colectivo en el corto plazo, sino también para que puedan conformar con carácter previo la comisión negociadora encargada de la fase de consulta-negociación.

El art. 51.2 ET en su párrafo tercero precisa que “la comisión representativa de los trabajadores deberá quedar constituida con carácter previo a la comunicación empresarial de apertura del periodo de consultas. A estos efectos, la dirección de la empresa deberá comunicar de manera fehaciente a los trabajadores o a sus representantes su intención de iniciar el procedimiento de despido colectivo. El plazo máximo para la constitución de la comisión representativa será de siete días desde la fecha de la referida comunicación, salvo que alguno de los centros de trabajo que vaya a estar afectado por el procedimiento no cuente con representantes legales de los trabajadores, en cuyo caso el plazo será de quince días”.

En efecto, el empresario debe de comunicar su intención de llevar a cabo un procedimiento de despido colectivo con carácter previo a su inicio, el cual se produce con la significativamente denominada comunicación inicial del art. 2 RPDC, de carácter simultáneo a los representantes y a la autoridad laboral. Además, esta “comunicación de

---

<sup>594</sup> “La legitimación activa para solicitar del juez del concurso la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, el traslado, el despido, la suspensión de contratos o la reducción de jornada, de carácter colectivo, que afecten a los contratos de trabajo en que sea empleador el concursado, corresponde a este, a la administración concursal o a los trabajadores de la empresa concursada a través de sus representantes legales”.

intenciones” fija el plazo inicial para la constitución de la denominada “comisión representativa de los trabajadores” o “banco social” de la comisión negociadora, con el fin de que esta quede constituida con anterioridad al inicio del procedimiento.

En concreto, el citado párrafo del art. 51.2 ET se introdujo por el RD-ley 11/2013, de 2 de agosto, y posterior Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, en la búsqueda de arrojar mayor seguridad jurídica a la regulación del despido colectivo y de delimitar los tiempos en los que debía y debe de constituirse la comisión representativa de los trabajadores, habida cuenta de que con la anterior regulación nada se precisaba<sup>595</sup> y ello podía suponer que durante el período de consultas se consumiera tiempo para la constitución de dicho órgano, mermando el período efectivo de negociación<sup>596</sup>. Ello significa que en la actualidad la comisión negociadora debe de constituirse con carácter previo a la comunicación empresarial de apertura del periodo de consultas y, por tanto, que se requiere una fase previa al inicio de este período formal de consultas, dedicada a la conformación de la comisión representativa de las personas trabajadores<sup>597</sup>.

De hecho, el art. 51.2 ET añade que “transcurrido el plazo máximo para la constitución de la comisión representativa”, que variará en función de que alguno de los centros de trabajo cuente o no con representantes legales de los trabajadores, “la dirección de la empresa podrá comunicar formalmente a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral el inicio del periodo de consultas”. Una comunicación formal de inicio del período de consulta-negociación que incluirá entre su documentación común: la “copia de la comunicación dirigida a los trabajadores o a sus representantes por la

---

<sup>595</sup> El art. 41.4 ET sí que recogía un plazo para la constitución de la comisión representativa dentro del propio período de consultas desde la redacción dada por el Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio, hasta la modificación por parte del Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto. El tenor literal era el siguiente: “En todos los casos, la designación deberá realizarse en un plazo de cinco días a contar desde el inicio del periodo de consultas, sin que la falta de designación pueda suponer la paralización del mismo”. Un plazo que se entendía aplicable al despido colectivo cuando la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, introdujo una remisión en el art. 51.2 ET al art. 41.4 ET para conformar la comisión negociadora en caso de ausencia de representación legal.

<sup>596</sup> DEL REY GUANTER, S.: “La fase previa al periodo de consultas: La comunicación de la intención de iniciar un proceso de despido colectivo y la solicitud de designación de la comisión representativa de los trabajadores”, en VV.AA.: Tratado de despido colectivo, GODINO REYES, M. (Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 148 y ss.

<sup>597</sup> POQUET CATALÁ, R.: Análisis de la actual configuración del despido colectivo, op. cit., versión electrónica.

dirección de la empresa de su intención de iniciar el procedimiento de despido colectivo” y los “representantes de los trabajadores que integrarán la comisión negociadora o, en su caso, indicación de la falta de constitución de esta en los plazos legales” (arts. 51.2 ET y 3.1 RPDC).

Esta comunicación de intenciones se configura, por ende, como un trámite previo, que no supone el inicio del procedimiento de despido colectivo, ya que este se produce con la comunicación inicial, que se detallará a continuación<sup>598</sup>. De lo anterior se infiere la posibilidad que tiene el empleador de desdecirse de sus intenciones de llevar a cabo despido colectivo, sin que la mera declaración inicial despliegue la obligación de finalmente iniciar procedimiento de despido colectivo. De esta forma, no habría inconveniente legal en que el empresario dejara sin efecto con posterioridad dicha comunicación fehaciente, aunque sería recomendable que el empresario comunicara de nuevo de forma fehaciente que desiste de proceder al despido colectivo<sup>599</sup>.

Es más, es partir de la comunicación de apertura del período de consultas cuando el empresario tiene la obligación de suministrar la correspondiente información o documentación, así como de negociar. Es por ello que, si en una reunión convocada por el empleador sin expresar formalmente que pretende iniciar un procedimiento de despido colectivo, se intenta entregar en el decurso de la misma la correspondiente documentación a los representantes de los trabajadores para librarse de tal obligación, ello no supondrá su cumplimiento ya que las obligaciones de notificación de los datos legales y reglamentarios nacen a partir del momento del inicio formal del período de consultas, siendo este intento, por tanto, irrelevante e ineficaz<sup>600</sup>.

---

<sup>598</sup> FALGUERA BARÓ, M.À.: El procedimiento del despido colectivo y el desarrollo del período de consultas: criterios judiciales, Albacete, Bomarzo, 2015, p. 17 critica la mala técnica legislativa que se utiliza en la ordenación del despido colectivo, que muchas veces induce a confusión. “Así por ejemplo: aún cuando podría llegarse a la conclusión de que el primer paso a efectuar por el empleador en estos supuestos se concreta en el escrito inicial del artículo 2 RDC ello no es así, en tanto que previamente deberá constituirse la comisión representativa de los trabajadores, en aquellos supuestos en que así deba procederse”.

<sup>599</sup> DEL REY GUANTER, S.: “La fase previa al periodo de consultas: La comunicación de la intención de iniciar un proceso de despido colectivo y la solicitud de designación de la comisión representativa de los trabajadores”, op. cit., p. 150.

<sup>600</sup> FALGUERA BARÓ, M.À.: El procedimiento del despido colectivo y el desarrollo del período de consultas: criterios judiciales, op. cit., pp. 34 y 35, con cita en STSJ Madrid de 17 de marzo de 2014, rec. 2149/2013, donde se expone que: “Mediante correo de 18 de octubre de 2013, se convocó al Comité de Empresa a una reunión el 30 de octubre de 2013, indicando que era para tratar de “la situación actual de la empresa”, sin mencionar que su intención era la de iniciar el procedimiento de despido, aunque posteriormente en dicha reunión informa que tenía la intención de presentar un despido colectivo

En cuanto a los destinatarios de la puesta en conocimiento de la intención de realizar despido colectivo, el art. 51.2 ET se refiere tanto a trabajadores como a sus representantes, aunque no de forma acumulativa, sino en un sentido alternativo o disyuntivo. De este modo, parece lógico que si la empresa solo tiene un centro de trabajo afectado (o simplemente solo tiene un centro de trabajo) y cuenta con representación legal o bien todos los centros de trabajo afectados tienen representación legal, la comunicación previa se efectuará a todos los representantes unitarios de los correspondientes centros de trabajo: ya sean delegados de personal o comités de empresa<sup>601</sup>. No obstante, a pesar de que el ET solo se refiere a “sus representantes”, algunos autores interpretan que si los representantes unitarios coinciden con sindicales, también deberá de notificarse a estos la intención de iniciar procedimiento de despido colectivo, con el fin de que las secciones sindicales pueden optar por constituirse como miembros de la comisión representativa de los trabajadores, tal y como se verá a continuación<sup>602</sup>. Por ello, en caso de existir tal representación unitaria o sindical, carece de sentido que la comunicación de intenciones se dirija a los trabajadores de forma individual, por ser los primeros los “destinatarios naturales” de esta comunicación fehaciente. Incluso para algunos autores la comunicación individual a los trabajadores cuando exista representación puede interpretarse como contraria a la buena fe negocial por parte de la empresa<sup>603</sup>.

Por otro lado, cuando los centros afectados no tengan ni representación unitaria ni sindical, la comunicación de intenciones debe de dirigirse de forma individual a todos los

---

pretendiendo entonces hacer entrega de una copia en papel de una serie de documentación, dando por iniciado en ese momento el periodo de consultas con la representación social; la Sala no puede considerar cumplido el requisito en cuanto que en la convocatoria no se indica claramente que es para iniciar el procedimiento por despido colectivo a fin de que pudiesen constituir la comisión representativa, y que en la comunicación de inicio del periodo de consultas constasen los "Representantes de los trabajadores que integrarán la comisión negociadora".

<sup>601</sup> Sobre la importancia de que se comunique a todos los representantes unitarios la intención de iniciar procedimiento de despido colectivo y la constitución de comisión negociadora, véase, STS de 22 de julio de 2022 (rec. 313/2021). “La omisión de la exigencia de comunicar a los representantes de los trabajadores la decisión del despido colectivo, no es un mero incumplimiento de un deber informativo, sino un requisito esencial para la efectividad primero del despido colectivo y después de los despidos individuales, dotando a la regulación procesal del despido colectivo, en cuanto al ejercicio de dichas acciones, tanto para los trabajadores como para la empresa, de la necesaria seguridad jurídica”.

<sup>602</sup> GARCÍA RODRÍGUEZ, B.: “La fase previa al periodo de consultas. La designación de la comisión representativa de los trabajadores”, en VV.AA.: Tratado de despido colectivo, GODINO REYES, M. (Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 160 y ss.

<sup>603</sup> DEL REY GUANTER, S.: “La fase previa al periodo de consultas: La comunicación de la intención de iniciar un proceso de despido colectivo y la solicitud de designación de la comisión representativa de los trabajadores”, op. cit., pp. 152 y 153.

trabajadores que forman parte de los centros de trabajo afectados<sup>604</sup>. Es más, si algunos centros de trabajo tienen representación y otros no, también deberá de comunicarse individualmente a los trabajadores de estos últimos centros de trabajo para que puedan decidir si forman o no sus correspondientes comisiones *ad hoc*<sup>605</sup>.

La comunicación de la intención de iniciar procedimiento de despido colectivo debe de ser “fehaciente”. No obstante, el ET no precisa qué debe de entenderse por tal consideración o cómo debe de realizarse la comunicación para que se considere fehaciente<sup>606</sup>. Del estudio jurisprudencial se extrae que por fehaciencia no debe de entenderse necesariamente que la comunicación se realice con intervención notarial o judicial, sino que se puede llevar a cabo por cualquier vía “que permita reputar como indudable que se pusieron los medios necesarios para alcanzar el fin pretendido y el destinatario gozó de la posibilidad, con independencia de que la usase o no, de conocer el contenido de la notificación o comunicación”. Por ello, debe interpretarse que la comunicación podrá realizarse por cualquier medio “que ofrezca garantías de autenticidad”, al igual que la notificación deberá de hacerse de modo claro sin “que quepa duda de su realización”. Por consiguiente, podrá realizarse por escrito, entregándose en persona a las personas trabajadoras o a su representación legal, o bien remitiéndola por burofax para que quede constancia<sup>607</sup>. Aunque tampoco es estrictamente necesario que la comunicación se realice por escrito para que sea fehaciente, no siendo un requisito *ad solemnitatem*<sup>608</sup>. Piénsese, por ejemplo, en una comunicación verbal en una reunión con los representantes de los trabajadores y su constancia en el acta de la reunión firmada por las partes al efecto, que puede ser totalmente válida<sup>609</sup>.

---

<sup>604</sup> Dicha comunicación individual a cada uno de los trabajadores del centro de trabajo afectado en caso de ausencia de representación puede también observarse en el formulario n.º 1 de CERVERA SOTO, T. y CID BABARRO, C.: El despido colectivo. Claves prácticas y análisis jurisprudencial, Valladolid, Lex Nova, 2016.

<sup>605</sup> GARCÍA RODRÍGUEZ, B.: “La fase previa al periodo de consultas. La designación de la comisión representativa de los trabajadores”, op. cit., p. 161.

<sup>606</sup> La RAE define “fehaciente” como: “Que hace fe, fidedigno”.

<sup>607</sup> POQUET CATALÁ, R.: Análisis de la actual configuración del despido colectivo, op. cit., versión electrónica, con cita en SSTs de 25 de noviembre de 1983, de 25 de noviembre de 1983 y SAP Madrid, de 29 de enero de 2000, rec. núm. 486/1998.

<sup>608</sup> DEL REY GUANTER, S.: “La fase previa al periodo de consultas: La comunicación de la intención de iniciar un proceso de despido colectivo y la solicitud de designación de la comisión representativa de los trabajadores”, op. cit., p. 152.

<sup>609</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: El despido colectivo y sus elementos configuradores tras las recientes reformas, op. cit., p. 67.

Por último, también resulta importante precisar el contenido de la citada comunicación de intenciones, habida cuenta de que ni la norma legal ni la reglamentaria lo especifican. Cuestión distinta es que este contenido se pueda deducir de la finalidad de la comunicación fehaciente y de otros artículos de la norma. En primer lugar, es necesario que, en la lógica de lo ya expuesto, se comunique la intención de iniciar procedimiento de despido colectivo y se solicite la conformación de la comisión negociadora. En segundo lugar, como contenido de la comunicación deberá de especificarse si el despido colectivo afecta a un solo centro de trabajo o a varios, ya que según una u otra opción la conformación de la comisión representativa será distinta (al igual que también deberá de comunicarse si se llevarán a cabo medidas de flexibilidad interna y sobre qué centros de trabajo para que la comisión representativa de cada procedimiento coincida)<sup>610</sup>. En tercer lugar, deberá de indicarse el plazo máximo para la conformación de la comisión representativa, así como las reglas previstas en el art. 41.4 ET para su constitución, ya que, en caso contrario, los centros que resulten afectados por el procedimiento y no cuenten con representación legal, estarán en situación de indefensión. En cuarto lugar, también deberá de especificarse el número máximo de representantes de la parte social, al igual que, en último lugar, también será recomendable que se detallen las consecuencias de la falta de constitución de la comisión representativa, así como de su constitución tras el transcurso del plazo preestablecido de 7 o 15 días<sup>611</sup>. Asimismo, resulta recomendable que en la comunicación intenciones se comine a los receptores de dicha comunicación para que tras la constitución de la comisión representativa lo trasladen en tiempo y forma a la dirección de la empresa, a efectos de su conocimiento<sup>612</sup>.

### *1.1.2. La constitución de la comisión negociadora: el banco social y empresarial*

#### *A) Comisión representativa de las personas trabajadoras*

Una cuestión ciertamente importante del procedimiento de despido colectivo es la conformación de la comisión negociadora que se va a encargar de realizar el proceso de consulta-negociación. Se trata, no obstante, de un tema complejo, que ha suscitado

---

<sup>610</sup> DEL REY GUANTER, S.: “La fase previa al periodo de consultas: La comunicación de la intención de iniciar un proceso de despido colectivo y la solicitud de designación de la comisión representativa de los trabajadores”, op. cit., pp. 154 y 155.

<sup>611</sup> POQUET CATALÁ, R.: Análisis de la actual configuración del despido colectivo, op. cit., versión electrónica.

<sup>612</sup> DEL REY GUANTER, S.: “La fase previa al periodo de consultas: La comunicación de la intención de iniciar un proceso de despido colectivo y la solicitud de designación de la comisión representativa de los trabajadores”, op. cit., pp. 154 y 155.



diversas reformas a lo largo del tiempo y que, para algunos autores, todavía no ha sido resuelto de manera adecuada<sup>613</sup>.

Basta decir que hasta la reforma del art. 51 del ET/1995 por parte de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, la regulación del despido colectivo solo se había venido refiriendo a la representación legal como interlocutora en el procedimiento de consulta-negociación<sup>614</sup>, lo cual había generado una laguna para el grueso de los centros de trabajo sin representación. En este sentido, incluso existieron ciertas dudas de que los centros sin representación tuvieran que llevar a cabo períodos de consultas<sup>615</sup>, así como surgieron numerosos problemas aplicativos<sup>616</sup>. En efecto, las soluciones propuestas iban desde la exigencia de que las negociaciones se llevaran a cabo con la totalidad de la plantilla y el acuerdo se adoptase por unanimidad; que se admitiera válidamente la constitución de una comisión *ad hoc* o la posibilidad de que el convenio colectivo previera una solución específica al problema; que el empresario pudiera realizar el despido colectivo sin respetar el período de consultas, sobre la base de que el empresario no tenía por qué ver coartada su facultad extintiva por una cuestión que no le era imputable o porque las consultas perdían el sentido ante la inexistencia de representación del interés colectivo; y, finalmente, que no se pudiera proceder al despido colectivo en centros de trabajo sin representación<sup>617</sup>.

---

<sup>613</sup> FALGUERA BARÓ, M.À.: El procedimiento del despido colectivo y el desarrollo del período de consultas: criterios judiciales, op. cit., 2015.

<sup>614</sup> Sobre el significado de la tradicional expresión en el ET de “representantes legales de los trabajadores” y la reforma de 1994 que introduce en el art. 51.4, párrafo 3º, una referencia a los representantes sindicales, véase, MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: El despido colectivo en el Derecho español. Estudio de su régimen jurídico, op. cit., pp. 161-172.

<sup>615</sup> Tanto la doctrina judicial previa a la reforma de 2010 como el sector mayoritario de la doctrina científica sostuvo la obligatoriedad del procedimiento de consulta-negociación. Sin embargo, algunos autores defendieron la falta de obligación en caso de ausencia de representación legal, como NORES TORRES, L.E.: El período de consultas en la reorganización productiva empresarial, Madrid, CES, 2000, *passim*.

<sup>616</sup> Sobre las diversas posibilidades que existían acerca de la consulta-negociación en empresas sin representación, véase, ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A.: “Los acuerdos de reestructuración en empresas sin representantes unitarios de los trabajadores”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, N.º 67, 2002, pp. 111-127. Un análisis de los principales problemas aplicativos en: BENAVENTE TORRES, M.I.: “Las comisiones *ad hoc* en los períodos de consulta/negociación”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, N.º 124, 2014, pp. 122-128.

<sup>617</sup> Un resumen en MONEREO PÉREZ, J.L.: El despido colectivo y sus elementos configuradores tras las recientes reformas, op. cit., pp. 64 y 65.

En la idea de enmendar esta situación, en 2010 se modificó el art. 51.2 ET, introduciendo una remisión al art. 41.4 ET<sup>618</sup> para la conformación de comisiones *ad hoc* en el caso de ausencia de representación legal. Además, el Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto<sup>619</sup>, acabó con la compartimentalización o separación de las negociaciones por centros de trabajo afectados, algo que venía reconociendo el propio desarrollo reglamentario<sup>620</sup> y había sido criticado por la Audiencia Nacional por *ultra vires*<sup>621</sup>, reconociendo una única mesa negociadora con independencia de la existencia de varios centros de trabajo afectados, así como el mismo RD-ley precisó la conformación de la comisión y la legitimación de los interlocutores en casos de supuestos de “crisis plurilocalizadas”<sup>622</sup> con una modificación del art. 41.4 ET.

En la actualidad, el art. 51.2 ET indica, como ya se ha recogido, que “la comisión representativa de los trabajadores deberá quedar constituida con carácter previo a la comunicación empresarial de inicio del procedimiento de consultas”. A tal fin, el mismo apartado precisa que “la intervención como interlocutores ante la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas corresponderá a los sujetos indicados en el artículo 41.4, en el orden y condiciones señalados en el mismo”<sup>623</sup>. De este modo, para conformar la

---

<sup>618</sup> Del mismo modo, no fue hasta el Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio, y la posterior Ley 35/2010, de 17 de septiembre, cuando se introdujo una referencia a las comisiones *ad hoc* en el art. 41.4 ET para los casos de empresas sin representación legal.

<sup>619</sup> Convalidado por la Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social.

<sup>620</sup> Posibilidad reconocida en el Real Decreto 801/2011, de 10 de junio, y en la redacción original del RPDC actual: “Asimismo remitirá la información sobre la composición de la representación de los trabajadores, así como de la comisión negociadora del procedimiento de despido colectivo, especificando, en el supuesto de ser varios los centros de trabajo afectados, si la negociación se realiza a nivel global o diferenciada por centros de trabajo” (art. 6.2) y “Cuando el procedimiento afecte a varios centros de trabajo deberá concretarse si la negociación se realiza globalmente para la totalidad de los centros de trabajo de la empresa o de manera diferenciada por centros de trabajo” (art. 27.2).

<sup>621</sup> SSAN 25-7-2012, AS 167; 28-9-2012, AS. 2515; 16-11-2012, AS. 2013/212; 22-10-2013, nº 184; 21-11-2012, AS. 2409, todas ellas respecto del art. 11.2 RD. 801/2011. Respecto del 27.2 y 28.3 RD. 1483/2012: SSAN 1-4-2013, JUR2013/111737; 22-4-2013, nº sent. 80; 31-5-2013, nº sent. 112; 4-6-2013, nº sent. 113; 17-6-2013, nº sent. 127/2013; 4-7-2013, nº sent. 140. En contra: STSJ Las Palmas 26-2-2013, proc 18/2012. Vid., BENAVENTE TORRES, M.I.: “Las comisiones *ad hoc* en los períodos de consulta/negociación”, op. cit., pp. 129 y 130. Tiempo después la STS 27.01.15, rec. 180/14 declaró nulo el despido colectivo por haberse parcelado la mesa negociadora por centros de trabajo afectados, llevando una negociación particular con cada uno de ellos.

<sup>622</sup> Este concepto viene recogido en FALGUERA BARÓ, M.À.: El procedimiento del despido colectivo y el desarrollo del período de consultas: criterios judiciales, op. cit., 2015, p. 18.

<sup>623</sup> En el mismo sentido, el art. 26 RPDC: “Estarán legitimados para intervenir como interlocutores ante la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas a que se refiere este reglamento los sujetos indicados en el artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores, en el orden y condiciones señalados en el mismo”.

comisión representativa de los trabajadores<sup>624</sup> se deberán de seguir las reglas previstas en el art. 41.4 ET<sup>625</sup>, que son comunes, a su vez, para el resto de procesos de reestructuración empresarial (movilidad geográfica, modificación sustancial de condiciones de trabajo, medidas laborales en la sucesión de empresa, reducción de jornada o suspensión del contrato o descuelgue convencional estatutario)<sup>626</sup>. Además, en ningún caso se podrá superar el número máximo de trece miembros en representación de cada una de las partes, así como la comisión negociadora será única y quedará circunscrita a los centros afectados por el procedimiento<sup>627</sup>.

La constitución de la comisión negociadora puede resultar una operación sencilla, si se cuenta con tan solo un centro de trabajo afectado con representación, o bien puede suponer una tarea más complicada en supuestos en los que el procedimiento afecte a varios centros de trabajo, unos con representación legal, otros sin representación, otros con representación sindical, etc<sup>628</sup>. De ahí que se conceda un plazo mayor para su constitución cuando alguno de los centros de trabajo afectados no cuente con representación legal (se amplía el plazo de 7 a 15 días)<sup>629</sup>, así como se exigirán distintas reglas en la legitimación de la interlocución en función de la existencia de uno o varios

---

<sup>624</sup> Un término que puede resultar ciertamente reiterativo si la interlocución social corresponde a los representantes unitarios de los trabajadores de un centro de trabajo, por afectar solo a este, ya que tales representantes ya eran representativos, valga la redundancia. No obstante, sí puede ocurrir que el número de miembros del Comité de empresa sea superior al límite de 13 y, por tanto, tenga que constituirse una comisión “representativa” para negociar en el proceso de consulta-negociación y cumplir con tal limitación. Sobre esta última posibilidad, FALGUERA BARÓ, M.Á.: El procedimiento del despido colectivo y el desarrollo del período de consultas: criterios judiciales, op. cit., 2015, p. 21.

<sup>625</sup> Se trata de unas reglas que son de carácter indisponible para la negociación colectiva, aunque se trate de una franja de trabajadores que tengan convenio colectivo propio (STS de 29 de diciembre de 2014, rec. 83/2014).

<sup>626</sup> Para SÁEZ LARA, C.: Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos, op. cit., p. 80 se trata de unas reglas comunes que facilitarán la adopción de acuerdos sobre modificación de condiciones de trabajo y de inaplicación de convenio colectivo en el propio procedimiento de despido colectivo como medidas dirigidas a reducir el número de trabajadores afectados por el despido colectivo.

<sup>627</sup> Del mismo modo, así lo establece el art. 27.1 RPDC: “La consulta se llevará a cabo en una única comisión negociadora, si bien, de existir varios centros de trabajo, quedará circunscrita a los centros afectados por el procedimiento. La comisión negociadora estará integrada por un máximo de trece miembros en representación de cada una de las partes”.

<sup>628</sup> MERCADER UGUINA, J.R., y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornadas, op. cit., p. 136.

<sup>629</sup> Este plazo debe de entenderse como días naturales por aplicación analógica de los arts. 51.2 ET y 7.4 y 5 RPDC. En este sentido, GARCÍA RODRÍGUEZ, B.: “La fase previa al periodo de consultas. La designación de la comisión representativa de los trabajadores”, op. cit., p. 160.

centros de trabajo afectados, habida cuenta de que el modelo de representación español se construye sobre el centro de trabajo.

- Las secciones sindicales

La preferencia de que las secciones sindicales negocien tanto los acuerdos de empresa como los convenios en el mismo nivel fue introducida por el RD-ley 7/2011, de 10 de junio, no solo para conceder más importancia a la representación sindical sino más bien para facilitar el alcance de acuerdos<sup>630</sup>. Así lo establece el art. 41.4 ET cuando reconoce en primer lugar como interlocutores sociales a las secciones sindicales, siempre que estas lo acuerden y “tengan la representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los delegados de personal de los centros de trabajo afectados, en cuyo caso representarán a todos los trabajadores de los centros afectados”<sup>631</sup>.

Con esta reforma, el legislador otorga un principio de favor a las representaciones sindicales como poderes de interlocución frente al poder del empresario, rompiendo con el tradicional esquema binario que permitía, en principio, al empleador entablar las consultas con la representación unitaria o sindical de forma indiferenciada<sup>632</sup>. La preferencia por las secciones sindicales facilita una mayor presencia del sindicato en la empresa y, por tanto, garantiza una presencia más fluida de las organizaciones sindicales

---

<sup>630</sup> BENAVENTE TORRES, M.I.: “Las comisiones ad hoc en los períodos de consulta/negociación”, op. cit., p. 130.

<sup>631</sup> La STS de 24 de febrero de 2015, rec. 165/2014, rechaza que pueda reclamarse la nulidad del despido colectivo por haber negociado con el comité de empresa cuando no se haya acreditado que exista un acuerdo de las secciones sindicales para actuar como representantes de los trabajadores frente al empresario, ni que dichas secciones ostenten los presupuestos exigibles legalmente para poder hacer uso de tal facultad (la mayoría de la representación legal). En la misma sentencia, el Tribunal Supremo reconoce que existe una regla general de que sea la representación legal unitaria quien intervenga en las negociaciones, dada su condición de “órgano representativo y colegiado del conjunto de los trabajadores en la empresa o centro de trabajo para la defensa de sus intereses” (art. 63.1 ET), al igual que también reconoce que el legislador ha establecido una regla de preferencia a favor de las secciones sindicales, con los límites mencionados, y una regla subsidiaria para cuando no exista representación legal de los trabajadores, ya sea sindical o unitaria.

<sup>632</sup> Para MONEREO PÉREZ, J.L.: “El régimen jurídico de los despidos colectivos después de la reforma de 2012”, op. cit., p. 338, “es una opción de política del Derecho en favor del sindicato (plenamente coherente con la opción constitucional por el sindicato como instancia de personificación de la identidad colectiva de los trabajadores también en el ámbito de la organización empresarial) en su calidad de interlocutor y sujeto negociador respecto al diseño del modelo de flexibilidad interna negociada y que se refleja normativamente en los distintos supuestos de periodos de consulta-negociación (así, artículos 40, 41, 47, 51 y 82.3 del ET)”.

en los centros de trabajo, aunque debilita la posición de representaciones no sindicalizadas<sup>633</sup>.

Del tenor literal del art. 41.4 ET se deduce que no solo se necesita el acuerdo expreso entre las secciones sindicales para poder negociar en el procedimiento de consulta-negociación, sino que también se necesita que tales secciones reúnan la mayoría de la representación existente en la empresa (en concreto, “*de los centros de trabajo afectados*”). Aunque también puede quedar legitimado el sindicato que ostente en solitario la mayoría de la representación unitaria por su mera voluntad, sin que se exija lógicamente acuerdo con ninguna otra sección sindical<sup>634</sup>. En consecuencia de lo anterior, en el caso de empresas con un solo centro de trabajo o con un solo centro de trabajo afectado si no se cuenta con representación unitaria en dicho centro, tampoco podrán negociar las secciones sindicales y, por tanto, deberá de entrar en juego la conformación de la correspondiente comisión *ad hoc*<sup>635</sup>.

Mayores dudas suscita la posibilidad de que se trate de una crisis plurilocal y, por tanto, existan diferentes centros de trabajo afectados y en unos sí exista y en otros no exista representación a través de delegados de personal o miembros del comité de empresa, puesto que habrá que dilucidar si es necesario que las secciones sindicales que formen la comisión representativa tengan o no que reunir la representación mayoritaria en cada uno de los centros de trabajo afectados. En este sentido, la doctrina ha venido defendiendo que las secciones sindicales solo deben de ostentar la mayoría de la representación unitaria en el conjunto del ámbito afectado, computándose los miembros de la representación y su pertenencia a la correspondiente sección sindical en su totalidad<sup>636</sup>. Ello debe de ser así incluso en el supuesto de que tan solo uno de los centros de trabajo ostente representación unitaria, ya que la formación de una especie de comisión “híbrida” entre las secciones sindicales y las comisiones *ad hoc* por parte de los centros sin representación podría constituir un atentado contra la libertad sindical (arts. 28.1 y

---

<sup>633</sup> En palabras de CABEZA PEREIRO, J.: “La flexibilidad interna y su regulación en España, una reflexión en clave crítica de la Reforma Laboral del 2012”, en VV.AA.: Flexibilidad interna e innovación en la empresa, LANDA ZAPIRAIN, J.P. (Coord.), Madrid, Dykinson, 2013, p. 342.

<sup>634</sup> GARCÍA RODRÍGUEZ, B.: “La fase previa al periodo de consultas. La designación de la comisión representativa de los trabajadores”, op. cit., pp. 167 y 168.

<sup>635</sup> BENAVENTE TORRES, M.I.: “Las comisiones ad hoc en los periodos de consulta/negociación”, op. cit., p. 131.

<sup>636</sup> NAVARRO NIETO, F.: Los despidos colectivos, Madrid, Civitas, 1996.

37.1 CE), sin perjuicio de que se contara con la libre aceptación de cada uno de los sindicatos legitimados. Al igual que también supondría una vulneración de la libertad sindical una intervención de los representantes unitarios en la negociación, una vez que las secciones sindicales se conformaran como sujetos negociadores<sup>637</sup>.

En el mismo sentido parece ir la modificación introducida en el art. 41.4 ET por el RD-ley 11/2013, que introdujo la expresión “*en cuyo caso representarán a todos los trabajadores de los centros afectados*”. No obstante, también es cierto que esta aseveración confronta con otro párrafo del art. 51.2 ET, esta vez respecto al régimen de adopción de acuerdos: “*dicho acuerdo requerirá la conformidad de la mayoría de los representantes legales de los trabajadores o, en su caso, de la mayoría de los miembros de la comisión representativa de los trabajadores siempre que, en ambos casos, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados*”. En concreto, está claro que en caso de negociación por la representación unitaria, comisión *ad hoc* o comisión mixta se necesita la mayoría de la comisión representativa que, a su vez, represente a la mayoría de los trabajadores de todos los centros afectados. Y cabe preguntarse, por ende, si esta doble exigencia de mayoría se traslada a la negociación vía secciones sindicales<sup>638</sup>.

En definitiva, una contradicción que para cierto sector doctrinal se resuelve a favor de la interpretación dada a la dicción del art. 41.4 ET, sobre todo si la sección sindical se constituye en el ámbito de la empresa<sup>639</sup>, pero que para otros autores supondría el quebrantamiento del principio de correspondencia representativa y conllevaría, por tanto, la nulidad del acuerdo<sup>640</sup>. Asimismo, otros autores argumentan que debe de existir representación unitaria en todos los centros de trabajo afectados para que pueda negociar la sección sindical, siguiendo la regla del art. 87.1 ET para los convenios colectivos de

---

<sup>637</sup> BENAVENTE TORRES, M.I.: “Las comisiones ad hoc en los períodos de consulta/negociación”, *op. cit.*, p. 131.

<sup>638</sup> ZUMALACÁRREGUI PITA, L.: “El periodo de consultas: la constitución de la comisión negociadora”, en VV.AA.: *Tratado de despido colectivo*, GODINO REYES, M. (Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 218 y 219.

<sup>639</sup> ALFONSO MELLADO, C.L. y FABREGAT MONFORT, G.: *Negociación en la empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 20.

<sup>640</sup> GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “El principio de correspondencia representativa como límite en la negociación de empresa”, en VV.AA.: *Anuario laboral 2015: doctrina científica, casos prácticos y doctrina administrativa*, Valladolid, Lex Nova, 2015.

empresa<sup>641</sup>. Por último, un sector doctrinal entiende que las secciones sindicales sí que pueden intervenir cuando ostenten la mayor representatividad en su conjunto, aunque deberían de articularse cauces de representación a los centros con representación unitaria cuando la mayoría sindical entre tal representación existente no representase a la mayoría de los trabajadores afectados por la medida<sup>642</sup>.

Para el caso de que las secciones sindicales no se conformen como los interlocutores en el procedimiento de consulta-negociación, el art. 41.4 ET establece una serie de reglas subsidiarias, diferenciando entre si el procedimiento de despido colectivo afecta a un único centro de trabajo o a varios de ellos.

- El procedimiento de despido colectivo afecte a un único centro de trabajo

Si las secciones sindicales no existen, no llegan a un acuerdo o no ostentan la representación unitaria mayoritaria, la legitimación corresponderá a los delegados de personal o al comité de empresa del único centro de trabajo afectado<sup>643</sup>, ya sea porque la empresa no tenga más centros de trabajo o no se trate de una crisis plurilocal. En este supuesto, el interlocutor que intervendrá en la consulta-negociación será la representación unitaria, que estará conformada previamente en virtud de las mal llamadas “elecciones sindicales” en la empresa. Sin embargo, si el número de miembros del comité de empresa supera el umbral de 13, deberá de constituirse igualmente una comisión representativa para cumplir con tal condición<sup>644</sup>. Además, a diferencia de las secciones sindicales, no será exigible, ni legal ni reglamentariamente<sup>645</sup>, “ningún acuerdo específico para atribuir o asumirse la representación por el Comité de Empresa, ya que el mismo como representante legal unitario de los trabajadores tiene dicho carácter de interlocutor por

---

<sup>641</sup> Es opinión de POQUET CATALÁ, R.: Análisis de la actual configuración del despido colectivo, op. cit., versión electrónica y SOLÀ I MONELLS, X., “La conformación de la comisión representativa del periodo de consultas. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2015 (Recurso 139/2014)”, IUSLabor, N.º 3, 2015.

<sup>642</sup> ZUMALACÁRREGUI PITA, L.: “El periodo de consultas: la constitución de la comisión negociadora”, op. cit., p. 223.

<sup>643</sup> GARCÍA RODRÍGUEZ, B.: “La fase previa al periodo de consultas. La designación de la comisión representativa de los trabajadores”, op. cit., p. 174 también podrá quedar legitimado el comité de empresa conjunto del art. 63.2 ET, siempre que uno de los centros de trabajo agrupados sea el centro de trabajo afectado.

<sup>644</sup> FALGUERA BARÓ, M.À.: El procedimiento del despido colectivo y el desarrollo del período de consultas: criterios judiciales, op. cit., 2015, p. 22.

<sup>645</sup> En cambio, el artículo 27.2 RPDC sí que exige que: “la comisión negociadora de los procedimientos en representación de los trabajadores deberán establecer en su acta de constitución que se constituyen como órgano colegiado en cuanto a la formación de su voluntad y el carácter vinculante de sus decisiones”.

imperativo legal (art. 63.1 ET), salvo que exista acuerdo de las secciones sindicales para asumirla plenamente en los términos” ya expresados (STS de 24 de febrero de 2015, rec. 165/2014).

Para el caso de que no exista representación unitaria en la empresa o centro de trabajo afectado<sup>646</sup>, el art. 41.4.a) ET articula dos posibles vías de formación de la comisión representativa (comisiones *ad hoc*), a elección por parte de los trabajadores mediante asamblea, debiendo el empresario facilitar los medios para que la misma se lleve a cabo en los términos legalmente establecidos (arts. 77-80 ET)<sup>647</sup>. En efecto, los trabajadores podrán optar entre una comisión de tres miembros formada por los propios trabajadores, denominada comisión “laboral” o “interna”, o bien por una comisión conformada por los propios sindicatos, llamada comisión “sindical” o “externa”<sup>648</sup>.

La comisión interna o laboral es una comisión de carácter extra sindical, que se forma por un máximo de tres trabajadores elegidos democráticamente. Para ello es necesario que la convocatoria de la asamblea incluya en su orden del día la designación de la comisión, previa convocatoria de un número no inferior al 33% de la plantilla, así como que el voto sea personal, libre, directo y secreto (arts. 77.1 y 80 ET)<sup>649</sup>. En cuanto a la mayoría exigida para la votación no se establece nada al respecto, por lo que para algunos autores será suficiente, en principio, con la mayoría simple<sup>650</sup>, aunque también

---

<sup>646</sup> Las razones por las que una empresa puede no tener representación unitaria son diversas: que la empresa tenga un solo centro de trabajo que ocupe a menos de 6 trabajadores o bien que tenga menos de 10 empleados y estos no decidan por mayoría la designación de un delegado de personal; que la empresa reúna en su totalidad el umbral para obtener representantes de los trabajadores pero no lo alcance en cada uno de sus centros de trabajo por separado y no sea posible la constitución de comités de empresa conjuntos; que la empresa deba de contar con representantes legales de los trabajadores según la norma estatutaria pero no hayan sido elegidos, ya sea por la ausencia de candidatos, la falta de promoción de elecciones, las elecciones aún no hayan sido celebradas, el cese sobrevenido de los representantes, el incremento sobrevenido del número de trabajadores, etc. ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A.: “Los acuerdos de reestructuración en empresas sin representantes unitarios de los trabajadores”, op. cit., p. 114.

<sup>647</sup> GARCÍA RODRÍGUEZ, B.: “La fase previa al periodo de consultas. La designación de la comisión representativa de los trabajadores”, op. cit., p. 161.

<sup>648</sup> La distinción entre comisión laboral o comisión sindical pertenece a DE LA VILLA GIL, L.E.: “Comisiones laborales y comisiones sindicales. Una sorpresa escondida en la reforma laboral de 2010”, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, N.º 23, 2011, pp. 1-27. En cambio, BENAVENTE TORRES, M.I.: “Las comisiones ad hoc en los periodos de consulta/negociación”, op. cit., *passim*, se refiere a las expresiones comisión interna o externa.

<sup>649</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: El despido colectivo y sus elementos configuradores tras las recientes reformas, op. cit., p. 67, es posible que la comisión representativa se designe en una única asamblea y votación o, por el contrario, también es posible que en la primera reunión se decida la conformación de una comisión laboral y en las sucesivas reuniones se presenten los candidatos y se vote para ello.

<sup>650</sup> POQUET CATALÁ, R.: Análisis de la actual configuración del despido colectivo, op. cit., versión electrónica.



es cierto que el art. 80 ET indica que cuando se trate de acuerdos que afecten al conjunto de los trabajadores se exigirá mayoría absoluta<sup>651</sup>.

Se trata, por tanto, de una comisión integrada por los propios trabajadores, por lo que no contarán con el régimen privilegiado que el Estatuto de los trabajadores concede a los representantes legales de los trabajadores<sup>652</sup>, señaladamente la prioridad de permanencia en el despido colectivo<sup>653</sup>. No obstante, algunos autores sostienen que incluso no solo es posible designar a trabajadores de otro centro de trabajo no afectado, sino que también es factible por esta vía elegir a representantes legales de los trabajadores de centros de trabajo no afectados por el despido colectivo<sup>654</sup>, a los que sí se les aplicarán las garantías previstas en el Estatuto de los Trabajadores en su función representativa (art. 68 ET).

La constitución de la comisión representativa *ad hoc* por los propios trabajadores y, por tanto, no integrada por representantes de organizaciones sindicales (como sí que ocurrió durante la normativa COVID-19 y la negociación del ERTE), sin que se les apliquen las garantías propias de la representación legal, ha sido una cuestión ciertamente debatida entre la doctrina científica. La existencia de centros de trabajo sin representación lejos de ser un hecho aislado se convierte en algo habitual, y admitir la conformación de comisiones por los propios trabajadores, sin intervención de sujetos sindicalizados, supone una disminución en el poder de negociación del banco social ante una medida que tiene importantes efectos lesivos, como es el despido colectivo. Para un sector autorizado de la doctrina admitir estas comisiones *ad hoc* “internas”, al margen de que los miembros puedan ser acreedores de las medidas de protección a las que hace referencia el art. 7 de la Directiva 2002/14/CE y de que ostenten la condición de representantes según el art. 3 del Convenio N.º 135 de la OIT, debido a su carácter extenso, tal admisión supone,

---

<sup>651</sup> Para un ejemplo de acta de asamblea de elección de “comisión laboral”, véase, el formulario número 2 de CERVERA SOTO, T. y CID BABARRO, C.: El despido colectivo. Claves prácticas y análisis jurisprudencial, op. cit.

<sup>652</sup> Véase, la STS de 20 de mayo de 2015, rec. 179/2014, que no reconoce el derecho de opción a favor del trabajador en caso de despido improcedente ya que dicho trabajador fue nombrado exclusivamente como representante para la consulta-negociación ante la ausencia de representación legal.

<sup>653</sup> ORTEGA LOZANO, P.G.: *Medidas de flexibilidad externa colectiva en la reestructuración de empresas consecuencia del covid-19. Cuestiones prácticas a propósito del despido colectivo*, op. cit., p. 48 y TORMOS PÉREZ, J.A.: *Los criterios de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 393 y 394.

<sup>654</sup> BENAVENTE TORRES, M.I.: “Las comisiones ad hoc en los periodos de consulta/negociación”, op. cit., pp. 139 y 140.

además de un evidente hándicap, una “claudicación en el progresivo dismantelamiento de las estructuras representativas a nivel de empresa” por parte del legislador<sup>655</sup>.

Una segunda opción es que la comisión *ad hoc* se constituya por tres miembros “designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma” (art. 41.4.a) ET). Se trata, por tanto, de una comisión de naturaleza indudablemente sindical, en forma de órgano colegiado sindical, carácter que no se trastoca por el hecho de que sean órganos no permanentes destinados a la duración del procedimiento de consulta-negociación<sup>656</sup>. En efecto, los 3 miembros (aunque nada impide que puedan ser menos) son elegidos por los propios sindicatos, sin que los trabajadores y lógicamente el empresario puedan interferir en la designación<sup>657</sup>, aunque también es cierto que otro sector doctrinal apunta a que los representantes sean elegidos en asamblea por los propios trabajadores de entre los candidatos que han presentado los sindicatos legitimados<sup>658</sup>.

Pero esta facultad de escoger a los representantes en la comisión no puede ser ejercida por cualquier sindicato, ya que el Estatuto de los trabajadores se refiere a tres: los sindicatos más representativos a nivel estatal (art. 6.2 a) y b) LOLS)<sup>659</sup>; los sindicatos

---

<sup>655</sup> CABEZA PEREIRO, J.: “La flexibilidad interna y su regulación en España, una reflexión en clave crítica de la Reforma Laboral del 2012”, op. cit., p. 342.

<sup>656</sup> DE LA VILLA GIL, L.E.: “Comisiones laborales y comisiones sindicales. Una sorpresa escondida en la reforma laboral de 2010”, op. cit., p. 12.

<sup>657</sup> Para BENAVENTE TORRES, M.I.: “Las comisiones ad hoc en los períodos de consulta/negociación”, op. cit., p. 136 la comisión paritaria tampoco puede intervenir en la designación de los miembros de la comisión, sobre todo a raíz de que el RD-ley 3/2012 omite cualquier referencia a las posibles competencias de la comisión paritaria en relación con las comisiones ad hoc. En contra, MONEREO PÉREZ, J.L.: El despido colectivo y sus elementos configuradores tras las recientes reformas, op. cit., p. 67 sí entiende que la comisión negociadora pueda ser designada por la comisión paritaria del convenio, “porque normalmente están representados todos los legitimados para su negociación, salvo una nueva irrupción en el mapa sindical del sector con posterioridad a su constitución, y porque la lógica normativa parece buscar un control por parte de los negociadores del convenio de las modificaciones sustanciales colectivas”.

<sup>658</sup> Véase el formulario número 3 de CERVERA SOTO, T. y CID BABARRO, C.: El despido colectivo. Claves prácticas y análisis jurisprudencial, op. cit.

<sup>659</sup> “Tendrán la consideración de sindicatos más representativos a nivel estatal:

a) Los que acrediten una especial audiencia, expresada en la obtención, en dicho ámbito del 10 por 100 o más del total de delegados de personal de los miembros de los comités de empresa y de los correspondientes órganos de las Administraciones públicas.

b) Los sindicatos o entes sindicales, afiliados, federados o confederados a una organización sindical de ámbito estatal que tenga la consideración de más representativa de acuerdo con lo previsto en la letra a)”.

más representativos a nivel de Comunidad Autónoma (art. 7.1 a) y b) LOLS)<sup>660</sup>; así como los sindicatos u organizaciones sindicales suficientemente representativas, que son aquellas que, “aun no teniendo la consideración de más representativas hayan obtenido, en un ámbito territorial y funcional específico, el 10 por 100 o más de delegados de personal y miembros de comité de empresa y de los correspondientes órganos de las Administraciones públicas” (art. 7.2 LOLS)<sup>661</sup>. Además, el art. 41.4.a) ET exige un límite complementario a los sindicatos cuando indica que deben de estar legitimados “para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma”<sup>662</sup>. De este modo, si el convenio colectivo de aplicación es sectorial, lo cual será lo más común si no se cuenta con representación legal en la empresa, deberán de seguirse las reglas de legitimación del art. 87.2 ET<sup>663</sup>, al igual que si se trata de convenio de empresa aplicable habrá que estar a lo dispuesto por el art. 87.1 ET<sup>664</sup>.

En cuanto a la designación y el reparto de puestos en la comisión *ad hoc* sindical, esta deberá de ser proporcional respecto a la representatividad de los determinados sindicatos en el convenio colectivo de aplicación<sup>665</sup>. Por ello, aunque los trabajadores se dirijan a un solo sindicato para su designación, este se ve normativamente obligado a convocar a los demás sindicatos afectados para la designación de la comisión<sup>666</sup>.

---

<sup>660</sup> “Tendrán la consideración de sindicatos más representativos a nivel de Comunidad Autónoma: a) Los sindicatos de dicho ámbito que acrediten en el mismo una especial audiencia expresada en la obtención de, al menos, el 15 por 100 de los delegados de personal y de los representantes de los trabajadores en los comités de empresa, y en los órganos correspondientes de las Administraciones públicas, siempre que cuenten con un mínimo de 1.500 representantes y no estén federados o confederados con organizaciones sindicales de ámbito estatal; b) los sindicatos o entes sindicales afiliados, federados o confederados a una organización sindical de ámbito de Comunidad Autónoma que tenga la consideración de más representativa de acuerdo con lo previsto en la letra a)”.

<sup>661</sup> POQUET CATALÁ, R.: Análisis de la actual configuración del despido colectivo, op. cit., versión electrónica.

<sup>662</sup> Para DE LA VILLA GIL, L.E.: “Comisiones laborales y comisiones sindicales. Una sorpresa escondida en la reforma laboral de 2010”, op. cit., pp. 14 y ss. este límite en realidad solo se aplica a los sindicatos suficientemente representativos.

<sup>663</sup> Mismas reglas de legitimación si se trata de convenio de grupo o pluralidad de empresas.

<sup>664</sup> Esta remisión en realidad no tiene mucho sentido ya que los convenios de empresa se negocian precisamente por la representación unitaria (que, en este caso, son inexistentes) y por las secciones sindicales, que, de existir, ya podrían haber optado por formar la comisión representativa a través de la preferencia que les otorga el ET. BENAVENTE TORRES, M.I.: “Las comisiones ad hoc en los períodos de consulta/negociación”, op. cit., pp. 138 y 139.

<sup>665</sup> BENAVENTE TORRES, M.I.: “Las comisiones ad hoc en los períodos de consulta/negociación”, op. cit., p. 138.

<sup>666</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: El despido colectivo y sus elementos configuradores tras las recientes reformas, op. cit., p. 67. En cambio, DE LA VILLA GIL, L.E.: “Comisiones laborales y comisiones sindicales. Una sorpresa escondida en la reforma laboral de 2010”, op. cit., p. 17 defiende que los

Es común a estos dos tipos de comisiones *ad hoc* que ni el ET ni el RPDC nada establecen acerca de sus reglas de funcionamiento. Por ende, tales comisiones se podrán regir por la autonomía de la voluntad de las partes, y conforme a las reglas que establezcan por acuerdo, con el único límite de respetar los principios democráticos, sobre todo a la hora de las mayorías necesarias para adoptar acuerdos (arts. 41.4 y 51.2 ET)<sup>667</sup>. Por otro lado, las comisiones *ad hoc* se extinguirán cuando se haya cumplido su objetivo, el de la consulta-negociación, se haya obtenido acuerdo o haya expirado el plazo preestablecido para las consultas. Asimismo, estas se extinguirán cuando la empresa y la representación legal acuerden la sustitución del periodo de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa<sup>668</sup>.

De todo lo anterior se deduce que en el caso de que la negociación del procedimiento de despido colectivo se lleve a cabo directamente con todos los trabajadores de la empresa, sin que se haya designado comisión *ad hoc*, quedará viciada la consulta-negociación con la consiguiente nulidad. Esto es lo que entendió la Audiencia Nacional<sup>669</sup>, sin embargo, el Tribunal Supremo en su sentencia de 23 de marzo de 2015 (RJ 2015, 1821) ha rectificado el criterio y ha admitido tal posibilidad, aunque no de forma ilimitada. En este sentido, el Tribunal Supremo afirma que “desde el momento en que la empresa acepta negociar con la totalidad de los trabajadores, pese a que la ley le facultaba para exigir una comisión limitada a tres miembros y le autorizaba para continuar el procedimiento sin interlocutores para el caso de aquella comisión no fuese elegida, mal puede rechazarse la validez de las reuniones llevadas a cabo por los propios trabajadores y no por los tres representantes que pudieran haber sido comisionados, habida cuenta de que es insostenible -en el campo de la representación voluntaria- negar validez a los que se negocia “in proprio nomine” y sólo atribuírsela a la hecha por otro “in alieno nomine”;

---

trabajadores son libres de optar por los sindicatos más o suficientemente representativos, ya que el ET no establece ninguna regla de preferencia o prioridad, siempre que el suficientemente representativo que se elija cumpla el requisito adicional del art. 41.4.a) ET.

<sup>667</sup> Es necesario, no obstante, tener en cuenta lo establecido en el art. 27.2 RPDC, por el que: “la comisión negociadora de los procedimientos en representación de los trabajadores deberán establecer en su acta de constitución que se constituyen como órgano colegiado en cuanto a la formación de su voluntad y el carácter vinculante de sus decisiones”. Además, el artículo 28.1 RPDC establece que: “los acuerdos en el periodo de consultas requerirán la conformidad de la mayoría de los miembros de la comisión negociadora que, en su conjunto, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados, para lo cual, se considerará el porcentaje de representación que tenga, en cada caso, cada uno de sus integrantes”.

<sup>668</sup> POQUET CATALÁ, R.: Análisis de la actual configuración del despido colectivo, op. cit., versión electrónica.

<sup>669</sup> SAN de 20 de diciembre de 2013, rec. 401/2013.

tal posibilidad únicamente existe en el ámbito de la representación legal, que el derecho del trabajo concreta en los numerosos preceptos que se remiten a la representación legal -unitaria y sindical-, y en los que la correspondiente actuación no puede ser llevada a cabo por los propios trabajadores afectados, sino -muy comprensiblemente- por sus representantes institucionales, más cualificados para ello que los propios afectados en las específicas materias para las que la establece”. Aunque el Tribunal Supremo también niega que se “dé carta de naturaleza a la voluntad de las partes para libremente sustituir la legal comisión ad hoc por la negociación directa de los trabajadores”, ya que el Tribunal niega la nulidad de las actuaciones a la vista de las circunstancias del caso (“no excesivo número de trabajadores afectados; voluntad unánime de los mismos para negociar personalmente los despidos; allanamiento de casi la mitad de los trabajadores...”) <sup>670</sup>.

- El procedimiento de despido colectivo afecte a más de un centro de trabajo

En el caso de que el procedimiento de despido colectivo afecte a más de un centro de trabajo, el artículo 41.4.b) ET recoge una serie de reglas específicas. En un primer lugar, si existe comité intercentros y tiene esta función atribuida en el convenio colectivo que lo haya creado <sup>671</sup>, la interlocución social corresponderá a tal comité (a salvo de que intervengan las secciones sindicales en los términos anteriormente establecidos). Ello es coherente con el art. 63.3 ET que establece que “solo por convenio colectivo podrá pactarse la constitución y funcionamiento de un comité intercentros con un máximo de trece miembros <sup>672</sup>, que serán designados de entre los componentes de los distintos comités de centro” <sup>673</sup>, añadiendo, a su vez, que “tales comités intercentros no podrán

---

<sup>670</sup> ORTEGA LOZANO, P.G.: Medidas de flexibilidad externa colectiva en la reestructuración de empresas consecuencia del covid-19. Cuestiones prácticas a propósito del despido colectivo, op. cit., pp. 48 y 49.

<sup>671</sup> El Tribunal Supremo ha admitido implícitamente fórmulas amplias para otorgar la función de negociación en el procedimiento de despido colectivo al comité intercentros. V.gr.: “El comité Intercentros, tendrá, en el ámbito de la Comunidad de Castilla y León, y en lo que afecte a los intereses globales de los trabajadores, las competencias y facultades que el Estatuto de los Trabajadores atribuye a los Comités de empresa”, art. 109.4 del Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Junta de Castilla y León (STS de 15 de abril de 2014, rec. 188/2013); o bien III Convenio Colectivo para el personal de empresas adjudicatarias de los servicios contra incendios, en cuyo artículo 56.3 se atribuye a dicho comité “cuantas facultades de información, consulta, ... se reconocen legalmente a los comités de empresa respecto de todas aquellas materias cuyo ámbito competencial afecte a la empresa en su conjunto” (STS de 25 de noviembre de 2013, rec. 87/2013).

<sup>672</sup> Lo cual coincide con el tamaño de cada una de las partes de la comisión negociadora del procedimiento de consulta-negociación.

<sup>673</sup> “En la constitución del comité intercentros se guardará la proporcionalidad de los sindicatos según los resultados electorales considerados globalmente” (art. 63.3 ET).

arrogarse otras funciones que las que expresamente se les conceda en el convenio colectivo en que se acuerde su creación”.

No obstante, será necesario atender a los límites del comité intercentros, por lo que para autorizada doctrina<sup>674</sup>, en general, dicho comité no tiene posibilidad de abarcar a los centros de trabajo sin representación o a los que no les sea de aplicación el convenio<sup>675</sup>, o en general no hayan contribuido a su composición. Por ello, el comité intercentros solo tendrá preferencia si todos los centros de trabajo afectados cuentan con representación legal, a menos que los que no cuenten con representación opten por no constituir comisión *ad hoc* y deleguen en el comité intercentros, aunque sea de forma tácita<sup>676</sup>. La correcta atribución al comité intercentros para la negociación del despido colectivo, por tanto, lleva aparejado, en principio, que tal competencia la pierdan los órganos de representación unitaria de primer grado y directa (delegados de personal y comités de empresa), a salvo de que se establezca en el convenio colectivo como una competencia compartida o, lo que es más factible, que los representantes unitarios de centro se reserven

---

<sup>674</sup> BENAVENTE TORRES, M.I.: “Las comisiones ad hoc en los períodos de consulta/negociación”, op. cit., pp. 133 y 134. En cambio, para SOLANS LATRE, M.: El ejercicio de la legitimación para negociar convenios colectivos, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2004, p. 66 la facultad negociadora de los comités intercentros se extiende a todos los centros de la empresa, aunque carezcan de representación unitaria.

<sup>675</sup> En este sentido, la STS de 25 de noviembre de 2013, rec. 87/2013 declara nulo el despido colectivo, habida cuenta de que debe de existir correspondencia entre el órgano de representación de los trabajadores que ha intervenido y negociado en el período de consultas (el comité intercentros) y el ámbito del personal afectado por el procedimiento, con la finalidad de que, en caso de alcanzarse acuerdo, los representantes que lo suscriban tengan la representatividad suficiente para vincular a los trabajadores del ámbito afectado por el expediente de despido colectivo. En concreto, el convenio colectivo que regulaba el comité intercentros y sus funciones en el despido colectivo no es aplicable a los trabajadores afectados por el procedimiento (trabajadores de estructura), cuyo colectivo no preveía tal intervención del comité intercentros, por lo que el despido colectivo fue negociado por órganos que no representaban a estos trabajadores (solo 2 de los 13 miembros representaban al sector de trabajadores afectados en la comisión que, además, fueron introducidos de forma informal). “En definitiva y como acertadamente se dice en la sentencia recurrida, el destino de los trabajadores de estructura no fue decidido por sus órganos naturales de representación legal sino por otro ajeno a tal representación en el que únicamente se habían integrado dos de sus representantes con sus capacidades condicionadas cuando no anuladas”.

<sup>676</sup> STS de 15 de abril de 2014, rec. 188/2013, además de reconocer la negociación por la comisión permanente del comité intercentros, previa delegación por acuerdo unánime del propio comité, posibilita que se pueda representar a los centros sin representación, sobre la base de que ni las secciones sindicales han ejercitado sus prerrogativas conforme al art. 51.2 ET, ni los centros sin representación legal han designado comisión ad hoc al efecto. “En el presente caso, no consta la solicitud de intervención por parte de las secciones sindicales ni tampoco la actividad de los afectados dirigida a la designación de una de las dos modalidades de comisión previstas en el artículo 41.4 del Estatuto”.

el derecho a ser consultados por el comité intercentros antes de la firma del acuerdo de empresa o que tengan derecho de veto<sup>677</sup>.

En segundo lugar, si no estuviera legitimado para intervenir en la comisión negociadora el comité intercentros, se abren dos posibilidades:

Por un lado, si todos los centros de trabajo afectados por el procedimiento de despido colectivo cuentan con representantes legales de los trabajadores, la comisión representativa estará integrada por estos, con el límite de 13 miembros, elegidos por y entre ellos mismos en función del número de trabajadores que representen.

Por otro lado, si alguno de los centros de trabajo afectados cuenta con representación legal y otros no, “la comisión estará integrada únicamente por representantes legales de los trabajadores de los centros que cuenten con dichos representantes”. Añadiendo: “y ello salvo que los trabajadores de los centros que no cuenten con representantes legales opten por designar la comisión a que se refiere la letra a), en cuyo caso la comisión representativa estará integrada conjuntamente por representantes legales de los trabajadores y por miembros de las comisiones previstas en dicho párrafo, en proporción al número de trabajadores que representen”.

De este modo, si los centros de trabajo que no tienen representación legal optan por designar comisión *ad hoc* conforme a lo ya expuesto en cada uno de ellos, se formará una comisión mixta o híbrida que represente a todos los centros de trabajo afectados, compuesta por la representación legal de los centros que cuenten con ella y la comisión o comisiones formadas *ex profeso*<sup>678</sup>. Sin embargo, de la regulación legal recogida no se puede colegir que el procedimiento consulta-negociación se podrá realizar siempre con los representantes legales de los trabajadores, salvo que los centros de trabajo sin representación designen comisiones *ad hoc*. Ello no es del todo exacto pues se necesita de un acto expreso o tácito que denote que los centros sin representación atribuyen su representación colectiva al resto de centros con representación (“*opten por no designar*

---

<sup>677</sup> MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada, op. cit., p. 130.

<sup>678</sup> ZUMALACÁRREGUI PITA, L.: “El periodo de consultas: la constitución de la comisión negociadora”, op. cit., pp. 220 y 221. Además, en el caso de que algún centro de trabajo no designe comisión *ad hoc*, se entiende que *ex lege* atribuye su representación a la representación legal de trabajadores de los centros que cuenten con ella en proporción al número de trabajadores que representen cada uno de ellos.

la comisión de la letra a)”)”<sup>679</sup>. Se trata de una cuestión importante pues, de lo contrario, podría dar lugar a la nulidad del procedimiento, sobre todo si resulta lesionada la libertad sindical de la comisión sindical<sup>680</sup>.

En último lugar, el ET precisa que “si ninguno de los centros de trabajo afectados por el procedimiento cuenta con representantes legales de los trabajadores, la comisión representativa estará integrada por quienes sean elegidos por y entre los miembros de las comisiones designadas en los centros de trabajo afectados conforme a lo dispuesto en la letra a), en proporción al número de trabajadores que representen”. En el caso de que algún centro de trabajo no designe comisión *ad hoc*, se entiende que se delega su representación a favor de las comisiones de los centros que sí han optado por constituir comisiones sindicales o laborales<sup>681</sup>. En definitiva, el legislador parece que opta por penalizar en materia de representatividad a los centros absentistas y favorecer a los participativos<sup>682</sup>.

#### *B) Representación del empresario en el procedimiento de consulta-negociación*

La representación de la parte empresarial durante el período de consultas-negociación plantea, en principio, pocos problemas. La composición del banco empresarial corresponde a la libre decisión del empresario, siempre que se respete, igualmente, el límite de 13 miembros por parte de la representación empresarial en la comisión negociadora. Además, es necesario que los representantes del empresario ostenten poderes suficientes en la empresa para poder alcanzar acuerdos válidos en las materias objeto de negociación<sup>683</sup>.

Por otro lado, el art. 41.4 ET reconoce que en el supuesto de que los centros de trabajo no tengan representación legal de los trabajadores y se opte por designar una

---

<sup>679</sup> Ello explica que se introduzca otro párrafo en el art. 41.4.b) en el que se indica que: “En el supuesto de que uno o varios centros de trabajo afectados por el procedimiento que no cuenten con representantes legales de los trabajadores opten por no designar la comisión de la letra a), se asignará su representación a los representantes legales de los trabajadores de los centros de trabajo afectados que cuenten con ellos, en proporción al número de trabajadores que representen”.

<sup>680</sup> BENAVENTE TORRES, M.I.: “Las comisiones ad hoc en los períodos de consulta/negociación”, op. cit., pp. 133 y 134.

<sup>681</sup> ZUMALACÁRREGUI PITA, L.: “El periodo de consultas: la constitución de la comisión negociadora”, op. cit., p. 221.

<sup>682</sup> ZUMALACÁRREGUI PITA, L.: “El periodo de consultas: la constitución de la comisión negociadora”, op. cit., p. 223.

<sup>683</sup> *Ibidem*, p. 230.



comisión sindical, “el empresario podrá atribuir su representación a las organizaciones empresariales en las que estuviera integrado, pudiendo ser las mismas más representativas a nivel autonómico, y con independencia de que la organización en la que esté integrado tenga carácter intersectorial o sectorial”. De este modo, si el empresario opta por otorgar su representación a la patronal es necesario que este elabore un mandato con carácter específico, no siendo suficiente la simple afiliación a la asociación empresarial para actuar como representante del empresario<sup>684</sup>. Digamos que aquí se puede observar de qué modo las asociaciones empresariales no tienen el mismo poder de ostentar la legitimación negociadora durante el procedimiento de despido colectivo, a diferencia de las secciones sindicales, ya que dependen de que la comisión representativa de los trabajadores se atribuya a una comisión sindical.

*C) Implicaciones de la falta de constitución o la errónea conformación de la comisión representativa de los trabajadores*

La comisión representativa de los trabajadores, según las reglas anteriormente descritas, debe de quedar correctamente constituida en el plazo que el art. 51.2 ET recoge, 7 o 15 días en función de que alguno de los centros de trabajo no ostente representación legal unitaria desde la citada comunicación de intención de iniciar un procedimiento de despido colectivo<sup>685</sup>. Se trata, en fin, de un plazo máximo (pero que puede ser ampliable por acuerdo de las partes) que, una vez haya transcurrido, facultará al empresario para que dé comienzo al período de consulta-negociación. Como se analizará con posterioridad, la falta de constitución de la comisión representativa en dicho plazo, o su constitución posterior, ni impedirá el comienzo de las consultas ni impedirá el consumo del período de 15 o 30 días destinado a la negociación (y, por tanto, tampoco se ampliará el plazo, salvo acuerdo entre las partes). Con esta exigencia legal<sup>686</sup> se limitan no solo los efectos de una hipotética tentación táctica de rechazo a la constitución de la comisión representativa por la parte de los trabajadores, para retrasar todo lo posible la adopción

---

<sup>684</sup> ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, op. cit.

<sup>685</sup> Con anterior a la modificación introducida por RD-ley 11/2013, de 2 de agosto, existía un plazo de 5 días para la constitución de la comisión representativa que se situaba dentro del período de consulta-negociación, lo cual reducía sustancialmente el período efectivo de consultas.

<sup>686</sup> Véase, art. 51.2 ET, párrafo cuarto: “Transcurrido el plazo máximo para la constitución de la comisión representativa, la dirección de la empresa podrá comunicar formalmente a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral el inicio del periodo de consultas. La falta de constitución de la comisión representativa no impedirá el inicio y transcurso del periodo de consultas, y su constitución con posterioridad al inicio del mismo no comportará, en ningún caso, la ampliación de su duración”.

de las medidas de despido colectivo, sino que también se busca generar un estímulo para superar las dificultades en la conformación de la comisión, así como también se posibilita que se consuma el período destinado a la consulta-negociación sin que se haya constituido la comisión representativa<sup>687</sup>.

En definitiva, el Estatuto de los trabajadores precisa que “la falta de constitución de la comisión representativa no impedirá el inicio y transcurso del periodo de consultas” (párrafo cuarto del art. 51.2 ET), por lo que si no se ha constituido la comisión representativa, ya sea porque no exista representación sindical o unitaria, o no se ha constituido comisión *ad hoc* al efecto, el empresario no tendrá que desarrollar procedimiento de consulta-negociación, al no existir interlocutor social válido (supuesto distinto es que acepte negociar directamente con todos los trabajadores). Así lo reconoce implícitamente el Tribunal Supremo cuando indica que “... la empresa acepta negociar con la totalidad de los trabajadores, pese a que la ley le facultaba para exigir una comisión limitada a tres miembros y le autorizaba para continuar el procedimiento sin interlocutores para el caso de aquella comisión no fuese elegida...” [STS de 23 de marzo de 2015 (RJ 2015, 1821)]. De una forma más directa el Tribunal Supremo, en su sentencia de 20 de octubre de 2015 (rec. 172/2014) precisa que: “son los representantes de los trabajadores los que deben constituir su representación para la negociación del periodo de consultas, de forma que si no lo hacen o lo hacen de manera defectuosa, el periodo de consultas puede transcurrir sin reunión alguna y el mismo se tendrá por celebrado, sin afectar a la validez del despido colectivo”.

De igual modo, para autorizada doctrina la respuesta debe ser que, ante la imposibilidad de concluir un acuerdo con unos representantes inexistentes, debe obviarse el trámite de consultas y continuar con el procedimiento de despido colectivo, ya que el empresario no es el responsable de esta situación, máximo con los mecanismos ahora presentes en el art. 41.4 ET<sup>688</sup>. En cambio, si los trabajadores designan su comisión representativa una vez ya iniciado el trámite de consultas-negociación (“su constitución con posterioridad al inicio del mismo no comportará, en ningún caso, la ampliación de su duración”, párrafo 4<sup>a</sup> del 51.2 ET), el empresario deberá de negociar de buena fe, eso sí,

---

<sup>687</sup> GIL ALBURQUERQUE, R.: “La fase previa al periodo de consultas: la comunicación de inicio del periodo de consultas a la representación de los trabajadores y a la autoridad laboral”, en VV.AA.: Tratado de despido colectivo, GODINO REYES, M. (Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 184.

<sup>688</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: El despido colectivo y sus elementos configuradores tras las recientes reformas, op. cit., p. 64.

dentro del plazo que reste para su finalización, sin que este se encuentre obligado a ampliar el período previsto.

Otra cuestión es cómo afecta la errónea conformación de la comisión representativa de los trabajadores al procedimiento de despido colectivo. Una cuestión que no es para nada desdeñable ya que puede tener importantes efectos en la calificación judicial del despido colectivo, así como en la validación del acuerdo alcanzado en consultas<sup>689</sup>. No obstante, por regla general, la configuración de la comisión representativa corresponde a los trabajadores, sin que se puedan producir injerencias empresariales<sup>690</sup>, por lo que si se observa alguna irregularidad en su conformación o composición sería imputable a quienes la eligieron y, por ello, no puede ser declarado nulo el despido por inexistencia del período de consultas, salvo supuestos muy evidentes de los que pudiera aprovecharse la contraparte (STS de 20 de julio de 2016, EDJ 110881).

En este sentido, cierta doctrina científica entiende que si el empresario es consciente de que la comisión representativa está configurada manifiestamente de forma irregular y accede a negociar con ella, el empresario podría incurrir en mala fe negocial e incluso podría lesionarse el derecho fundamental a la libertad sindical en el caso de perjuicio a otros sindicatos<sup>691</sup> (entiendo que con independencia de que conociera tal situación), conllevando la correspondiente sanción de nulidad del despido colectivo. En concreto, la Audiencia Nacional ha determinado que no hay mala fe por parte de la empresa si se niega a negociar con una comisión negociadora defectuosamente constituida (SAN de 3 de febrero de 2017, rec. 331/16). Cuestión distinta es que la irregularidad en la conformación de la comisión no sea tan manifiesta, sino que dependa, por ejemplo, del reparto de las décimas en la división de los porcentajes o que no determine una falta de

---

<sup>689</sup> Véase, SAN de 28 de marzo de 2014, rec. 499/13 por la que al acuerdo es alcanzado con una comisión representativa de los trabajadores incorrectamente conformada, indicado oportunamente por la parte empresarial, prestando caso omiso el banco social. Dicha sentencia dictamina la nulidad e invalidez del acuerdo por vulnerar normas de Derecho necesario aunque no invalida el propio despido colectivo.

<sup>690</sup> Para ZUMALACÁRREGUI PITA, L.: “El periodo de consultas: la constitución de la comisión negociadora”, op. cit., pp. 225 y 226 resulta claro que el empresario no debe de participar de ninguna manera en la formación de la voluntad de los trabajadores para no incurrir en vulneración de la libertad sindical ni arrastrar consecuencias por dicha intromisión. No obstante, muchas veces ante la debilidad sindical de trabajadores sin representación legal o ante la falta de formación jurídico o formal de los mismos, resulta conveniente que la empresa pueda facilitar información técnica o incluso logística para facilitar que la elección de los representantes se realice con respeto de las garantías formales de un acto tan solemne como es la elección de los representantes.

<sup>691</sup> DEL REY GUANTER, S.: “La fase previa al periodo de consultas: La comunicación de la intención de iniciar un proceso de despido colectivo y la solicitud de designación de la comisión representativa de los trabajadores”, op. cit., p. 157.

participación de quien está legitimado para ello, debiendo en este caso el empresario manifestar en el acta de constitución de la comisión negociadora la posible irregularidad menor<sup>692</sup>, ya que ello puede permitir que tiempo después no se pueda impugnar el despido o el acuerdo sobre la base de la teoría de los propios actos y el principio de buena fe en la negociación<sup>693</sup>.

En efecto, la constitución de la comisión representativa de los trabajadores debe de realizarse mediante “acta de constitución”, en la que se deberá de indicar que la misma se constituye como órgano colegiado en cuanto a la formación de su voluntad y el carácter vinculante de sus decisiones (art. 27.2 RPDC). A pesar de que el reglamento confunde la comisión negociadora con la comisión representativa de los trabajadores (formando esta última parte de la primera), se deberá de levantar acta en primer lugar de la constitución de la comisión representativa para, a continuación, tras su correspondiente comunicación<sup>694</sup>, proceder a levantar acta para constituir la comisión negociadora junto con la representación de la parte empresarial, sin que nada impida que en una misma acta se pueda hacer constar la constitución de ambas comisiones.

Y es en la correspondiente acta donde deberá de recogerse: una alusión a la comunicación de “intenciones” del empresario y a las distintas comunicaciones para facilitar la conformación de la comisión, otorgando transparencia al procedimiento; la identificación de los miembros de cada parte, indicando sus datos personales y la determinación de la representación que ostentan; así como debe de recogerse de igual modo las reglas para la designación de los miembros y la representatividad que a cada uno les corresponda<sup>695</sup>.

Con base en lo anterior, resulta fundamental entender cómo se reparten los representantes en la comisión representativa y los votos, teniendo en cuenta el límite de

---

<sup>692</sup> Idem.

<sup>693</sup> GARCÍA RODRÍGUEZ, B.: “La fase previa al periodo de consultas. La designación de la comisión representativa de los trabajadores”, op. cit., pp. 165 y 166 con cita en SSTS 30-9-2013, rco 97/2012; 25/7/2013, rco 100/2012; 26-12-2013, rco 291/2011; y 16-7-2015, rco 180/2014; SAN 18-1-2016, proc 311 y 312/2015.

<sup>694</sup> En el formulario número 4 de CERVERA SOTO, T. y CID BABARRO, C.: El despido colectivo. Claves prácticas y análisis jurisprudencial, op. cit., se recoge un ejemplo de comunicación de los trabajadores al empresario de la opción ejercitada sobre designación de la comisión ad hoc cuando no se cuenta con representación legal.

<sup>695</sup> GARCÍA RODRÍGUEZ, B.: “La fase previa al periodo de consultas. La designación de la comisión representativa de los trabajadores”, op. cit., p. 164.

trece miembros por cada parte, empresarial o social, sobre todo en los supuestos en los que el número de representantes de los trabajadores sea superior a dicho número o sean varios los centros de trabajo afectados. En concreto, el art. 41.4 ET especifica que: “*en todos los supuestos contemplados en este apartado, si como resultado de la aplicación de las reglas indicadas anteriormente el número inicial de representantes fuese superior a trece, estos elegirán por y entre ellos a un máximo de trece, en proporción al número de trabajadores que representen*”. De este modo, la regla para repartir los miembros de la comisión reside en la proporcionalidad. Una proporcionalidad que, por un lado, para las secciones sindicales tiene que ver con la proporcionalidad sindical (en función de la representación que ostenten en los delegados de personal o el comité de empresa) y, por otro lado, para la representación legal, las comisiones mixtas o híbridas o para las comisiones *ad hoc* según número de trabajadores que representen de cada centro de trabajo afectado (en porcentaje respecto al total)<sup>696</sup>. Dicho porcentaje determinará el número de miembros que corresponda a cada centro en la comisión<sup>697</sup>.

En tal sentido, la comisión representativa que quede integrada por las secciones sindicales debe de conformarse de forma proporcional respecto a la representatividad o “audiencia electoral” en el ámbito correspondiente de cada sindicato. Un reparto proporcional que corresponde, por tanto, no solo al número de puestos existentes en la comisión, sino también al porcentaje de voto en función de los representantes unitarios acreditados, habiendo precisado el Tribunal Supremo que no se puede trocear el voto que corresponde a cada sindicato, esto es, que no cabe que los delegados designados por la sección sindical voten de modo diferenciado en la comisión, porque no se les adjudica una parte de la representatividad de la sección de que puedan disponer unilateralmente [STS de 14 de mayo de 2014 (RJ 2014, 3863)]<sup>698</sup>. En todo caso el número de miembros de la comisión representativa integrada por las secciones sindicales no podrá superar los 13 integrantes. Nada obsta a que el número de miembros sea inferior a trece, siempre que

---

<sup>696</sup> No se olvide que también es posible que los centros sin representación opten por no constituir comisión ad hoc y deleguen su representación en la representación unitaria o comisiones ad hoc de otros centros de trabajo. En tal caso, se asignará su representación a los representantes legales de los trabajadores o comisiones ad hoc de los centros de trabajo afectados que cuenten con ellos, en proporción al número de trabajadores que representen.

<sup>697</sup> ZUMALACÁRREGUI PITA, L.: “El periodo de consultas: la constitución de la comisión negociadora”, op. cit., p. 224.

<sup>698</sup> ORTEGA LOZANO, P.G.: Medidas de flexibilidad externa colectiva en la reestructuración de empresas consecuencia del covid-19. Cuestiones prácticas a propósito del despido colectivo, Granada, Comares, 2021, pp. 45-47.

no suponga una vía de exclusión o alteración de la representatividad de algunas representaciones sindicales<sup>699</sup>.

Si la comisión representativa queda integrada por la representación unitaria, por las comisiones *ad hoc* o de forma mixta, como se indicaba, la distribución de puestos se hará de forma proporcional a la plantilla de los centros que cada una represente respecto al total de la plantilla de los centros afectados. De este modo, puedan quedar al margen de la comisión representativa algunos centros de trabajo afectados que por su tamaño dispar y menor no alcancen el mínimo necesario para ostentar un puesto en la comisión, para lo cual la norma no plantea ninguna solución<sup>700</sup>. No obstante, esta posibilidad, que puede darse en ciertos supuestos, puede generar problemas si se atiende al método de votación para alcanzar acuerdos, por el que se requiere que se cuente con la mayoría de los miembros de la comisión y, a su vez, estos miembros representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados (arts. 51.2 ET y 28 RPDC)<sup>701</sup>. Por ello autorizada doctrina propone que la reducción proporcional tenga como límite la garantía de una mínima representación de todos los centros de trabajo afectados (siempre que ello sea materialmente posible, por ejemplo, imagínese que son más de 13 los centros de trabajo que no alcanzan el mínimo de representación)<sup>702</sup>.

Por último, si bien ya se ha aclarado cómo deben de repartirse los puestos en el seno de la comisión, es necesario indicar que la norma no indica cómo debe de procederse para elegir quiénes serán los representantes elegidos de cada centro, ya sea de la propia representación unitaria o de la comisión *ad hoc*, que formarán parte de la comisión representativa. El Estatuto de los trabajadores se limita a indicar que serán elegidos “por y entre ellos”, pero cabe preguntarse a través de qué método. Para el caso de elección de representantes unitarios, la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2015 (rec. 139/2014) avala como “criterio complementario subsidiario” repartir los puestos en

---

<sup>699</sup> GARCÍA RODRÍGUEZ, B.: “La fase previa al periodo de consultas. La designación de la comisión representativa de los trabajadores”, op. cit., p. 163 con cita en STS de 8 de octubre de 2009, rec. 161/2007.

<sup>700</sup> SOLÀ I MONELLS, X., “La conformación de la comisión representativa del periodo de consultas. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2015 (Recurso 139/2014)”, op. cit., pp. 6 y 7.

<sup>701</sup> Sobre el doble quorum que se requiere para la validez del acuerdo ZUMALACÁRREGUI PITA, L.: “El periodo de consultas: la constitución de la comisión negociadora”, op. cit., p. 224.

<sup>702</sup> SOLÀ I MONELLS, X., “La conformación de la comisión representativa del periodo de consultas. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2015 (Recurso 139/2014)”, op. cit., p. 7.

la misma proporción que en la negociación del convenio colectivo desarrollada dos años antes por el mismo comité de empresa, en analogía a lo dispuesto en el art. 88.1 ET para la regla de reparto proporcional en base a la representatividad para la comisión negociadora del convenio colectivo. Para el caso de comisiones *ad hoc*, la proporcionalidad representativa para la elección de los miembros de la comisión entre ellas no tiene sentido. En este sentido, la doctrina entiende que lo más razonable es que estos miembros de la comisión representativa sean elegidos por los propios sujetos que han elegido los integrantes de las comisiones específicas (los trabajadores en caso de comisión laboral y los sindicatos más y suficientemente representativos en caso de comisión sindical), aunque también resulta oportuno que sean elegidos por los propios integrantes de las citadas comisiones<sup>703</sup>.

### *1.1.3. Comunicación inicial de apertura del período de consultas y deberes informativos: la documentación del despido colectivo*

#### *A) Configuración general*

Formalmente el inicio del procedimiento de consulta-negociación se inicia con la denominada “comunicación inicial” tanto a los representantes de los trabajadores como a la autoridad laboral. Se trata de una comunicación, cuyos extremos se especifican en el art. 51.2 ET, y que debe de venir acompañada de la correspondiente documentación, la cual se detalla en el desarrollo reglamentario (arts. 2-5 RPDC). Cabe ya resaltar su papel como determinante en el procedimiento de despido colectivo, ya que es un escrito que por la información que proporciona y su contenido va a condicionar no solo la consulta-negociación en sí misma o su resultado, sino la calificación judicial del despido colectivo<sup>704</sup>.

En definitiva, la comunicación inicial a los representantes, con la correspondiente documentación, lo que busca es que el banco social conozca con suficiente detalle los aspectos del procedimiento de despido colectivo que quiere llevar a cabo el empresario y, por ello, que se conozcan aquellos aspectos que van a ser discutidos durante el

---

<sup>703</sup> SOLÀ I MONELLS, X., “La conformación de la comisión representativa del periodo de consultas. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2015 (Recurso 139/2014)”, op. cit., pp. 8 y 9.

<sup>704</sup> CERVERA SOTO, T. y CID BABARRO, C.: El despido colectivo. Claves prácticas y análisis jurisprudencial, op. cit., indican que es importante prestar atención a su elaboración porque difícilmente va a poder ser cambiado o modificado su contenido de forma sustancial, a menos que se produzca acuerdo durante las consultas.

procedimiento de consulta-negociación, y así garantizar que las negociaciones se desarrollen con la máxima información posible (entre otras, STS de 20 de marzo de 2013, rec. 82/2012)<sup>705</sup>. Recuérdese que el mismo art. 2.3 de la Directiva 98/59 indica que “a fin de permitir que los representantes de los trabajadores puedan formular propuestas constructivas” el empresario deberá de proporcionar “toda la información pertinente”.

En este sentido, el art. 51.2 párrafo cuarto del ET indica que “transcurrido el plazo máximo para la constitución de la comisión representativa, la dirección de la empresa podrá comunicar formalmente a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral el inicio del periodo de consultas”. En concreto, en el siguiente párrafo añade que: “la comunicación de la apertura del periodo de consultas se realizará mediante escrito dirigido por el empresario a los representantes legales de los trabajadores, una copia del cual se hará llegar a la autoridad laboral”. Por su parte, el reglamento indica que “el procedimiento de despido colectivo se iniciará por escrito, mediante la comunicación de la apertura del periodo de consultas dirigida por el empresario a los representantes legales de los trabajadores con el contenido especificado en el artículo 3, a la que deberá acompañarse, según la causa alegada, la documentación establecida en los artículos 4 y 5” (art. 2 RPDC).

De este modo, queda claro que la facultad de iniciar el despido colectivo corresponde al empresario (ya se comentó con anterioridad que la facultad de solicitar tal medida por parte de los trabajadores ha quedado relegada al despido en el concurso). En concreto, el ET se refiere en una ocasión a la “dirección de la empresa” y en otra al “empresario”, entendiéndose por empresario un representante de la empresa que ostente poder suficiente para ello, esto es, que realice la comunicación inicial del despido colectivo una persona con poderes directivos suficientes para firmarla<sup>706</sup>.

Una comunicación de apertura del procedimiento de consultas que, igualmente, debe de efectuarse una vez que haya transcurrido el plazo para la constitución de la comisión representativa de las personas trabajadoras: 7 o 15 días desde la comunicación de intenciones, en función de que se cuente o no con representantes legales de los trabajadores en todos los centros de trabajo afectados, teniendo en cuenta que dicho plazo

---

<sup>705</sup> POQUET CATALÁ, R.: Análisis de la actual configuración del despido colectivo, op. cit.

<sup>706</sup> CERVERA SOTO, T. y CID BABARRO, C.: El despido colectivo. Claves prácticas y análisis jurisprudencial, Valladolid, Lex Nova, 2016.



se podrá alargar o acortar, en este último caso previa constitución de la correspondiente comisión y anticipando la comunicación inicial, por acuerdo de las dos partes. De igual modo, tampoco existe la obligación de que el empresario comunique de forma inmediata el inicio del procedimiento de despido colectivo tras el transcurso del período temporal para la conformación de la comisión representativa, a salvo de que la causa o la finalidad del retraso se traduzca en una mala fe negocial o bien tenga repercusión en la propia composición de la comisión representativa ese período de dilación a causa de una alteración en la representación de los trabajadores<sup>707</sup>.

En cuanto a los destinatarios de la comunicación inicial y su documentación aparejada, que el Estatuto de los trabajadores se refiera a “los representantes de los trabajadores” y en otras ocasiones a “los representantes legales de los trabajadores” (así también se refiere el RPDC), ha suscitado un debate en torno a si dicha comunicación solo debe de remitirse a la representación legal o bien a la comisión representativa que, recuérdese, debe de quedar constituida con anterioridad a la apertura del período de consulta-negociación. En efecto, la doctrina científica ha optado por defender que la comunicación inicial se entregue a la comisión representativa<sup>708</sup>, aunque exista representación legal en todos o alguno de los centros de trabajo, ya que va a ser precisamente esta comisión la que va a intervenir en la comisión negociadora del despido colectivo. En su defecto, tal comunicación inicial y su documentación deberá de entregarse a la representación legal de los trabajadores preexistente y, de forma subsidiaria, a todos los trabajadores para el caso de que no se haya conformado la comisión representativa del banco social ni exista representación legal<sup>709</sup>.

Respecto a la forma de esta comunicación inicial y de su correspondiente comunicación el Estatuto de los trabajadores es muy preciso cuando indica que debe de realizarse por escrito (recuérdese, que debe de remitirse una copia a la autoridad laboral).

---

<sup>707</sup> DEL REY GUANTER, S.: “La fase previa al periodo de consultas: La comunicación de la intención de iniciar un proceso de despido colectivo y la solicitud de designación de la comisión representativa de los trabajadores”, op. cit., p. 156.

<sup>708</sup> Para DEL REY GUANTER la comunicación formal del inicio del período de consultas debe de dirigirse a la comisión representativa. Además, critica que el Estatuto de los trabajadores y su desarrollo reglamentario se refieran a la representación legal, pues es necesario tener en cuenta que esta comisión puede estar compuesta tanto por representantes legales como por “representantes ad hoc”, que no se pueden incluir en la categoría de los primeros. Ibidem, p. 153.

<sup>709</sup> POQUET CATALÁ, R.: Análisis de la actual configuración del despido colectivo, op. cit., versión electrónica.

Por ello, no será posible iniciar el procedimiento de despido colectivo a través de una comunicación verbal. Además, resulta indispensable que la comunicación escrita se entregue por un medio que pueda acreditar, tanto que se ha producido la entrega como la fecha en cuestión<sup>710</sup>. Respecto a que se puede notificar por correo electrónico, algunas sentencias han analizado en casos análogos este modo de entrega, dándolo por válido siempre que se pueda acreditar que la comunicación fue recibida por los destinatarios<sup>711</sup>.

El contenido de la comunicación inicial es precisado en el art. 51.2 ET cuando indica que en tal comunicación se consignarán los siguientes extremos:

“a) La especificación de las causas del despido colectivo conforme a lo establecido en el apartado 1.

b) Número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por el despido.

c) Número y clasificación profesional de los trabajadores empleados habitualmente en el último año.

d) Periodo previsto para la realización de los despidos.

e) Criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos.

f) Copia de la comunicación dirigida a los trabajadores o a sus representantes por la dirección de la empresa de su intención de iniciar el procedimiento de despido colectivo.

g) Representantes de los trabajadores que integrarán la comisión negociadora o, en su caso, indicación de la falta de constitución de esta en los plazos legales”.

Es más, a pesar de que el ET no alude a “toda la documentación pertinente”, a diferencia de lo que se estipula en la Directiva comunitaria, el legislador indica que esta comunicación inicial “deberá de ir acompañada de una memoria explicativa de las causas

---

<sup>710</sup> Para CERVERA SOTO, T. y CID BABARRO, C.: El despido colectivo. Claves prácticas y análisis jurisprudencial, Valladolid, Lex Nova, 2016 si los representantes de los trabajadores se niegan a recibir el escrito puede ser necesario acudir a un notario para proceder a notificar la comunicación inicial.

<sup>711</sup> Así, por ejemplo, se pronuncia la Audiencia Nacional en su sentencia de 13 de noviembre de 2015 (JUR 2015, 297703), entendiéndose que se ha realizado debidamente la notificación (en este caso se refería a la finalización del expediente, pero el criterio es aplicable al inicio del mismo) a los representantes de los trabajadores cuando la comunicación se realizó por correo electrónico y se ha acreditado que fue recibido por sus destinatarios.

del despido colectivo y de los restantes aspectos señalados en el párrafo anterior, así como de la documentación contable y fiscal y los informes técnicos, todo ello en los términos que reglamentariamente se establezcan”. Efectivamente, el RPDC detalla el contenido de la comunicación inicial, subdividiéndola, a su vez, en una documentación común y en una documentación específica (bien para las causas económicas o bien para las causas técnicas, organizativas o productivas). Además, el art. 3.2 RPDC incluye dentro de la documentación común que acompaña a la comunicación inicial el plan de recolocación externa, siempre que se cumplan los requisitos legalmente establecidos.

*B) Documentación común a todos los procedimientos de despido colectivo*

Se entenderá por documentación común aquellos “extremos” que debe de contener toda comunicación del inicio del período de consultas, y, por tanto, común a todos los procedimientos de despido colectivo con independencia de la causa. Se trata, en concreto, de los extremos a los que ya alude el art. 51.2 ET, los cuales son precisados por el art. 3 RPDC. Este contenido común está compuesto por:

- La especificación de las causas del despido colectivo

Tal y como ya se ha comentado, la eliminación del elemento teleológico en la conformación de las causas para despedir con la Reforma de 2012 ha supuesto una “objetivación” de las mismas. Por ello, el empresario debe de especificar las causas y, sobre todo justificarlas, atendiendo a la proporcionalidad de la medida (esto es, justificar el número propuesto de despidos en su relación con los concretos hechos que precisamente conforman tales causas económicas, técnicas, organizativas o productivas). Por ello, la objetivación de las causas ha provocado que más bien se trate de una justificación atendiendo a la proporcionalidad de la medida en relación con unos determinados hechos, que a una justificación de razonabilidad en la consecución de una finalidad. Y para que el empresario pueda demostrar que efectivamente existe una adecuación entre el número de despidos y las causas alegadas se deberá de prestar especial atención a la presentación de la memoria, que posteriormente se detalla.

- Número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por el despido

El art. 3.1.b) precisa que “cuando el procedimiento de despido colectivo afecte a más de un centro de trabajo, esta información deberá estar desglosada por centro de trabajo y, en su caso, provincia y comunidad autónoma”. Con este listado se pretende informar a los representantes de los trabajadores acerca del número de trabajadores

afectados (cuántos contratos de trabajo se van a extinguir) y acerca de los grupos profesionales a los que va a afectar el despido (esto es, qué tipos de puestos de trabajo van a quedar afectados por las extinciones). Así, esta información parece servir a la negociación durante las consultas para proponer y negociar medidas alternativas según el tipo de puesto de trabajo afectado, así como también sirve para que los trabajadores puedan valorar, en una especie de control de razonabilidad o de funcionalidad, si la medida extintiva propuesta por la empresa es adecuada y tiene relación con la causa alegada, conociendo el número de extinciones propuesto y la entidad global de la empresa a través del listado de la plantilla habitualmente empleada que, asimismo, se deberá de adjuntar<sup>712</sup>.

En este contenido de la comunicación inicial la problemática reside en la dificultad de precisión del número de trabajadores afectados en el momento del inicio del procedimiento de despido colectivo ya que posteriormente, tras el período de consultas, este número debe ser concretado e incluso puede ser alterado<sup>713</sup>. Sin embargo, esta imprecisión no puede ser de carácter excesivamente general, ya que podría determinar la nulidad de la medida extintiva por vulnerar el deber de información<sup>714</sup>, aunque el propio Tribunal Supremo ha reconocido la licitud de designar a toda la plantilla como “potencialmente” afectada cuando se trata de un proceso de adscripción voluntaria al despido colectivo [STS de 18 de julio de 2014 (RJ 2014/5202)]<sup>715</sup>.

Por otro lado, la Audiencia Nacional<sup>716</sup> se ha encargado de precisar que no existe obligación, ni en la Directiva 98/59/CE ni en el ET, de identificar concretamente a los trabajadores afectados en el momento del inicio del período de consultas, y que, además, ello no es un mecanismo habitual en los despidos colectivos, porque polariza más intensamente la negociación en el período de consultas, en tanto que los representantes

---

<sup>712</sup> CERVERA SOTO, T. y CID BABARRO, C.: El despido colectivo. Claves prácticas y análisis jurisprudencial, op. cit.

<sup>713</sup> En cambio, el número inicial propuesto de afectados no puede ser aumentado tras la realización de la consulta-negociación (STS 5414/2013 de 20 de septiembre).

<sup>714</sup> No puede designarse genéricamente a toda la plantilla como potencialmente afectada, ya que con ello no se estarían cumpliendo los exigencias legales y reglamentarias del requisito informativo [SAN de 10 de junio de 2013 (AS 2013, 2536), confirmada por la STS de 25 de junio de 2014 (RJ 2014, 3982)]. No obstante, dicho despido colectivo fue declarado finalmente ajustado a derecho en sendas sentencias ya que la información aportada finalmente sí permitió que se alcanzara acuerdo.

<sup>715</sup> ABRIL LARRÁINZAR, M.P.: *Información, consulta y negociación en el despido colectivo*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2016, pp. 195-197.

<sup>716</sup> SSAN de 21 de noviembre de 2012 (EDJ 250031) y 64/2015, de 2 de enero.

de los trabajadores recibirán normalmente más presiones que si se desconocen los afectados, y tal omisión no constituye un obstáculo para la negociación durante el período de consultas. Sin embargo, tal y como se comentará, aunque esta designación nominativa no sea obligatoria, sí que hay que indicar los criterios tenidos en cuenta para determinar a los trabajadores afectados (o más bien una propuesta)<sup>717</sup>, ya que resulta ser una “información capital” en la apreciación y justificación de los despidos<sup>718</sup>. De igual modo, aunque se incluya en la comunicación inicial la relación nominativa de los trabajadores afectados es necesario que también se incluyan los criterios de selección [SSTS de 20 de mayo de 2014 (RJ 2014, 4356) y de 17 de julio de 2014 (RJ 2014, 5743)]<sup>719</sup>.

Mayor exigencia respecto a la designación de la clasificación profesional de los trabajadores potencialmente afectados en la documentación común de la comunicación inicial parece colegirse de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 23 de mayo de 2012 (rec. 10/2012)<sup>720</sup>. No obstante, como tuvo ocasión de resolver el Tribunal Supremo en casación (sentencia de 18 de marzo de 2014, rec. 114/2013), la falta de especificación de la clasificación profesional de los trabajadores afectados no fue la única causa de nulidad del despido colectivo. “La lectura atenta de la sentencia revela que esa argumentación se hace a mayor abundamiento. No es ésta la principal *ratio decidendi*. La Sala de instancia alcanza la conclusión de que el despido debe ser calificado como

---

<sup>717</sup> Precisamente uno de los aspectos a negociar durante las consultas son los criterios de selección de los trabajadores y, por ello, no es necesario recoger individualmente los nombres de los trabajadores afectados por el despido colectivo en esta primera lista. POQUET CATALÁ, R.: *Análisis de la actual configuración del despido colectivo*, op. cit., p. 213.

<sup>718</sup> SAN 4133/2012, de 15 de octubre.

<sup>719</sup> ABRIL LARRÁINZAR, M.P.: *Información, consulta y negociación en el despido colectivo*, op. cit., pp. 201 y 202.

<sup>720</sup> “En efecto, ha quedado acreditado -por resultar de la documentación aportada- que en la comunicación y documentación facilitada a los representantes al Inicio del período de consultas no se especificó la clasificación profesional de los trabajadores afectados por el despido, sino que se alude a que puede ser cualquiera del total de 41 afectados, dando además unos criterios genéricos de afectación.

Esta no comunicación de la clasificación profesional de los trabajadores y la falta de la necesaria concreción en los criterios de designación de los trabajadores afectados, impide objetivos básicos del período de consultas al que se ha aludido ( artículo 2.2 de la Directiva 98/59 CE), como es alcanzar un acuerdo, pero también el objetivo mínimo del período de consultas, que es, según el propio artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores , el de buscar y encontrar las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y la de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento, bien sean recolocación, formación o reciclaje profesional. Resulta imposible negociar y avanzar en las medidas sociales si los representantes desconocen la clasificación profesional de aquellos trabajadores que pueden ser afectados y los criterios de su afectación, imposibilitando con ello proponer medidas que eviten o atenúen las consecuencias del despido colectivo. Lo que lleva también a una declaración de nulidad por incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores , en relación con el artículo 124 de la Ley de Jurisdicción Social”.

nulo por razón de la defectuosa información ofrecida por la empresa a la parte social en relación con el ámbito en que debía de haberse efectuado la negociación” y, en concreto, alude a una ausencia de especificación en los criterios de selección de los trabajadores afectados.

Por lo general, la omisión en la concreción de los trabajadores afectados a través de la comunicación inicial no conlleva la nulidad si la representación de los trabajadores tiene conocimiento de las personas trabajadoras afectadas durante el proceso de consulta-negociación, ya que así se estaría cumpliendo la finalidad pretendida por la norma. De igual modo, si no se aporta la clasificación profesional de las personas trabajadoras no habrá calificación de nulidad si se constata con posterioridad la aportación del número de personas trabajadoras afectadas, un resumen de su distribución por centros y funciones, así como los criterios para su designación, permitiendo una precisa determinación de las personas trabajadoras afectadas<sup>721</sup>.

- Número y clasificación profesional de los trabajadores empleados habitualmente en el último año

De igual modo, el art. 3.1.c) RPDC precisa que “cuando el procedimiento de despido colectivo afecte a más de un centro de trabajo, esta información deberá estar desglosada por centro de trabajo y, en su caso, provincia y comunidad autónoma”. Por el término “trabajadores” hay que atender lo dispuesto por el artículo 1.1 ET cuando expone que “esta ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario”<sup>722</sup>.

Además, es necesario incluir a la “totalidad de trabajadores vinculados a la empresa durante el último año con independencia de la vinculación indefinida o temporal que haya enmarcado su prestación de servicios o, la situación en que se encuentre dicho vínculo en el momento de presentar la comunicación ante la autoridad laboral”<sup>723</sup>, por lo que habrá que tener en cuenta también a aquellos trabajadores que se encuentren en suspensión del

---

<sup>721</sup> POQUET CATALÁ, R.: Análisis de la actual configuración del despido colectivo, op. cit., p. 124, con cita en STS de 25 de junio de 2014, rec. 273/2013; SAN de 8 de julio de 2013, proc. núm. 180/2013 y SAN de 15 de abril de 2015, proc. núm. 180/2013.

<sup>722</sup> ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, op. cit.

<sup>723</sup> ROMERO SÁNCHEZ, I.: *El despido colectivo. Evolución normativa y régimen jurídico*, op. cit., p. 90.

contrato de trabajo. Asimismo, atendiendo a lo ya detallado según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, también deberán de incluirse a los administradores sociales y a las personas en prácticas, siempre que se cumplan los requisitos expresados.

Por otro lado, la Sentencia de la Audiencia Nacional 4133/2012 de 15 de octubre de 2012 reconoce un supuesto en el que no se acredita esta exigencia informativa, la cual ya aparece en la Directiva comunitaria, pero que, sin embargo, ello no repercute negativamente en el período de consultas.

- Período previsto para la realización de los despidos

En cuanto a la precisión de esta exigencia informativa, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 25 de junio de 2012 (EDJ 152884) ha indicado que la única fijación del día de comienzo del período (*dies a quo*) no supone un cumplimiento del contenido de la comunicación inicial y, asimismo, se produce una vulneración del principio de seguridad jurídica. “Lo anterior sólo significa fijar el *dies a quo*, mas no el término final del espacio de tiempo en que la empresa materializará las medidas extintivas de carácter individual que son consecuencia obligada de su decisión de despido colectivo, lo que, bien mirado, conlleva una incertidumbre para el personal afectado que es totalmente contraria al principio de seguridad jurídica”. Por ello, en la comunicación inicial debe de preverse tanto la fecha de inicio como la fecha de fin prevista para la realización de los despidos colectivos.

No obstante, la Audiencia Nacional<sup>724</sup> ha interpretado que la no indicación del período previsto para las extinciones en la comunicación inicial no supone la nulidad del período de consultas, siempre que del análisis de las actas de reuniones se entienda que se fijó una fecha específica para ello. De este modo, se admite el valor probatorio de las actas de las reuniones.

- Criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos

---

<sup>724</sup> SAN 4133/2012, de 15 de octubre de 2012.

Este extremo que debe de contener la comunicación empresarial de inicio del procedimiento de despido colectivo es de vital importancia, como ya se ha señalado<sup>725</sup>. Ello se recoge de nuevo en la SAN 4133/2012, de 15 de octubre, de manera literal, como un “presupuesto imprescindible para apreciar la adecuada justificación de los despidos, puesto que está directamente relacionado con el fondo de la decisión extintiva”. En otras palabras, hay una vinculación entre los criterios para la designación de los trabajadores afectados y la causa, ya que esta vinculación determinará en última instancia la proporcionalidad de la medida extintiva<sup>726</sup>. Es decir, estos criterios tienen que estar relacionados con los efectos que la causa tiene sobre los contratos de trabajo, “en función de que sus tareas ya no resulten necesarias”<sup>727</sup>.

No obstante, ni el ET (arts. 51.2 y 5.5) ni el RPDC indican nada acerca de las materias sobre las que deben de versar dichos criterios de selección o el modo de determinarlos (al margen de considerar a colectivos con prioridad de permanencia en la empresa). Sin embargo, si bien el hecho de que los criterios no estén delimitados legalmente podría entenderse como un favor hacia la flexibilidad empresarial y el poder de dirección del empresario, ello no debe suponer una libertad absoluta de determinación, ya que no se deben transgredir los parámetros de igualdad y defensa de los derechos fundamentales, así como se debe de respetar lo pactado y la prioridad de permanencia<sup>728</sup>.

Mientras que la indicación del número y clasificación profesional de los trabajadores inicialmente afectados en la documentación común se corresponde con el marco general o perímetro de afectación del despido, este requisito informativo exige la acreditación de los criterios que permitirán posteriormente la concreta designación de los

---

<sup>725</sup> Es con el Real Decreto 43/1996, de 19 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos, cuando se introduce en el ordenamiento jurídico español la obligación de informar sobre los criterios de selección por parte del empresario, a causa de la transposición de la Directiva 75/129/CEE. ABRIL LARRÁINZAR, M.P.: *Información, consulta y negociación en el despido colectivo*, op. cit., pp. 200 y 201.

<sup>726</sup> ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, op. cit., p. 154.

<sup>727</sup> DESDENTADO BONETE, A: “Los despidos económicos tras la reforma de la Ley 3/2012. Reflexiones sobre algunos problemas sustantivos y procesales”, *Actualidad Laboral*, 2012, N.º 17, passim.

<sup>728</sup> ROMERO SÁNCHEZ, I.: *El despido colectivo. Evolución normativa y régimen jurídico*, op. cit., p. 92.



trabajadores afectados en particular, es decir, los criterios por lo que finalmente se seleccionarán a los trabajadores efectivamente afectados y, por tanto, despedidos<sup>729</sup>.

En este estadio inicial del procedimiento de despido colectivo, la norma se refiere a una propuesta empresarial de los criterios de selección de los trabajadores afectados, y no una versión definitiva, ya que dichos criterios conforman el mismo contenido de las consultas. Esto es, la configuración de los criterios de selección inicialmente propuestos puede ir sufriendo modificaciones a lo largo del proceso de “consulta-negociación” y, por ende, dichos criterios pueden ser objeto de mejora, acuerdo o transacción con los representantes de los trabajadores<sup>730</sup>.

La falta absoluta de aportación de criterios de selección durante el procedimiento de despido colectivo conlleva la nulidad del mismo<sup>731</sup>, ya que según el Tribunal Supremo en su sentencia de 18 de julio de 2014 (rec. 303/2013): “una real ausencia de criterios de selección, devaluará la negociación en el período de consultas, en cuanto los representantes de los trabajadores no podrán ofertar o contraofertar a las medidas empresariales, haciendo inútil el objetivo finalístico de período de consultas y el posterior y oportuno control judicial”<sup>732</sup>. Por ello, para cumplir con el requisito de información el empresario deberá de incluir en la comunicación inicial los criterios de selección, así como explicar cómo se aplicarán tales criterios en relación con las causas alegadas, para lo cual se estima oportuno que se incluya este contenido en la memoria explicativa<sup>733</sup>.

---

<sup>729</sup> TORMOS PÉREZ, J.A.: *Los criterios de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo*, op. cit., p. 195.

<sup>730</sup> ROQUETA BUJ, R.: *La selección de los trabajadores afectados por los despidos colectivos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 40.

<sup>731</sup> En supuestos de cierre de empresa se ha considerado irrelevante la omisión de los criterios de selección de los trabajadores [SAN de 13 de enero de 2014 (proc. 154/2013)]. MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo en el Derecho español. Estudio de su régimen jurídico*, op. cit., p. 234.

<sup>732</sup> En una sentencia posterior el Tribunal Supremo en su sentencia de 21 de octubre de 2020 (rec. 38/2020) reconoce que “la Sala se ha ocupado en múltiples ocasiones de los criterios de selección, su suficiencia y sobre los efectos, que pudiera tener su inconcreción sobre el despido colectivo, entre otras STS 19-04-2017, rec. 214/2016, donde mantuvimos que la generalidad de los criterios de selección, no constituye causa de nulidad, pues lo que exige la norma es la aportación de los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados, y sólo la ausencia de tal aportación de criterios daría lugar a la nulidad del despido, lo cual no concurre en el caso en que constan los criterios con independencia de la valoración que pueda hacerse de los mismos” ( STS SG 24/03/15 -rco 217/14, asunto "Vinnell-Brown and Root LLC")”.

<sup>733</sup> TORMOS PÉREZ, J.A.: *Los criterios de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo*, op. cit., p. 198.

No obstante, la determinación de los criterios de selección y el nivel de detalle exigido en la comunicación inicial es una cuestión que ha venido siendo fuente habitual de litigiosidad. Partiendo de la regla general de que los criterios de designación deben de ser “lo suficientemente claros y precisos como para poder vislumbrar las pautas que la empresa pretende seguir a la hora de elegir a los trabajadores afectados”; no obstante, dicha valoración del cumplimiento de especificación de tales criterios supone una empresa complicada, sin que puedan establecerse estándares generales de “precisión y claridad”<sup>734</sup>.

De hecho, el Tribunal Supremo ha determinado que el cumplimiento del requisito informativo del art. 51.2.e) ET debe de valorarse en función “de las circunstancias concretas en las que se proyecta” el despido colectivo y, a su vez, en función del conjunto de la información proporcionada [STS 18 de febrero 2014 (rec. 74/2013)]<sup>735</sup>. Así, teniendo en cuenta estos elementos y el juicio de suficiencia de la información proporcionada respecto a la finalidad general del período de consultas<sup>736</sup>, que más adelante se comentará, el Tribunal Supremo ha admitido la inicial afectación de toda la plantilla [STS 25 de junio 2014 (rec. 273/2013)]; la determinación genérica de los criterios sin mayor concreción ni proyección objetiva sobre cada trabajador [STS 17 de julio 2014 (rec. 32/2014)]; o bien la naturaleza abstracta predicable de los criterios de selección [STS 26 de octubre 2015 (rec. 172/2014)].

---

<sup>734</sup> ABRIL LARRÁINZAR, M.P.: *Información, consulta y negociación en el despido colectivo*, op. cit., pp. 204-208.

<sup>735</sup> “La norma exige que se proporcionen “los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados”, y en este caso para decidirlo ha de analizarse en su conjunto la información proporcionada (...) Ciertamente que el artículo 51.2 e) ET , en la redacción aplicable al caso contenida en el RDL 3/2012 y también en la posterior Ley 3/2.012, exige en todo caso la expresión de los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados. Pero esa exigencia se ha de valorar en relación con las circunstancias concretas en las que se proyecta, pues, obvio, no es lo mismo su análisis en una empresa que cuente con un gran número de trabajadores que otra, como la demandada, que solo tenía 58 empleados, y los despidos afectarían en principio a 24 de ellos -finalmente a 17--. Además en ella la prestación de servicios por los afectados se regía por aquellas particularidades tan específicas que señala la sentencia recurrida y que antes hemos transcrito, que indudablemente hacían mucho más complicada la exacta precisión de esos criterios, razón por la que en la forma expresada se han de considerar suficientes, teniendo en cuenta también que en el acta de la reunión del día 4 de julio - páginas 2 a 5-- la empresa entregó mayores concreciones sobre los discutidos criterios de afectación, lo que, de hecho, fue uno de los factores que determinó la realización de una última reunión en el día siguiente 5 de junio, sin que en ninguna de las dos actas aparezca manifestación alguna por parte de los trabajadores sobre insuficiencia o extemporaneidad de esos criterios complementarios”.

<sup>736</sup> TORMOS PÉREZ, J.A.: Los criterios de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo, op. cit., pp. 201 y ss.

- Copia de la comunicación dirigida a los trabajadores o a sus representantes por la dirección de la empresa de su intención de iniciar el procedimiento de despido colectivo

Aquí se alude a la obligación, ya tratada, de comunicar previamente a los trabajadores o a sus representantes la “intención de iniciar el procedimiento de despido colectivo”, con el objetivo de que se pueda constituir la comisión negociadora (o más bien la comisión representativa de las personas trabajadoras) antes del inicio del período de consultas (artículo 51.2 párrafo 3 y 4 ET). La inclusión de la “comunicación de intenciones” en la documentación común supone un mayor control por parte de la representación legal, la autoridad laboral y la ITSS<sup>737</sup>.

- Representantes de los trabajadores que integrarán la comisión negociadora o, en su caso, indicación de la falta de constitución de ésta en los plazos legales

En la documentación común también debe de integrarse la composición de la comisión negociadora que, recordemos, debe de ser única y estar compuesta por trece miembros como máximo, en representación de cada una de las partes (arts. 51.2 ET y 27.1 RPDC). Una comisión única, circunscrita a los centros de trabajo afectados<sup>738</sup>, pues, como se abordó con anterioridad, ya no se permite la fragmentación de negociaciones en cada uno de los centros de trabajo afectados.

De este modo, en la documentación común debe de explicitarse cómo se ha conformado la comisión negociadora y, en concreto, a través de qué mecanismos de los que permite el art. 41.4 ET (según su orden de prioridad) se ha constituido tal comisión, en función de que resulten uno o varios los centros de trabajo afectados. Deberá de especificarse la identificación de cada uno de los representantes y, a su vez, su condición de representante unitario de los trabajadores, representante sindical o bien de trabajador de un determinado centro de trabajo, elegido a través de una comisión laboral. En definitiva, lo que ocurre en la práctica es que antes de la comunicación inicial se levanta

---

<sup>737</sup> ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, op. cit., p. 159.

<sup>738</sup> Para ROMERO SÁNCHEZ, I.: *El despido colectivo. Evolución normativa y régimen jurídico*, p.101, que la comisión quede circunscrita a todos los centros de trabajo afectados es una pretensión de dudosa de realidad, pues se presupone que desde el comienzo del período de consultas se sabe cuáles van a ser los centros afectados.

acta de constitución de la comisión negociadora, en la que se contienen todos estos aspectos, y es esta misma acta la que se adjunta en la comunicación inicial<sup>739</sup>.

Recuérdese que el legislador concede un plazo de 7 o 15 días, en función de que exista o no representación legal en todos los centros de trabajos afectados, para la conformación de la comisión representativa, la cual “deberá quedar constituida con carácter previo a la comunicación empresarial de apertura”. Sin duda ello es positivo ya que se garantizará que los plazos de desarrollo de las consultas (15 o 30 días, dependiendo de la dimensión) sean reales<sup>740</sup>, ya que no pueden ser acortados por la conformación de la comisión negociadora (dentro de plazo). No obstante, el art. 51.2 ET sí que precisa que “la falta de constitución de la comisión representativa no impedirá el inicio y transcurso del periodo de consultas, y su constitución con posterioridad al inicio del mismo no comportará, en ningún caso, la ampliación de su duración”. Y esto es lo que precisamente se ha indicar en la comunicación inicial si el banco social precisamente ha transgredido el plazo de 7 o 15 días para la conformación de su comisión representativa, pues ello no impedirá que se dé comienzo al procedimiento de consulta-negociación.

- Memoria explicativa en función de la causa del despido colectivo

En cuanto a la memoria explicativa, el artículo 3 RPDC establece que la comunicación empresarial de inicio deberá de ir acompañada de una memoria explicativa de las causas, conforme a los artículos 4 y 5 del Reglamento, dependiendo de si la causa alegada es económica o bien técnica, organizativa o productiva. Es necesario reiterar que esta memoria se configura como esencial e imprescindible para el procedimiento de consultas<sup>741</sup>, ya que en ella se justifica la causa para despedir (y el número de despidos) atendiendo a la situación de la empresa.

- Plan de recolocación externa

---

<sup>739</sup> Véase el formulario número 5 de CERVERA SOTO, T. y CID BABARRO, C.: El despido colectivo. Claves prácticas y análisis jurisprudencial, op. cit., donde se recoge un ejemplo de acta de constitución de la comisión negociadora, en la que se contemplan todos estos aspectos. En el mismo sentido, el formulario número 7, que representa la comunicación inicial a los representantes de los trabajadores, adjunta el acta de constitución de la comisión negociadora para acreditar este “extremo” de la comunicación inicial.

<sup>740</sup> ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, op. cit., p. 218.

<sup>741</sup> ROMERO SÁNCHEZ, I.: *El despido colectivo. Evolución normativa y régimen jurídico*, p.89.

Según el art. 3.2 RPDC deberá de adjuntarse junto con la documentación común el plan de recolocación externa, siempre que exista obligación para ello al cumplirse los requisitos legalmente establecidos (art. 51.10 ET). Aunque también el empresario que realiza el despido colectivo puede tener la voluntad de negociar un plan de recolocación externa como una medida social de acompañamiento más durante el procedimiento de consulta-negociación y, por ello, puede incluir este contenido dentro de la documentación común. Obsérvese, algo sobre lo que se incidirá con posterioridad, que la regulación actual no prevé la obligación de aportar propuestas de medidas sociales de acompañamiento dentro de la documentación común, cómo sí que ocurría con anterioridad con el plan de acompañamiento social para empresas de 50 o más trabajadores.

Al margen de lo anterior, para cumplir con la obligación legal del art. 51.10 ET, precisada por el artículo 9 del RPDC, el empresario deberá de adjuntar junto con la documentación inicial un plan de recolocación externa “inicial” o “provisional”. Así lo determina el art. 9.1 RPDC, por el cual: “de acuerdo con lo establecido en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, las empresas que lleven a cabo un despido colectivo de más de cincuenta trabajadores deberán incluir en todo caso en la documentación que acompaña la comunicación al inicio del procedimiento, un plan de recolocación externa para los trabajadores afectados por el despido colectivo, a través de empresas de recolocación autorizadas”. De este modo, las empresas que prevean la realización de un despido colectivo de más de 50 trabajadores deberán de ponerse en contacto con carácter previo al inicio del procedimiento de consulta-negociación con una empresa de recolocación autorizada para presentar un plan inicial de recolocación en la comunicación inicial.

Se trata, en efecto, de un plan “inicial” o provisional” ya que este plan se adjunta en la fase inicial del procedimiento de despido colectivo y normalmente sufrirá variaciones a lo largo del período de consultas, fruto de su negociación, concreción o ampliación. Es por ello que se denomina al plan de recolocación externa como un “plan dinámico”<sup>742</sup>, sin perjuicio de que tenga que entregarse su versión definitiva con la finalización del procedimiento de despido colectivo, ya sea en el acuerdo o en la

---

<sup>742</sup> ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, op. cit., p. 166.

correspondiente comunicación final de la decisión empresarial<sup>743</sup>. Es más, la autoridad laboral, en sus funciones de asistencia a petición de cualquiera de las partes o por propia iniciativa, “podrá dirigir a las partes propuestas y recomendaciones sobre las medidas sociales de acompañamiento y, en su caso, sobre el contenido e implantación del plan de recolocación externa, teniendo en cuenta la situación económica de la empresa” (art. 10.2 RPDC).

Así, se cumplirá, en principio, con la exigencia prevista en el artículo 51.10 ET, la cual es precisada en el artículo 9 del citado Reglamento, donde se intensifica y extiende la acción del plan de recolocación externa para los de mayor edad, por ser aquellas personas las que más problemas tienen en la reinserción laboral<sup>744</sup>. El plan de recolocación externa se incluirá en todos aquellos procedimientos de despidos colectivos que despidan a más de 50 trabajadores, siempre por medio de empresas autorizadas. El contenido del plan, que tendrá una duración mínima de 6 meses, consistirá en medidas de intermediación laboral entre la demanda y oferta de empleo, orientación profesional, de formación profesional y de atención personalizada respecto a los aspectos relacionados con su recolocación. Este fenómeno conocido como *outplacement*, solo se podrá llevar a cabo en empresas no incursas en procedimiento concursal, así como el coste no recaerá en ningún caso sobre los trabajadores.

### *C) Documentación en los despidos colectivos por causas económicas*

Por tanto, si la causa alegada es una causa económica, el artículo 4 RPDC, establece una regla general, consistente en la acreditación de los resultados que den lugar a una situación económica negativa. Precizando que para la acreditación de estos resultados, se aportará “toda la documentación que a su derecho convenga”, así como las cuentas anuales de las dos últimos ejercicios económicos (balance de situación, cuenta de pérdidas y ganancias, estado de cambios en el patrimonio neto, estado de flujos de efectivos, memoria del ejercicio e informe de gestión), sin perjuicio de quien las pueda presentar de forma abreviada, y de aquellas que estén obligadas a auditar las cuentas, debiendo aportar, en el caso, declaración sobre la exención de auditoría, incluso haciendo

---

<sup>743</sup> “El contenido del plan de recolocación podrá ser concretado o ampliado a lo largo del periodo de consultas, si bien al finalizar el mismo deberá ser presentada su redacción definitiva” (art. 9.4 RPDC).

<sup>744</sup> ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, op. cit., p. 164.

referencia a las cuentas provisionales. La finalidad de esta previsión será la de aportar una idea de la relevancia y composición del patrimonio empresarial<sup>745</sup>

A su vez, el apartado tercero del mismo artículo, recoge que cuando la causa alegada consista en una previsión de pérdidas, además de la documentación ya indicada, deberá de informar de los criterios utilizados para su estimación, así como aportar un “informe técnico sobre el volumen y el carácter permanente o transitorio de esa previsión de pérdidas basado en datos obtenidos a través de las cuentas anuales, de los datos del sector al que pertenece la empresa, de la evolución del mercado y de la posición de la empresa en el mismo o de cualesquiera otros que puedan acreditar esta previsión.” Ello supone que a pesar de que la legislación recoja la posibilidad de despedir por pérdidas previstas, no se traten de *despidos puros*<sup>746</sup>, ya que solo se permiten aquellos que están fundamentados en una causa actual, es decir, de los datos aportados en la comunicación se deducirá esta previsión.

En cuanto a la “disminución persistente del nivel de ingresos o ventas”, el empresario, además de los documentos acreditativos de resultados, deberá aportar “la documentación fiscal o contable acreditativa de la disminución persistente del nivel de ingresos ordinarios o ventas durante, al menos, los tres trimestres consecutivos inmediatamente anteriores a la fecha de la comunicación de inicio del procedimiento de despido colectivo, así como la documentación fiscal o contable acreditativa de los ingresos ordinarios o ventas registrados en los mismos trimestres del año inmediatamente anterior”(4.4 RPDC).

Por otro lado, el último apartado del artículo 4 RPDC, recoge que cuando el empresario que inicie el período de consultas, forme parte de un grupo empresarial, se distinguen dos posibilidades. En primer lugar, si existe la obligación de formular las cuentas consolidadas y la sociedad dominante se encuentra en España, además de la documentación recogida anteriormente, habrá que adjuntar las cuentas anuales e informe de gestión consolidados debidamente auditadas, en el caso de que esté obligada, “siempre que existan saldos deudores o acreedores con la empresa que inicia el procedimiento”, siendo este último requisito el verdadero determinante de aportar la documentación

---

<sup>745</sup> ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, op. cit., op. cit., p. 174.

<sup>746</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “El régimen jurídico de los despidos colectivos después de la reforma de 2012”, op. cit., pp. 326 y 327.

consolidada<sup>747</sup>. Por otro lado, si no existe obligación de consolidar las cuentas, se adjuntarán la documentación correspondiente a las demás empresas debidamente auditadas, siempre que dichas empresas se sitúen en España, “tengan la misma actividad o pertenezcan al mismo sector de actividad y tengan saldos deudores o acreedores con la empresa que inicia el procedimiento.” La finalidad de esta previsión será la de asegurar que el período de consultas se lleva a cabo teniendo en cuenta la realidad de la empresa en su entorno empresarial, ya que, de otro modo, si no se contara con esa información su situación patrimonial podría ser distorsionada<sup>748</sup>. Sin embargo, la STS 656/2018, de 20 de junio de 2018 precisó que la documentación referida en el citado apartado del art. 4 RPDC, se refiere a los grupos empresariales constituidos en forma vertical, al aludir al término “sociedad dominante”, y, por tanto, si se trata de un *grupo horizontal o de coordinación*<sup>749</sup>, no sería necesario cumplimentar esta exigencia, siempre que no se trata de un grupo empresarial a efectos laborales.

*D) Documentación en los despidos colectivos por causas técnicas, organizativas o de producción*

Por último, en cuanto a la memoria explicativa de las causas técnicas, organizativas o producción (art. 5 RPDC), esta deberá de acreditar la concurrencia de las causas citadas a través de los informes técnicos correspondientes a cada causa, ya que si se trata de causas técnicas, se acreditarán “los cambios, entre otros, en los medios e instrumentos de producción”, si se trata de causas organizativas, “los cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal, o en el modo de organizar la producción”, o si se trata de una causa productiva “los cambios, entre otros, en la demanda de los productos y servicios que la empresa pretende colocar en el mercado”.

*E) El estándar de cumplimiento de la obligación informativa*

Tal y como se ha venido precisando, la comunicación inicial debe de contener una serie de contenidos con el fin de cumplir con el deber de información que ordena tanto el art. 51.2 ET, como la diversa normativa internacional aplicable (art. 13 del Convenio N.º 158 de la OIT, art. 29 de la Carta Social Europea o bien el art. 2.3 de la Directiva 98/59).

---

<sup>747</sup> ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, op. cit., p. 181.

<sup>748</sup> ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, op. cit., p. 182.

<sup>749</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: *Empresa en restructuración y ordenamiento laboral*, op. cit. passim.



En efecto, el deber de información se constituye como elemento central en la regulación del despido colectivo, pues va a condicionar el éxito o fracaso de la consulta-negociación. Y buena prueba de ello es que el art. 124.11 LRJS recoge como un supuesto de nulidad del despido colectivo el no haber entregado “la documentación prevista en el artículo 51.2 ET”. Es lo que se conoce como “juicio de formalidad” en el control judicial del despido colectivo, el cual no se circunscribe a la documentación del art. 51.2 ET, sino también (por remisión del citado artículo) a la “documentación contable y fiscal y los informes técnicos” desarrollados reglamentariamente (arts. 2-5 RPDC)<sup>750</sup>.

Una obligación de información que ha sido progresivamente delimitada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo [destacan las SSTS de 15 de diciembre de 2021 (rec. 195/2021); de 25 de abril de 2019 (rec. 204/2018); de 31 de octubre de 2017 (rec. 115/2017); 688/2016 de 20 julio (caso *Panrico*) y 1090/2016 de 21 diciembre (caso *Seguridad Integral Canaria*)].

En efecto, para el Tribunal Supremo el deber de información se configura como un presupuesto ineludible de las consultas. En sintonía con la Directiva 98/59, el Alto Tribunal también recuerda que “con el fin de permitir que los representantes de los trabajadores puedan formular propuestas constructivas al empresario, éste deberá proporcionarles toda la información pertinente”. En palabras del Tribunal Supremo: “se trata, obvio es, de una expresión jurídicamente indeterminada que deja en el aire no sólo el entendimiento de qué es lo pertinente, sino, también, la cuestión de quién debe decidir si la información es o no pertinente. En estos casos se impone la lógica jurídica. Así, el empresario cumple, en principio, con entregar a los representantes toda la información exigida por la indicada norma reglamentaria. Nada se opone, más bien al contrario, que voluntariamente acompañe cualquier otra, no exigida normativamente, pero que pueda contribuir al desarrollo de las consultas”.

No obstante, “no todo incumplimiento de obligación documental conlleva la nulidad de la decisión extintiva sino tan sólo aquella que sea trascendente a los efectos de una negociación adecuadamente informada”. En otras palabras, el cumplimiento o incumplimiento del deber de información debe de valorarse desde una perspectiva finalista, en el sentido de que sea útil o “trascendente” para la consulta-negociación, pues

---

<sup>750</sup> FALGUERA BARÓ, M.À.: El procedimiento del despido colectivo y el desarrollo del período de consultas: criterios judiciales, op. cit., p. 41.

el deber de información debe de estar al servicio del derecho a la negociación colectiva en el período de consultas.

De este modo, a pesar de que tanto la regulación legal (“en dicho escrito se consignarán los siguientes extremos”) como la reglamentaria (“la comunicación de inicio del periodo de consultas contendrá los siguientes extremos”) se expresan en cuanto al contenido de la comunicación inicial en sentido categórico, y el art. 124.11 LRJS califica de nulo el despido colectivo cuando “el empresario no haya (...) entregado la documentación prevista en el artículo 51.2” ET, para el Tribunal Supremo “la enumeración de documentos que hace la norma reglamentaria no tiene valor "*ad solemnitatem*", y no toda ausencia documental por fuerza ha de llevar a la referida declaración de nulidad, sino que de tan drástica consecuencia han de excluirse -razonablemente- aquellos documentos que se revelen "intrascendentes" a los efectos que la norma persigue [proporcionar información que consienta una adecuada negociación en orden a la consecución de un posible acuerdo sobre los despidos y/o medidas paliativas: art. 51.2 ET]”<sup>751</sup>.

El Tribunal Supremo reitera que “tanto la Directiva 98/59 como el artículo 51.2 ET obligan al empresario a proporcionar a los representantes de los trabajadores toda la información pertinente en relación a las medidas extintivas que pretenden adoptar; información que se refiere no sólo a las causas justificativas, sino que alcanza a todos los aspectos del proyecto de despido que se propone llevar a cabo, de suerte que existe un principio de plenitud informativa al que debe atenerse el empresario para facilitar un correcto desarrollo del período de consultas”.

Como se indicaba, el RPDC obliga a que se entregue a los representantes de los trabajadores la documentación contenida en su artículos 3, 4 y 5, “ahora bien, ni toda omisión del contenido de la información contenida en los indicados preceptos reglamentarios implica un incumplimiento de la obligación de información que nos ocupa, ni ésta queda siempre y en todo caso cumplida cuando los documentos allí expresados se entregan pero se omiten otros que han sido solicitados por los

---

<sup>751</sup> El Tribunal Supremo argumenta que así sigue el criterio que el legislador expresamente adopta en materia de procedimiento administrativo (con cita en art. 63.2 LRJ y PAC) e incluso en la normativa procesal (art. 207.c) LRJS).

representantes y que se revelan útiles y pertinentes a efectos de poder desarrollar en plenitud las negociaciones inherentes a todo período de consultas”.

Por ello, el Tribunal Supremo examina el cumplimiento del estándar de información sobre la base de un criterio finalista. “Es decir el problema de la necesidad de aportación o no de una determinada documentación -no prevista normativamente- vendrá determinada por la solicitud de los representantes de los trabajadores y por la utilidad de la documentación pedida a los fines examinados. La incorrección del despido colectivo por infracción de la obligación informativa vendrá determinada, en consecuencia, por la negativa de la empresa a la aportación de la información solicitada o por su defectuosa aportación, siempre que la solicitud esté justificada puesto que no se puede imponer al empresario la aportación de cualquier documentación no prevista legalmente salvo que quede acreditada su relevancia para la negociación durante las consultas” (en este sentido, véase, SSTs de 18 de julio de 2014, rec. 288/2013; de 23 de septiembre de 2020, rec. 36/2020; y de 20 de octubre de 2021, rec. 87/2021).

De este modo, si la representación de los trabajadores no reclama durante las consultas esta otra documentación (documentación *ad hoc*) e incluso dan por buena la existente, de forma expresa o tácita, no pueden con posterioridad requerir en sede judicial la nulidad del despido colectivo por causa de insuficiencia documental<sup>752</sup>. En igual sentido, no es posible que la representación demande a la empresa incontable información adicional, sin acreditar su trascendencia, con el único fin de alargar maliciosamente el procedimiento de despido colectivo.

Por último, en cuanto a los efectos de la entrega extemporánea de la información y documentación que debería de haberse recogido en la comunicación inicial, la jurisprudencia también acoge un criterio hermenéutico finalista para valorar el cumplimiento del deber de información. En esta interpretación flexible habrá que valorar si los representantes de los trabajadores han tenido o no información suficiente en tiempo eficaz con el fin de que la negociación durante el período de consultas haya sido real y efectiva (STS de 18 de julio de 2014, rec. 303/2013). Alguna doctrina judicial también ha determinado que la entrega de la información extemporánea carece de relevancia si

---

<sup>752</sup> SAN de 13 de mayo de 2013 (núm. actuaciones 89/2013) y STSJ de Madrid de 11 de junio de 2012 (núm. actuaciones 22/2012).

dicha información se aportó en la primera reunión de forma inmediata tras la reclamación por parte del banco social (SAN de 24 de julio de 2013, núm. actuaciones 144/2012)<sup>753</sup>.

#### *1.1.4. La solicitud del informe a los representantes legales de los trabajadores*

Por último, el artículo 3.3 RD precisa que, simultáneamente a la comunicación empresarial del inicio de consultas, deberá solicitarse a los representantes legales o, en su caso, al Comité de empresa, la emisión de un informe previo en materia de reestructuraciones de plantilla y ceses totales o parciales, definitivos o temporales de aquella, así como en el supuesto de que se prevea la reducción de jornada, en virtud del artículo 64.5.a) y b) ET. Sin embargo, es un requisito que necesita de mayor precisión, ya que no se entiende cuál es su funcionalidad, ni su relación con aquellos supuestos en los que no exista representación legal<sup>754</sup>.

La doctrina judicial ha interpretado que basta con que tal informe previo se solicite en la comunicación de inicio para que se cumpla con el requisito, sin que se exija otra solicitud expresa, distinta e independiente (STSJ Valladolid 20 de diciembre de 2013, rec. 1660/13). Además, en caso de que no se proceda a la solicitud de informe previo, al margen de la infracción administrativa grave del art. 7.7 TRLISOS, no se trata de un requisito imprescindible para la validez del proceso negociador, puesto que la exigencia del informe ni deriva del art. 51.2 ET ni este precepto menciona las consecuencias de su falta de petición (STSJ Sevilla 21 de marzo de 2013, EDJ 82433).

#### *1.2. Desarrollo del período de consultas*

##### *1.2.1. El contenido de las consultas y el deber de negociar de buena fe como condición necesaria para el cumplimiento del procedimiento de despido colectivo*

El período de consultas se ha convertido en el elemento esencial o la piedra angular en el procedimiento de despido colectivo, sobre todo tras la Reforma laboral de 2012 y la eliminación de la autorización administrativa<sup>755</sup>. Buena prueba de ello es que el art. 124.11 LRJS sitúa como una de las causas tasadas de nulidad del despido colectivo a la inobservancia del período de consultas. Pero no se trata de una simple consulta, sino de

---

<sup>753</sup> Sobre la entrega extemporánea de la documentación, véase, FALGUERA BARÓ, M.À.: *El procedimiento del despido colectivo y el desarrollo del período de consultas: criterios judiciales*, op. cit., p. 44.

<sup>754</sup> SAN MARTÍN MAZZUCONI, C.: *El nuevo reglamento de los despidos colectivos*, Cizur Menor (Navarra), Civitas, 2012, p. 17.

<sup>755</sup> ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, op. cit., p. 205.

un procedimiento de diálogo social comunicativo que abre un verdadero proceso de negociación colectiva gestional o participativa<sup>756</sup> entre la dirección de la empresa y la representación de los trabajadores afectados<sup>757</sup>. Recuérdese que, a raíz del art. 2.1 de la Directiva 98/59, la “consulta-negociación” es propiamente una negociación colectiva cualificada por su carácter gestional en los procesos de reestructuración de las empresas<sup>758</sup>.

De este modo, el art. 51.2 ET identifica como contenido mínimo de las consultas “las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento, tales como medidas de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad” (contenido que se reitera en el art. 7.1 RPDC, donde se resalta, a su vez, que los representantes de los trabajadores deberán de disponer desde el inicio de las consultas de la documentación preceptiva para que puedan efectivamente negociar).

Así, en un sentido casi idéntico a lo que define la Directiva 98/59 como contenido mínimo en su art. 2.2, la negociación de medidas sociales de acompañamiento ocupa un lugar central en la regulación del procedimiento de despido colectivo (y así también lo identifican otras normativas internacionales como el Convenio 158 de la OIT o la Carta Social Europea Revisada). No obstante, como se tendrá ocasión de analizar, a pesar de la centralidad de las medidas alternativas o complementarias al despido como contenido de las consultas, la normativa española adolece de una serie de deficiencias que dificultan el cumplimiento del objetivo último del procedimiento de despido colectivo: evitar, reducir o paliar sus efectos.

Tras las pasadas modificaciones del Estatuto de los Trabajadores, también se ha trastocado el contenido mínimo de las consultas. En efecto, el contenido de la consulta-negociación es más limitado que en la formulación anterior, donde se contenía una referencia en el art. 51.4 ET a las causas motivadoras del expediente como contenido de las consultas. Con esta modificación (y eliminación de la mejora que supone respecto al

---

<sup>756</sup> Una propuesta elaborada originalmente por J.L. MONEREO PÉREZ, *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, cit., p. 101 ss. y explícitamente pp. 106-114.

<sup>757</sup> La SAN 3077/2013, de 4 de julio entiende a estas consultas como una manifestación del principio de negociación colectiva.

<sup>758</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “El despido colectivo tras las sucesivas reformas laborales”, en MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.), *Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, Granada, Comares, 2014, p. 174.

tenor de la Directiva comunitaria) lo que aparentemente pretende el legislador es que las negociaciones se acoten al tratamiento de los “efectos o consecuencias”, sin que se garantice legalmente que los representantes de los trabajadores puedan incidir sobre las causas o los factores determinantes de la situación de crisis o de reorganización empresarial. Ello se inserta en la concepción *iusliberal* individualista por la que principalmente se percibe a la empresa como una esfera patrimonial restringida del empleador más que como una organización productiva pluralista, integrada por elementos patrimoniales y personas<sup>759</sup>. Esta modificación de la Reforma laboral de 2012 es coherente con la ausencia de cualquier referencia a la negociación de cláusulas adicionales en el procedimiento de despido colectivo para “posibilitar la continuidad y la viabilidad del proyecto empresarial”, tales como inversiones futuras, reestructuraciones internas, etc., pues son decisiones que competen en exclusiva al empresario, alejándose de la participación fuerte en la empresa al estilo alemán<sup>760</sup>.

No obstante, al tratarse este contenido mínimo del art. 51.2 como una norma de Derecho necesario relativo, nada obsta a que el empresario y los representantes de los trabajadores puedan optar por controlar o entrar a valorar las causas alegadas, mejorando el estándar legal vigente. Aunque más bien el factor causal acabará filtrándose en la negociación de las medidas sociales de acompañamiento si se quiere negociar de buena fe, sobre todo en los despidos por causas económicas, pues las causas y los efectos/consecuencias están funcionalmente encadenados<sup>761</sup>. Además, para otro sector doctrinal el control causal del despido por los representantes de los trabajadores en la fase de consultas queda asegurado en virtud de la documentación que debe de ser aportada en el procedimiento de despido colectivo<sup>762</sup>.

Otra de las cuestiones que debe de negociarse durante la consulta-negociación son los criterios de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo<sup>763</sup>. De

---

<sup>759</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “El despido colectivo tras las sucesivas reformas laborales”, op. cit., pp. 174 y 175.

<sup>760</sup> FALGUERA BARÓ, M.À.: El procedimiento del despido colectivo y el desarrollo del período de consultas: criterios judiciales, op. cit., pp. 117 y 118.

<sup>761</sup> Sobre esta cuestión ya indicaban MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: El despido colectivo en el Derecho español. Estudio de su régimen jurídico, op. cit., p. 156, que el plan social queda limitado por las propias posibilidades económicas de la empresa.

<sup>762</sup> SÁEZ LARA, C.: Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos, op. cit., pp. 136 y 137.

<sup>763</sup> ROQUETA BUJ, R.: La selección de los trabajadores afectados por los despidos colectivos, op. cit., pp. 46 y 47.

hecho, el Tribunal Supremo admite la propuesta de unos criterios genéricos y abstractos en la comunicación inicial, con el fin de que estos sean concretados o fijados posteriormente por parte de la negociación [STS de 20 de octubre de 2015 (rec. 181/2014)]. Del mismo modo, la actuación de los sujetos negociadores durante el período de consultas determinará o no la validez en sede judicial de unos criterios de selección genéricos con base en el principio de buena fe, si nada se alegó en su momento [STS 17 de julio 2014 (rec. 32/2014)]. En efecto, en el período de consultas se podrá negociar el alcance numérico, funcional y territorial de las medidas extintivas (número, clasificación profesional y distribución territorial de los trabajadores afectados), así como los criterios de selección para designar a los trabajadores finalmente afectados. En cambio, la concreta individualización de los trabajadores finalmente afectados y que serán despedidos es una facultad que compete a la empresa en el ejercicio de su libre facultad de selección<sup>764</sup>.

Asimismo, en virtud del art. 51.5 ET y 13 RPDC también puede negociarse durante las consultas que la prioridad de permanencia en la empresa se extienda a otros colectivos, tales como “trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad”, para que dicha prioridad se recoja en el acuerdo alcanzado en consulta-negociación.

Cabe resaltar de qué modo el contenido mínimo de las consultas del art. 51.2 y art. 7 RPDC no cita a la indemnización en un afán de desvincular de una vez por todas que la única vía de salida al despido colectivo sea la negociación de indemnizaciones superiores a la legal. El objetivo que se persigue, ya veremos que incumplido, consiste en que las negociaciones se centren en negociar medidas sociales de acompañamiento, que eviten, reduzcan o palien los efectos del despido colectivo<sup>765</sup>.

En definitiva, las partes deberán de mantener una serie de reuniones con el objetivo de negociar los aspectos ya anteriormente comentados (principalmente las medidas alternativas o complementarias al despido) y alcanzar un acuerdo, para lo cual las partes deberán de negociar de buena fe (art. 51.2 ET) y contar con la debida documentación desde el inicio de las consultas (art. 7.1 RPDC). De este modo, la negociación de buena fe supone un elemento crucial en el correcto cumplimiento del procedimiento de despido

---

<sup>764</sup> TORMOS PÉREZ, J.A.: *Los criterios de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo*, op. cit., p. 215.

<sup>765</sup> SÁEZ LARA, C.: *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, op. cit., p. 137.

colectivo, ya que de apreciarse lo contrario nos encontraríamos ante una falta de realización del período de consultas que será causa de nulidad del despido colectivo (art. 124.11 LRJS). La buena fe en la negociación, no obstante, se trata de un concepto jurídico indeterminado que ha tenido que ser interpretado de forma casuística por la jurisprudencia.

Así lo indica el Tribunal Supremo cuando expone que "la expresión legal (buena fe) ofrece innegable generalidad, al no hacerse referencia alguna a las obligaciones que el deber comporta y -menos aún- a las conductas que pudieran vulnerarlo". Asimismo, en un intento de acotar el término explicita que "en la configuración del mismo no cabe olvidar: a) que la previsión legal no parece sino una mera especificación del deber general de buena fe que corresponde al contrato de trabajo (como a todo contrato: art. 1258 CC) y que en el campo de la negociación colectiva especifica el art. 89.1 ET ("ambas partes estarán obligadas a negociar bajo el principio de la buena fe"); b) desde el momento en que el art. 51 ET instrumenta la buena fe al objetivo de "la consecución de un acuerdo" y que el periodo de consultas "deberá versar, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento", está claro que la buena fe que el precepto exige es una buena fe negocial". Y añade que: "configurado de esta manera ese deber, habrá de analizarse en cada caso el alcance de la posición empresarial y la manera en la que han discurrido esas negociaciones"<sup>766</sup>.

Con la negociación de buena fe lo que se pretende evitar es que el período de consultas se convierta en una simple formalidad y quede vacío de contenido al constituirse como un mero requisito previo para realizar un despido colectivo por parte de un empresario sin voluntad real de negociar. Todo lo contrario, el período de consultas supone un verdadero proceso de negociación, guiado por la búsqueda de un acuerdo, con un contenido mínimo obligatorio, en el que ambas partes están obligadas a negociar de buena fe. El procedimiento de despido colectivo no es mero requisito de forma para proceder al despido colectivo y, por ello, no basta con una actuación de cumplimiento aparente de los requisitos de información y negociación para la observancia formal del

---

<sup>766</sup> SSTs de 16 de febrero de 2022 (rec. 267/2021) y de 20 de octubre de 2021 (rec. 88/2021).



trámite<sup>767</sup>. Lo que se requiere es una “conducta activa y positiva en aras a procurar su cumplimiento real y efectivo, orientada por los valores de probidad, lealtad, honradez, rectitud, corrección, respeto, coherencia, y fidelidad a la palabra dada y al comportamiento seguido” [STS de 21 de mayo de 2014 (RJ 2014, 4357)].

En un intento, nada sencillo, de configurar de forma general el deber de buena fe en la negociación del despido colectivo, es necesario partir de la idea de que el ordenamiento jurídico español no obliga a que se alcance un acuerdo (“obligación de resultado”), sino que exige a las partes intervinientes que realicen una serie de obligaciones con la finalidad de asegurar la efectividad del período de consultas<sup>768</sup>. El principio de buena fe en la “negociación colectiva gestional o participativa”<sup>769</sup> comporta una actitud colaboradora, informativa y de búsqueda sincera (objetivable en los hechos) de alcanzar un acuerdo utilizando todos los medios razonables para conseguirlo. Se trata, en fin, de una “obligación de medios” que se impone a la comisión negociadora en el proceso de consulta-negociación.

En esta idea de abstracción de lo que debe de significar el principio de buena fe negocial, ciertos autores identifican que el cumplimiento de este requisito debe de valorarse en función, a su vez, de dos principios básicos. Por un lado, por el principio de transparencia, en el sentido de que no se puede ocultar a la representación de las personas trabajadoras ni datos ni informes que sean relevantes, así como se les debe de proporcionar toda la información necesaria y que sea reclamada adecuadamente. Por otro lado, debe de valorarse en función del principio de razonabilidad que exige, como demostración de la voluntad de llegar a un acuerdo, que se tomen en cuenta las propuestas realizadas por la representación de las personas trabajadoras para su análisis y que, además, se le dé contestación a las mismas de manera razonada. Es en el razonamiento de las contestaciones donde se podrá apreciar si la empresa ha fijado una posición previa

---

<sup>767</sup> ORTEGA LOZANO, P.G.: *Medidas de flexibilidad externa colectiva en la reestructuración de empresas consecuencia del covid-19. Cuestiones prácticas a propósito del despido colectivo*, op. cit., p. 115.

<sup>768</sup> SÁEZ LARA, C.: *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, op. cit., p. 149

<sup>769</sup> Una propuesta elaborada originalmente por J.L. MONEREO PÉREZ, *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, cit., p. 101 ss. y explícitamente pp. 106-114.

y tramita la negociación como mera formalidad o, por el contrario, si la falta de negociación es consecuencia de la inexistencia de soluciones alternativas mejores<sup>770</sup>.

Para otro sector doctrinal, el contenido esencial de la buena fe negocial se compone de tres elementos configuradores: la existencia de voluntad negociadora; los valores éticos de conducta; y la reciprocidad<sup>771</sup>.

En cuanto al primero de los elementos, la buena fe exige afrontar el proceso negociador con la intención de acercar posiciones o llegar a un entendimiento (lo que se conoce como *animus negociandi*). En este sentido, la flexibilidad negocial emerge como un indicio adecuado para valorar el cumplimiento del deber de buena fe, ya sea formulando propuestas y contrapropuestas<sup>772</sup> que pongan de manifiesto un esfuerzo real y sincero para intentar acercar posiciones, ya sea cediendo en los planteamientos iniciales a través de la reducción del número de afectados inicialmente previsto. No obstante, todo ello habrá que valorarlo en función de las circunstancias del caso, por lo que en aquellos casos en los que la empresa esté obligada a cerrar por crisis económica o la situación económica es tan grave que no se pueden ofrecer alternativas a los trabajadores no se vulnera la buena fe negocial con base en la posición inamovible empresarial durante la consulta-negociación<sup>773</sup>.

Sin embargo, la inamovilidad en la posición empresarial por sí sola no implicará mala fe en la negociación, ya que tal inamovilidad debe de ser cualificada por la concurrencia de un mayor número de indicios<sup>774</sup>. De este modo, para que se pueda apreciar mala fe es necesario que la falta de flexibilidad venga acompañada de una conducta vulneradora de los valores éticos que el propio concepto de buena fe conlleva. Es necesario que se aprecie conjuntamente una vulneración de la confianza, alterando u ocultando datos, así como proponiendo medidas sociales de acompañamiento cuyo

---

<sup>770</sup> POQUET CATALÁ, R.: *Análisis de la actual configuración del despido colectivo*, op. cit., p. 139.

<sup>771</sup> Un análisis exhaustivo en ABRIL LARRÁINZAR, M.P.: *Información, consulta y negociación en el despido colectivo*, op. cit., pp. 365-381.

<sup>772</sup> SSTS de 23 de septiembre de 2014 [RJ 2014, 6123]; de 27 de mayo de 2013 [RJ 2013, 7656]; 30 de junio de 2011 [RJ 2011, 6097] y SAN de 21 de noviembre de 2012 [AS 2012, 2409].

<sup>773</sup> SSTS de 16 de junio de 2015 (RJ 2015, 4690) y de 28 de enero de 2014 (RJ 2014, 1286).

<sup>774</sup> ORTEGA LOZANO, P.G.: *Medidas de flexibilidad externa colectiva en la reestructuración de empresas consecuencia del COVID-19. Cuestiones prácticas a propósito del despido colectivo*, op. cit., pp. 116 y 117.

incumplimiento se procurará *a posteriori*<sup>775</sup>. En este sentido, la falta de buena fe suele apreciarse cuando el mantenimiento a ultranza de la posición empresarial desde el inicio de las consultas viene acompañado de la ausencia de información a los representantes de los trabajadores<sup>776</sup>. Lo mismo ocurre cuando el empresario, con intención de vaciar el periodo de consultas, decide negociar otras medidas de reestructuración de forma directa e individual con los trabajadores afectados, que eran las que realmente se pretendía conseguir<sup>777</sup>. Del mismo modo, si el empresario descapitaliza la empresa antes de iniciar el despido colectivo con el fin de no poder negociar o aceptar ninguna medida alternativa o complementaria al despido, ello supone una vulneración de la buena fe negocial<sup>778</sup>.

El último de los elementos configuradores de la buena fe en la consulta-negociación es la reciprocidad. Y ello porque la voluntad de negociar conforme a valores éticos debe de ser atribuible a las dos partes de la negociación: al banco social y empresarial. Según el Tribunal Supremo, “no cabe que invoque la buena fe quién adopta esa posición extrema y maximalista, negándose incluso a participar en el resto de las reuniones programadas e impidiendo con ello de manera prácticamente absoluta un hipotético acercamiento de posturas que, como prevé el ET art.51.2, permitiera siquiera evaluar la posibilidad de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento, tales como recolocaciones o acciones de formación profesional para la mejora de la empleabilidad” (STS 22 de diciembre de 14, EDJ 253948). Además, si los trabajadores alegan falta de buena fe en la negociación a causa de la escasez de propuestas alternativas o complementarias al despido, para que la demanda tenga éxito los mismos trabajadores deberán de haber propuesto medidas sociales de acompañamiento durante las consultas, ya que la formulación de propuestas y contrapropuestas no es exclusiva del empleador [STS 20 de mayo de 2014 (RJ 2014, 4356)]<sup>779</sup>.

Otra de las cuestiones que debe de valorarse para analizar la buena fe negocial, ahora desde la perspectiva del empresario, es lo dispuesto en el art. 51.3 ET. En este

---

<sup>775</sup> ABRIL LARRÁINZAR, M.P.: *Información, consulta y negociación en el despido colectivo*, op. cit. p.373 con cita en sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2014 (RJ 2014, 4356).

<sup>776</sup> STS 20 de marzo de 13, EDJ 41764.

<sup>777</sup> SSTs de 11 de octubre de 2016, rec. 68/2016 y de 29 de enero de 2019, rec. 168/2018).

<sup>778</sup> STS 11 de abril de 2014, EDJ 147567.

<sup>779</sup> ABRIL LARRÁINZAR, M.P.: *Información, consulta y negociación en el despido colectivo*, op. cit., p. 379.

artículo se establece que “cuando la extinción afectase a más del cincuenta por ciento de los trabajadores, se dará cuenta por el empresario de la venta de los bienes de la empresa, excepto de aquellos que constituyen el tráfico normal de la misma, a los representantes legales de los trabajadores y, asimismo, a la autoridad competente”. En efecto, cuando se den estos supuestos, el empresario deberá de informar a los representantes legales de los trabajadores (se entiende que a los sujetos negociadores del despido colectivo también cuando no exista representación legal) y a la autoridad competente. Esta previsión normativa lo que persigue es evitar que se utilice el procedimiento de despido colectivo como cobertura para evitar la aplicación del bloque normativo de la sucesión de empresa y sus consecuencias<sup>780</sup>.

#### *A) El valor probatorio de las actas de las reuniones*

El art. 7.7 RPDC ordena que de todas las reuniones celebradas en el periodo de consultas se levante acta, la cuales deberán de firmar todos los asistentes. Estas actas son un documento esencial no solo para comprobar el cumplimiento por parte de las partes negociadoras del calendario y de las consultas, sino más bien para valorar el cumplimiento del deber de negociar de buena fe, en el sentido de que es a través de estos documentos por los que se comprueba si han existido propuestas, contrapropuestas o motivación de las diferentes medidas presentadas o rechazadas en el procedimiento de consulta-negociación<sup>781</sup>.

Así lo determina la jurisprudencia del Tribunal Supremo cuando reconoce el protagonismo de las actas de las reuniones en cuanto al valor probatorio que tienen respecto al deber de buena fe negocial: “en el presente caso, bastaría con analizar el contenido de las actas de las seis reuniones habidas para concluir, junto con el examen del contenido de la documentación remitida para la apertura del periodo de consultas para concluir que de todo ello en absoluto cabe desprender que ese proceso se haya llevado a cabo por la empresa con mala fe, con ocultación de datos relevantes o de información alguna” (STS de 29 de septiembre de 2020, rec. 36/2020)<sup>782</sup>. De este modo, los jueces suelen acudir a las actas para verificar cómo ha evolucionado la negociación, cuáles han

---

<sup>780</sup> Véase, SAN de 17 de noviembre de 2015 (rec. 153/2015) donde se declara nulo un despido colectivo que se ha utilizado para evitar las consecuencias laborales de una transmisión de empresas (y de la obligación de subrogación de los trabajadores).

<sup>781</sup> SÁEZ LARA, C.: *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, op. cit., p. 136

<sup>782</sup> Entre otras, SSTS 8 de noviembre 2017, EDJ 272989; 11 de julio de 2018, EDJ 572014; 12 de diciembre de 2018, EDJ 688196.

sido las posiciones de las partes en cada momento, qué respuesta se ha dado a cada propuesta y qué documentos se han solicitado y se han facilitado<sup>783</sup>.

No obstante, a pesar del importante efecto probatorio que tienen las actas en el control judicial posterior, ni la ley ni el reglamento establecen cuál debe de ser el contenido o la forma del documento en cuestión. Se han identificado por la doctrina científica algunos elementos a tener en cuenta: la obligación de levantar acta de todas las reuniones, incluida la del inicio del período de consultas, que puede ser de las más importantes; que todas las actas reflejen la hora, fecha y lugar de las reuniones, así como que se indiquen los asistentes, el contenido de las reuniones con un resumen claro de las cuestiones que se hayan tratado y de las posiciones o propuestas de las partes; que el acta final de acuerdo o desacuerdo refleje las posiciones de las partes y las diferentes propuestas de cada una de las partes, “siendo este extremo completamente necesario si el acuerdo no se alcanza o cuando no se alcanza por unanimidad y hay algún componente del banco social que no lo suscribe”<sup>784</sup>. Para autorizada doctrina la elaboración de estas actas debe de tomarse muy en serio en cuanto a su contenido, pues se estima que los defectos en su formalización y redacción podrían incluso ser causa de nulidad del procedimiento de despido colectivo<sup>785</sup>.

En cuanto a la forma, el art. 7.7 RPDC solo se limita a indicar que las actas deben de estar firmadas por todos los asistentes<sup>786</sup>. Para evitar problemas interpretativos posteriores, es recomendable que en la primera reunión se fije la manera de redactar las actas y que cada acta se redacte en el mismo día de la reunión. Es más, aunque la normativa no indica quién es el responsable de la custodia de las actas, de la remisión de las actas por parte del empresario a la autoridad laboral (art. 12.3 RPDC) o al secretario judicial en caso de impugnación judicial (art. 124.9 LRJS) parece colegirse que será el empresario el encargado. Por último, de la obligación de negociación de buena fe también

---

<sup>783</sup> ABRIL LARRÁINZAR, M.P.: *Información, consulta y negociación en el despido colectivo*, op. cit., pp. 382 y 383.

<sup>784</sup> HERRERA DUQUE, M.J.: “El período de consultas: el contenido y valor de las actas elaboradas durante el periodo de consultas”, en GODINO REYES, M. (Dir.), *Tratado de despido colectivo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 355 y 356.

<sup>785</sup> MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornadas*, op. cit., p. 141.

<sup>786</sup> La firma de todos los asistentes de las actas no ha estado exenta de controversia BLASCO PELLICER, A.: *La extinción del contrato de trabajo en la reforma laboral de 2012*, Valencia, Tirant lo Blanch. 2013, p. 60.

parece deducirse que el empresario deberá de entregar copia de cada una de las actas a los representantes de los trabajadores<sup>787</sup>.

### 1.2.2. La duración de las consultas

El Estatuto de los trabajadores establece en el art. 51.2 ET la duración de las consultas en función del tamaño de la empresa: esto es, una duración no superior a treinta días naturales en caso de empresas de 50 o más trabajadores o bien no superior a quince días naturales para las empresas de menos de 50 trabajadores (ello se reitera en los arts. 7.5 y 7.4 RPDC). De este modo, el ordenamiento jurídico español establece un plazo máximo para la duración de las consultas, a diferencia de lo que establece la Directiva comunitaria en su art. 4.1, que solo regula un plazo general de como mínimo 30 días para la duración del procedimiento en su conjunto (desde la fecha de la notificación individual a la autoridad pública competente hasta la fecha de efectos del despido)<sup>788</sup>. En concreto, este último plazo genérico ha sido trasladado al art. 51.4 ET para la notificación individual de los despidos: “en todo caso, deberán haber transcurrido como mínimo treinta días entre la fecha de la comunicación de la apertura del periodo de consultas a la autoridad laboral y la fecha de efectos del despido”.

La Ley 35/2010 ha modificado la duración de las consultas, en el sentido de que ha transformado el carácter “mínimo” del plazo, en un plazo de carácter “máximo”. En este sentido, la conversión del plazo de 30 o 15 días naturales en un plazo máximo obedece a la finalidad de dotar de agilidad al procedimiento de despido colectivo y a la de evitar dilaciones indebidas que presionen o perjudiquen la toma de decisiones<sup>789</sup>. De este modo, una vez que se haya agotado la duración del procedimiento de despido colectivo, la parte social no puede imponer la extensión del procedimiento más allá de los límites legales, aunque entienda que es necesario más tiempo para alcanzar un acuerdo sobre medidas alternativas o complementarias al despido (todo ello siempre bajo la “lupa” de la buena fe negocial)<sup>790</sup>.

---

<sup>787</sup> POQUET CATALÁ, R.: *Análisis de la actual configuración del despido colectivo*, op. cit., pp. 164 y 165.

<sup>788</sup> Para ABRIL LARRÁINZAR, M.P.: *Información, consulta y negociación en el despido colectivo*, op. cit., p. 352 la Directiva comunitaria no estipula en sí un límite temporal para las negociaciones, sino solo un plazo general de como mínimo 30 días para el procedimiento de despido colectivo en su conjunto.

<sup>789</sup> ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, op. cit., p. 228.

<sup>790</sup> SÁEZ LARA, C.: *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, op. cit., pp. 90 y 91 expone que: “se imprime celeridad al procedimiento en aras de la tutela del interés empresarial, es decir para dar

No obstante, la fijación de un plazo máximo puede plantear ciertas disfuncionalidades a la hora de cumplir con el objetivo de las consultas (alcanzar un acuerdo sobre medidas sociales de acompañamiento), ya que ello puede suponer una mayor dificultad en regulaciones de empleo complejas, así como una cierta presión añadida para tomar decisiones y alcanzar acuerdos dentro del plazo máximo en aquellas situaciones de mayor dificultad<sup>791</sup>. Además, si comparamos esta duración con la regulación de otros países, como puede ser la italiana, se puede apreciar lo reducido de los plazos españoles para la consulta-negociación.

El ET y el RPDC establece un plazo máximo que se diferencia exclusivamente en función del tamaño de plantilla de la empresa (lo cual puede generar fricciones con la doctrina *Rabal Cañas*), sin que se prevean otros criterios como el número de trabajadores afectados. Es cierto que la ampliación del plazo máximo para las empresas de 50 o más trabajadores puede tener sentido ya que a mayor plantilla mayor volumen de documentación a analizar o mayor número de representantes de los trabajadores con los que negociar, lo cual hace necesario que se amplíe el tiempo de la consulta-negociación. Sin embargo, al margen de que ya de por sí un plazo de 30 o 15 días naturales puede resultar reducido, si no se tiene en cuenta el número de trabajadores afectados ello puede suponer añadir una dificultad más para negociar despidos colectivos de entidad (por ejemplo, véase la diferencia existente entre un despido colectivo en una empresa con un único centro de trabajo de 99 trabajadores donde se despide a 11 empleados, con un plazo máximo de 30 días de consultas, y el despido colectivo en una empresa de 45 trabajadores que despida a 30, con un plazo de negociación de 15 días, donde el esfuerzo de negociación por el número de trabajadores afectados puede ser incluso mayor que en el primer supuesto)<sup>792</sup>.

Al margen de las críticas a este sistema de duración de las consultas, la mejor doctrina ha venido defendiendo a raíz de una interpretación sistemática del ET que el plazo de consulta-negociación puede ser ampliado por mutuo acuerdo de las partes, si así

---

satisfacción a las expresadas necesidades empresariales de flexibilidad, a las que responde este artículo 51 del Estatuto de los trabajadores”. Además, la autora entiende que este plazo máximo delimita la duración temporal de la obligación de ambas partes de negociar de buena fe.

<sup>791</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “El régimen jurídico de los despidos colectivos...”, op. cit., p. 335.

<sup>792</sup> ABRIL LARRÁINZAR, M.P.: *Información, consulta y negociación en el despido colectivo*, op. cit., pp. 355 y 356. Este criterio de la afectación de trabajadores para determinar la aplicación o no del plazo reducido de 15 días se preveía en el Estatuto de los Trabajadores de 1980.

lo deciden con vistas a la consecución del acuerdo<sup>793</sup>. La prolongación del período de consultas también ha sido admitida por el Alto Tribunal español si ambas partes están de acuerdo<sup>794</sup>. Además, el Tribunal Supremo ha interpretado que, si bien el plazo máximo es de obligado cumplimiento, la mera superación de tal plazo sin acuerdo expreso solo es causa de nulidad en supuestos de fraude, dolo, coacción, abuso de derecho o mala fe<sup>795</sup>.

En cuanto al inicio del cómputo de la duración de las consultas, en la jurisprudencia no existe una respuesta unívoca. Si bien el Tribunal Supremo no se pronunciado expresamente sobre esta cuestión, *obiter dicta* ha establecido en algunas ocasiones *el dies a quo* desde la primera reunión celebrada [STS de 15 de abril de 2014 (RJ 2014, 3276)] o bien desde la comunicación inicial de apertura de las consultas [STS de 18 de marzo de 2014 (RJ 2014, 2953)]<sup>796</sup>. Sin embargo, la doctrina científica identifica que de un análisis detenido del art. 7 RPDC para deducirse que el periodo de consultas se inicia con la comunicación de apertura del procedimiento de despido colectivo<sup>797</sup>.

A diferencia de la regulación anterior de despido colectivo que solo preveía la duración “mínima” de las consultas y nada indicaba sobre el modo y número de reuniones<sup>798</sup>, el actual desarrollo reglamentario establece en el artículo 7.2 RPDC que deberá de fijarse un calendario de reuniones en la comunicación inicial conforme a periodificación que regula el mencionado precepto. Aunque también se permite que las partes acuerden de otra forma “el número de reuniones e intervalos entre las mismas”.

De este modo, en defecto de pacto en cuanto al calendario de las reuniones, se establecen las siguientes reglas: en primer lugar, que la primera reunión de las consultas debe de celebrarse en un plazo no inferior a los tres días desde la entrega de la

---

<sup>793</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “El despido colectivo tras las sucesivas reformas laborales”, op. cit., p. 178.

<sup>794</sup> SSTS 18 de marzo de 2014, EDJ 80849; 28 de abril de 2017, EDJ 89017.

<sup>795</sup> “Sin duda el plazo tiene una finalidad garantista a fin de que su excesiva dilación no sea empleada como una coacción encubierta o encaminada a un propósito fraudulento dirigido a aprovechar un cambio legislativo u otra circunstancia. Ello hace preciso contemplar el número de reuniones celebradas, la separación temporal entre las mismas y la existencia de contenido real en las negociaciones”. [STS de 15 de abril de 2014 (RJ 2014, 3276)].

<sup>796</sup> ORTEGA LOZANO, P.G.: *Medidas de flexibilidad externa colectiva en la reestructuración de empresas consecuencia del covid-19. Cuestiones prácticas a propósito del despido colectivo*, op. cit., p. 107. De este modo, no existe un criterio general sobre el inicio del plazo de las consultas.

<sup>797</sup> ABRIL LARRÁINZAR, M.P.: *Información, consulta y negociación en el despido colectivo*, op. cit., p. 361.

<sup>798</sup> Esto ya era criticado por MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo en el Derecho español. Estudio de su régimen jurídico*, op. cit., pp. 195 y 196.



comunicación inicial a la comisión representativa de los trabajadores (art. 7.3 RPDC) para que, así, estos sujetos tengan tiempo suficiente para poder analizar la documentación inicial facilitada por la empresa y poder acudir a la primera reunión conociendo los extremos del despido colectivo<sup>799</sup>; en segundo lugar, si la empresa cuenta con menos de cincuenta trabajadores, “se deberán celebrar durante el mismo, al menos, dos reuniones, separadas por un intervalo no superior a seis días naturales, ni inferior a tres días naturales” (art. 7.4 RPDC); y, por último, si la empresa tiene cincuenta o más trabajadores, “se deberán celebrar durante el mismo, al menos, tres reuniones, separadas por un intervalo no superior a nueve días naturales ni inferior a cuatro días naturales” (art. 7.5 RPDC).

Respecto al incumplimiento de las reuniones, la STS de 14 de enero de 2020 (rec. 126/2019), con cita de la sentencia de 18 de julio de 2014 (rec. 303/2013), ha interpretado que “en el precepto legal (art. 51.2 del ET) ni se impone un número mínimo de reuniones ni un contenido concreto de las mismas”. Y, por ello, para valorar el cumplimiento del procedimiento de despido colectivo y la negociación de buena fe “habrá de estarse a la efectiva posibilidad de que los representantes legales de los trabajadores sean convocados al efecto, conozcan la intención empresarial y sus razones, y puedan participar en la conformación de la misma, aportando sus propuestas o mostrando su rechazo”.

Por último, es necesario indicar que el art. 7.6 RPDC establece dos excepciones al cumplimiento del período de tiempo máximo de las consultas. Por un lado, si las partes alcanzan un acuerdo podrá darse por finalizado el procedimiento de despido colectivo de forma anticipada. En efecto, ello parece coherente con la teleología del procedimiento de consulta-negociación, en el sentido de que una vez logrado el acuerdo sobre el ajuste de plantilla el procedimiento carece de sentido. Por otro lado, mayores dudas suscita la otra posibilidad de finalización anticipada de las consultas: “igualmente, las partes, de común acuerdo, podrán en cualquier momento dar por finalizado el periodo de consultas, por entender que no resulta posible alcanzar acuerdo alguno, debiendo comunicarlo expresamente a la autoridad laboral”<sup>800</sup>. Incluso alguna doctrina judicial ha determinado como válido el acuerdo tácito, en contra de lo que establece el art. 7.6 RPDC [STSJ

---

<sup>799</sup> POQUET CATALÁ, R.: *Análisis de la actual configuración del despido colectivo*, op. cit., p. 148.

<sup>800</sup> Para MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo en el Derecho español. Estudio de su régimen jurídico*, op. cit., p. 197, si bien la extinción anticipada por obtención de acuerdo parece adecuada, en el caso de que ambas partes constaten la imposibilidad de alcanzar acuerdo el período mínimo de consultas debería de agotarse hasta el final.

Cataluña 26 de junio de 2012 (rec. 8/2012)], así como ha interpretado que esta finalización anticipada es independiente del respeto al plazo que establece el art. 51.4 ET [STSJ Murcia 9 de julio de 2012 (rec. 3/2012)]<sup>801</sup>.

### 1.2.3. La adopción del acuerdo y su valor “reforzado”

El acuerdo alcanzado en consultas-negociación, a pesar de ser una figura de extrema importancia en el procedimiento de despido colectivo, no ha recibido la atención suficiente del legislador, y buena prueba de ello son los numerosos interrogantes interpretativos que se sitúan en torno a esta figura<sup>802</sup>.

El artículo 51.2 ET indica que el acuerdo adoptado en consultas “requerirá la conformidad de la mayoría de los representantes legales de los trabajadores o, en su caso, de la mayoría de los miembros de la comisión representativa de los trabajadores siempre que, en ambos casos, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados”. El art. 28 RPDC precisa más los requisitos exigidos para la adopción del acuerdo cuando indica que se requerirá “la mayoría de los miembros de la comisión negociadora que, en su conjunto, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados, para lo cual, se considerará el porcentaje de representación que tenga, en cada caso, cada uno de sus integrantes”<sup>803</sup>.

De este modo, se exige un requisito de “doble mayoría”<sup>804</sup>, ya que se exige tener la mayoría de la comisión representativa que, a su vez, represente a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados. La exigencia de un “voto ponderado”<sup>805</sup> en función de la representatividad que se tenga del centro o centros de trabajo afectados frente al voto personal, se complica dependiendo de que la interlocución

---

<sup>801</sup> MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornadas*, op. cit., p. 139.

<sup>802</sup> Así lo expone gráficamente DE LA VILLA GIL, L.E.: “El acuerdo de finalización del periodo de consultas. Naturaleza y contenido posible”, en GODINO REYES, M. (Dir.), *Tratado de despido colectivo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 411, cuando indica que: “no deja de sorprender que la figura central de la regulación del despido colectivo, no otra que el acuerdo, en cuanto solución del conflicto, no haya sido en sí mismo apenas objeto de atención por el legislador, presumiendo quizá que con esa taumatúrgica palabra —¡acuerdo!— se resolverían todos los problema de naturaleza y de interpretación jurídicas relativos al mismo”.

<sup>803</sup> Este precepto añade que: “sólo se considerará acuerdo colectivo en el periodo de consultas aquel que haya sido adoptado por los sujetos a que se refiere el artículo 26”, el cual remite al art. 41.4 ET.

<sup>804</sup> ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, op. cit., p. 256.

<sup>805</sup> POQUET CATALÁ, R.: *Análisis de la actual configuración del despido colectivo*, op. cit., p. 166.

se atribuya a las secciones sindicales, a la representación legal de los trabajadores, a las comisiones *ad hoc* o al comité intercentros, pero sobre todo se complica la adopción del acuerdo en caso de crisis “plurilocativas” y de que el número de representantes sea superior a 13.

Los supuestos que menos dudas plantean son la adopción de acuerdos por medio de una única representación, ya sea cuando se trata de la afectación de un único centro de trabajo (con indiferencia de que se negocie por parte de la representación legal o las comisiones *ad hoc* laborales o sindicales) o bien ya sea cuando son afectados varios centros de trabajo y se atribuya la representación al comité intercentros o a una única representación legal, a la que se le asigna la representatividad del resto de centros<sup>806</sup>. En este caso, el voto se resuelve por mayoría simple de los integrantes de las correspondientes representaciones, salvo que el reglamento de funcionamiento de la representación unitaria o el convenio colectivo que regula el comité intercentros establezca una mayoría cualificada<sup>807</sup>.

Mayores dudas suscita la representación atribuida a las secciones sindicales, cuando ostenten la mayoría de la representación unitaria de los centros de trabajo afectados. En tal sentido, la comisión representativa que quede integrada por las secciones sindicales debe de conformarse de forma proporcional respecto a la representatividad o “audiencia electoral” obtenida por cada sindicato en cada uno de los centros de trabajo afectados. Un reparto proporcional que corresponde, por tanto, no solo al número de puestos existentes en la comisión, sino también al porcentaje de voto en función de los representantes unitarios acreditados.

Ya se planteó con anterioridad qué ocurre cuando son varios los centros de trabajo afectados, pero en unos sí existe representación legal y en otros no. ¿Es necesario que las secciones sindicales que formen parte de la comisión representativa tengan que reunir la representación mayoritaria en cada uno de los centros de trabajo afectados aunque no tengan representación para poder alcanzar acuerdos? La doctrina se ha situado en contra apoyándose, en otros argumentos, en la modificación que el RD-ley 11/2013 introdujo en

---

<sup>806</sup> ANDIÓN JIMÉNEZ, C.: “Sindicatos, representantes y comisiones en la adopción de medidas laborales de flexibilidad externa”, en ORTEGA LOZANO, P.G. y GUINDO MORALES, S. (Dirs. y Coords.), Viabilidad de las empresas, mantenimiento del empleo y medidas de flexibilidad externa en la reestructuración empresarial, Granada, Comares, 2022, p. 18.

<sup>807</sup> MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornadas*, op. cit., p. 163.

el art. 41.4 ET para especificar que las secciones sindicales que ostenten la mayoría de la representación legal “representarán a todos los trabajadores de los centros de trabajo afectados”<sup>808</sup>.

Otro sector doctrinal identifica que las secciones sindicales presentes en la comisión, más allá de tener la representación mayoritaria en el conjunto de la empresa, deben de tener la mayoría de la representación legal en el correspondiente centro de trabajo afectado (que sí tiene representación unitaria), ya que, de lo contrario, se estaría dando la posibilidad de suscribir un acuerdo de despido colectivo a un sindicato que no ostenta la mayoría de la representación unitaria y ello podría dar lugar a incentivar prácticas antisindicales<sup>809</sup>.

En cuanto al ejercicio del derecho al voto por parte de las secciones sindicales, los miembros de una determinada sección sindical deberán de votar en bloque, habiendo precisado el Tribunal Supremo que no se puede trocear el voto que corresponde a cada sindicato, esto es, que no cabe que los delegados designados por la sección sindical voten de modo diferenciado en la comisión, porque no se les adjudica una parte de la representatividad de la sección de que puedan disponer unilateralmente [STS de 14 de mayo de 2014 (RJ 2014, 3863)]<sup>810</sup>.

Respecto a la composición de la comisión representativa en virtud de varias representaciones (por las diferentes representaciones unitarias o comisiones *ad hoc* de los centros de trabajo afectados o de forma mixta), la distribución de puestos en la comisión, que recuérdese que tiene un límite máximo de 13 miembros, se hará de forma proporcional a la plantilla de los centros que cada una represente respecto al total de la plantilla de los centros afectados. De este modo, puedan quedar al margen de la comisión representativa algunos centros de trabajo afectados que por su tamaño dispar y menor no alcancen el mínimo necesario para ostentar un puesto en la comisión, para lo cual la

---

<sup>808</sup> BENAVENTE TORRES, M.I.: “Las comisiones ad hoc en los períodos de consulta/negociación”, op. cit., p. 131 y ALFONSO MELLADO, C.L. y FABREGAT MONFORT, G.: *Negociación en la empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 20.

<sup>809</sup> FALGUERA BARÓ, M.A.: “El acuerdo en el periodo de consultas”, en VV.AA., XXVI Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva organizadas por la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2013, p. 171.

<sup>810</sup> ORTEGA LOZANO, P.G.: *Medidas de flexibilidad externa colectiva en la reestructuración de empresas consecuencia del covid-19. Cuestiones prácticas a propósito del despido colectivo*, op. cit., pp. 45-47.

norma no plantea ninguna solución<sup>811</sup>. No obstante, esta posibilidad, que puede darse en ciertos supuestos, puede generar problemas si se atiende al método de votación para alcanzar acuerdos, por el que se requiere que se cuente con la mayoría de los miembros de la comisión y, a su vez, que estos miembros representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados (arts. 51.2 ET y 28 RPDC)<sup>812</sup>. Por ello autorizada doctrina propone que la reducción proporcional tenga como límite la garantía de una mínima representación de todos los centros de trabajo afectados (siempre que ello sea materialmente posible, por ejemplo, imagínese que son más de 13 los centros de trabajo que no alcanzan el mínimo de representación)<sup>813</sup>.

En este último supuesto, el ejercicio del voto deberá de ser individual y personal, lo cual puede dar lugar a problemas para superar la “doble mayoría” que establece la regulación del despido colectivo. Por ello, la doctrina ha recomendado que se pacte de antemano dentro de la comisión negociadora una ponderación entre los votos existentes y la representatividad de modo que ello permita sortear el estancamiento en la adopción de acuerdos<sup>814</sup>.

El artículo 28.2 RPDC indica que: “sólo se considerará acuerdo colectivo en el periodo de consultas aquel que haya sido adoptado por los sujetos a que se refiere el artículo 26”, el cual remite al art. 41.4 ET donde se establece la interlocución en el período de consultas. Por ende, si el acuerdo se negocia con una comisión representativa defectuosamente conformada, por no seguir las reglas del art. 41.4 ET, o bien no se respeta el juego de la “doble mayoría” el acuerdo no será válido. No obstante, la doctrina judicial entiende que la nulidad del acuerdo no equivale a la nulidad del despido colectivo,

---

<sup>811</sup> SOLÀ I MONELLS, X., “La conformación de la comisión representativa del periodo de consultas. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2015 (Recurso 139/2014)”, op. cit., pp. 6 y 7.

<sup>812</sup> Sobre el doble quorum que se requiere para la validez del acuerdo ZUMALACÁRREGUI PITA, L.: “El periodo de consultas: la constitución de la comisión negociadora”, op. cit., p. 224.

<sup>813</sup> SOLÀ I MONELLS, X., “La conformación de la comisión representativa del periodo de consultas. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2015 (Recurso 139/2014)”, op. cit., p. 7.

<sup>814</sup> ANDIÓN JIMÉNEZ, C.: “Sindicatos, representantes y comisiones en la adopción de medidas laborales de flexibilidad externa”, op. cit., con cita en NIETO ROJAS, P.: “La adopción de acuerdos por la representación legal. Tensiones derivadas de la pluralidad de sujetos legitimados”, Documentación Laboral, N.º 109, 2017, pp. 197-211.

a menos que la inadecuada constitución de la comisión negociadora se deba al empresario<sup>815</sup>.

Por último, cabe indicar que nada impide que se pueda condicionar la adopción final del acuerdo a la validación del mismo por parte de los trabajadores reunidos en asamblea<sup>816</sup>. Es lo que se conoce como “acuerdos condicionados”, los cuales eran muy habituales en la práctica anterior a la Reforma laboral de 2012 y han sido avalados por la doctrina judicial, aunque asegurando unas mínimas garantías democráticas que no vulneren el derecho fundamental a la libertad sindical [SAN de 11 de noviembre de 2014 (AS 2014, 2992)<sup>817</sup>].

En cuanto al valor del acuerdo alcanzado en consultas-negociación, la jurisprudencia del Tribunal Supremo le ha atribuido el valor propio de los convenios colectivos<sup>818</sup>. De este modo, el Tribunal Supremo ha venido reconociendo valor reforzado a los acuerdos de despido colectivo, lo cual significa que cuando el procedimiento de despido colectivo finaliza con un acuerdo ampliamente aceptado de manera claramente mayoritaria por las representaciones de los trabajadores, debe de reconocerse a lo pactado un especial valor reforzado a la hora de resolver la impugnación que pudieran haber formulado la representación minoritaria que no suscribió el acuerdo. Lo cual es garantía y protección de la negociación colectiva en favor del reconocimiento de su eficacia vinculante<sup>819</sup>.

En definitiva, se le ha reconocido una relevancia especial al acuerdo, aunque sin que se eleve a la categoría de presunción, que ha tenido consecuencias importantes en materia de valorar la concurrencia de la causa o el cumplimiento de la buena fe negocial

---

<sup>815</sup> POQUET CATALÁ, R.: *Análisis de la actual configuración del despido colectivo*, op. cit., pp. 169 y 170 con cita en SAN de 16 de mayo de 2014, rec. 500/2013.

<sup>816</sup> SÁEZ LARA, C.: *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, op. cit., p. 162.

<sup>817</sup> En este supuesto el despido colectivo fue declarado nulo, habida cuenta de que el referéndum solo fue organizado por los sindicatos firmantes y no se dejó participar en el proceso a los no firmantes. ABRIL LARRÁINZAR, M.P.: *Información, consulta y negociación en el despido colectivo*, op. cit., p. 394.

<sup>818</sup> SSTS de 28 de abril de 2017 [RJ 2017, 2495], de 4 de noviembre de 2010 [RJ 2010, 8478] y STC 11/1981, de 8 de abril.

<sup>819</sup> ORTEGA LOZANO, P.G.: *Medidas de flexibilidad externa colectiva en la reestructuración de empresas consecuencia del covid-19. Cuestiones prácticas a propósito del despido colectivo*, op. cit., p. 127 con cita en SSTS de 2 de julio de 2018 [RJ 2018, 3847], de 8 de noviembre de 2017 [RJ 2017, 5295]; de 25 de junio de 2014 [RJ 2014, 4385] y de 24 de febrero de 2015 [RJ 2015, 1010].

por parte de los tribunales, inclinándose estos a favor de la legalidad del despido colectivo sobre la base del voto favorable mayoritario del acuerdo<sup>820</sup>.

Como se indicaba, ello no supone una presunción de validez de lo contenido en el acuerdo ni supone una especie de “cosa juzgada” que afecte sobre impugnaciones judiciales posteriores. Así lo ha interpretado la STC 140/2021, de 12 de julio, cuando no niega que los trabajadores a nivel individual puedan impugnar las causas del despido colectivo cuando exista acuerdo, en contra de lo que venía aplicando el Tribunal Supremo (STS 699/2018, de 2 de julio). El Tribunal Constitucional argumenta que entender lo contrario vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva, habida cuenta de que ni la LRJS ni el ET excluyen la revisión de aspectos colectivos en el litigio individual. Es más, la regulación del acuerdo en el despido colectivo no prevé la presunción *iuris tantum* de la concurrencia de las causas ETOP que opera en la negociación con acuerdo de las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo (art. 41.4 ET); ERTE por causas empresariales (art. 47.3 ET); o descuelgue convencional (art. 82.3 ET). Unos acuerdos que solo pueden ser impugnados “por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión”.

De este modo, con la STC 140/2021 “no se trata de cuestionar la muy razonable construcción de nuestra jurisprudencia sobre el valor reforzado que pose(e) el acuerdo alcanzado en el procedimiento de negociación del despido colectivo, sino de cohonestarla con otros valores y derechos. Una cosa es la carga probatoria sobre vacuidad de la causa extintiva y otra la inadmisión de todo medio probatorio tendente a cuestionar el pacto sobre su robustez”<sup>821</sup>.

Con base en todo lo anterior, la mejor doctrina ha identificado una serie de incoherencias en la regulación del acuerdo en el despido colectivo<sup>822</sup>. Por un lado, por la escasa o nula promoción o estímulo que ofrece el legislador para finalizar el despido colectivo con acuerdo a pesar de su protagonismo en el procedimiento (y finalidad última *ex art. 51.2 y Directiva 98/59*), ya que las consecuencias legales serán las mismas con

---

<sup>820</sup> ABRIL LARRÁINZAR, M.P.: *Información, consulta y negociación en el despido colectivo*, op. cit., p. 398 con cita en SSTs de 21 de junio de 2014 (RJ 2014, 4385) y de 20 de noviembre de 2014 (RJ 2014, 6836).

<sup>821</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Control individual de la causa del despido colectivo pactado (Caso Ayuntamiento de Ciempozuelos)”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, N.º 8, 2021, p. 8.

<sup>822</sup> ABRIL LARRÁINZAR, M.P.: *Información, consulta y negociación en el despido colectivo*, op. cit., pp. 385 y 386.

independencia de que se obtenga acuerdo o no, al margen del valor reforzado que la jurisprudencia atribuye al acuerdo. Por otro lado, la escasa incentivación del acuerdo también se asocia a la escasa regulación del mismo y a las lagunas que se plantean en su aplicación (en materia de contenido, efectos o vía procesal adecuada para su impugnación).

*A) La sustitución del período de consultas por mediación o arbitraje*

Este mismo acuerdo puede prever “en cualquier momento” la sustitución del periodo de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje “que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para dicho periodo” (art. 51.2 ET). El RPDC precisa que tales procedimientos de mediación o arbitraje que sean de aplicación en el ámbito de la empresa serán en particular “los regulados en los acuerdos sobre solución extrajudicial de conflictos laborales de nivel estatal o de nivel autonómico”. Esto es, respectivamente, el VI Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales (VI ASAC)<sup>823</sup> y los diversos acuerdos de solución extrajudicial de conflictos a nivel de Comunidad Autónoma, que, por ejemplo, en el caso de Andalucía se constituye por el Acuerdo Interprofesional sobre Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales de Andalucía (SERCLA)<sup>824</sup>, aunque también pueden resultar de aplicación los procedimientos que se regulen en el propio convenio colectivo aplicable *ex art.* 85.1 ET<sup>825</sup>.

En efecto, con la Reforma laboral de 2010 (RD-ley 10/2010, de 16 de junio y Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo) se introducen los procedimientos de solución autónoma en el Título I ET (“de la relación individual del trabajo”) al servicio de los mecanismos de flexibilidad laboral

---

<sup>823</sup> Resolución de 10 de diciembre de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el VI Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales (Sistema Extrajudicial). Publicado en: «BOE» núm. 334, de 23 de diciembre de 2020.

<sup>824</sup> Resolución de 30 de enero de 2015, de la Dirección General de Relaciones Laborales, por la que se ordena la inscripción, depósito y publicación del Acuerdo Interprofesional sobre Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales de Andalucía. Publicado en el BOJA de 9 de febrero de 2015.

<sup>825</sup> “Dentro del respeto a las leyes, los convenios colectivos podrán regular materias de índole económica, laboral, sindical y, en general, cuantas otras afecten a las condiciones de empleo y al ámbito de relaciones de los trabajadores y sus organizaciones representativas con el empresario y las asociaciones empresariales, incluidos procedimientos para resolver las discrepancias surgidas en los periodos de consulta previstos en los artículos 40, 41, 47 y 51 (...)”.



interna y externa<sup>826</sup>. Así, se añade prácticamente una idéntica previsión en cada uno de los procedimientos colectivos de movilidad geográfica (traslado colectivo), modificación sustancial de las condiciones de trabajo, suspensión del contrato y reducción de jornada y despido colectivo (respectivamente, arts. 40.2, 41.4, 47.1 y 51.2 ET) para sustituir el período de consultas, previo acuerdo de las partes, “por la aplicación del procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberá de desarrollarse dentro del plazo máximo para dicho período”. En cambio, nada se dice en el art. 44.9 ET, relativo al período de consultas en caso de previsión de adopción de medidas laborales con motivo de la transmisión de empresa, aunque nada impide su sustitución por el procedimiento de mediación o arbitraje correspondiente<sup>827</sup>.

El artículo 28.2 RPDC se ocupa de recordar que “en todo caso, el procedimiento de mediación o arbitraje deberá desarrollarse dentro del plazo máximo de duración establecido para la consulta con los representantes de los trabajadores”. Y aquí se sitúa el mayor escollo para la efectiva utilización de la mediación o el arbitraje durante las consultas: el plazo para llevar a cabo tales procedimientos, ya que deben de desarrollarse dentro del plazo máximo establecido para las consultas. De hecho, esta excesiva rigidez hace muy difícil que se puedan sustituir las consultas por procedimientos de mediación o arbitraje, a menos que, por ejemplo: el *dies a quo* del plazo se fije en la fecha en que se haya acordado la sustitución<sup>828</sup>; se produzca la renuncia de la empresa al plazo legal máximo de duración de las consultas al amparo del art. 6.2º CC ya que este se especificó en su beneficio<sup>829</sup>; o bien se inicien las negociaciones con suficiente anterioridad a la comunicación formal de inicio de las consultas para que dentro ya de estas se desarrolle el procedimiento de mediación o arbitraje<sup>830</sup>.

Por otro lado, la regla general del acuerdo estatal de solución extrajudicial de conflictos, el VI Acuerdo de Solución Autónoma de Conflictos, del que se fijan numerosos acuerdos autonómicos, es que la mediación sea obligatoria cuando una de las

---

<sup>826</sup> DÍAZ AZNARTE, M.T.: “La mediación y el arbitraje como vías de gestión de la conflictividad laboral”, *Temas Laborales*, N.º 140, 2017, pp. 376 y ss.

<sup>827</sup> CASAS BAAMONDE, M.E., “Mediación, arbitraje y períodos de consultas”, *Relaciones Laborales*, N.º 4, 2013, p. 6 (versión electrónica).

<sup>828</sup> DE LA VILLA GIL, L.E.: “El acuerdo de finalización del período de consultas. Naturaleza y contenido posible”, *op. cit.*, pp. 431 y 432.

<sup>829</sup> CASAS BAAMONDE, M.E., “Mediación, arbitraje y períodos de consultas”, *op. cit.*, *passim*.

<sup>830</sup> SÁEZ LARA, C.: *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, *op. cit.*, p. 151.

partes legitimadas la solicite, salvo en los casos que se exija el acuerdo de ambas partes. Un ejemplo de esto último es la imposibilidad de sustituir el período de consultas por la mediación en los supuestos de movilidad geográfica, modificación sustancial de las condiciones de trabajo, suspensión del contrato o reducción de jornada o despido colectivo, cuando una de las partes lo solicite, habida cuenta de que el ET y RPDC exigen el acuerdo entre ambas partes. En efecto, a pesar de las referencias dudosas del art. 14.2º.d) VI ASAC a la voluntad unilateral, el acuerdo de sustitución del período de consultas necesita de la misma mayoría por parte de los representantes para alcanzar acuerdos en consultas, sin perjuicio de que se puede establecer su obligatoriedad en el convenio colectivo aplicable<sup>831</sup>. En cambio, para los supuestos de desacuerdo en la inaplicación de condiciones colectivas estatutarias (art. 82.3 ET) sí que parece admitirse la mediación a solicitud de una de las partes.

### *1.3. Los criterios de selección de los trabajadores afectados*

#### *1.3.1. Resumen de la principal doctrina jurisprudencial sobre los criterios de selección*

Los criterios de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo es una de las cuestiones que más controversia y litigiosidad ha suscitado en los tribunales. Se trata de un aspecto clave en el procedimiento de despido colectivo que está presente en este durante el mismo inicio, la consulta-negociación y en la decisión final y concreción de los trabajadores despedidos. En efecto, buena prueba de su litigiosidad es que la discusión en torno a los criterios de selección ha sido protagonista de numerosos despidos colectivos con gran trascendencia social y mediática como el caso Bankia, Telemadrid, Indra, Iberia, Tragsa, Coca-Cola, RTV Valenciana, Air Europa, Atento o Capgemini<sup>832</sup>.

A la vista de este abultado nivel de impugnación judicial, el Tribunal Supremo ha ido elaborando un cuerpo de jurisprudencia en cuanto a las principales cuestiones que rodean a los criterios de selección o de designación de los trabajadores afectados por el despido colectivo. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2022 (rec. 216/2021), con cita en la STS 793/2021 de 14 julio (rec. 68/2021; *Wizink Bank*), resume

---

<sup>831</sup> CASAS BAAMONDE, M.E., “Mediación, arbitraje y períodos de consultas”, op. cit., pp. 7 y 8.

<sup>832</sup> CERVERA SOTO, T. y CID BABARRO, C.: El despido colectivo. Claves prácticas y análisis jurisprudencial, op. cit., versión electrónica.

la doctrina de la Sala IV del Alto Tribunal en materia de criterios de selección del siguiente modo:

- Valoración finalista de las exigencias documentales. “En numerosas ocasiones hemos puesto de manifiesto que las exigencias de acreditación documental que contiene tanto la Ley cuanto su desarrollo reglamentario no puede entenderse de manera formal y mecánica: no todo incumplimiento genera una deficiencia tal que arrastre inevitablemente a la nulidad del despido colectivo. No todo incumplimiento de las obligaciones de carácter documental conlleva la nulidad de la decisión extintiva, sino tan sólo aquél que sea trascendente a los efectos de una negociación adecuadamente informada” (con cita en STS 27 mayo 2013, rec. 78/2012, *Aserpal*).
- Valoración conjunta de la información. “La STS 18 febrero 2014 (rec. 74/2013, *Instituto Técnico Agronómico Provincial de Albacete*) subraya que para valorar el cumplimiento de esa exigencia ha de analizarse en su conjunto la información proporcionada. La exigencia se ha de valorar en relación con las circunstancias concretas en las que se proyecta, pues, obvio, no es lo mismo su análisis en una empresa que cuente con un gran número de trabajadores que otra de menor dimensión. Además, hay que atender a la eventual existencia de circunstancias que hagan complicada la exacta precisión de esos criterios y también a la actitud de los trabajadores durante el periodo de consultas.
- Insuficiencia del listado de trabajadores. “La STS 25 mayo 2014 (rec. 276/2013, *El día de Córdoba*) pone de relieve que la redacción del artículo 51.2 ET conduce a que no baste con aportar el listado de trabajadores afectados, sino que exige la indicación de los criterios de selección”.
- Inicial afectación de toda la plantilla. “La STS 25 junio 2014 (rec. 273/2013, *Oesia Networks*) recuerda que el carácter instrumental de los requisitos formales obliga a efectuar un análisis caso por caso y que la nulidad del despido por esta causa vendrá ligada a la carencia de garantías del derecho a negociar. A partir de ahí descarta la nulidad del despido colectivo aunque la empresa inicialmente incluía a toda la plantilla, afectándola de modo genérico pues partía de una justificación -la incertidumbre sobre la continuidad de los trabajos- que fue asumida sin dificultad por el banco social, por cuanto, pese a la inicial

imprecisión, permitió que se desarrollara el proceso negociador y se produjera la sucesiva concreción de los afectados”.

- Criterios genéricos. “La STS 17 julio 2014 (rec. 32/2014, *Sic Lázaro*) también descarta la nulidad del despido porque si bien los criterios de selección fueron expresados de una forma inadecuadamente genérica [“la adscripción a puesto de trabajo, la polivalencia y la productividad”, sin mayor concreción ni proyección objetiva sobre cada concreto trabajador], lo cierto y verdad es que la indicación fue acompañada de la relación nominal de afectados, y que en el curso de las reuniones hubo negociación sobre la elección de los afectados”.
- Criterios de naturaleza abstracta. “La STS 26 octubre 2015 (rec. 172/2014, *Tragsa*) concluye que “la naturaleza abstracta predicable de los criterios no ha de comportar su nulidad, si con los mismos se cumple la finalidad que les es legalmente atribuible [facilitar una adecuada negociación en el periodo de consultas] y a la par su redacción excluye -al menos en línea de principio- que en su aplicación pueda producirse arbitrariedad alguna. Y esto es lo que precisamente ocurre en autos, siendo así que aunque los debatidos criterios resulten innegablemente genéricos, también ha de admitirse que son igualmente prolijos en su enumeración y hacen expresa declaración de estricto respeto a los derechos fundamentales y ordinarios”.
- Negociación a partir de criterios genéricos. “La STS 20 octubre 2015 (rec. 181/2014, *Grupo Gea 21*) descarta nulidad en supuesto en que la empresa, al inicio del periodo de consultas, aporta los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados (consistentes en el perfil individual en relación con el tipo de obra y necesidades de categoría en relación con la carga de trabajo tras la evaluación del responsable del departamento) que “pueden aparecer como un tanto genéricos y abstractos, si bien resulta justificado en el hecho de que se trata de fijar unos criterios objetivos y generales que, posteriormente, se procede a concretar” a través de la negociación”.
- Examen de la posibilidad de negociar. “La STS 24 marzo 2015 (rec. 217/2014, *Radiotelevisión de Murcia*) explica que aún aceptando que la documentación referida no se hubiera aportado por la empresa en su integridad o con el detalle suficiente en el momento inicial del periodo de consultas, la mera circunstancia

de que no se hubiera aportado de forma completa al inicio del periodo no vicia por sí solo el procedimiento de despido colectivo a no ser, como regla, que por la trascendencia de la misma o por el momento de su aportación dificultara o impidiera una adecuada negociación de buena fe en aras a que el periodo de consultas cumpla con su finalidad, lo que no se ha acreditado en el presente caso al no alegarse ni justificarse siquiera indiciariamente por el sindicato recurrente los posibles perjuicios que en la negociación hubiere podido tener la conducta empresarial”.

- La genericidad de los criterios no equivale a su ausencia. “La STS 26 marzo 2014 (rec. 158/2013, *Telemadrid*) sostiene la inexistencia de la causa de nulidad con base a la irregularidad e insuficiencia de criterios en la designación de los trabajadores afectados (arts. 51.2 ET, 124.9 LRJS y 3.1.e del RD. 1483/12), "pues lo que exige la norma es la aportación de los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados, y solo la ausencia de tal aportación de criterios daría lugar a la nulidad del despido, lo cual no concurre en el caso en que constan los criterios con independencia de la valoración que pueda hacerse de los mismos". Por eso se acepta como cumplimiento del requisito el que se haga mención a las categorías de puestos de trabajo cuya supresión se consideró necesaria que se han considerado "aspectos tales como la versatilidad, recursos disponibles en la sección-departamento, coste económico y coste indemnizatorios... lo que si bien muestra cierta parquedad en la determinación no permite tampoco negar el cumplimiento del requisito". Sin que a ello obste el derecho del trabajador a la impugnación individual de considerarse afectado si no se hubieren respetado las prioridades de permanencia y demás derechos a que se refiere el art. 124 LRJS en sus apartados 12 y sgs.”.
- Actitud de los negociadores frente a los criterios proporcionados. “La STS 17 julio 2014 (rec. 32/2014, *Sic Lázaro*) concede especial trascendencia a la actitud de los representantes laborales que negocian el despido colectivo, en conexión con el principio de buena fe. Debe existir "una elemental coherencia entre los planteamientos del citado periodo deliberativo y la fase judicial, no resultando acorde al comportamiento por buena fe exigible que en el periodo de consultas ninguna objeción se hubiese efectuado a los genéricos criterios de selección que se habían proporcionado" y luego se reclame -siguiendo el posterior informe de

la Inspección de Trabajo- que la empresa "no especificó cómo y de qué forma se habían valorado dichos criterios" y que "no se plasmaron por escrito, no se objetivaron trabajador por trabajador" y que ello "impide [ alcanzar] los objetivos básicos del periodo de consultas".

- Carácter restrictivo de la nulidad. “A la vista de la regulación existente, debe concluirse que lo que exige es la aportación de los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados, y solo la ausencia de tal aportación de criterios daría lugar a la nulidad del despido, lo cual no concurre en el caso en que constan los criterios con independencia de la valoración que pueda hacerse de los mismos, sin que a ello obste el derecho del trabajador a la impugnación individual de considerarse afectado si no se hubieren respetado las prioridades de permanencia y demás derechos a que se refiere el art. 124 LRJS en sus apartados 13 y sigs.” (con cita en STS 933/2020 de 21 octubre, rec. 38/2020, *Wizink Bank*).

### *1.3.2. La conformación y aplicación de los criterios de selección*

Ya se ha estudiado de qué modo tiene el empleador que adjuntar una propuesta de criterios de selección de los trabajadores en la comunicación inicial, así como la posibilidad que existe de negociar tales criterios durante la consulta-negociación sobre la base de la buena fe negocial. A pesar de ello, la doctrina mantiene que la selección de los trabajadores afectados constituye una manifestación de las facultades organizativas del empresario en un doble sentido: en el de definir y negociar los criterios de selección, así como en el de ejecutar tales criterios a través de la individualización de los concretos trabajadores afectados. Todo ello siempre con respeto a las prioridades de permanencia legales o fruto de la autonomía colectiva; los criterios de selección negociados en las consultas-negociación u ofrecidos unilateralmente por el empresario en su decisión final; los criterios previstos en el convenio o pacto de empresa; los derechos fundamentales y las libertades públicas de los trabajadores, etc.<sup>833</sup>

En concreto, a pesar de que la normativa española no ofrece ningún tipo de consideración acerca de los requisitos que deben de reunir los criterios de designación de los trabajadores afectados por despido colectivo, la doctrina ha sistematizado sobre la base de la interpretación de los tribunales una serie de caracteres que deben de cumplirse

---

<sup>833</sup> ROQUETA BUJ, R.: La selección de los trabajadores afectados por los despidos colectivos, op. cit., pp. 60 y 61.

en cuanto a la fijación de estos criterios por parte del empresario. Estos son: la objetividad; la coherencia; la suficiencia o precisión (que ya ha sido analizada a raíz de la doctrina jurisprudencial, que es ciertamente poco exigente); la proporcionalidad o adecuación al fin perseguido; y el respeto a los derechos fundamentales y a los principios de no discriminación e igualdad<sup>834</sup>.

*Grosso modo* puede identificarse la objetividad de los criterios de selección con la fijación de unos parámetros homogéneos de afectación que no dependan de la persona concreta afectada o sus características personales, aunque también deberá de tenerse en cuenta no solo el carácter objetivo en sí del criterio (o su formulación), sino también el modo de evaluar dicho criterio. En este sentido, se ha estimado judicialmente que la utilización de una herramienta informática para evaluar el desempeño como criterio de selección es una medida objetiva<sup>835</sup>. Por ello, se pueden utilizar criterios que podrían tender a la subjetividad, como la evaluación del desempeño, siempre que el sistema de evaluación responda a parámetros objetivos<sup>836</sup>.

En cuanto al carácter de la coherencia del criterio de selección, esto significa que los criterios deben de guardar relación con la causa alegada y con la finalidad pretendida en el expediente, ya que los criterios de selección tienen que estar relacionados con la pérdida de utilidad de los contratos a raíz de la concurrencia de la causa alegada (SAN de 15 de octubre de 2012 (AS 2013, 2), habiéndose admitido por la doctrina judicial que los criterios de selección en los despidos por causas técnicas, organizativas o productivas deben de ser más exigentes<sup>837</sup>. La proporcionalidad o adecuación al fin perseguido está muy relacionado con la coherencia del criterio, pues debe de buscar la superación de la situación económica negativa o la situación justificativa de la causa técnica, organizativa o productiva<sup>838</sup>.

---

<sup>834</sup> TORMOS PÉREZ, J.A.: Los criterios de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo, op. cit., pp. 252 y ss. y CERVERA SOTO, T. y CID BABARRO, C.: El despido colectivo. Claves prácticas y análisis jurisprudencial, op. cit., versión electrónica.

<sup>835</sup> SAN de 28 de octubre de 2013 (proc. 284/2013), confirmada por la STS de 25 de febrero de 2015 (rec. 74/2014).

<sup>836</sup> TORMOS PÉREZ, J.A.: *Los criterios de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo*, op. cit., p. 255.

<sup>837</sup> CERVERA SOTO, T. y CID BABARRO, C.: *El despido colectivo. Claves prácticas y análisis jurisprudencial*, op. cit., versión electrónica.

<sup>838</sup> TORMOS PÉREZ, J.A.: Los criterios de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo, op. cit., p. 267.

Con estos parámetros, la doctrina judicial ha venido verificando como criterios de selección adecuados: la adscripción de las personas trabajadoras a los puestos de trabajo que resulten excedentes; la adscripción de las personas trabajadoras al centro de trabajo afectado; la menor antigüedad en la empresa; el rendimiento o la productividad laboral; o el criterio de la voluntariedad o la adscripción voluntaria al despido colectivo<sup>839</sup>.

*A) La selección discriminatoria de los trabajadores afectados. Especial referencia al despido colectivo de la trabajadora embarazada*

El último de los parámetros que deben de reunir los criterios de selección de los trabajadores afectados por despido colectivo es el respeto a los derechos fundamentales y a las libertades públicas (arts. 14-29 CE) y, sobre todo, el respeto al principio de igualdad y a la prohibición de discriminación (art. 14 CE), el cual protege frente a cualquier discriminación “por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

Asimismo, el art. 4.2.c) ET reconoce el derecho a no ser discriminado directa o indirectamente<sup>840</sup> y, en consecuencia, el art. 17.1 ET establece que será nula cualquier decisión empresarial que den lugar en el empleo “a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad o discapacidad o a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación e identidad sexual, expresión de género, características sexuales, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa y lengua dentro del Estado español”. El mismo precepto estatutario añade que “serán igualmente nulas las órdenes de discriminar y las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación”.

---

<sup>839</sup> Un análisis, con cita de múltiples sentencias, en POQUET CATALÁ, R.: *Análisis de la actual configuración del despido colectivo*, op. cit., pp. 214-221.

<sup>840</sup> El art. 4.2.c) ET reconoce el derecho “a no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación e identidad sexual, expresión de género, características sexuales, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español. Tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate”.



En este sentido, el despido colectivo no puede ser un instrumento para atentar contra los derechos fundamentales y el principio de igualdad<sup>841</sup>. Si así ocurre, la LRJS prevé la nulidad de la decisión empresarial de despedir (art. 124.11 LRJS), que es ejecutable directamente a nivel individual si la sentencia proviene de una impugnación colectiva (art. 247.2 LRJS, en la redacción dada por el RD-ley 11/2013, de 2 de agosto<sup>842</sup>), con los debidos efectos en materia de readmisión y abono de los salarios dejados de percibir.

En este sentido, entre las muchas sentencias que se ocupan de diversas vulneraciones de derechos fundamentales, destacan aquellas sentencias que tutelan el derecho a la libertad sindical y, en concreto, la protección frente al despido colectivo por afiliación sindical. Por ejemplo, la STS de 19 de julio de 2013 (Sala III, rec. 2656/2012) recoge un supuesto de discriminación por afiliación al sindicato no firmante del acuerdo, ya que se incluyeron en el despido colectivo a estos trabajadores en un porcentaje muy superior respecto a los trabajadores afiliados a los sindicatos firmantes<sup>843</sup>. Otras sentencias también han determinado la vulneración del derecho fundamental a la libertad sindical, como la STS de 28 de enero de 2014 (rec. 16/2013), habida cuenta de la desproporcionada afectación de los trabajadores afiliados a un sindicato que no era mayoritario en la empresa y de la falta de explicación de los criterios de selección; o la STS de 18 de julio de 2014 (rec. 11/2013), en la que se incluyeron mayoritariamente en el despido colectivo a los trabajadores afiliados a un determinado sindicato que había participado en la huelga. En cambio, otras sentencias han descartado la vulneración de la libertad sindical cuando la mayor afectación de los trabajadores afiliados a un sindicato se debe a que en el ámbito de afectación del despido colectivo es este el sindicato mayoritario (STS de 18 de febrero de 2014, rec. 96/2013). Por todo ello, el principal componente para valorar la vulneración del derecho fundamental a la libertad sindical es

---

<sup>841</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “El despido colectivo tras las sucesivas reformas laborales”, op. cit., pp. 167 y ss.

<sup>842</sup> Convalidado por la Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social.

<sup>843</sup> “En este sentido, sin excluir a los grupos de voluntarios o prejubilados, la incidencia dentro del sindicato ELA es de un 50% frente a los sindicatos CCOO y UGT cuya incidencia es del 4% y 5% respectivamente. De modo que hay un incremento significativo y relevante de los trabajadores que no suscribieron el acuerdo (ELA, ESK y LAB) respecto de los que sí lo hicieron (CCOO y UGT). Así lo hemos declarado, además, respecto del sindicato ESK, en Sentencia de 6 de marzo de 2012 (recurso de casación nº 3691/2010)”.

la desproporcionada afectación de los trabajadores afiliados a un sindicato respecto al resto de trabajadores no afiliados o afiliados a otro sindicato<sup>844</sup>.

También merece especial atención la tutela que ofrecen los tribunales del derecho de huelga frente al despido colectivo. En concreto, el despido colectivo no puede configurarse como una respuesta o represalia frente al ejercicio del derecho fundamental a la huelga (así lo han interpretado distintas sentencias del Alto Tribunal español<sup>845</sup>). Además, la importante STS de 20 de abril 2015 (rec. 354/2014, asunto *Coca-Cola*) interpreta que el despido colectivo no solo debe de ser declarado nulo cuando se interpone como represalia, sino que también será nulo en los casos en los que la empresa realice prácticas ilícitas de “esquirolaje impropio” con el objetivo de neutralizar los efectos que la huelga, convocada al efecto, pueda tener sobre la negociación del despido colectivo<sup>846</sup>.

Para terminar, otra de las cuestiones que más controversia ha suscitado en materia de selección de las personas trabajadoras afectadas ha sido la protección frente a la discriminación por razón de género<sup>847</sup> o bien frente a la discriminación que supone el despido por encontrarse en alguna de las situaciones familiares que el art. 53.4 ET enumera como causas de nulidad objetiva, “salvo que, en esos casos, se declare la procedencia de la decisión extintiva por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados”<sup>848</sup>.

---

<sup>844</sup> TORMOS PÉREZ, J.A.: *Los criterios de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo*, op. cit., pp. 340-344.

<sup>845</sup> SSTs de 20 de septiembre de 2013 (rec. 11/2103); de 18 de julio 2014 (rec. 11/2013, *Celsa Atlantic*); 23 de febrero 2015 (rec. 255/2013, *Printerman*); o 24 de febrero 2015 (rec. 124/2014, *Printerman*).

<sup>846</sup> Un análisis en MOLINA NAVARRETE, C.: “Despido colectivo y derecho de huelga. La invención judicial del “esquirolaje interno indirecto” [Diálogo con la Sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de abril de 2015, rec. núm. 354/2014 (Grupo Coca-Cola)]”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, N.º 388, 2015, pp. 189-195.

<sup>847</sup> Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres protege frente a la discriminación directa o indirecta por razón de género. Por ello, la selección de trabajadores afectados con base en el género femenino (discriminación directa) o con base en una serie de parámetros objetivos que tienen un mayor impacto sobre el colectivo femenino (discriminación indirecta) supone la nulidad del despido colectivo. Para valorar la discriminación indirecta deberán de aportarse pruebas estadísticas del impacto perjudicial, así como deberán de apreciarse tales datos de forma relativa y no absoluta. POQUET CATALÁ, R.: *Análisis de la actual configuración del despido colectivo*, op. cit., p. 234, con cita en la SAN de 15 de julio de 2013, proc. núm. 200/2013, en la que no se apreció discriminación ya que el colectivo potencialmente afectado era en su inmensa mayoría femenino. Por otro lado, la sentencia del Juzgado de lo Social N.º 8 de Barcelona de 19 de enero de 2023 (rec. 990/2021) ha declarado que existe discriminación indirecta ya que al utilizar el criterio de selección de la antigüedad inversa se extingue el 95% de los contratos de las mujeres piloto.

<sup>848</sup> TORMOS PÉREZ, J.A.: *Los criterios de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo*, op. cit., pp. 344-348.

En especial, la protección frente al despido colectivo de la trabajadora embarazada ocupa un lugar relevante en la discusión, tanto doctrinal como judicial, sobre todo tras la importante sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de febrero de 2018, C-103/2016, asunto *Porras Guisado*, que resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia catalán.

En este sentido, la sentencia parte de la idea de que las trabajadoras embarazadas están expuestas a riesgos especialmente sensibles y, por ello, deben de tomarse medidas relativas a su salud y seguridad, como prohibir el despido durante el periodo comprendido desde el comienzo del embarazo hasta el final del permiso de maternidad (art. 10.1 Directiva 92/85/CEE<sup>849</sup>), ya que el despido motivado por el estado de embarazo puede tener consecuencias perjudiciales sobre el estado de salud físico y psíquico de la mujer.

Sin embargo, este mismo precepto atribuye una limitación a la prohibición de despedir cuando se deba a “casos excepcionales no inherentes” a la situación de embarazo. Así, el Tribunal de Luxemburgo se vale de esta limitación para indicar que, si la selección de la trabajadora embarazada en el marco de un despido colectivo se toma por razones no relacionadas con el embarazo, esto es, por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas, no se producirá contradicción con el art. 10.1 Directiva 92/85/CEE, siempre que “el empresario comunique por escrito los motivos justificados de despido y de que el despido de la interesada esté admitido por la legislación o práctica nacional”<sup>850</sup>.

Ahora bien, la sentencia del Tribunal de Justicia reprocha al legislador español que, con base en la doble tutela preventiva y reparadora que concede la Directiva 92/85/CEE frente al despido, no se garantice la primera y no se cumpla adecuadamente la segunda. Por ello, el Tribunal de Justicia interpreta el art. 10.1 de la citada Directiva “en el sentido de que se opone a una normativa nacional que no prohíbe, en principio, con carácter preventivo el despido de una trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, y que establece únicamente, en concepto de reparación, la nulidad de ese despido cuando sea ilegal”.

---

<sup>849</sup> Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE).

<sup>850</sup> POQUET CATALÁ, R.: *Análisis de la actual configuración del despido colectivo*, op. cit., p. 236.

En virtud de lo anterior, la mejor doctrina estima que si la normativa española incumple la Directiva 92/85 en cuanto a la tutela preventiva, debería de introducirse una prioridad de permanencia a favor de la trabajadora embarazada o bien una prioridad de recolocación para este colectivo de personas trabajadoras, si no se establecen previsiones convencionales en la materia<sup>851</sup>. No obstante, para otro sector doctrinal la protección dispensada por la norma española ya cumpliría con los mínimos exigibles de la Directiva comunitaria, ya que el Alto Tribunal comunitario no tuvo en cuenta en su argumentación la previsión de sanciones administrativas y la posibilidad de percibir una indemnización de daños y perjuicios, ambas presentes en el ordenamiento jurídico español, además de la readmisión y el abono de los salarios dejados de percibir en casos de despido nulo<sup>852</sup>.

### *B) Los colectivos con prioridad de permanencia*

El artículo 51.5 ET expresa que “los representantes legales de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa” en supuestos de despido colectivo. En el mismo sentido, el art. 13.1 RPDC indica que “conforme a lo establecido en el artículo 51.5 y 68.b) del Estatuto de los Trabajadores y en el artículo 10.3 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, los representantes legales de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa respecto de los demás trabajadores afectados por el procedimiento de despido colectivo”.

En este sentido, serán titulares de la prioridad de permanencia en la empresa frente a otros trabajadores en el procedimiento de despido colectivo en virtud de mandato legal: los representantes legales o unitarios de los trabajadores (art. 68.b) ET)<sup>853</sup>; los delegados sindicales que no pertenezcan al comité de empresa (art. 10.3 LOLS)<sup>854</sup>; los delegados de

---

<sup>851</sup> TORMOS PÉREZ, J.A.: *Los criterios de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo*, op. cit., p. 349.

<sup>852</sup> BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Despido colectivo y trabajadoras embarazadas (caso Porras Guisado)”, en Blog: *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, entrada de 24 de febrero de 2018, disponible en: <https://ignasibeltran.com/2018/02/24/despido-colectivo-y-trabajadoras-embarazadas/> (consultada el 15/12/2022).

<sup>853</sup> Los representantes legales de los trabajadores tienen garantía de “prioridad de permanencia en la empresa o centro de trabajo respecto de los demás trabajadores, en los supuestos de suspensión o extinción por causas tecnológicas o económicas”. La STS de 16 de septiembre de 2013 (rec. 1636/2012) ha interpretado que la prioridad de permanencia en la empresa no puede reconocerse también durante el año siguiente al cese en el desempeño de las funciones representativas.

<sup>854</sup> “Los delegados sindicales, en el supuesto de que no formen parte del comité de empresa, tendrán las mismas garantías que las establecidas legalmente para los miembros de los comités de empresa (...)”.

prevención (art. 37.1 LPRL)<sup>855</sup> y los trabajadores designados para desarrollar tareas de prevención o los trabajadores que integren el servicio de prevención (art. 30.4 LPRL)<sup>856</sup>. En cambio, habida cuenta del silencio normativo que existe en cuanto a la extensión de la garantía de prioridad de permanencia de los miembros de las comisiones *ad hoc*, la doctrina tiene a inclinarse en contra de esta posibilidad, ya que una vez que termine el procedimiento estos trabajadores no desempeñarán ninguna función representativa<sup>857</sup>.

Con esta garantía de prioridad de permanencia en la empresa lo que se pretende es que los sujetos negociadores del despido colectivo puedan ejercer su labor sin la presión añadida de estar afectados por el procedimiento de despido colectivo, además de que también se busca que los trabajadores que sigan en la empresa tras la regulación de empleo mantengan sus representantes, garantizando consecuentemente su protección<sup>858</sup>. Se quiere evitar, asimismo, que el empresario aproveche la negociación del despido colectivo para incluir a determinados trabajadores “conflictivos” o “molestos” por su condición de representantes<sup>859</sup>.

La prioridad de permanencia se configura de este modo como una preferencia de conservación del empleo frente al resto de trabajadores. Aunque hay que añadir que no se refiere a una prioridad de permanencia absoluta, sino relativa, ya que queda condicionada a una prioridad de permanencia frente a los trabajadores del mismo grupo profesional y siempre que sea posible, es decir, siempre que se continúe con la actividad de la empresa<sup>860</sup>. No obstante, la jurisprudencia ha interpretado que esta prioridad de permanencia en el empleo no solo se produce cuando concurren trabajadores de la misma categoría o grupo profesional, sino que también cuando los puestos de trabajo que subsisten son equivalentes, o entre personas trabajadoras que cumplan la misma función.

---

<sup>855</sup> “Lo previsto en el artículo 68 del Estatuto de los Trabajadores en materia de garantías será de aplicación a los Delegados de Prevención en su condición de representantes de los trabajadores”.

<sup>856</sup> “(...) En ejercicio de esta función, dichos trabajadores gozarán, en particular, de las garantías que para los representantes de los trabajadores establecen las letras a), b) y c) del artículo 68 (...)”.

<sup>857</sup> TORMOS PÉREZ, J.A.: *Los criterios de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo*, op. cit., pp. 393 y 394.

<sup>858</sup> POQUET CATALÁ, R.: *Análisis de la actual configuración del despido colectivo*, op. cit., p. 222 con cita en SAN de 12 de junio de 2013, proc. num. 143/2013.

<sup>859</sup> MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornadas*, op. cit., p. 178.

<sup>860</sup> ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, op. cit., pp. 259-262.

En concreto, la empresa tiene la obligación de agotar todas las posibilidades de recolocación del representante de los trabajadores afectado en la empresa o, en su caso, en el centro de trabajo, debiendo de destinar a esta persona a otro puesto de trabajo funcionalmente equivalente siempre que posea las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación laboral a la que se refiere el art. 39.1 ET<sup>861</sup>.

En cuanto a si la garantía de prioridad de permanencia debe de quedar vinculada al ámbito de afectación de la causa (para causas económicas la empresa en su conjunto y para causas técnicas, organizativas o productiva el ámbito concreto), dicha cuestión ha sido resuelta por la STS de 30 de noviembre de 2005 (EDJ 2005/263582). El Alto Tribunal comienza por reseñar que no existe ninguna regla que establezca que la garantía de preferencia debe de quedar limitada al ámbito de afectación de la causa extintiva. Así, la prioridad de permanencia quedará vinculada al ámbito de la representación del trabajador (ya sea el centro de trabajo, varios centros de trabajo si se trata de comité de empresa conjunto o la empresa). Y respecto a esta opción interpretativa el Tribunal Supremo añade que “es cierto que esto obliga a que, por la lógica de la sustitución, pueda resultar afectado por la causa extintiva quien objetivamente no lo estaría en principio, pues si la empresa, para respetar la garantía tiene que emplear al representante en otra unidad productiva (...), esto llevará normalmente consigo que un trabajador de esa unidad productiva pueda resultar excedente, si no hay vacante y su puesto de trabajo es asignado al representante. Pero ésta es un(a) consecuencia de la efectividad de la garantía, que, en cuanto preferencia, se traduce siempre en un sacrificio potencial para el resto de los trabajadores incluidos en el ámbito en que opera la garantía, con independencia de que éste pueda ser más o menos extenso”.

Por otro lado, tanto el art. 51.5 ET como el art. 13.2 RPDC, permiten que mediante convenio colectivo o acuerdo alcanzado en consultas se pueda extender esta garantía de prioridad de permanencia en la empresa a favor de otros colectivos, tales como<sup>862</sup> “trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad”. De este modo, lo más habitual es que los convenios colectivos recuerden

---

<sup>861</sup> POQUET CATALÁ, R.: *Análisis de la actual configuración del despido colectivo*, op. cit., pp. 223 y 224, con cita en SSTS (sala III) de 6 de mayo de 2003 (rec. 7034); de 4 de mayo de 2004 (rec. 3687/2001); SAN de 12 de junio de 2013, proc. 143/2013.

<sup>862</sup> En efecto, esta enumeración que realiza el ET y el RPDC es a título ejemplificativo, por lo que pueden incluirse otros colectivos con prioridad de permanencia en los acuerdos o convenios colectivos.

la prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores y añadan otros colectivos sobre los que se quiere extender la especial protección: personas con discapacidad, mujeres en período de lactancia, miembros de una familia numerosa o personas de más edad. Se trata, en fin, de proteger a aquellos trabajadores más vulnerables por el despido y con mayores dificultades para su reinserción en el mercado laboral<sup>863</sup>.

La inclusión de las personas con discapacidad como posibles destinatarios de las garantías de prioridad de permanencia previstas en acuerdos colectivos o convenios supone un argumento más para rechazar que los trabajadores con discapacidad tengan una prioridad de permanencia legal, similar a la de los representantes legales, por la vía del mantenimiento de la cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad (art. 42 RD legislativo 1/2013)<sup>864</sup>. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ya se pronunció en su sentencia de 11 junio 2001 (RJ 2001, 4399) en contra de conceder la prioridad de permanencia con base en la citada cuota de reserva ya que dicha previsión “sólo contempla medidas de reserva de puestos de trabajo en las empresas, prohibición de discriminación e igualdad de acceso a la función pública y fomento del empleo”. Una respuesta más matizada ofreció la misma Sala en la STS de 4 de febrero de 2002 (RJ 2002, 10168) cuando optó por una postura mixta. Por un lado, reconoce la inexistencia de un derecho de preferencia individual a favor de la persona con discapacidad, aunque por otro lado reconoce el derecho a salvaguardar el porcentaje o la cuota de reserva, de lo cual se infiere que cuando la extinción del contrato de trabajo de la persona con discapacidad afecta al 2%, dicho trabajador gozará de un derecho de preferencia respecto a otros trabajadores<sup>865</sup>.

Por último, el art. 13.3 RPDC precisa que “la empresa deberá justificar en la decisión final de despido colectivo a que se refiere el artículo 12, la afectación de los trabajadores con prioridad de permanencia en la empresa”. De este modo, el empresario deberá de detallar y justificar en la comunicación de la decisión final de despido, que se entregue tanto a los representantes de los trabajadores como a la autoridad laboral, el

---

<sup>863</sup> CERVERA SOTO, T. y CID BABARRO, C.: *El despido colectivo. Claves prácticas y análisis jurisprudencial*, op. cit., versión electrónica.

<sup>864</sup> Así lo interpreta CAPITÁN PÉREZ, L.: *El despido colectivo y las medidas de suspensión y reducción temporal de jornada*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2020, versión electrónica.

<sup>865</sup> POQUET CATALÁ, R.: *Análisis de la actual configuración del despido colectivo*, op. cit., p. 227 interpreta que con ello se deduce la limitación al momento de seleccionar la empresa la persona trabajadora despedida, pues debe entenderse que no podrá elegir a la persona con discapacidad si con ello trasgrede el porcentaje mínimo obligatorio de personas con discapacidad contratadas.

motivo de la inclusión entre los trabajadores afectados a aquellas personas que tengan una prioridad de permanencia reconocida, ya sea por vía legal o convencional. Así, el empresario deberá de acreditar que concurren razones organizativas o productivas de entidad suficiente como para justificar la exclusión de la prioridad de permanencia en virtud de su no operatividad, por la cual la selección de trabajadores protegidos por esta garantía es necesaria<sup>866</sup>.

En efecto, la inaplicación de la prioridad de permanencia debe de estar suficientemente justificada, ya que ella está íntimamente relacionada con la protección del derecho fundamental a la libertad sindical o bien con la protección frente a la discriminación en caso de afectación a colectivos vulnerables previstos en el acuerdo o convenio colectivo. De lo contrario, el art. 124.13 LRJS declarará el despido como nulo por la vía de la impugnación individual del despido colectivo<sup>867</sup>, aplicándose la inversión de la carga de la prueba por la vía de los indicios de discriminación de la vulneración de derechos fundamentales<sup>868</sup>.

### *C) La selección de trabajadores afectados por parte de un algoritmo*

A nadie le sorprende ya que, a raíz de la intensa revolución digital que se está viviendo, cada vez más empresas introduzcan en sus procesos de decisión algoritmos<sup>869</sup>. No obstante, estos procesos de decisión automatizada en la empresa entrañan una serie de riesgos que son necesarios de valorar, ya que pueden afectar a derechos fundamentales como el derecho a la privacidad (art. 18.1 CE), el derecho a la protección de datos personales (art. 18.4 CE), el derecho a la igualdad y no discriminación (art. 14) y el derecho a la seguridad y salud en el trabajo (art. 15 CE).

---

<sup>866</sup> TORMOS PÉREZ, J.A.: *Los criterios de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo*, op. cit., pp. 385-388.

<sup>867</sup> El art. 124.2 LRJS excluye de las causas de impugnación colectiva “las pretensiones relativas a la inaplicación de las reglas de prioridad de permanencia previstas legal o convencionalmente o establecidas en el acuerdo adoptado en el período de consultas. Tales pretensiones se plantearán a través del procedimiento individual al que se refiere el apartado 11 del presente artículo”.

<sup>868</sup> TORMOS PÉREZ, J.A.: “Impugnación jurisdiccional del despido colectivo: especial referencia a los criterios de selección”, *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, N.º 1, 2021, pp. 275-278.

<sup>869</sup> Sobre este proceso, véase, ARAGÜEZ VALENZUELA, L.: “El papel de los representantes de los trabajadores y la negociación colectiva ante la toma automatizada de decisiones empresariales mediante algoritmos digitales”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, N.º 1, 2023, pp. 129 y ss.



Fruto de esta preocupación se ha promulgado la Ley 12/2021, de 28 de septiembre<sup>870</sup>, más conocida como la *Ley Rider*, la cual introduce un nuevo derecho de información en el art. 64.4.d) ET a favor de los representantes de los trabajadores. En concreto, esta ley introduce un deber de transparencia algorítmica que consiste en “ser informado por la empresa de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles”<sup>871</sup>.

En el ámbito específico de la selección de los trabajadores afectados, el uso de herramientas algorítmicas también puede acarrear riesgos, sobre todo en materia de discriminación ya que los algoritmos no tienen por qué ser ajenos a los sesgos discriminatorios<sup>872</sup>. Así, el documento *Información algorítmica en el ámbito laboral. Guía práctica y herramienta sobre la obligación empresarial de información sobre el uso de algoritmos en el ámbito laboral* subraya que, además de existir el derecho de información individual sobre decisiones íntegramente automatizadas del art. 22 RGPD y el derecho colectivo del art. 64.4.d) ET, en el caso de utilización de algoritmo en despido colectivo también existe la obligación general de negociar el algoritmo. La Guía recuerda que el art. 51 ET exige la obligación de negociar de buena fe y, por ello, “la negociación del algoritmo utilizado para la determinación de las personas afectadas por el despido debería quedar comprendido en el marco de dichas negociaciones”<sup>873</sup>.

De este modo, el empresario (como también ocurre en otros supuestos de flexibilidad interna como modificaciones sustanciales, movilidad geográfica o ERTE) deberá de informar a los representantes de los trabajadores acerca de los parámetros que utiliza el algoritmo para seleccionar a los trabajadores afectados, ya sea en el ejercicio del art. 64.4.d) ET o bien con la documentación que se incluye en la comunicación inicial.

---

<sup>870</sup> Ley 12/2021, de 28 de septiembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales.

<sup>871</sup> RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: “Gestión laboral algorítmica y poder de dirección: ¿hacia una participación de los trabajadores más intensa?”, *Revista Jurídica de Asturias*, N.º 45, 2022, pp. 157-172.

<sup>872</sup> En sentido amplio, RIVAS VALLEJO, P. (Dir.): *Discriminación algorítmica en el ámbito laboral*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2022.

<sup>873</sup> VV.AA.: *Información algorítmica en el ámbito laboral. Guía práctica y herramienta sobre la obligación empresarial de información sobre el uso de algoritmos en el ámbito laboral*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, mayo de 2022, p. 18.

Pero, además, deberá de negociar los criterios de selección durante las consultas-negociación y, por ende, deberá de negociar cómo se conforma la herramienta algorítmica de designación o qué valores o parámetros objetivos deben de tomarse en cuenta para la selección de los trabajadores afectados por el despido.

Una cuestión especialmente relevante en este sentido son los despidos colectivos que se produzcan en el marco de plataformas digitales ya que, generalmente, la selección de los trabajadores afectados se instrumentará a través del algoritmo de la plataforma o aplicación. Así, ya han llegado casos al Tribunal Supremo en los que se analiza el despido colectivo en plataformas de reparto (en las que se está empezando a reconocer la condición de trabajador asalariado *ex D.A. 23ª ET*<sup>874</sup>, frente a otras plataformas como las de *crowdsourcing*) y, en concreto, respecto a la legitimación activa que tienen dos sindicatos con representación en el sector para impugnar un despido colectivo de hecho (STS 684/2022, de 20 de julio de 2022)<sup>875</sup>.

#### *1.4. Finalización del procedimiento de despido colectivo y notificación individual del despido*

El procedimiento de despido colectivo puede finalizar con o sin acuerdo, ya que como ha venido interpretando la jurisprudencia lo que exige la norma es la obligación de “negociar” y no de “acordar”. Una terminación, paccionada o por decisión del empresario, que tiene diferentes consecuencias, tanto en materia de contenido como de forma.

En caso de que el procedimiento termine con acuerdo resulta claro que el empresario deberá de quedar vinculado al cumplimiento de este pero, en cambio, mayores dudas suscita el contenido de la decisión final cuando no se ha llegado a acuerdo. A la pregunta de si el empresario queda condicionado por las propuestas realizadas durante la consulta-negociación con vistas a negociar de buena fe y alcanzar acuerdo, la doctrina científica ha respondido de forma negativa. Entender lo contrario conduciría a reducir

---

<sup>874</sup> “Por aplicación de lo establecido en el artículo 8.1, se presume incluida en el ámbito de esta ley la actividad de las personas que presten servicios retribuidos consistentes en el reparto o distribución de cualquier producto de consumo o mercancía, por parte de empleadoras que ejercen las facultades empresariales de organización, dirección y control de forma directa, indirecta o implícita, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital. Esta presunción no afecta a lo previsto en el artículo 1.3 de la presente norma”.

<sup>875</sup> MARTÍNEZ MOYA, J.: “Legitimación activa de los sindicatos para impugnar un despido colectivo de hecho en empresa de reparto a través de plataformas digitales: interpretación de la legitimación procesal en clave constitucional y como presupuesto del proceso”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, N.º 8, 2022.

gravemente la eficacia del periodo de consultas y a su finalidad de conseguir un acuerdo, puesto que el empresario se convertiría en un sujeto extremadamente cauteloso mediante la realización de propuestas que, con independencia del resultado de las consultas, se convertiría en una mejora otorgada. En cambio, a lo que sí debe de respetar el empresario son los extremos que se aportaron en la comunicación inicial, actualizándolos en materia de número de despidos, criterios de selección de los trabajadores afectados y período de ejecución del despido colectivo en su conjunto. En este sentido, el empresario quedará vinculado por la propuesta inicial, sin que pueda incrementar los despidos, y, en principio, tampoco podrá introducir mejoras o propuestas nuevas no planteadas durante las consultas pues ello podría ir en contra de la buena fe<sup>876</sup>.

En cuanto a la forma de la finalización del período de consultas con o sin acuerdo y su comunicación final existen dudas interpretativas. Por un lado, el art. 51.2 ET parece indicar que si el despido colectivo finaliza con acuerdo la comunicación final solo deberá de dirigirse a la autoridad laboral, trasladando copia del acuerdo<sup>877</sup>, y, por otro lado, el art. 12.1 RPDC expresa que “en todo caso, comunicará a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral la decisión sobre el despido colectivo que realiza”, esto es, exista o no acuerdo.

Esta cuestión controvertida fue analizada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 19 de noviembre de 2014 (RJ 2015, 1765), donde se subrayó que el despido, en el ordenamiento jurídico-laboral español, ya sea individual o colectivo, es un acto formal que requiere comunicación escrita y es de carácter recepticio. En este sentido, el Tribunal Supremo declara que el despido colectivo, como un acto de voluntad del empresario que es, necesita que la decisión final sea comunicada o notificada a los representantes legales de los trabajadores, ya que esta comunicación es el presupuesto constitutivo de la extinción, en tanto que si no hay comunicación no hay despido. Por ende, la notificación del despido resulta ineludible tras la celebración del período de consultas, “con o sin acuerdo”. Además, la comunicación final del despido colectivo a los trabajadores es

---

<sup>876</sup> GODINO REYES, M.: “El periodo de consultas. El valor de las propuestas de las partes durante el periodo de consultas y la eventual vinculación a las mismas para la decisión final en caso de finalización sin acuerdo”, en GODINO REYES, M. (Dir.), *Tratado de despido colectivo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 332-342.

<sup>877</sup> “Transcurrido el periodo de consultas el empresario comunicará a la autoridad laboral el resultado del mismo. Si se hubiera alcanzado acuerdo, trasladará copia íntegra del mismo. En caso contrario, remitirá a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral la decisión final de despido colectivo que haya adoptado y las condiciones del mismo”.

precisamente “la determinante del inicio de los plazos para ejercer las acciones expuestas”, y no puede sustituirse con la comunicación a la autoridad laboral. En este caso, el incumplimiento del deber de comunicar el despido colectivo conlleva la nulidad del despido<sup>878</sup>.

De este modo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo había interpretado que había que comunicar la decisión final del despido “en todo caso” a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral, esto es, hubiera o no acuerdo. No obstante, tiempo después la STS de 13 de mayo de 2019 (rec. 246/2018) realiza un giro copernicano en el sentido de que ahora interpreta que en el caso de despido colectivo finalizado con acuerdo ya no es necesario que la decisión final se traslade a la representación legal de trabajadores. Así lo argumenta cuando expone que: “lo único que impone el ET tras finalizar el periodo de consultas es que, en caso de concluir con acuerdo, el empresario traslade copia íntegra del mismo a la Autoridad Laboral (...). [N]o cabe duda de que solo se exige aquella notificación para el caso de que no exista acuerdo, que es cuando aquélla (la representación de los trabajadores) debe tener conocimiento del alcance de la medida extintiva que se va a adoptar, lo que no se presenta como necesario cuando dicho alcance ya se expresa en el acuerdo que aquella representación ha suscrito”. Esta interpretación parece sustentarse también en el tenor literal del art. 124.6 LRJS que inicia el plazo de caducidad para la acción de impugnación colectiva “desde la fecha del acuerdo alcanzado en el período de consultas o de la notificación a los representantes de los trabajadores de la decisión empresarial de despido colectivo”.

Por otro lado, cabe preguntarse qué debe de entenderse por “representantes de los trabajadores” como destinatarios de la comunicación final. Debe de discernirse si la ley o el reglamento solo se refieren a los representantes que han participado en la consulta-negociación o si se refiere a cualquier representante legal o sindical, con independencia de que haya participado en el período de consultas. Y, con base en la legitimación que ostentan los representantes unitarios o sindicales para la impugnación colectiva del art. 124 LRJS debiera de estimarse oportuno que se trasladara la comunicación a final a todos

---

<sup>878</sup> ABRIL LARRÁINZAR, M.P.: *Información, consulta y negociación en el despido colectivo*, op. cit., pp. 416-418 y ORTEGA LOZANO, P.G.: *Medidas de flexibilidad externa colectiva en la reestructuración de empresas consecuencia del covid-19. Cuestiones prácticas a propósito del despido colectivo*, op. cit., pp. 128 y 129.

ellos, con independencia de que hayan formado parte del procedimiento de consultas<sup>879</sup>. Esto es, la comunicación deberá de remitirse a los representantes presentes en la comisión representativa (comisiones *ad hoc* si no existe representación legal)<sup>880</sup> y a la representación legal o sindical previamente constituida al despido colectivo.

Como ya se ha indicado, el empresario deberá de actualizar los extremos de la comunicación inicial en su comunicación de la decisión final a la autoridad laboral y a los representantes de los trabajadores (sobre todo si se ha finalizado el procedimiento sin acuerdo), según el art. 12.1 RPDC. El apartado segundo de este precepto añade que deberá de incluirse también la documentación correspondiente a las medidas sociales de acompañamiento que se hubieran acordado u ofrecido por la empresa y el plan de recolocación externa en los casos de empresas que estén obligadas a su realización, es decir, en despidos que afecten a más de 50 trabajadores. A su vez, el art. 12.3 RPDC identifica que se deberán de remitir a la autoridad laboral las actas de las reuniones debidamente firmadas por todos los asistentes, presuponiendo el desarrollo reglamentario que los representantes de los trabajadores ya tendrán las correspondientes copias de las actas.

Esta comunicación de la decisión final deberá de remitirse en el plazo máximo de quince días desde la última reunión celebrada (arts. 51.2 ET y 12.1 RPDC). Teniendo en cuenta, que, si se sobrepasa el plazo mencionado de quince días, se producirá la caducidad del procedimiento y se impedirá que el empresario pueda notificar individualmente el despido a los trabajadores afectados, sin perjuicio, en su caso, de la posibilidad de iniciar un nuevo procedimiento de despido colectivo (art. 13.4 RPDC). Así, la doctrina habla de la existencia de un plazo “preclusivo” ya que transcurrido este plazo de 15 días el procedimiento caduca, lo cual impide notificar individualmente los despidos a los trabajadores afectados. Estos plazos establecidos en interés de los trabajadores se fijan por normas de derecho necesario absoluto que son, por tanto, indisponibles para el empresario<sup>881</sup>.

---

<sup>879</sup> ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, op. cit., p. 256.

<sup>880</sup> Véase la STS de 15 de febrero de 2023 (rec. 224/2022) que declara la nulidad del despido colectivo por no comunicación de la decisión final a la comisión *ad hoc* en caso de despido finalizado sin acuerdo.

<sup>881</sup> SÁEZ LARA, C.: *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, op. cit., pp. 91 y 92

El artículo 51.4 ET, en la idea de la no obligatoriedad de realizar comunicación final en caso de acuerdo, que, “alcanzado el acuerdo o comunicada la decisión a los representantes de los trabajadores, el empresario podrá notificar los despidos individualmente a los trabajadores afectados” según el procedimiento que se prevé para los despidos individuales o plurales por causas objetivas (art. 53.1 ET). El Estatuto de los trabajadores también añade que para el caso de la comunicación individual de despido, en cumplimiento del plazo del procedimiento predispuesto por la Directiva 98/59, “en todo caso, deberán haber transcurrido como mínimo treinta días entre la fecha de la comunicación de la apertura del periodo de consultas a la autoridad laboral y la fecha de efectos del despido”. El artículo 14 RPDC también se pronuncia en el mismo sentido.

De este modo, el artículo 53.1 ET identifica como requisitos procedimentales: la comunicación escrita al trabajador expresando la causa; la puesta a disposición simultánea de la indemnización legal de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de 12 mensualidades; así como la concesión de un plazo de preaviso de quince días, computado desde la entrega de la comunicación individual hasta la fecha de efectos de la extinción del contrato de trabajo. Sin embargo, esta fase individual del despido colectivo ha venido generando distintas controversias interpretativas ya que ambos procedimientos no se entrelazan bien.

En primer lugar, respecto a la carta de despido que se debe de entregar al trabajador afectado en un procedimiento de despido colectivo y su contenido, la jurisprudencia ha venido interpretando que no es necesario que se incluya en la misma los criterios de selección aplicados ni los determinados razonamientos que se han utilizado en sede de consultas-negociación para la elección del trabajador despedido, puesto que la ley no lo exige<sup>882</sup>. Sin embargo, esta interpretación del Tribunal Supremo genera fricciones según

---

<sup>882</sup> SSTs 24 de febrero 2016 (rec. 2507/2014); 8 de marzo 2016 (rec. 3788/2014); 15 de abril 2016 (rec. 3223/2014); 27 de abril 2016 (rec. 3410/2014); 20 de mayo 2016 (rec. 3221/2014); 21 de junio 2016 (rec. 138/2015); 5 de julio 2016 (rec. 603/2014); 14 de julio 2016 (rec. 374/2015); (3) 5 de octubre 2016 (rec. 3963/2014; rec. 1168/2015; y rec. 1951/2015); (2) 21 de diciembre 2016 (rec. 3508/2015; y rec. 3181/2015); 30 de enero 2017 (rec. 1878/2015); 21 de febrero 2017 (rec. 2859/2015); 1 de marzo 2017 (rec. 2860/2015); 8 de marzo 2017 (rec. 1523/2015); 9 de marzo 2017 (rec. 565/2015); (6) 21 de marzo 2017 (rec. 2862/2015; rec. 2863/2015; rec. 2865/2015; rec. 2869/2015; rec. 2877/2015; rec. 2959/2015); 16 de mayo 2017 (rec. 2938/2015); 31 de mayo 2017 (rec. 1280/2015); 6 de junio 2017 (rec. 2858/2015); 15 de junio 2017 (rec. 3522/2015); 21 de junio 2017 (rec. 1559/2015); 11 de julio 2017 (rec. 3335/2015); 12 de septiembre 2017 (rec. 3683/2015); 28 de noviembre 2017 (rec. 164/2016); 29 de noviembre 2017 (rec. 20/2016); 24 de enero 2018 (rec. 413/2016); 7, (2) 8 y 27 de febrero 2018 (rec. 1899/2016; rec. 760/2016;

lo dispuesto en la sentencia del TJUE en el asunto *Porras Guisado*, ya que en esta sentencia se exige que se comuniquen los criterios de selección en la carta individual de despido de la trabajadora embarazada. A la vista de esta jurisprudencia comunitaria, el Tribunal Supremo ha tenido que matizar su doctrina anteriormente expuesta para exigir que en la carta de despido se tenga que explicar el criterio seguido para la afectación de la persona trabajadora embarazada (STS de 20 de julio de 2018, rec. 2708/2016)<sup>883</sup>. Además, la reforma del art. 53.4 ET emprendida por el RD-ley 6/2019 parece ir en esta línea cuando indica que, para para que un despido protegido por los supuestos de nulidad objetiva sea declarado procedente, “deberá acreditarse suficientemente que la causa objetiva que sustenta el despido requiere concretamente la extinción del contrato de la persona referida”<sup>884</sup>.

En segundo lugar, respecto a la puesta a disposición inmediata de la indemnización de 20 días por año trabajado, además de las excepciones previstas en el art. 53.1.b) ET<sup>885</sup>, la jurisprudencia también ha venido admitiendo la posibilidad de que por acuerdo alcanzado en consultas con los representantes de los trabajadores se aplaze el pago de la indemnización<sup>886</sup>, que se establezcan diferentes importes indemnizatorios en función de la edad de los trabajadores afectados<sup>887</sup> e, incluso, que se pueda devolver la indemnización en caso de readmisión del trabajador despedido por vacantes en la empresa<sup>888</sup>. Por último, el Tribunal Supremo también ha estimado que no es exigible que

---

rec. 3220/2015; y rec. 3936/2015); 8 de marzo 2018 (rec. 360/2016); 15 de marzo 2016 (rec. 2507/2014); 4 de abril 2018 (rec. 1354/2016); 18 de mayo 2018 (rec. 2843/2016); 13 de junio 2018 (rec. 2200/2016).

<sup>883</sup> TORMOS PÉREZ, J.A.: *Los criterios de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo*, op. cit., pp. 430-433.

<sup>884</sup> Así lo identifica AGUSTÍ MARAGALL, J.: “La mayor exigencia informativa en la comunicación de despido por causas objetivas y en la justificación de la concreta afectación individual (ex art. 53.4 et)”, *Jurisdicción social: Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, Nº. 207, 2020, pp. 26-35.

<sup>885</sup> “Cuando la decisión extintiva se fundase en el artículo 52.c), con alegación de causa económica, y como consecuencia de tal situación económica no se pudiera poner a disposición del trabajador la indemnización a que se refiere el párrafo anterior, el empresario, haciéndolo constar en la comunicación escrita, podrá dejar de hacerlo, sin perjuicio del derecho del trabajador de exigir de aquel su abono cuando tenga efectividad la decisión extintiva”.

<sup>886</sup> SSTS 22 de julio 2015 (rec. 2127/2014; y rec. 2161/2014); 13 de junio 2018 (rec. 2200/2016); y 12 de noviembre 2019 (rec. 1453/2017).

<sup>887</sup> SSTS 12 de septiembre 1989 (rec. 3033/1987) y de 24 de enero de 2023 (rec. 2785/2021).

<sup>888</sup> STS 11 de octubre 2021 (rec. 4460/2018).

se aporte copia de la comunicación individual a la representación legal de los trabajadores<sup>889</sup>.

## 2. LA INTERVENCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN LABORAL EN EL PROCEDIMIENTO DE DESPIDO COLECTIVO

### 2.1. Introducción

La anterior Reforma laboral de 2012 ha supuesto la culminación del proceso de flexibilización del procedimiento de despido colectivo. Entre otras modificaciones, la supresión de la autorización administrativa para proceder al despido colectivo, rompiendo con la tradición histórica del ordenamiento jurídico español<sup>890</sup>, sobre la base de agilizar el procedimiento y de garantizar supuestamente la eficacia del período de consultas sin que se aproveche para aumentar la indemnización<sup>891</sup>, ha desembocado en un aumento del poder unilateral del empleador, en detrimento de la autonomía colectiva, así como en un incremento de la judicialización del conflicto<sup>892</sup>. Esto es, a pesar de que el procedimiento de despido colectivo se construye en torno a la fase de consulta-negociación<sup>893</sup> dirigida a la consecución de un acuerdo para evitar o paliar los efectos del despido colectivo, la eliminación de la función autorizadora de la autoridad laboral (que era compatible con la Directiva 98/59/CE)<sup>894</sup> ha repercutido negativamente en esta forma de flexibilidad negociada, habida cuenta de que los cambios se introdujeron en el contexto de una situación económica grave y que no se han elaborado mecanismos compensadores que refuercen el poder de negociación de los representantes de los trabajadores<sup>895</sup>.

---

<sup>889</sup> SSTs 16 y 30 de marzo 2016, rec. 832/2015; y rec. 2797/2014; y 7 de abril 2016, rec. 426/2015.

<sup>890</sup> Para un estudio de la intervención administrativa en los procedimientos de regulación de empleo español desde los años 30, véase, ROMERO SÁNCHEZ, I.: *El despido colectivo. Evolución normativa y régimen jurídico*, Granada, Comares, 2017, pp. 7-45.

<sup>891</sup> Véase la Exposición de motivos del RD-ley 3/2012 y de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

<sup>892</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “El régimen jurídico de los despidos colectivos después de la reforma de 2012”, en *Temas laborales*, núm. 115, 2012, p. 317.

<sup>893</sup> Esta importante conceptualización y “juridificación” *iuslaboral* de la negociación colectiva gestional o participativa en el marco de la forma “consulta-negociación”, es debida a una construcción realizada originariamente en MONEREO PÉREZ, J. L., *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Madrid, Civitas, 1992, espec., pp. 101 y sigs.

<sup>894</sup> Así se defiende, entre otras obras, en MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los despidos colectivos en el ordenamiento interno y comunitario*, Madrid, Civitas, 1994. Véase, la STJUE de 21 de diciembre de 2016, AGET Iraklis, asunto C-201/15, que reconoce la autorización administrativa en el despido colectivo, aunque con ciertos límites.

<sup>895</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “La intervención administrativa en los despidos colectivos”, en *Temas Laborales*, núm. 125, 2014, pp. 297 y 298.



De este modo, la intervención de la Administración laboral con la Reforma laboral de 2012 se debilita, si bien hay que indicar que el procedimiento de extinción colectiva no se “desadministrativiza” completamente<sup>896</sup>. En efecto, el papel y la actuación de la Administración laboral transita de un intervencionismo “fuerte” a un intervencionismo “promocional” y “mediador” en los procesos de consulta-negociación de los despidos colectivos. En este sentido de redefinición, la autoridad laboral deja de lado su labor de autorización, que también adolecía de defectos<sup>897</sup>, para ejercer una función de control, apoyo y mediación del proceso de consultas, al igual que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social adquiere un mayor protagonismo en la fase de consulta-negociación y relega su preceptivo informe a un momento posterior, con los correspondientes efectos en sede judicial.

En definitiva, la actual intervención de la autoridad laboral y de la Inspección de Trabajo tras la supresión de la autorización administrativa podría suponer, en principio, una vía más adecuada en orden a la consecución del acuerdo, la flexibilidad negociada ofensiva y los planteamientos de reestructuración responsable, siempre que, por otro lado, se refuerce el poder de negociación de los representantes, se endurezcan las causas del despido colectivo y se garantice verdaderamente la negociación de medidas sociales de acompañamiento.

## 2.2. *El papel de la autoridad laboral en el despido colectivo*

### 2.2.1. *La autoridad laboral competente*

Una de las primeras cuestiones a tener en cuenta para el correcto desarrollo del período de consultas es determinar quién es la autoridad laboral competente. No obstante, el error en la apreciación de la competencia de la autoridad laboral no supone un vicio del procedimiento para el empresario<sup>898</sup>, pues “si la autoridad laboral que recibe la comunicación a que se refiere el apartado 1 careciera de competencia según lo dispuesto en el artículo 25, deberá dar traslado de la misma a la autoridad laboral que resultara

---

<sup>896</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.) *et al.*: *Manual de Derecho administrativo laboral*, Madrid, Tecnos, 2016, p. 172.

<sup>897</sup> Una exposición de la problemática en torno al procedimiento de doble fase y, en concreto, de la autorización administrativa en MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo en el Derecho español. Estudio de su régimen jurídico*, Navarra, Aranzadi, 1997, *passim*.

<sup>898</sup> La comunicación a la autoridad laboral no competente no determina la nulidad del procedimiento de despido colectivo ya que se trata de una mera irregularidad administrativa que se debe subsanar de oficio por la propia autoridad laboral (STS de 16 de junio de 2015 [ECLI: ES:TS:2015:3677]).

competente, dando conocimiento de ello simultáneamente al empresario y a los representantes de los trabajadores” (art. 6.5 RPDC). Con ello se reconoce un deber de abstención por parte de la autoridad laboral incompetente, así como un deber de remisión a favor de la que resulte competente<sup>899</sup>.

En efecto, el artículo 25 del Capítulo III, rubricado “disposiciones comunes a los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada”, del Título I del RPDC, recoge una serie de reglas para determinar cuál es la autoridad laboral competente en materia de procedimientos de regulación de empleo.

En primer lugar, el art. 25.1 RPDC indica que en el ámbito de las Comunidades Autónomas (donde con mayor frecuencia se realizan estos procedimientos), “cuando el procedimiento afecte a trabajadores que desarrollen su actividad o que se encuentren adscritos a centros de trabajo ubicados en su totalidad dentro del territorio de una Comunidad Autónoma, tendrá la consideración de autoridad laboral competente, el órgano que determine la Comunidad Autónoma respectiva”, siendo ello exponente de la facultad de autoorganización de las diferentes Comunidades Autónomas que designarán a sus propias autoridades laborales autonómicas<sup>900</sup>.

En segundo lugar, la atribución de competencias a órganos estatales viene determinada por la necesidad de reservar al Estado la competencia para la intervención en aquellos procedimientos que exceden de las competencias naturales de las Comunidades Autónomas en materia de legislación laboral, ya sea por la implantación nacional de la empresa, con centros de trabajo radicados en el territorio de distintas Comunidades Autónomas, ya sea por la vinculación de la empresa con el patrimonio del Estado u otras circunstancias que justifican dicha reserva<sup>901</sup>.

De este modo, el art. 25.2 RPDC indica que en el ámbito de la Administración General del Estado tendrá la competencia la Dirección General de Empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social (actual Dirección General de Trabajo del Ministerio de

---

<sup>899</sup> El artículo 14.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP) dispone en sentido análogo cuando indica que: “El órgano administrativo que se estime incompetente para la resolución de un asunto remitirá directamente las actuaciones al órgano que considere competente, debiendo notificar esta circunstancia a los interesados”.

<sup>900</sup> ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, op. cit., p. 195.

<sup>901</sup> MERCADER UGUINA, J.R.: “El periodo de consultas: la intervención de la autoridad laboral durante el período de consultas”, op. cit., p. 387.

Trabajo y Economía Social) en dos supuestos: 1) “cuando los trabajadores afectados desarrollen su actividad o se encuentren adscritos a centros de trabajo ubicados en el territorio de dos o más Comunidades Autónomas, así como cuando presten servicios en Departamentos, entes, organismos o entidades encuadrados en la Administración General del Estado”; y 2) “cuando el procedimiento afecte a empresas o centros de trabajo relacionados con créditos extraordinarios o avales acordados por el Gobierno de la Nación; con empresas pertenecientes al Patrimonio del Estado y, en general, aquellas que tengan la condición de sociedades mercantiles estatales de acuerdo con la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o con la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, así como con empresas relacionadas directamente con la Defensa Nacional u otras cuya producción sea declarada de importancia estratégica nacional mediante norma con rango de ley”.

No obstante, en este segundo supuesto recientemente referido la autoridad laboral competente será la Delegación del Gobierno si la Comunidad Autónoma es uniprovincial o a la Subdelegación del Gobierno en la provincia, siempre que el procedimiento afecte a centros de trabajo en el ámbito de una provincia, así como también corresponderá la competencia a la Delegación del Gobierno en las ciudades de Ceuta y Melilla cuando los trabajadores afectados desarrollen su actividad o se encuentren adscritos a centros de trabajo ubicados en sendas ciudades. Aunque la competencia residirá en la Dirección General de Trabajo cuando los procedimientos afecten a más de doscientos trabajadores o la medida tenga especial trascendencia social en virtud de avocación según artículo 14 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (actual art. 10 LRJSP)<sup>902</sup>.

Por otro lado, en el supuesto de competencia compartida si los centros de trabajo afectados están ubicados en el territorio de dos o más Comunidades Autónomas, pero el 85%, como mínimo, de la plantilla de la empresa radica en el ámbito territorial de una Comunidad Autónoma y existen trabajadores afectados en la misma, “corresponderá a la autoridad laboral competente de esa Comunidad Autónoma realizar la totalidad de las actuaciones de intervención en el procedimiento. En todo caso, deberá notificar a la

---

<sup>902</sup> “Los órganos superiores podrán avocar para sí el conocimiento de uno o varios asuntos cuya resolución corresponda ordinariamente o por delegación a sus órganos administrativos dependientes, cuando circunstancias de índole técnica, económica, social, jurídica o territorial lo hagan conveniente” (art. 10.1 LRJSP).

Dirección General de Empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social la finalización del periodo de consultas, trasladándole la copia del acuerdo alcanzado en el mismo, o en caso de concluir éste sin acuerdo, la decisión empresarial de despido colectivo” (art. 25.3 RPDC). En este sentido, se produce una modificación respecto al anterior reglamento, el Real Decreto 801/2011, pues si bien este atribuía la competencia para ordenar e instruir el procedimiento a la autoridad autonómica y al Estado la competencia para resolver, en la actualidad, en coherencia con el nuevo modelo de intervención administrativa, es la autoridad laboral autonómica la competente para realizar todas las actuaciones de procedimiento, sin perjuicio del deber de información del acuerdo o la decisión final a la autoridad estatal.

A su vez, el RPDC incorpora dos nuevos apartados que se refieren a supuestos en los que concurren intereses de varias autoridades laborales, pese a que la competencia formal corresponde a una de ellas<sup>903</sup>. Por una parte, el art. 25.4 RPDC indica que “en los casos de procedimientos con centros afectados en dos o más Comunidades Autónomas, la autoridad laboral competente para intervenir en el procedimiento según lo dispuesto en este artículo comunicará dicha intervención a las autoridades laborales de los territorios donde radican dichos centros de trabajo”. Por otro parte, el art. 25.5 RPDC recoge que si se trata de procedimientos en empresas cuya plantilla exceda de 500 trabajadores, la autoridad laboral de la Comunidad Autónoma competente deberá de informar del procedimiento a la Dirección General de Trabajo.

Finalmente, el art. 25.6 RPDC recuerda que “lo dispuesto en este artículo se aplicará sin perjuicio de lo dispuesto en los correspondientes reales decretos sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a las Comunidades Autónomas en materia laboral”. Aunque, en general, las reglas de atribución de competencia previstas en el art. 25 RPDC son traslación de los reales decretos de traspasos que se han ido produciendo a lo largo del proceso de desarrollo autonómico<sup>904</sup>.

### *2.2.2. La autoridad laboral en el inicio del procedimiento de despido colectivo*

Tal y como ya se ha comentado, la desaparición de la autorización administrativa para proceder a la realización del despido colectivo provoca que, en la actualidad, la

---

<sup>903</sup> MERCADER UGUINA, J.R.: “El periodo de consultas: la intervención de la autoridad laboral durante el período de consultas”, op. cit., p. 388.

<sup>904</sup> Ibidem, p. 389.

actuación de la Administración laboral se oriente en el sentido de garantizar la plena efectividad del período de consultas, el cual cobra una importancia de primer nivel en la regulación posterior a la Reforma laboral de 2012<sup>905</sup>.

En este sentido, la autoridad laboral interviene ya desde el mismo inicio del período de consulta-negociación con la recepción de la copia de la comunicación inicial del procedimiento de despido colectivo. Se trata, en efecto, de un deber empresarial de comunicar a la autoridad laboral una copia de la documentación entregada a los representantes de los trabajadores, preferiblemente en soporte informático y de forma simultánea a la comunicación remitida a dichos representantes (art. 6.1 RPDC).

Comunicación inicial que se configura por los siguientes extremos: “a) la especificación de las causas del despido colectivo conforme a lo establecido en el apartado 1; b) número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por el despido; c) número y clasificación profesional de los trabajadores empleados habitualmente en el último año; d) periodo previsto para la realización de los despidos; e) criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos; f) copia de la comunicación dirigida a los trabajadores o a sus representantes por la dirección de la empresa de su intención de iniciar el procedimiento de despido colectivo; g) representantes de los trabajadores que integrarán la comisión negociadora o, en su caso, indicación de la falta de constitución de esta en los plazos legales” (art. 51.2 ET).

Además, esta documentación deberá de venir acompañada de una memoria explicativa de las causas para despedir, en función de si la causa es económica (art. 4 RPDC) o si son técnicas, organizativas o de producción (art. 5 RPDC), así como de un plan de recolocación externa si los trabajadores afectados superan el umbral de cincuenta (arts. 51.10 ET<sup>906</sup> y 9 RPDC).

---

<sup>905</sup> PONS CARMENA, M.: Derecho administrativo laboral, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, p. 74.

<sup>906</sup> “La empresa que lleve a cabo un despido colectivo que afecte a más de cincuenta trabajadores deberá ofrecer a los trabajadores afectados un plan de recolocación externa a través de empresas de recolocación autorizadas. Dicho plan, diseñado para un periodo mínimo de seis meses, deberá incluir medidas de formación y orientación profesional, atención personalizada al trabajador afectado y búsqueda activa de empleo. En todo caso, lo anterior no será de aplicación en las empresas que se hubieran sometido a un procedimiento concursal. El coste de la elaboración e implantación de dicho plan no recaerá en ningún caso sobre los trabajadores”.

Por último, también deberá de acompañarse a la documentación la copia del escrito de solicitud de informe a los representantes legales de los trabajadores en caso de reestructuraciones de plantilla y ceses totales o parciales *ex art. 64.5 ET*, así como la información sobre la composición de las diferentes representaciones de los trabajadores, sobre los centros de trabajo sin representación unitaria y, en su caso, las actas relativas a la atribución de la representación a la comisión mencionada en el artículo 27<sup>907</sup> (art. 6.2 RPDC).

La intervención de la autoridad laboral en el inicio del procedimiento colectivo se erige, en línea con lo dispuesto en la Directiva 98/59, como la intervención de un agente externo que verifica que la comunicación empresarial se ajusta a lo establecido en el ordenamiento jurídico para así garantizar la viabilidad del período de consulta-negociación (ya no se trata de una función de autorización sino de comprobación o supervisión)<sup>908</sup>. No se olvide que la finalidad de la aportación documental se muestra como un elemento de extraordinaria importancia ya que condiciona gravemente la sucesiva actividad de los interlocutores en la negociación y puede impedir una valoración realista de las circunstancias objetivas que pueden originar las reducciones de personal. Por ello, la eficacia de la consulta se encuentra claramente condicionada por el elemento informativo (al igual que la eventual defensa ulterior de los trabajadores). En otras palabras, esta carga informativa es un presupuesto instrumental funcionalizado al desarrollo de la consulta, sin la cual esta quedaría desvalorizada (consulta aparente o desnaturalizada que desprovee de legitimidad la decisión empresarial), pues la contraparte o representación de los trabajadores no obtendría los elementos necesarios de juicio para aportar las correspondientes propuestas u objeciones al proyecto empresarial de despido colectivo de manera fundada<sup>909</sup>.

Sin la adecuada información documental, peligra el fin último de la consulta-negociación, que “deberá versar, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas

---

<sup>907</sup> Art. 27.2 RPDC: “La comisión negociadora de los procedimientos en representación de los trabajadores deberán establecer en su acta de constitución que se constituyen como órgano colegiado en cuanto a la formación de su voluntad y el carácter vinculante de sus decisiones”.

<sup>908</sup> MERCADER UGUINA, J.R.: “El periodo de consultas: la intervención de la autoridad laboral durante el período de consultas”, *op. cit.*, p. 390.

<sup>909</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo en el Derecho español. Estudio de su régimen jurídico*, *op. cit.*, pp. 188 y ss.

sociales de acompañamiento, tales como medidas de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad” (art. 51.2 ET y art. 2.2 Directiva 98/59). De hecho, la considerable falta de documentación de tal magnitud que impida una adecuada negociación en orden a la consecución de un posible acuerdo sobre los despidos y/o sus medidas paliativas provoca la nulidad del procedimiento de despido colectivo<sup>910</sup>.

En este sentido, si la autoridad laboral aprecia que la comunicación de inicio del procedimiento de despido colectivo no cumple con los requisitos de información exigidos, esta lo advertirá así al empresario, especificando qué extremos se han incumplido, y remitirá copia del escrito a los representantes de los trabajadores y a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (art. 6.4 primer párrafo RPDC). Del mismo modo, cuando la Inspección de Trabajo y Seguridad Social observe durante el período de consultas que la comunicación empresarial no reúne los requisitos exigidos, lo pondrá en conocimiento de la autoridad laboral antes de la finalización del citado período para que actúe conforme a lo establecido (art. 6.4 segundo párrafo RPDC).

Así, la autoridad laboral, a raíz del estudio de la copia de la comunicación inicial y del resto de documentación, dirigirá una serie de advertencias al empresario para indicarle que o bien la comunicación empresarial está incompleta, por faltar documentación común o específica; que falta el plan de recolocación externa cuando este fuera obligatorio; que no se ha solicitado el informe del art. 64.5 ET a los representantes de los trabajadores; o bien que no se ha constituido adecuadamente la comisión negociadora por faltar el acta de constitución del art. 27 RPDC. Se trata, en fin, de un requerimiento de subsanación de la propuesta de despido colectivo que es de carácter obligatorio para la autoridad laboral<sup>911</sup>.

Advertencias, que se constituyen como el acto típico de comunicación de la autoridad laboral al empresario a lo largo del procedimiento de despido colectivo, y que

---

<sup>910</sup> ROMERO SÁNCHEZ, I.: El despido colectivo. Evolución normativa y régimen jurídico, op. cit., p. 88 y sentencias allí citadas del Tribunal Supremo [STS de 20 de marzo de 2013 (RJ 2013/2883)]. No obstante, la aportación documental no tiene un valor ad solemnitatem, habida cuenta de que no toda ausencia documental provoca necesariamente la declaración de nulidad, debiendo de excluirse aquellos documentos que se revelen intrascendentes en virtud de los efectos que la norma persigue [STS de 27 de mayo de 2013 (JUR 2013/259800)]. De hecho, la parte social no podrá solicitar más documentación que la legalmente exigida sin demostrar su relevancia [STS de 20 de abril de 2015 (Rec. 354/2014)] ni puede exigir al empresario la presentación de documentos que no existen [STS de 20 de julio de 2016 (Rec. 323/2014)].

<sup>911</sup> SÁEZ LARA, C.: Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos, op. cit., p. 86.

deberán de estar en todo caso razonadas o motivadas, indicando expresamente las posibles omisiones detectadas en la comunicación de inicio, pero que no constituyen verdaderos y propios actos administrativos, por lo que no pueden ser revisables. Se trata, en fin, de un actuar administrativo de auxilio al que le falta uno de los elementos esenciales del acto administrativo en sentido estricto: su idoneidad para crear, modificar, extinguir o tutelar una situación jurídica individualizada. De este modo, las advertencias no son recurribles ni originan responsabilidad administrativa con base en su mero incumplimiento, sin perjuicio de que la eventual insuficiencia de la documentación inicial y su relevancia sobre la decisión empresarial de despedir conlleven la correspondiente calificación de nulidad del despido colectivo en sede judicial<sup>912</sup>.

Además, el artículo 6.4 RPDC precisa que “la advertencia de la autoridad laboral a que se refiere este apartado no supondrá la paralización ni la suspensión del procedimiento”. Una precisión que se sitúa en la línea de abandonar el plazo de subsanación de 10 días que reconocía el anterior art. 51.3 ET antes de la Reforma laboral de 2012. La intervención de la autoridad laboral no se configura, por ende, como una verdadera y propia subsanación, ya que la eventual corrección por parte del empresario en función de las advertencias puede no tener efecto alguno en la calificación judicial, ya que el procedimiento de despido colectivo sigue su curso [v.gr.: SAN de 26 de julio de 2021 (proc. 124/2012) que declaró como nulo un procedimiento de despido colectivo que no especificó los criterios de selección de trabajadores hasta la advertencia por parte de la autoridad laboral y que se entiende como una subsanación extemporánea, puesto que los representantes de los trabajadores no conocieron dichos criterios durante la totalidad del período de consultas]<sup>913</sup>.

Por otro lado, según el art. 6.3 RPDC, una vez recibida la comunicación inicial y la diversa documentación referida, la autoridad laboral competente dará traslado de la misma a la Entidad gestora de las prestaciones por desempleo, así como a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a efectos de la emisión del correspondiente informe, que posteriormente se detallará. Asimismo, cuando el procedimiento de despido colectivo incluya a trabajadores respecto de lo que deba aplicarse lo dispuesto en el art. 51.9 ET

---

<sup>912</sup> MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada, op. cit., p. 107.

<sup>913</sup> MERCADER UGUINA, J.R.: “El periodo de consultas: la intervención de la autoridad laboral durante el período de consultas”, op. cit., p. 395.



(trabajadores con cincuenta y cinco o más años de edad que no tuvieran la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967 con los que habrá que celebrar un convenio especial con la Seguridad Social), la autoridad laboral remitirá a la Administración de la Seguridad Social copia de la comunicación inicial, aunque solo respecto a la documentación común del art. 3 RPDC.

### *2.2.3. La actuación de la autoridad laboral durante la fase de consulta-negociación*

La fase de consulta-negociación se constituye como una forma de legitimar el procedimiento de despido colectivo, pues una vez agotado dicho período de consulta-negociación, basado en una negociación de buena fe con vistas a la consecución del acuerdo, el empresario podrá tomar por propia iniciativa la decisión de despedir de forma colectiva, aunque no se haya alcanzado finalmente el acuerdo. Se trata, por ende, de una obligación jurídica que es configurada como “obligación de medios” y no como una “obligación de resultado”<sup>914</sup>. Y tal obligación de medios, de negociar con buena fe para obtener un acuerdo dirigido a evitar o reducir los despidos, así como a atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento, es objeto de control por parte de la Administración laboral a través de las siguientes actuaciones (mencionadas en el art. 51.2 ET y desarrolladas por el art. 10 RPDC).

En primer lugar, “la autoridad laboral velará por la efectividad del período de consultas pudiendo remitir, en su caso, advertencias y recomendaciones a las partes, que no supondrán en ningún caso, la paralización ni la suspensión del procedimiento”. En este supuesto, la autoridad laboral dará traslado de dichos escritos a ambas partes, aun cuando se dirijan a una de ellas en particular (art. 10.1 RPDC). Se trata de advertencias o recomendaciones<sup>915</sup> que ponen de relieve el papel activo de la autoridad laboral y su función de velar en esta fase inicial por las formalidades de procedimiento y efectividad del período de consulta-negociación. Las advertencias irán más encaminadas a funciones de vigilancia cuando se aprecien actuaciones o hechos de las partes que puedan poner en

---

<sup>914</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: El despido colectivo y sus elementos configuradores tras las recientes reformas, op. cit., p. 61.

<sup>915</sup> Para MERCADER UGUINA, J.R.: “El periodo de consultas: la intervención de la autoridad laboral durante el periodo de consultas”, op. cit., pp. 391 y 392 el término advertencia, según la RAE entendido como “llamar la atención de alguien sobre algo, hacer notar u observar”; “avisar con amenazas” o “aconsejar, amonestar, enseñar, prevenir”, está más relacionado con la comunicación razonada que se le dirige al empresario sobre la falta de elementos en la comunicación inicial (art. 6.4 RPDC), así como el término recomendación está más dirigido a una función de orientación de la actuación de los particulares.

peligro la efectividad de las negociaciones o que apunten a incumplimientos de las respectivas obligaciones (sobre todo por la parte empresarial); al igual que las recomendaciones estarán más vinculadas a funciones de asistencia, cuando se estime que las partes muestran la voluntad de cumplir sus obligaciones o cuando requieran por parte de la Administración alguna sugerencia o propuesta que contribuya en un mejor resultado<sup>916</sup>. En efecto, se asiste a un “control administrativo instrumental enteramente al servicio de la autenticidad funcional del período consultivo”<sup>917</sup>.

Los representantes de los trabajadores también podrán dirigir en cualquier fase del procedimiento observaciones a la autoridad laboral sobre las cuestiones que estimen oportunas (en la línea de lo dispuesto por el art. 3.2 de la Directiva 98/59/CE), reconociéndose una suerte de principio de contradicción en el art. 10.1 RPDC<sup>918</sup>. A raíz de estas observaciones, la autoridad laboral podrá elaborar las correspondientes advertencias o recomendaciones.

Por otro lado, el empresario “deberá de responder”<sup>919</sup> por escrito a la autoridad laboral sobre dichas recomendaciones o advertencias formuladas a su persona, antes de la finalización del período de consultas, trasladando copia del escrito a los representantes legales de los trabajadores (art. 10.1 RPDC). La normativa española formula de este modo una especie de incidente en el seno del procedimiento de despido colectivo en el que se trata de favorecer un acercamiento de las partes a través de la oposición dialéctica entre las diferentes posiciones.

Una contradicción que es de carácter voluntario por parte de los trabajadores pues “podrán” formular las observaciones oportunas y no tendrán por qué responder a las recomendaciones o advertencias de la autoridad laboral, aunque iniciado este trámite, el empresario tendrá la obligación de responder por escrito antes de la conclusión del período de consultas, y del que se dará traslado a los representantes de los trabajadores.

---

<sup>916</sup> GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.: “La intervención de la Inspección de Trabajo en los despidos colectivos”, en VV.AA.: Tratado de despido colectivo, MARTÍN GODÍNO, R. (Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 462.

<sup>917</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “La intervención administrativa en los despidos colectivos”, op. cit., p. 276.

<sup>918</sup> MERCADER UGUINA, J.R.: “El periodo de consultas: la intervención de la autoridad laboral durante el período de consultas”, op. cit., p. 400.

<sup>919</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “La intervención administrativa en los despidos colectivos”, op. cit., p. 277 indica que el uso del término “deberá” se constituye como un imperativo categórico que refuerza la dimensión jurídico-obligacional del empresario en la respuesta a las advertencias o recomendaciones de la autoridad laboral.

Este sistema busca favorecer el diálogo y ayudar a las partes a restablecer un clima de confianza que permita plantear los problemas, analizarlos y buscar soluciones, siendo tales partes los protagonistas<sup>920</sup>.

No obstante, dichas advertencias o recomendaciones suponen un denominado “control blando” sobre la regularidad de un procedimiento entre privados, ya que, si bien operan en el plano de la aproximación de posiciones, tales advertencias o recomendaciones no obligan a las partes, ni siquiera a su consideración formal<sup>921</sup>. Aunque es necesario indicar que la falta de “respeto” a las propuestas de la autoridad laboral puede ser valorada por el órgano judicial competente en orden a la calificación judicial del despido. Todo ello dependerá de la entidad de la advertencia o recomendación, ya que si dichas comunicaciones se refieren al incumplimiento de exigencias fundamentales del procedimiento de despido colectivo (que no se haya realizado el período de consultas o entregado la documentación prevista en el art. 51.2 ET) y estas no se han observado, sí que tales actuaciones conllevarán la calificación de nulidad (y no tanto la desobediencia a las actuaciones de la autoridad laboral)<sup>922</sup>.

El Criterio Operativo 92/2012, de 28 de noviembre, sobre actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos de reducción de jornada, se sitúa en el mismo sentido cuando indica que las advertencias, observaciones o recomendaciones que efectúa la autoridad laboral “no tendrán carácter compulsivo ni obligatorio, y su aceptación o no por las empresas se enmarca en el ejercicio de su propia responsabilidad”, pues la función de la autoridad laboral y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social “se circunscribe a servir como fórmula para interpelar a la empresa en el correcto ejercicio de esta responsabilidad”<sup>923</sup>.

La autoridad laboral también “podrá realizar durante el periodo de consultas, a petición de cualquiera de las partes, o por propia iniciativa, actuaciones de asistencia. En

---

<sup>920</sup> MERCADER UGUINA, J.R.: “El periodo de consultas: la intervención de la autoridad laboral durante el período de consultas”, op. cit., p. 400.

<sup>921</sup> ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A.: “Informe sobre la regulación del despido colectivo en Europa”, *Temas Laborales*, N.º 99, 2009, p. 272.

<sup>922</sup> MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada*, op. cit., p. 148.

<sup>923</sup> MERCADER UGUINA, J.R.: “El periodo de consultas: la intervención de la autoridad laboral durante el período de consultas”, op. cit., pp. 392 y 393.

especial, podrá dirigir a las partes propuestas y recomendaciones sobre las medidas sociales de acompañamiento y, en su caso, sobre el contenido e implantación del plan de recolocación externa, teniendo en cuenta la situación económica de la empresa” (art. 10.2 RPDC). De este modo, aunque se atribuye una típica función “proactiva” a la Administración laboral (junto con la labor de mediación)<sup>924</sup> en el proceso de consulta-negociación, el modo y la efectividad de tales facultades de asistencia no son claros, en el sentido de la utilización de verbos como “podrá”, de los que se deduce que la intervención administrativa no es ni preceptiva ni vinculante (como ya se ha comentado). Ciertamente la autoridad laboral puede conocer de los procedimientos de consulta en marcha ya sea por iniciativa propia o a petición de las partes, pero podría tramitarse el procedimiento sin su intervención directa en la fase de consulta-negociación<sup>925</sup>.

Se trata, en fin, de una serie de funciones de apoyo a las partes sociales durante el período de consultas, o de asistencia técnica, pudiendo dirigir a las partes propuestas y recomendaciones sobre las medidas sociales de acompañamiento, o de búsqueda de soluciones a los problemas planteados por el despido colectivo en la línea con la función atribuida a la Administración por parte de la Directiva comunitaria<sup>926</sup>. Dicho deber de asistencia exige, si es que se produce, la colaboración de la Administración en el ejercicio de derechos o cumplimiento de deberes, yendo mucho más allá de la simple transmisión de conocimientos y comportando, por tanto, un mayor grado de implicación administrativa. No obstante, tal implicación nunca conllevará la adopción de una decisión por parte de la Administración, dado que se compone simplemente de un conjunto de recursos, servicios y actuaciones de carácter puramente instrumental<sup>927</sup>.

Otra de las funciones que se le atribuyen a la Administración en su intervención durante la fase de consulta-negociación es la relacionada con la mediación (“la autoridad laboral podrá igualmente, con el fin de buscar soluciones a los problemas planteados por el despido colectivo, realizar actuaciones de mediación a petición conjunta de las partes”, según arts. 51.2 ET y 10.3 RPDC), aspecto introducido, al igual que las labores de

---

<sup>924</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “La intervención administrativa en los despidos colectivos”, op. cit., p. 278.

<sup>925</sup> SÁEZ LARA, C.: Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos, op. cit., pp. 85 y 86.

<sup>926</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “La intervención administrativa en los despidos colectivos”, op. cit., p. 278.

<sup>927</sup> MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada*, op. cit., p. 149.

asistencia, por parte de la convalidación del RD-ley 3/2012 en la Ley 3/2012<sup>928</sup>. Recuérdese que la mediación constituye un procedimiento para contribuir a resolver conflictos, en el que las partes involucradas buscan generar soluciones auxiliares por un tercero imparcial, quien actúa como moderador para facilitar la comunicación con la posibilidad de proponer directamente soluciones a las partes en situación de conflicto. El mediador desarrolla, así, una función que supera la simple puesta en contacto de posiciones divergentes (que sería más bien conciliación), ya que, tras estudiar y analizar las bases del conflicto, propone una o varias soluciones al mismo, susceptibles de ser aceptadas por las partes. El tercero no solo intenta aproximar los puntos de vista enfrentados, sino que pretende también influir, a través de sus propuestas, en los términos del acuerdo<sup>929</sup>.

Esta mediación que puede desarrollar la autoridad laboral durante el período de consulta-negociación no puede ser iniciada de oficio (a diferencia de las actuaciones de asistencia), ya que la intervención siempre será a instancia de parte (en concreto, “a petición conjunta de las partes”). Se trata de una mediación administrativa que está dirigida a resolver las discrepancias que hayan podido surgir durante las consultas, ya sea por la existencia de las causas alegadas para el despido o bien por la adopción de medidas para reducir el número de trabajadores afectados o para atenuar las consecuencias sobre los trabajadores finalmente despedidos. Una mediación que toma como base la regulación en la Directiva comunitaria a través de la fórmula “con el fin de buscar soluciones a los problemas planteados por el despido colectivo”, y que se refiere a la búsqueda de soluciones a los problemas económicos y sociales que determina tal despido y a minimizar su impacto social y económico sobre los territorios afectados. En efecto, la Directiva 98/59/CE fija un plazo de treinta días (ampliable) desde la comunicación empresarial del proyecto de despido a la autoridad pública hasta que surtan efectos los despidos, plazo que la autoridad pública competente aprovechará para buscar soluciones a los problemas planteados por los despidos colectivos considerados (el Preámbulo del RPDC se pronuncia en el mismo sentido a la hora de buscar soluciones a

---

<sup>928</sup> SERRANO GARCÍA, J.M.: “El plan social obligatorio para las reestructuraciones empresariales socialmente responsables”, *Temas laborales*, N.º 99, 2009, pp. 205-236, ya reclamaba para el antiguo plan social, y su escaso poder de control por parte de la autoridad laboral, que se modificara la regulación del despido colectivo en la idea de introducir el papel mediador administrativo entre las partes durante el procedimiento de consulta-negociación.

<sup>929</sup> MERCADER UGUINA, J.R.: “El periodo de consultas: la intervención de la autoridad laboral durante el período de consultas”, op. cit., p. 401.

los problemas derivados de las medidas laborales a adoptar). De ello se infiere que la función mediadora atribuida a la autoridad pública puede interpretarse en un sentido amplio<sup>930</sup>, aunque también es cierto que la Directiva otorga a la autoridad pública una intervención por iniciativa propia y el ordenamiento jurídico español la reserva al acuerdo de las partes, al igual que no posibilita la ampliación del plazo de 30 días.

No se olvide que, al margen de esta mediación administrativa, es posible acudir a procedimientos autónomos de solución de conflictos laborales (véase el art. 51.2 ET: “el empresario y la representación de los trabajadores podrán acordar en cualquier momento la sustitución del periodo de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para dicho periodo”). En concreto, el art. 28.2 RPDC precisa que tales procedimientos serán, en particular, los regulados en los acuerdos sobre solución extrajudicial de conflictos laborales de nivel estatal (c.fr.:VI Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales) o de nivel autonómico<sup>931</sup>.

Más allá de lo anterior, la autoridad laboral también puede realizar otra serie de actuaciones. Por un lado, el art. 51.3 ET establece que “cuando la extinción afectase a más del cincuenta por ciento de los trabajadores, se dará cuenta por el empresario de la venta de los bienes de la empresa, excepto de aquellos que constituyen el tráfico normal de la misma, a los representantes legales de los trabajadores y, asimismo, a la autoridad competente”. En otras palabras, se le debe avisar a la autoridad laboral en caso de venta de los bienes de la empresa si el despido colectivo afecta a más del 50% de los trabajadores para que esta pueda ejercer una función de control o vigilancia sobre las garantías de la transmisión o sucesión de empresa, contenidas en el art. 44 ET, las cuales llegado el caso deberán de ser plenamente aplicables<sup>932</sup>.

Además, la autoridad laboral, en este caso a través del servicio público de empleo competente, verificará la acreditación del cumplimiento de la obligación del plan de

---

<sup>930</sup> SÁEZ LARA, C.: *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, op. cit., pp. 87 y 88.

<sup>931</sup> Un estudio completo de estos procedimientos, sobre todo de la mediación en el VI ASAC, en MONEREO PÉREZ, J.L. y MUROS POLO, A.: “La función jurídica e institucional de los procedimientos autónomos de solución de conflictos colectivos laborales: especial referencia a la mediación en el VI ASAC”, en *La Ley. Mediación y arbitraje*, núm. 9, 2021, versión digital.

<sup>932</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “Tratamiento jurídico-laboral de la transmisión de empresa: funciones y disfunciones ante los «casos difíciles» en la jurisprudencia reciente”, *Trabajo y Derecho*, N.º extra 5, 2017, versión digital.

recolocación externa y, en su caso, requerirá a la empresa para que proceda a su cumplimiento (art. 51.10 ET)<sup>933</sup>.

Por último, con el fin de elaborar las correspondientes estadísticas “las autoridades laborales con competencia en materia de procedimientos de regulación de empleo remitirán en soporte informático a la Subdirección General de Estadística del Ministerio de Empleo y Seguridad Social los datos estadísticos individualizados de cada uno de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada tramitados ante las mismas, con el contenido que se establezca en las disposiciones de aplicación y desarrollo de este real decreto” (disposición adicional primera RPDC, dedicada a la “información estadística”).

#### *2.2.4. La actuación de la autoridad laboral tras la finalización del período de consultas*

Una vez que finalice el período de consulta-negociación, el empresario deberá de comunicar a la autoridad laboral el resultado del mismo: tanto si se ha alcanzado acuerdo (remitiendo copia), como la decisión empresarial de despedir y sus condiciones (art. 51.2 ET) si no se ha llegado a acuerdo. En todo caso, comunicará a los representantes de los trabajadores<sup>934</sup> y a la autoridad laboral la decisión sobre el despido colectivo que realiza, actualizando, en su caso, los extremos de la comunicación a que se refiere el artículo 3.1 (art. 12.1 RPDC). Dicha exigencia de actualización requiere, entre otras precisiones posibles, que se identifiquen con exactitud los trabajadores afectados (con los correspondientes criterios para la selección de estos) y se señale la fecha prevista para la efectividad de las medidas o el período de tiempo en el que se harán efectivos los despidos, además de que “se incluyan todos los datos que permitan concretar el alcance subjetivo y objetivo del despido colectivo, incluidos los necesarios para determinar la edad de los trabajadores a efectos de comprobar la exigibilidad de las condiciones

---

<sup>933</sup> Sin embargo, para SÁEZ LARA, C.: *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, op. cit., p. 86 es más lógico que la autoridad competente hubiera sido la Inspección de Trabajo y Seguridad Social ya que esta facultad de comprobación está muy vinculada con el procedimiento administrativo sancionador.

<sup>934</sup> La regulación legal española no especifica qué representantes de los trabajadores son los encargados de recibir la comunicación final del despido colectivo. Sin embargo, debe de entenderse que la comunicación debe de dirigirse a todos los representantes, sean unitarios o sindicales, y en todo caso, ya se haya alcanzado acuerdo o no, pues todos ellos son los que ostentan legitimación activa para impugnar la decisión del despido colectivo según la interpretación dada al artículo 124 LRJS, con independencia de que hayan o no participado en el período de consulta-negociación. ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, op. cit., p. 256.

previstas en el art. 51.9 y 51.11 ET”<sup>935</sup>. Muy importante es que se incorporen los datos precisos para una posterior individualización de los trabajadores afectados (identificación, antigüedad, salarios y fecha de extinción del contrato) ya que de otro modo será muy difícil la ejecución de las sentencias que declaren la nulidad del despido colectivo<sup>936</sup>.

Entre dicha comunicación de decisión final de despido colectivo deberá de incluirse, a su vez, la documentación correspondiente a las medidas sociales de acompañamiento que se hubieran acordado u ofrecido por la empresa, así como el plan de recolocación externa si la empresa estuviera obligada (art. 12.2 RPDC). Asimismo, la empresa deberá de remitir a la autoridad laboral las actas de las reuniones del período de consultas debidamente firmadas por todos los asistentes (art. 12.3 RPDC). El artículo 13.3 RPDC también especifica que deberá de justificarse en la decisión final de despido colectivo la afectación de los trabajadores con prioridad de permanencia en la empresa. En este sentido, la doctrina judicial ha interpretado que, si bien respecto a la comunicación a los representantes de los trabajadores, la falta de notificación a estos de la decisión final de despido colectivo merecerá la calificación de nulidad del despido colectivo al estar ante un “flagrante incumplimiento de uno de los mandatos contenidos en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores”<sup>937</sup>.

Además, la comunicación de la decisión final de despido deberá de remitirse por parte de la autoridad laboral, una vez recibida esta, a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo y a la Administración de la Seguridad Social cuando el procedimiento de despido colectivo incluya a trabajadores con los que haya de suscribirse convenio especial con la Seguridad Social *ex* art. 51.9 ET (art. 12.5 RPDC). No obstante, la autoridad laboral comunicará en todo caso a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo la decisión empresarial de despido colectivo a efectos de completar la acreditación de la situación legal de desempleo, comunicación en la que deberá constar la fecha en la que el empresario ha comunicado su decisión a la autoridad laboral, la causa de la situación

---

<sup>935</sup> MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada*, op. cit., pp. 169 y 170.

<sup>936</sup> SÁEZ LARA, C.: *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, op. cit., p. 171 propone de lege ferenda modificar el artículo 124 en sintonía con el art. 157.1.a) LRJS, lo cual llevaría, a su vez, a modificar el art. 51 ET para que se obligara a contener en la decisión empresarial de despido colectivo dicha información para la identificación.

<sup>937</sup> STSJ de Madrid de 14 de septiembre de 2012 (AS 2013, 1148), recogida en ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, op. cit., p. 257.



legal de desempleo, los trabajadores afectados, si el desempleo es total o parcial, y en el primer caso si es temporal o definitivo. A esta información deberá de incluirse el informe evacuado por la ITSS del art. 11 RPDC (disposición adicional segunda del RPDC, dedicada a la “acreditación de las situaciones legales de desempleo”).

### *2.3. Las facultades de intervención de la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social*

#### *2.3.1. Asistencia y apoyo a la autoridad laboral por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social durante el procedimiento de consulta-negociación*

A pesar de que el art. 51 ET solo se refiere a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social respecto a su labor de elaborar el informe, señalando someramente su contenido y plazo para evacuar, el RPDC sí que le confiere a la Inspección un mayor protagonismo en diversos artículos durante el procedimiento de consulta-negociación (arts. 6, 10 y 11). De este modo, en el procedimiento ordinario de despido colectivo la actuación de la ITSS se despliega desde el inicio y a lo largo de todo el procedimiento, y más amplia e incisivamente durante el período de consulta-negociación<sup>938</sup>. No se olvide que la Inspección está llamada a desarrollar sus funciones instrumentales de vigilancia y control del cumplimiento de la legalidad vigente, así como de información y asistencia técnica o apoyo durante el período de consulta-negociación (véase, arts. 1.2 y 12 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social)<sup>939</sup>.

En efecto, una vez que la Inspección recibe por parte de la autoridad laboral la comunicación de apertura del procedimiento de despido colectivo (art. 6.3 RPDC), con el contenido detallado con anterioridad, en caso de que se aprecien deficiencias en tal comunicación inicial no solo se le atribuye un papel pasivo a la ITSS, de recepción de la copia del escrito de advertencia al empresario por la autoridad laboral, sino también un papel activo<sup>940</sup>. El art. 6.4 RPDC reconoce, así, que “si durante el periodo de consultas la Inspección de Trabajo y Seguridad Social observase que la comunicación empresarial no reúne los requisitos exigidos, lo comunicará, antes de la finalización de aquel, a la

---

<sup>938</sup> Para la determinación de la Inspección competente, véase, MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada*, op. cit., pp. 150-152.

<sup>939</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “La intervención administrativa en los despidos colectivos”, op. cit., pp. 279 y 280.

<sup>940</sup> ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, op. cit., p. 237.

autoridad laboral para que proceda” a advertir al empresario, especificando los requisitos informativos que faltan, y remitiendo copia a los representantes de los trabajadores.

No obstante, a pesar de que el art. 6.4 parece situar a la ITSS en una posición secundaria o subsidiaria respecto a la actuación de la autoridad laboral, el Criterio Operativo 92/2012 otorga un mayor protagonismo a la Inspección, facultando al inspector actuante a que informe directamente a la empresa de las deficiencias formales, preferentemente por medios telemáticos, indicando las posibles consecuencias jurídicas que en vía judicial pueden tener estas deficiencias. Actuaciones todas ellas que serán comunicadas a la autoridad laboral y que constarán posteriormente en el informe del art. 11 RPDC. El citado Criterio Operativo incluso recoge advertencias en materia de existencia de grupos de empresas de carácter mercantil, advertencias relacionadas con la documentación prevista en el art. 4.5 RPDC, o en materia de grupos de empresas de carácter laboral, asunto mucho más complejo. Además, impone al inspector revisar la situación de cotización de todas las empresas e informar, de existir deudas por impago de cuotas, al Jefe o a la Jefa de Inspección<sup>941</sup>.

Por otro lado, el art. 10.3 RPDC faculta a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para asistir y apoyar a la autoridad laboral en sus labores de mediación y asistencia según el mismo art. 10.3 y 10.2 RPDC. De este modo, la ITSS no tiene asignada una función de tutela de oficio del desarrollo del período de consulta-negociación del procedimiento de despido colectivo, ya que vigilará dicho desarrollo, en su caso, en coordinación y colaboración con la autoridad laboral, de la cual tiene dependencia funcional<sup>942</sup>. La función de apoyo y asistencia a la autoridad laboral por parte de la ITSS emerge ahora como la que más relevancia y alcance tiene frente a la emisión del informe<sup>943</sup>, habida cuenta del cambio de modelo de intervención administrativa, que traslada la importancia del procedimiento desde la autorización administrativa al efectivo desarrollo del período de consulta-negociación.

---

<sup>941</sup> GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.: “La intervención de la Inspección de Trabajo en los despidos colectivos”, op. cit., p. 463.

<sup>942</sup> ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, op. cit., p. 237.

<sup>943</sup> NAVARRO NIETO, F.: “Los despidos colectivos: novedades normativas y balance jurisprudencial”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, N.º 7, 2013.

De este modo, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social podrá asistir y apoyar a la autoridad laboral en sus actuaciones de asistencia y, “en especial, podrá dirigir a las partes propuestas y recomendaciones sobre las medidas sociales de acompañamiento y, en su caso, sobre el contenido e implantación del plan de recolocación externa, teniendo en cuenta la situación económica de la empresa” (art. 10.2 RPDC); así como también podrá colaborar con la mediación por parte de la autoridad laboral del art. 10.3 RPDC.

Sin embargo, cabe preguntarse si ante la omisión del precepto 10.3 RPDC a las facultades de apoyo y asistencia de la ITSS relacionadas con la posibilidad de velar por la efectividad del período de consultas del art. 10.1, si a la Inspección le queda vedado tal campo de actuación. Respuesta que debe ser negativa, en el sentido de que la Inspección no puede quedar apartada de ninguna de las advertencias o recomendaciones del art. 10.1 RPDC, sobre todo si tenemos en cuenta que la diferenciación entre las funciones del apartado primero y segundo resulta artificiosa, pues la referencia expresa del art. 10.2 RPDC a las medidas sociales de acompañamiento o al plan de recolocación externa se hace en sentido ejemplificativo. Solo a través de esta conclusión se podrá garantizar el deber de colaboración de la ITSS con la autoridad laboral (art. 17.1 de la Ley 23/2015, de 21 de julio) y se podrá evacuar de forma correcta el informe del art. 11 RPDC<sup>944</sup>. Así, la intervención de la ITSS a lo largo del procedimiento de despido colectivo, correspondiendo el papel rector a la autoridad laboral, es algo que resulta adecuado puesto que es dicha Inspección quien realmente conoce la situación real de la empresa, al ser la encargada de realizar el informe del art. 11 RPDC<sup>945</sup>.

Como ya se ha indicado, el art. 10.3 RPDC también reconoce la posibilidad de asistir y apoyar a la autoridad laboral en su labor de mediación a petición conjunta de las partes, con el fin de buscar soluciones a los problemas planteados por el despido colectivo. Se trata de una función de apoyo, como recoge el Criterio Operativo 92/2012, de carácter subsidiario ya que “la participación de la ITSS en este tipo de actuaciones queda inicialmente sujeta a la petición expresa de la autoridad laboral y se debería realizar en los términos indicados por esta”. No obstante, el citado Criterio Operativo habilita al inspector a desempeñar “un papel de mediación cuando las partes lo soliciten

---

<sup>944</sup> GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.: “La intervención de la Inspección de Trabajo en los despidos colectivos”, op. cit., pp. 461 y 462.

<sup>945</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “La intervención administrativa en los despidos colectivos”, op. cit., pp. 273 y 274.

directamente”, ya que el propio Director Territorial o Jefe Provincial puede, según este criterio, “ofrecer a las partes la mediación de un inspector [...] cuando del contenido de la comunicación y en atención al conocimiento previo que existiera en la empresa, resulte previsible que la intervención inspectora pudiera facilitar la consecución de un acuerdo”. Dicha actividad mediadora deberá comunicarse a la autoridad laboral, pudiendo adoptar cualquier decisión al respecto<sup>946</sup>.

De hecho, la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social recoge la posibilidad de conciliación, mediación y arbitraje en su artículo 1.2, dedicado a la definición y objeto del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social. En concreto, el artículo 12.3 de la Ley 23/2015 reconoce la facultad de la ITSS para la conciliación y mediación en huelgas y otros conflictos cuando la misma sea aceptada por las partes, así como también reconoce el arbitraje en huelgas y otros conflictos laborales cuando las partes expresamente lo soliciten, así como en supuestos legalmente establecidos. Pero la Ley 23/2015 establece una limitación para la simultaneidad de funciones inspectoras y arbitrales: “la función de arbitraje por parte de la Inspección, sin perjuicio de las funciones técnicas de información y asesoramiento, si lo solicita cualquiera de las partes, será incompatible con el ejercicio simultáneo de la función inspectora por la misma persona que tenga atribuida dicha función sobre las empresas sometidas a su control y vigilancia”. Incompatibilidad que es reflejo de la exclusión que hace la Recomendación n.º 81 de la OIT respecto a “la función de conciliadores o árbitros en los conflictos de trabajo”.

Sin embargo, la referida solución está llamada a suscitar ciertos problemas de orden práctico, sobre todo si se tiene en cuenta que la confianza y seguridad en la imparcialidad del árbitro es lo que precisamente determina que las partes recurran al Inspector de Trabajo, con el que mantienen una relación directa. La norma procede, así, a efectuar una clara disociación entre realidad y Derecho<sup>947</sup>. Es más, la Ley 23/2015 ha procedido a una “desactivación”<sup>948</sup> de las funciones inspectoras en casos de mediación y arbitraje por parte de la misma persona, ya que “guardarán la debida reserva sobre la información obtenida

---

<sup>946</sup> GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.: “La intervención de la Inspección de Trabajo en los despidos colectivos”, op. cit., pp. 463 y 464.

<sup>947</sup> MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada, op. cit., pp. 140 y 141.

<sup>948</sup> Expresión utilizada por MERCADER UGUINA, J.R.: “El periodo de consultas: la intervención de la autoridad laboral durante el período de consultas”, op. cit., p. 403.

en el ejercicio directo de las funciones de arbitraje o mediación y no la comunicarán a los servicios de inspección para el ejercicio de las funciones de vigilancia y control a que se refiere el apartado 1” (art. 12.3).

### *2.3.2. El informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social tras la finalización de las consultas. Especial referencia al control de la causa*

La supresión de la autorización administrativa para despedir ha modificado la lógica del informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Con anterioridad a la reforma laboral de 2012, este informe debía de ser evacuado de forma previa a la finalización del período de consultas, pues formaba parte de la fase procedimental de instrucción del antiguo expediente de regulación de empleo<sup>949</sup> y, por tanto, influía directamente en la resolución administrativa autorizadora en caso de desacuerdo en período de consultas.

Además, con anterioridad a la modificación introducida en el año 2012, la Inspección debía de pronunciarse en su informe sobre las causas motivadoras del expediente (art. 51.3 ET/1995 antes del RD-ley 3/2012), lo cual exigía un análisis sobre el concurso de la causa empresarial aducida, su engarce funcional (superar una situación negativa de la empresa o garantizar su viabilidad) y el estudio de la razonabilidad de la medida por si era desproporcionada en relación con el número de extinciones solicitadas<sup>950</sup>. No obstante, el debate surgió cuando la modificación del año 2012 suprime esta referencia del art. 51 ET y la Dirección General de Inspección de Trabajo y Seguridad Social elabora un criterio operativo, el 92/2012, de actuación de la ITSS para los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y de reducción de jornada, en el que se dejaba claro que la Inspección “no debe entrar en analizar la existencia o suficiencia de las causas alegadas por la empresa para despedir”, ya que la el cambio de la reforma laboral ha buscado “trasladar la determinación de la causa al empresario, en la medida en que se trata de cuestiones de gestión empresarial”<sup>951</sup>.

---

<sup>949</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: El despido colectivo en el Derecho español. Estudio de su régimen jurídico, op. cit., pp. 249 y ss.

<sup>950</sup> MARTÍNEZ ASO, M. y PARRA NÚÑEZ, S.: “El control del despido colectivo y la ineludible función social de la ITSS. Hablan las Inspectoras Mercedes Martínez Aso y Silvia Parra Núñez”, en Blog: *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, entrada de 13 de marzo de 2023, disponible en <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2023/03/el-control-del-despido-colectivo-y-la.html> (visitada el 30 de marzo de 2023).

<sup>951</sup> Así lo recoge ROJO TORRECILLA, E.: “Sobre el informe de la Inspección de Trabajo en los expedientes de regulación de empleo en Cataluña y el Criterio técnico 1/2013. Las diferencias con el Criterio operativo estatal 92/2012”, en Blog: *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta*

Ante este panorama, muchos fueron los críticos con la medida y la nueva interpretación, tendente a reducir al mínimo la labor de control de legalidad que debe de desempeñar la ITSS, tratándose, además, de un informe que desempeña un papel clave en el posterior control judicial del despido colectivo<sup>952</sup>. En cambio, la Inspección de Trabajo del País Vasco, que tiene las competencias transferidas, elaboró un criterio propio en el que se dictaminaba que los funcionarios debían de comprobar si las causas eran reales, si la documentación entregaba había sido la correcta y, además, debían de comprobar la existencia de verdadera negociación en el procedimiento de consulta-negociación.

En este sentido, el criterio fue impugnado por el Gobierno, resolviendo el Tribunal Supremo en su sentencia 2340/2016, de 2 noviembre 2016 (RJ 2016/6214) a favor de la ITSS vasca. El Tribunal Supremo es muy expresivo cuando indica que: “la reforma laboral no ha desapoderado a la Inspección de Trabajo de las funciones que tiene legalmente encomendadas al punto de convertirla, como se dijo, en un simple servicio encargado de la mera constatación formal y externa de los procesos de despidos colectivos. No olvidemos que la función inspectora -a tenor de los artículos 1 y 12 de la Ley 23/2015, de 21 de julio- tiene cometidos tan relevantes como la vigilancia del cumplimiento de las normas del orden social y exigir las responsabilidades pertinentes, función que difícilmente puede realizarse con una actuación tan superficial y meramente formal como la que defiende, en relación con los despidos colectivos, el representante de la Administración del Estado”.

En esta línea, en un intento de reforzar y atribuir el protagonismo que se merece la Inspección en el procedimiento de despido colectivo, la Ley 3/2023 de Empleo ha modificado el tenor literal del art. 51.2 ET, algo que ya preveía el Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para 2021-2023<sup>953</sup>, para especificar que: “el

---

y crítica a las nuevas realidades laborales, entrada de 13 de marzo de 2023, disponible en: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2013/02/sobre-el-informe-de-la-inspeccion-de.html> (visitado el 3 de enero de 2022).

<sup>952</sup> SÁEZ LARA, C.: *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, op. cit., p. 166.

<sup>953</sup> Resolución de 29 de noviembre de 2021, de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros de 16 de noviembre de 2021, por el que se aprueba el Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2021-2023, en el BOE de 3 de diciembre de 2021. Objetivo 14: “Se propondrá la correspondiente modificación normativa con objeto de ampliar el contenido del informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a las causas motivadoras de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión y reducción de la jornada de trabajo”.

informe de la inspección, además de comprobar los extremos de la comunicación y el desarrollo del periodo de consultas, se pronunciará sobre la concurrencia de las causas especificadas por la empresa en la comunicación inicial, y constatará que la documentación presentada por esta se ajusta a la exigida en función de la causa concreta alegada para despedir”. La doctrina científica se muestra positiva en cuanto a la reforma, ya que se camina en la idea de reforzar el control causal, puede suponer que se eviten acuerdos precipitados que soslayan la realidad de la causa empresarial y, asimismo, que los trabajadores impugnen individualmente frente al acuerdo según lo que indique el Inspector en su informe. Además, ello puede contribuir a situar al despido colectivo como medida de *ultima ratio*<sup>954</sup>.

En efecto, el art. 51.2 ET indica que, desde la recepción de la comunicación inicial del despido colectivo, la autoridad laboral recabará, con carácter preceptivo, informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, el cual se evacuará posteriormente al despido colectivo, en el improrrogable plazo de quince días desde la notificación a la autoridad laboral de la finalización del período de consultas. De este modo, el informe se elaborará sobre la base de los documentos de la comunicación inicial que ya estén en poder de la ITSS, pues la autoridad laboral se los ha remitido “a efectos de la emisión del informe” (art. 6.3 RPDC), así como en función de la documentación de la decisión empresarial de despido prevista en el art. 12 RPDC (el texto del acuerdo alcanzado en consultas o, en su defecto, la decisión unilateral de despedir; los extremos de la comunicación inicial que hayan sido actualizados; las medidas sociales de acompañamiento que se hubieran acordado u ofrecido por la empresa; el plan de recolocación externa en el caso de que la empresa estuviera obligada a su realización; o las actas de las reuniones del período de consulta-negociación), la cual debe de ser remitida por parte de la autoridad laboral a la ITSS “a efectos de la emisión del preceptivo informe” (art. 11.1 RPDC).

Además de dicha documentación, la Inspección podrá recabar información realizando todo tipo de diligencias y actuaciones, tanto antes como después de finalizado

---

<sup>954</sup> TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: “El alcance del análisis por parte de la Inspección de Trabajo de la concurrencia de las causas empresariales en los despidos colectivos tras la Ley 3/2023, de Empleo”, *Briefs AEDTSS*, 21, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2023. Disponible en: <https://www.aedtss.com/el-alcance-del-analisis-por-parte-de-la-inspeccion-de-trabajo-de-la-concurrencia-de-las-causas-empresariales-en-los-despidos-colectivos-tras-la-ley-3-2023-de-empleo/> (visitada el 15 de marzo de 2023).

el período de consultas. El Criterio Operativo 92/2012 (pues no se ha emitido uno nuevo para adecuarse al cambio introducido por la Ley de Empleo) obliga a que el inspector actuante se reúna con ambas partes, mediante visita o comparecencia y de manera conjunta o separada, debiendo valorarse dicha circunstancia caso por caso, si bien se recomienda la comparecencia conjunta, ya que de este modo no solo se va a poder obtener una mayor exactitud e información, sino que, además, se va a poder constatar la trascendencia de la misma, con la finalidad de escuchar a las partes y obtener los datos necesarios para poder elaborar el informe, sin perjuicio de que se pueda solicitar informaciones adicionales a las partes en el marco de una actuación inspectora ordinaria<sup>955</sup>.

En cuanto al contenido del informe, el art. 11 RPDC indica que deberá versar sobre los extremos de la comunicación y el desarrollo del período de consultas, aunque especifica otros contenidos que son desarrollados en los siguientes apartados:

- El informe debe de pronunciarse sobre los extremos de la comunicación (art. 11.3 RPDC), recogidos en el art. 51.2 ET y detallados en el art. 3 RPDC. Lógicamente el inspector debe de cerciorarse de que la documentación aportada por el banco empresarial se corresponde con la legalmente establecida y, concretamente, que se ha aportado la documentación exigida por la norma en función de la causa alegada (arts. 4 y 5 RPDC). Una facultad de comprobación que ha sido ejercida durante el período de consulta-negociación tanto por parte de la autoridad laboral como por parte de la ITSS. De este modo, si se ha realizado advertencia acerca de la falta de documentación, la Inspección deberá de hacer constar tal en el informe, indicando si la empresa ha cumplido o no, o si ha respondido por escrito. También podrá reflejar en el informe si el cumplimiento ha sido real y efectivo, con objeto de responder a su finalidad, o si, por el contrario, el cumplimiento ha sido de carácter meramente formal<sup>956</sup>.

Obsérvese que este apartado del art. 11 RPDC no ha sido modificado por la Ley de Empleo. No obstante, su redacción (“el informe constatará que la documentación presentada por el empresario en relación con las causas del despido se ajusta a la exigida en los artículos 4 y 5 en función de la concreta causa alegada para despedir”) ya le había

---

<sup>955</sup> GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.: “La intervención de la Inspección de Trabajo en los despidos colectivos”, op. cit., pp. 468 y 469.

<sup>956</sup> ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, op. cit., p. 242.



valido a la doctrina científica para argumentar que el inspector no debía de limitarse a la comprobación formal de documentos, sino que debía de encargarse de constatar que de dicha memoria se desprende una situación económica negativa (en el caso de que se trate de causa económica)<sup>957</sup>.

- El informe debe de versar sobre el desarrollo del período de consultas y, en concreto, deberá de verificar que se ha cumplido lo establecido en el art. 7 RPDC (por remisión del art. 11.6 RPDC). De este modo, la ITSS debe de verificar que la consulta-negociación ha versado sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento, tales como medidas de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad; que los representantes de los trabajadores han tenido acceso a la información desde el inicio del período de consultas; que se ha negociado de buena fe; que se ha fijado un calendario de reuniones; o que la duración de las consultas ha sido correcta y se han celebrado las reuniones mínimas, sin perjuicio de la finalización anticipada por acuerdo o imposibilidad del mismo.

Este informe en materia de desarrollo del período de consultas se basará sobre todo en las actas que le hayan sido remitidas a la Inspección por parte de la autoridad laboral, así como en función de las informaciones comunicadas por las partes oralmente o por escrito al inspector actuante, y sin perjuicio de las facultadas ordinarias de la Inspección (art. 13 Ley 23/2015, de 21 de julio) en supuestos en los que existan indicios de defectos o incidencias graves en las reuniones, como puede ser la inasistencia de una de las partes o la existencia de engaños, coacciones o fraudes<sup>958</sup>.

- El informe especificará si concurre fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo, o si el acuerdo tiene por objeto la obtención indebida de prestaciones por desempleo por parte de los trabajadores “para su valoración por la entidad gestora de las prestaciones por desempleo” (art. 11.4 RPDC). Así, por un lado, es

---

<sup>957</sup> GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.: “La intervención de la Inspección de Trabajo en los despidos colectivos”, op. cit., pp. 468 y 469.

<sup>958</sup> GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.: “La intervención de la Inspección de Trabajo en los despidos colectivos”, op. cit., pp. 477 y 478.

evidente que la labor de la ITSS para apreciar la existencia de vicios anudados al acuerdo alcanzado en consultas constituye un control que excede del mero control formal<sup>959</sup>.

De este modo, según indica el citado Criterio Operativo, la autoridad laboral fundará su impugnación de oficio en las pruebas que hayan sido aportadas por la ITSS, las cuales, en la mayoría de los supuestos, tendrán carácter indiciario, y serán independientes de la inexistencia de causas ETOP, ya que ello no se presenta como requisito previo y mucho menos como requisito único de la constatación de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho, sino como la consecuencia de las aludidas circunstancias<sup>960</sup>. Por otro lado, obsérvese que la redacción reglamentaria no coincide con el art. 51.6 ET, que faculta a la autoridad laboral para impugnar de oficio, exista o no acuerdo, en el caso de que la entidad gestora de las prestaciones por desempleo informe de que la decisión extintiva pueda tener por objeto la obtención indebida de prestaciones por desempleo. En este caso, el informe de la ITSS deberá de pronunciarse tanto exista o no acuerdo cuando se pretenda acceder indebidamente a prestaciones por desempleo por existir falsedades o simulaciones de las situaciones legales de desempleo, aconsejando el Criterio 92/2012 que tal informe se remita al Servicio Público de Empleo Estatal con el fin de que sea la entidad gestora quien valore efectivamente si el objeto de la decisión extintiva obedece a un acceso indebido a las prestaciones<sup>961</sup>.

- El artículo 11.5 RPDC indica que “el informe constatará la inclusión del resto de los extremos contemplados en el artículo 3 y, en especial, verificará que los criterios utilizados para la designación de los trabajadores afectados por el despido no resultan discriminatorios por los motivos contemplados en el artículo 17.1 del Estatuto de los Trabajadores, sin perjuicio del cumplimiento de las prioridades de permanencia en la empresa a que se refiere el artículo 13 del Reglamento” (esto es, criterios de permanencia legales, convencionales o aquellos previstos en el acuerdo alcanzado durante el período de consultas). En este sentido, el precepto reglamentario no otorga a la ITSS una mera función de verificación sobre si se han comunicado los criterios utilizados para la designación de los trabajadores afectados, ya que, por el contrario, se habilita a la ITSS

---

<sup>959</sup> MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada*, op. cit., p. 158.

<sup>960</sup> ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, op. cit., p. 248.

<sup>961</sup> MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada*, op. cit., p. 160.

para que valore si tales criterios son discriminatorios, sin perjuicio del cumplimiento de las reglas de permanencia. Un pronunciamiento sobre la validez de los criterios expresados por el empresario que tendrá relevancia a efectos de un eventual control judicial posterior<sup>962</sup>.

- Por último, la ITSS también deberá de informar sobre las medidas sociales de acompañamiento que se hayan podido prever y, en especial, se comprobará que hayan presentado plan de recolocación externa las empresas obligadas a ello y que, además, dicho plan cumple con los requisitos del art. 9 RPDC (art. 11.7 RPDC). El Criterio Operativo 92/2012 especifica que el informe deberá reflejar si dichas medidas se han negociado o no y, en su caso, hacer una descripción de las mismas, debiendo contemplar cualquier observación que se considere oportuna<sup>963</sup>. Sin embargo, para otros autores la mera descripción no aportada nada y lo que correspondería por parte de la ITSS sería, por tanto, valorar si las medidas se ajustan a la legalidad; poner de relieve la coherencia entre lo negociado y lo decidido finalmente por el empresario en caso de que no haya habido acuerdo; así como destacar si se han atendido o no sugerencias, recomendaciones o propuestas de la autoridad laboral o de la propia Inspección durante el procedimiento. Además, el inspector o la inspectora deberá de pronunciarse sobre la legalidad de la fórmula o fórmulas de cálculo de la indemnización por despido, la medida más utilizada<sup>964</sup>. En cuanto al plan de recolocación externa, tras el período de consultas la empresa aportará un plan más detallado que el que se entregó al inicio del procedimiento, debiendo la ITSS valorar el contenido y la suficiencia del plan de recolocación externa en su informe, especificando, a su vez, que el coste no recae ni directa ni indirectamente sobre los trabajadores.

En definitiva, el informe de la ITSS no solo se circunscribe a verificar aspectos formales o procedimentales de la documentación presentada, sino que también valorará aspectos relacionados con el fondo o contenido: cuestiones vinculadas a la acreditación de las causas, situación económica de la empresa y su posición en el mercado, la posible existencia de grupos de empresas, la concurrencia de procesos de externalización y

---

<sup>962</sup> TORMOS PÉREZ, J.A.: *Los criterios de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 248.

<sup>963</sup> ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, op. cit., p. 245.

<sup>964</sup> GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.: “La intervención de la Inspección de Trabajo en los despidos colectivos”, op. cit., p. 478.

descentralización productiva, etc. Al igual que también incide en valorar si se han cumplido o no con las obligaciones de información, la buena fe en el período de consulta-negociación, la designación no discriminatoria de los trabajadores afectados, la posible adopción de medidas sociales de acompañamiento y el plan de recolocación externa, o bien si se han atendido o no las advertencias o recomendaciones formuladas... Además de valorar la posible concurrencia de vicios en el acuerdo o la obtención indebida de prestaciones por desempleo<sup>965</sup>.

No obstante, se sede judicial se trata de un informe que tiene, por un lado, un carácter informativo que “conduce a la ulterior valoración por parte de quien juzga en instancia, como un medio probatorio más sin que quepa atribuirle efecto vinculante alguno y sin que pueda excluirse el análisis de los demás medios de prueba y, en suma, la necesaria convicción de quien juzga tras la valoración de todos ellos” (STS de 18 de marzo de 2014, rec. 114/2013). Ahora bien, se trata de un informe que sí goza de presunción de certeza respecto a los hechos o las declaraciones de conocimiento plasmados en dicho informe y que resulten de las comprobaciones realizadas por el inspector actuante (art. 23 Ley 23/2015, de 21 de julio). Presunción que es susceptible de ser contradicha por los interesados, quienes podrán aportar los medios de prueba oportunos, y que no se extenderá a los valoraciones o conclusiones jurídicas que deriven de ciertos hechos probados<sup>966</sup>.

Tal y como ya se ha comentado, la ITSS deberá de evacuar el presente informe en el plazo de 15 días desde la notificación a la autoridad laboral de la finalización del período de consultas, plazo que se entiende como de días hábiles según la normativa del procedimiento administrativo común. Sin embargo, este plazo podría ser inferior en el caso de que la autoridad laboral se retrase en la remisión de la comunicación final del despido colectivo a la ITSS. En este caso, el Director Territorial o el Jefe de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social debería de solicitar a la autoridad laboral la remisión urgente de la documentación reseñada, con el fin de que el inspector actuante tenga un plazo adecuado para poder elaborar de forma correcta el informe<sup>967</sup>.

---

<sup>965</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “La intervención administrativa en los despidos colectivos”, op. cit., p. 281.

<sup>966</sup> GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.: “La intervención de la Inspección de Trabajo en los despidos colectivos”, op. cit., pp. 466-468.

<sup>967</sup> ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, op. cit., p. 239.

Se trata, en fin, de un informe que tendrá carácter preceptivo (aunque la no emisión o no solicitud por parte de la autoridad laboral no tendrá ningún efecto de nulidad o contaminación de la decisión empresarial de despedir)<sup>968</sup> y que, una vez evacuado, “quedará incorporado al procedimiento” (art. 51.2 ET y 11.2 RPDC). Último inciso que ha sido interpretado por el Criterio Operativo 92/2012 en el sentido de que queda prohibida la remisión del informe a las partes pues solo queda incorporado al expediente que haya formulado la autoridad laboral como consecuencia del procedimiento de despido colectivo, pudiendo ser reclamado tal informe por parte del órgano judicial en el trámite procesal correspondiente (art. 124.9 LRJS), momento en el que las partes podrán tener acceso al expediente y al informe<sup>969</sup>. Una interpretación que ha sido criticada por la mejor doctrina<sup>970</sup>.

Al margen de las distintas facultades de intervención que tiene atribuida la Administración laboral, pueden cometerse y sancionarse ciertas infracciones administrativas como consecuencia de defectos apreciados en el procedimiento de consulta-negociación. Por un lado, las facultades de recomendación y advertencia de la autoridad laboral del art. 10 RPDC pueden tener cierta relación con el art. 7.7 TRLISOS, infracción grave por transgresión de los derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores, o bien con el art. 8.3 TRLISOS, infracción muy grave cuando se estime la inexistencia del procedimiento de despido colectivo. Por otro lado, el art. 8.14 TRLISOS sanciona como infracción muy grave el incumplimiento del plan obligatorio de recolocación externa según art. 51.10 ET, así como el incumplimiento de las medidas sociales de acompañamiento asumidas por el empresario en el marco de los procedimientos de despido colectivo. Obsérvese que no se sanciona la falta de negociación de las medidas sociales de acompañamiento durante la fase de consulta-negociación, más allá de que la Inspección pueda informar de este suceso en el correspondiente informe<sup>971</sup>. Por último, se recoge como infracción muy grave en el art.

---

<sup>968</sup> GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.: “La intervención de la Inspección de Trabajo en los despidos colectivos”, op. cit., p. 481.

<sup>969</sup> ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, op. cit., p. 241.

<sup>970</sup> MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada*, op. cit., pp. 153 y 154.

<sup>971</sup> TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: “Las medidas de acompañamiento social en los procesos de reestructuraciones de empresas”, en VV.AA.: *Reestructuraciones empresariales. XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2021, p. 317.

23.1.i) TRLISOS incumplir la obligación de suscribir el convenio especial en los supuestos establecidos en el art. 51.9 ET (véase Criterio Técnico 91/2012 de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social).

### 3. ESPECIAL REFERENCIA A LAS MEDIDAS SOCIALES DE ACOMPAÑAMIENTO Y AL PLAN DE RECOLOCACIÓN EXTERNA

#### *3.1. El antiguo plan social o plan de acompañamiento social y su reformulación por la Reforma laboral de 2012: las medidas sociales de acompañamiento y el plan de recolocación externa obligatorio*

Con carácter previo a la modificación introducida en el régimen del despido por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, dicho régimen había venido siendo criticado por su parcialidad, en el sentido de que solo se ocupaba del control causal y de la financiación de las extinciones a través de la indemnización, relegando a un segundo plano las medidas alternativas o complementarias al despido ante la ausencia de referencia al plan social.

El legislador venía considerando al despido colectivo como un mecanismo para la adaptación cuantitativa de la plantilla, aceptando el despido de aquellos trabajadores cuya aportación se hacía innecesaria tras la introducción de nuevos procesos productivos. Con la introducción del plan social se pretende que el empresario se haga responsable de los efectos negativos que su decisión empresarial pueda tener sobre el empleo, así como se le reconoce a los trabajadores afectados no solo una indemnización económica, sino también otra serie de derechos frente al despido<sup>972</sup>.

En efecto, en la versión original del Estatuto de los trabajadores de 1995, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, el artículo 51 introduce formalmente la figura del despido colectivo y el plan social, a consecuencia de la transposición de la Directiva comunitaria sobre despidos colectivos por la Ley 11/1994, de 19 de mayo. Y, en consonancia con la norma comunitaria, el apartado cuarto del art. 51 reconoce que el procedimiento de consulta-negociación “deberá versar sobre las causas motivadoras del expediente y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados y para posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial”. En lo

---

<sup>972</sup> SERRANO GARCÍA, J.M.: El plan social en los despidos colectivos, op. cit., pp. 65 y 66. Para las críticas sobre la “parcialidad” del régimen legal de despido colectivo se remite a RIVERO LAMAS, J.: “La crisis económica y los despidos colectivos por causas de funcionamiento de la empresa”, en VV.AA.: El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la década de los 80, Zaragoza, Universidad de Zaragoza, 1983, p. 341.

que aquí interesa, este mismo apartado indica que “en todo caso, en las empresas de cincuenta o más trabajadores, se deberá acompañar a la documentación iniciadora del expediente un plan que contemple las medidas anteriormente señaladas”.

De hecho, el Real Decreto 43/1996, de 19 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos, en su artículo 6.1.c) reconoce como contenido mínimo de la solicitud de inicio ante la autoridad laboral en empresas de cincuenta o más trabajadores un “plan de acompañamiento social que contemple las medidas adoptadas o previstas por la empresa en orden a evitar o reducir los efectos del despido colectivo, así como atenuar sus consecuencias para los trabajadores que finalmente resulten afectados, tales como, entre otras, aquellas dirigidas especialmente a la readaptación o a la reconversión de los trabajadores y su posible integración en otros puestos de trabajo en el seno de la empresa o grupo de empresas, así como aquellas que favorezcan el mantenimiento de puestos de trabajo de carácter indefinido o la redistribución de la jornada de trabajo entre los trabajadores empleados y otras de análoga naturaleza”.

En este sentido, la regulación española optó por introducir como requisito administrativo obligatorio del despido colectivo el plan social<sup>973</sup>. Más allá de la negociación de “medidas sociales de acompañamiento” durante el período de consultas (que se mantiene para todas las empresas, con independencia de su tamaño, en sintonía con lo que establece la Directiva 98/59), el legislador español previó la presentación de un “plan social” para las medianas empresas (50 o más trabajadores). En síntesis, este plan debía de incluir una pluralidad de medidas que, además, debían de estar planificadas con anterioridad al inicio del procedimiento de despido colectivo y ser coherentes con el colectivo al que iban dirigidas. En cambio, las medidas sociales de acompañamiento para el resto de pequeñas empresas podrían adoptarse en favor de los trabajadores una vez que ya se hubiera elaborado el proyecto empresarial de despedir, sin haber pensado con anterioridad en dichas medidas<sup>974</sup>.

---

<sup>973</sup> Recuérdese el procedimiento administrativo de autorización del despido colectivo anterior a la Reforma laboral de 2012.

<sup>974</sup> Sobre esta diferenciación SERRANO GARCÍA, J.M.: El plan social en los despidos colectivos, op. cit., p. 77.

Tras la modificación introducida por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre<sup>975</sup>, en el Estatuto de los trabajadores de 1995, a la anterior redacción del art. 51.4 ET se le añade, en lo que respecta a las medidas necesarias para atenuar las consecuencias del despido, a título ejemplificativo, las “medidas de recolocación que podrán ser realizadas a través de empresas de recolocación autorizadas o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad”<sup>976</sup>. Además, el nuevo art. 51.4 ET incluye una expresa referencia al plan de acompañamiento social como tal: “en todo caso, en las empresas de cincuenta o más trabajadores, se deberá acompañar a la documentación iniciadora del expediente un plan de acompañamiento social que contemple las medidas anteriormente señaladas”. Ahora bien, el artículo 51.4 ET introduce que el empresario deberá comunicar a la autoridad laboral “el contenido definitivo de las medidas adoptadas o, en su caso, del contenido definitivo del plan de acompañamiento social”, en un intento de integrar la exigencia de facilitar dicho plan tanto al inicio como en la finalización del expediente administrativo de autorización<sup>977</sup>.

El reglamento de despido colectivo del momento, el Real Decreto 801/2011, de 10 de junio, introduce una referencia al plan de acompañamiento social entre la documentación común a todos los procedimientos de regulación de empleo (art. 8.f). Esta exigencia viene desarrollada por el art. 9 Real Decreto 801/2011, de 10 de junio, el cual indica que “en las empresas de cincuenta o más trabajadores, el empresario deberá acompañar en todo caso a la documentación iniciadora del procedimiento de regulación de empleo un plan de acompañamiento social que contemple, con concreción y detalle, las medidas adoptadas o previstas por la empresa en orden a evitar o reducir sus efectos,

---

<sup>975</sup> Esta ley precisamente intentaba solucionar las dos principales omisiones de la anterior legislación: el contenido mínimo del plan social (“que venía conduciendo a un cumplimiento más formalista o cosmético en la tramitación de las regulaciones de empleo”) y las consecuencias jurídicas de la ausencia del plan social, de su inconsistencia o de su carácter notoriamente incompleto. Vid., DE LA TORRE GARCÍA, C.; MARTÍN JIMÉNEZ, R.; SAN MARTÍN MAZZUCONI, C. y MARURI PALACÍN, I.: *Reestructuraciones de empresas y responsabilidad social. Planes sociales, medidas alternativas y políticas de acompañamiento*, Madrid, Cinca, 2010, p. 173.

<sup>976</sup> El tenor literal del art. 51.4 del ET de 1995 queda tal que: “la consulta con los representantes legales de los trabajadores (...) deberá versar sobre las causas motivadoras del expediente y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados, tales como medidas de recolocación que podrán ser realizadas a través de empresas de recolocación autorizadas o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad, y para posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial”.

<sup>977</sup> ABRIL LARRÁINZAR, M.P.: *Información, consulta y negociación en el despido colectivo*, op. cit., p. 233



las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados, así como las medidas para posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial”.

A la vista de lo anterior, el precepto detalla, a modo ejemplificativo, qué medidas podrían adoptarse en función de que se busque evitar o reducir los efectos del despido; atenuar las consecuencias del despido en los trabajadores afectados; o bien garantizar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial.

Entre las primeras, las medidas destinadas a evitar o reducir los efectos del expediente, el empresario podrá considerar: “a) La recolocación interna de los trabajadores dentro de la misma empresa o, en su caso, en otra del grupo de empresas del que forme parte; b) Movilidad funcional de los trabajadores, que se aplicarán conforme a lo establecido en el artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores; c) Movilidad geográfica de los trabajadores, que se aplicarán conforme a lo dispuesto en el artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores; d) Modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo de los trabajadores, que se aplicarán conforme a lo dispuesto en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores; e) Acciones de formación o reciclaje profesional de los trabajadores que puedan contribuir a la continuidad del proyecto empresarial; f) Cualquier otra medida organizativa, técnica o de producción dirigida a reducir el número de trabajadores afectados”.

Entre las medidas destinadas a atenuar las consecuencias en los trabajadores afectados, el art. 9.3 Real Decreto 801/2011, de 10 de junio, indica que podrán considerarse: “a) Recolocación externa de los mismos, que podrá ser realizada a través de empresas de recolocación autorizadas. En el caso de que se consideren estas medidas, deberá incluirse en la documentación del procedimiento, además de la concreción y detalle de las mismas, la identificación de la empresa de recolocación autorizada para llevarlas a cabo; b) Acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad de los trabajadores; c) Promoción del empleo por cuenta propia como autónomos o en empresas de economía social; d) Medidas compensatorias de los gastos derivados de la movilidad geográfica; e) Medidas compensatorias de las diferencias salariales con un nuevo empleo”.

Por último, el art. 9.4 Real Decreto 801/2011, de 10 de junio, precisa qué medidas pueden considerarse con el fin de hacer posible la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial: “a) Medidas económicas, financieras, industriales o de otra índole para

preservar o favorecer la posición competitiva de la empresa en el mercado; b) Medidas técnicas, organizativas o de producción para contribuir a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar su situación a través de una más adecuada organización de los recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda”.

Con la Reforma laboral de 2012<sup>978</sup> se produce el cambio más importante en cuanto a la regulación del plan social o plan de acompañamiento social, habida cuenta de que este viene sustituido por el plan de recolocación externa. En efecto, tras la reformulación del art. 51 ET, el apartado segundo que se ocupa ahora del procedimiento de consulta-negociación suprime cualquier referencia al plan de acompañamiento social. En concreto, el artículo 51.2 solo se refiere a las medidas sociales de acompañamiento, “herederas” del antiguo plan social, como contenido mínimo de las consultas, aunque sin que exista la obligación de presentar un plan junto con la documentación inicial si la empresa tiene 50 o más trabajadores.

La actual redacción prevista en el Estatuto de los trabajadores indica que “la consulta con los representantes legales de los trabajadores deberá versar, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento, tales como medidas de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad”. No obstante, como ya se ha indicado y como se tendrá la oportunidad de analizar con mayor profundidad, el art. 51.2 ET no recoge entre los extremos de la documentación inicial una propuesta de las medidas sociales de acompañamiento como contenido necesario, lo cual supone un hito fundamental en comparación con las regulaciones precedentes<sup>979</sup>.

Por otro lado, si antes de 2012 la regulación del despido colectivo recogía una referencia expresa al plan social o plan de acompañamiento social en el art. 51.4 ET, tras la correspondiente modificación es ahora el art. 51.10 ET el que recoge un nuevo plan de recolocación externa. Un nuevo plan que es distinto de los anteriores, ya sea porque no

---

<sup>978</sup> Recuérdese, Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, convalidado por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

<sup>979</sup> TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: “Las medidas de acompañamiento social y los planes de recolocación externa en los despidos colectivos tras la reforma de 2012”, *Revista de Derecho Social*, N.º 64, 2013, pp. 63 y ss.

contempla el conjunto de medidas sociales de acompañamiento (movilidad geográfica, ERTE, recolocación interna, etc.), sino solo la recolocación externa de los trabajadores afectados; porque se dirige a la contratación de tales servicios con una empresa externa autorizada (al margen de las modificaciones introducidas en la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo); o bien porque incrementa significativamente el umbral mínimo para que el plan sea necesario, que aumenta desde los 50 trabajadores en plantilla hasta los 50 (en concreto, 51) trabajadores afectados por el despido colectivo, lo cual apunta a que realmente este plan solo será obligatorio para los casos de despidos colectivos en grandes empresas o en empresas con estructura de grupo<sup>980</sup>, dejando para el resto de empresas la negociación de medidas sociales de acompañamiento durante el período de consultas, aunque sin una propuesta inicial.

Ante tales cambios, la doctrina se ha preguntado acerca de si estas modificaciones legislativas son compatibles con la Directiva 98/59/CE. En concreto, se ha determinado que la Directiva comunitaria no obliga ni a informar sobre las medidas sociales de acompañamiento ni a incluirlas en un plan social, habida cuenta de que solo obliga a consultar sobre ellas. La opción del legislador comunitario no es fruto de la causalidad, ya que durante la elaboración de la Directiva 92/56/CEE se discutieron varias posibilidades de elaboración del plan o de información y al final de optó por solo exigir la consulta. En definitiva, la Reforma laboral de 2012 es compatible con los mínimos que exige la Directiva, aunque ello no quiere decir que dicha modificación no suponga un retroceso respecto a la regulación anterior en materia de efectiva negociación de medidas alternativas o complementarias al despido colectivo<sup>981</sup>.

### 3.2. *El plan de recolocación externa obligatorio*

Como ya se tuvo ocasión de comentar, la regulación del despido colectivo, en concreto el art. 3.2 RPDC, exige que se adjunte con la comunicación de inicio del procedimiento de consulta-negociación el plan de recolocación externa, recogido en el

---

<sup>980</sup> TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: “Las medidas de acompañamiento social en los procesos de reestructuraciones de empresas”, op. cit., p. 313.

<sup>981</sup> ABRIL LARRÁINZAR, M.P.: *Información, consulta y negociación en el despido colectivo*, op. cit., pp. 235 y 236. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E.: “La eficacia de las medidas de acompañamiento en la gestión del cambio: el ejemplo “Coca Cola España”, *Documentación Laboral*, N.º 109, 2017, pp. 174 y 175, aunque sí que le provocan más dudas la diferencia que existe entre las empresas obligadas a elaborar un plan de recolocación externa y las que no.

art. 51.10 ET y desarrollado en el art. 9 RPDC<sup>982</sup>. En efecto, se trata de un plan de recolocación que se aporta en el inicio del procedimiento en una versión “provisional” o “inicial”, ya que este plan normalmente sufrirá variaciones a lo largo del período de consultas, fruto de su concreción o ampliación. Es por ello que se denomina al plan de recolocación externa como un “plan dinámico”<sup>983</sup>, sin perjuicio de que tenga que entregarse su versión definitiva con la finalización del procedimiento de despido colectivo, ya sea en el acuerdo o en la correspondiente comunicación final de la decisión empresarial<sup>984</sup>. Además, no se olvide que la autoridad laboral podrá desempeñar funciones de asistencia durante el procedimiento de consulta-negociación, a petición de cualquiera de las partes o por propia iniciativa, y, en concreto, “podrá dirigir a las partes propuestas y recomendaciones sobre las medidas sociales de acompañamiento y, en su caso, sobre el contenido e implantación del plan de recolocación externa, teniendo en cuenta la situación económica de la empresa” (art. 10.2 RPDC), con lo cual también podrá intervenir en la delimitación del plan de recolocación externa.

De este modo, las empresas que prevean la realización de un despido colectivo de más de 50 trabajadores deberán de ponerse en contacto con carácter previo al inicio del procedimiento de consulta-negociación con una empresa de recolocación autorizada con el fin de presentar un plan inicial de recolocación en la comunicación inicial<sup>985</sup>. Una empresa que desempeñará, por tanto, servicios de recolocación o de *outplacement*<sup>986</sup>

---

<sup>982</sup> El art. 9.1 RPDC también precisa que: “de acuerdo con lo establecido en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, las empresas que lleven a cabo un despido colectivo de más de cincuenta trabajadores deberán incluir en todo caso en la documentación que acompaña la comunicación al inicio del procedimiento, un plan de recolocación externa para los trabajadores afectados por el despido colectivo, a través de empresas de recolocación autorizadas”.

<sup>983</sup> ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, op. cit., p. 166.

<sup>984</sup> “El contenido del plan de recolocación podrá ser concretado o ampliado a lo largo del periodo de consultas, si bien al finalizar el mismo deberá ser presentada su redacción definitiva” (art. 9.4 RPDC).

<sup>985</sup> Para NAVARRO NIETO, F.: “Medidas sociales de acompañamiento y mantenimiento del empleo”, op. cit., p. 285, este plan inicial, al ser redactado por una agencia de recolocación externa, deberá de tener una concreción técnica en sus contenidos desde el principio.

<sup>986</sup> Para SÁEZ LARA, C.: “Espacios y funciones de las empresas de recolocación”, *Temas laborales*, N.º 107, 2010, p. 338, este término procede de Estados Unidos. Es a partir de los años cuarenta cuando los psicólogos industriales estadounidenses comenzaron a intervenir con estrategias de apoyo, ayuda y orientación para facilitar la búsqueda de un nuevo empleo para las personas despedidas, con el fin de que el desempleo fuese el menor tiempo posible. El progreso de estas estrategias ha llevado a considerar actualmente, la desvinculación o despido como parte de un proceso más que un acto aislado. Inicialmente, este proceso de ayuda, apoyo u orientación, recibió el nombre de *decrutment* o *dehired* pero estas expresiones no tuvieron éxito. En concreto, se atribuye en los años sesenta a North la expresión *Outplacement*, sin que esta haya tenido una traducción al castellano. Un término equivalente podría ser el

identificando diversas acciones de información, asesoramiento, formación y apoyo en la búsqueda de un nuevo trabajo en favor de los trabajadores despedidos. Se trata de un “conjunto de servicios proporcionados por una empresa consultora especializada a aquellos profesionales que deben buscar un nuevo empleo, para que lo encuentren, de forma que satisfaga sus expectativas, en el menor plazo posible”<sup>987</sup>.

El plan de recolocación externa supone, por tanto, un adecuado mecanismo de reestructuración socialmente responsable, acorde con los planteamientos de la gestión preventiva y proactiva de la reestructuración empresarial. En concreto, el plan de recolocación externa pone de relieve la necesidad de residenciar las tutelas no solo respecto a la dimensión indemnizatoria, como ha venido ocurriendo tradicionalmente, sino sobre todo en la dimensión “empleativa” o de empleabilidad de los trabajadores excedentes, precisamente con la finalidad de instrumentar unas garantías más efectivas del derecho social al trabajo *ex art. 35 CE*<sup>988</sup>.

En efecto, el tratamiento que reciben los servicios de recolocación reside en la consideración de que el trabajador no es el único responsable de su proceso de transición laboral, sino que también se entiende que la empresa a la que ha pertenecido el trabajador debe de desempeñar un papel decisivo en su recolocación, favoreciendo la empleabilidad<sup>989</sup>. Como precisa la Exposición de motivos del RPDC, apartado cuarto, uno de los principales objetivos del citado reglamento es “regular el plan de recolocación externa de los procedimientos de despido colectivo como obligación legal e indeclinable del empresario, dotando al mismo de efectividad y asegurando su cumplimiento como medida indispensable para permitir transiciones rápidas y adecuadas entre empleos y para mantener a los trabajadores en el mercado de trabajo el mayor tiempo posible, evitando su indebida expulsión del mismo”.

Los beneficios de acudir a esta medida para amortiguar los efectos del despido colectivo son diversos: la empresa, de un lado, mejora “su imagen externa, en la medida

---

concepto de “desvinculación” o cuando se trata de un programa el de “desvinculación programada” o “desvinculación asistida”.

<sup>987</sup> SÁEZ LARA, C.: *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, op. cit., p. 129.

<sup>988</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “El régimen jurídico de los despidos colectivos después de la reforma de 2012”, op. cit., p. 340.

<sup>989</sup> MOLINA HERMOSILLA, O.: *La conformación del nuevo sector para la prestación de servicios de recolocación. Balance y análisis de experiencias surgidas en el ámbito de los planes de recolocación externa*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2014, pp. 17 y 18.

en que humaniza la circunstancia vital del despido y potencia ante sus rivales las capacitaciones de sus ex trabajadores, recolocados, al fin, en otras compañías, y, de otro, reduce los niveles de ansiedad de los trabajadores no despedidos manteniendo su alta productividad y moral personal, pues se patrocina una sensación de singularidad en la atención de sus problemas individuales, socializando, en fin, dentro de la empresa el fenómeno del desempleo, que ya no puede configurarse como una situación anormal de la vida laboral del trabajador, sino como un estadio por el que, más que probablemente, todos los trabajadores han de transitar alguna vez en su vida laboral”<sup>990</sup>.

En cambio, a pesar de estos beneficios, que no solo se proyectan sobre las empresas y los trabajadores afectados, sino también sobre la sociedad general, a través de una recualificación digital y “verde” que evite el incremento del desempleo, o a nivel local, evitando la destrucción de tejido empresarial que redundaría en la despoblación rural, el modelo actual de los planes de recolocación externa adolece de ineficacia, como se tendrá ocasión de comentar. Es más, muchos autores defienden la escasa efectividad que tienen, en contra de los esfuerzos de marketing de las empresas privadas que prestan estos servicios para mostrar el éxito, sobre la base de un mero cumplimiento formal o documental (“recolocación de papel”); la “guerra de precios” existente en el mercado de los servicios de recolocación; el escaso interés de los interlocutores sociales y de las autoridades públicas en el plan; y la falta de un control judicial fuerte sobre estas medidas de recolocación<sup>991</sup>. Algunos autores incluso califican al plan de recolocación externa como uno de los fracasos más importantes de la Reforma laboral de 2012, pues ha derivado en una mera carga formal, más o menos onerosa para las empresas, dotada de una escasa efectividad<sup>992</sup>.

### *3.2.1. Empresas obligadas a ofrecer un plan de recolocación externa*

Tal y como también se ha comentado, no todas las empresas que lleven a cabo despidos colectivos deben de suscribir este plan de recolocación externa. El art. 51.10 ET

---

<sup>990</sup> DE LA CASA QUESADA, S.: “Las empresas de recolocación (“outplacement”) y nuevos derechos del trabajador a la prevención del desempleo”, op. cit., p. 141.

<sup>991</sup> MOLINA NAVARRETE, C.: “La gestión pública de los “erte” (regulación temporal de empleo) y de los “ere” (regulación extintiva) en el autogobierno andaluz: balance y perspectivas pospandemia”, *Temas laborales*, N.º 160, 2021, pp. 178 y 181. A la misma conclusión llega MOLINA HERMOSILLA, O.: *La conformación del nuevo sector para la prestación de servicios de recolocación. Balance y análisis de experiencias surgidas en el ámbito de los planes de recolocación externa*, op. cit., *passim*.

<sup>992</sup> PÉREZ CAPITÁN, L.: *El despido colectivo y las medidas de suspensión y reducción temporal de jornada*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2020, pp. 216 y 219.

y su desarrollo reglamentario solo se refiere a “la empresa que lleve a cabo un despido colectivo que afecte a más de cincuenta trabajadores”. Por ello, aquellas empresas que despidan colectivamente a 50 trabajadores o menos, no tendrán la obligación de negociar un plan de recolocación externa (STS de 25 de septiembre de 2013, rec. 3/2013), a salvo de que por propia voluntad del empresario se decida contratar tales servicios con una empresa externa, cuyas características se abordan con posterioridad. Aunque también puede darse el supuesto de que la empresa despida a menos de 50 personas, pero por el cómputo que el RPDC permite de las “extinciones asimiladas”, que posteriormente se analizará, ello dé lugar al plan de recolocación externa obligatorio<sup>993</sup>.

Sí que cabe preguntarse qué ocurre si disminuyen finalmente los despidos inicialmente proyectados fruto del procedimiento de consulta-negociación y, por tanto, no se alcanza el umbral de más de 50 despidos en el acuerdo o decisión final. Para un sector doctrinal, la valoración de este requisito debe de situarse en el momento en el que se plantea el proyecto de despido colectivo, por lo que si finalmente disminuye el número de extinciones y no se supera el umbral de 50 la empresa deberá de seguir ofreciendo obligatoriamente un plan de recolocación externa a sus trabajadores afectados. Esta interpretación se sustenta para parte de la doctrina científica en la anterior doctrina jurisprudencial del cómputo hacia atrás de los despidos en el período de 90 días, en la regla de cómputo prevista en el art. 9.5 RPDC, así como en la aplicación analógica del criterio legal para determinar el número de plantilla en la empresa en normas conexas (véase, la disposición adicional 16ª de la Ley 27/2011)<sup>994</sup> o en el propio RPDC<sup>995</sup>.

Sin embargo, si se atiende al tenor literal de la norma “la empresa que lleve a cabo”, también se podría entender que si la empresa finalmente por acuerdo o por decisión despide a menos de 50 trabajadores no sería exigible que la empresa presente el plan de recolocación externa y, en última instancia, lo financie, siempre que, nuevamente, la empresa no acceda de forma voluntaria a diseñar el plan como una medida social de acompañamiento más. En concreto, lo expuesto puede suponer un aliciente para que el

---

<sup>993</sup> NAVARRO NIETO, F.: “Medidas sociales de acompañamiento y mantenimiento del empleo”, op. cit., p. 282.

<sup>994</sup> NAVARRO NIETO, F.: “Medidas sociales de acompañamiento y mantenimiento del empleo”, op. cit., p. 282.

<sup>995</sup> “A efectos del cómputo de la plantilla de la empresa, se incluirá la totalidad de los trabajadores que presten servicios en la misma en el día en que se inicie el procedimiento, cualquiera que sea la modalidad contractual utilizada” (art. 1.1 RPDC).

empresario finalmente reduzca los despidos presupuestados y así no tenga que financiar el plan de recolocación externa, con el consiguiente ahorro de costes. En contra de esta tesis, además de los argumentos ya recogidos de la doctrina científica, también se sitúa la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2014 (RJ 2014/4358) que determinó que los umbrales para acudir al despido colectivo deben de tenerse en cuenta al inicio del procedimiento, por lo que es indiferente que tras la consulta-negociación y la negociación de medidas alternativas se reduca finalmente el número de despidos.

Además, el desarrollo reglamentario precisa en el art. 9.5 que: “a efectos del cómputo del número de trabajadores a que se refiere el apartado 1 se tendrán también en cuenta los trabajadores cuyos contratos de trabajo se hayan extinguido por iniciativa de la empresa o empresas del mismo grupo, en virtud de motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el artículo 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, siempre que dichas extinciones de contratos se hayan producido dentro de los noventa días inmediatamente anteriores al inicio del despido colectivo”. Teniendo en cuenta la disposición transitoria única del RPDC<sup>996</sup>, el art. 9.5 incluye dentro del cómputo de los más de 50 despidos todas aquellas otras extinciones por motivos no inherentes a la persona del trabajador (las denominadas “extinciones asimiladas”), salvo las extinciones “regulares” de contratos temporales, sin que *a priori* se les aplique el límite de 5 despidos previsto en el art. 51.1 ET.

El RPDC se refiere a los contratos extinguidos por iniciativa de la “empresa o empresas del mismo grupo”, lo cual puede dar cabida a que las extinciones asimiladas que se produzcan en otras empresas del grupo empresarial se incluyan dentro del cómputo del plan de recolocación externa. En este caso, a diferencia del régimen general del art. 51.1 ET (sin que se trate, por tanto, de grupo de empresas a efectos laborales) adquiere relevancia para el cómputo del número de extinciones no solo la empresa, sino el grupo empresarial “mercantil” en su conjunto<sup>997</sup>.

---

<sup>996</sup> “Lo previsto en el artículo 9.5 respecto al cómputo de trabajadores cuyos contratos de trabajo se hayan extinguido por iniciativa de la empresa o empresas del mismo grupo por motivos no inherentes a la persona del trabajador a los efectos de la obligatoriedad de acompañar un plan de recolocación externa a la documentación de iniciación del procedimiento se aplicará exclusivamente respecto de aquellos cuyos contratos de trabajo que se hayan extinguido a partir de la entrada en vigor del Real Decreto que aprueba el presente Reglamento” que, recuérdese, es de fecha 31 de octubre de 2012.

<sup>997</sup> NAVARRO NIETO, F.: “Medidas sociales de acompañamiento y mantenimiento del empleo”, op. cit., p. 285.



Por último, estas otras extinciones deberán de haberse producido con 90 días de anterioridad “inmediatos” al inicio del procedimiento de despido colectivo y, por tanto, inmediatamente anteriores a la comunicación inicial, sin que, a su vez, se beneficien (por regla general) de los servicios del plan de recolocación externa, ya que la dicción de la norma específica claramente que son tenidas en cuenta dichas extinciones asimiladas solo “a efectos del cómputo del número de trabajadores”. En cuanto al sentido del cómputo temporal, mientras que la doctrina *Marclean* implantada por el TJUE recoge un cómputo bidireccional para determinar la superación de los umbrales del despido colectivo, el art. 9.5 RPDC establece un cómputo retrospectivo de 90 días desde la fecha de la comunicación empresarial de inicio para el caso del plan de recolocación externa y el cómputo de las “extinciones asimiladas”. Por tanto, dos métodos de cómputo, pero que son plenamente compatibles ya que, según autorizada doctrina, el plan de recolocación externa no es una cuestión regulada por la Directiva comunitaria y, por ello, no confronta con la doctrina del Tribunal de Justicia<sup>998</sup>.

No obstante, aunque se supere el umbral de más de 50 despidos, a las empresas que “se hubieran sometido a un procedimiento concursal” no les será de aplicación la obligación del plan de recolocación externa<sup>999</sup>. Con base en lo ya expuesto para la suscripción de convenio especial con la Seguridad Social en caso de despido colectivo de trabajadores de 55 años o más, esta excepción para las empresas sometidas a procedimiento concursal solo se aplica a partir de la declaración judicial de concurso de la empresa en cuestión. Siguiendo la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo, de fecha de 15 de febrero de 2018 (rec. 3548/2015) para el supuesto del convenio especial, el elemento clave para que se aplique el art. 51.9 ET (y por analogía el art. 51.10 ET) es que el procedimiento de despido colectivo finalice antes de la declaración de concurso, sin que la “fase preconcursal” despliegue los efectos jurídicos necesarios para que no sea exigible tal obligación, sobre la base de la excepción recogida en el Estatuto de los trabajadores (“en todo caso, lo anterior no será de aplicación en las empresas que se hubieran sometido a un procedimiento concursal”).

---

<sup>998</sup> NAVARRO NIETO, F.: “Medidas sociales de acompañamiento y mantenimiento del empleo”, op. cit., p. 284.

<sup>999</sup> En concreto, el art. 51.10 ET indica que: “En todo caso, lo anterior no será de aplicación en las empresas que se hubieran sometido a un procedimiento concursal”.

En definitiva, como se ha comentado las empresas obligadas al plan de recolocación externa del art. 51.10 ET son aquellas que despiden colectivamente a más de 50 trabajadores (o alcanzan este umbral junto con las extinciones asimiladas)<sup>1000</sup>. Por ello, los despidos colectivos que no superen tal umbral, no se verán amortiguados, sin perjuicio de otras medidas sociales de acompañamiento, por los planes de recolocación. Ahora bien, sí que sería recomendable que las empresas que tuvieran solvencia económica, o bien si existe una colaboración público-privada con las agencias de recolocación, acudan a la recolocación externa a través de empresas autorizadas, a pesar de que no alcancen el número de despidos previstos en la legislación, como forma de una reestructuración socialmente responsable<sup>1001</sup>.

### 3.2.2. Empresas de recolocación

A pesar de que no fue hasta la Reforma de 2010 cuando se introdujo la recolocación de trabajadores como actividad específica de la intermediación laboral, las empresas de recolocación, si bien tímidamente en comparación con otros países avanzados, ya venían operando de forma “informal” en el Estado español<sup>1002</sup>. En efecto, fue con Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, con la que se modificó la Ley de Empleo de 2003 para introducir, por un lado, a las agencias de colocación con ánimo de lucro como posibles agentes de la intermediación, cumpliendo de este modo con el Convenio 181 de la OIT ratificado<sup>1003</sup>, así como, por otro lado, la Ley 35/2010 introdujo una especial referencia a las empresas de recolocación<sup>1004</sup>.

---

<sup>1000</sup> NAVARRO NIETO, F.: “Medidas sociales de acompañamiento y mantenimiento del empleo”, op. cit., p. 285 critica el margen que tienen los empresarios para esquivar la aplicación del plan de recolocación externa a través de la modulación del número de extinciones en los 90 días anteriores, pudiendo acudir incluso a extinciones de común acuerdo para graduar la cuantificación de despidos y extinciones “acumulables”.

<sup>1001</sup> El informe SÁNCHEZ TORRES, E.; BEL ANTAKI, J.; GINÈS I FABRELLAS, A. y ZELICH, M.: *Informe sobre planes de recolocación. Los servicios de recolocación en la práctica: ¿cómo mejorar su efectividad?*, ESADE (IEL) – LHH, 2015, propone que se universalicen los planes de recolocación y se extiendan a todo tipo de despido colectivo, con independencia del número de trabajadores afectados.

<sup>1002</sup> Sobre esta cuestión, véase, DE LA CASA QUESADA, S.: “Las empresas de recolocación (“outplacement”) y nuevos derechos del trabajador a la prevención del desempleo”, op. cit., pp. 138-140.

<sup>1003</sup> Convenio de la OIT número 181 sobre las agencias de empleo privadas de 1997, ratificado por España el 15 junio 1999.

<sup>1004</sup> La Ley de Empleo de 2003 (Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo), en su versión tras la modificación emprendida en 2010, recogía en su artículo 21.bis que: “las empresas de recolocación son agencias de colocación especializadas en la actividad a que se refiere el artículo 20.2”.

La intervención normativa sobre las empresas de recolocación se justifica desde dos perspectivas distintas: una garantista, que persigue la protección de los trabajadores afectados por los procesos de recolocación (como motivo habitual de la regulación de la intermediación en el mercado de trabajo); y otra promocional, con el fin de promover el uso de los servicios de recolocación<sup>1005</sup>. Unos años más tarde, como ya se ha comentado, la Reforma laboral del año 2012 sustituiría el antiguo plan de acompañamiento social por el plan de recolocación externa con la actual redacción del art. 51.10 ET<sup>1006</sup>.

En efecto, la actual Ley de Empleo (Ley 3/2023, de 28 de febrero)<sup>1007</sup> incluye en su artículo 40, dedicado al concepto de la intermediación laboral (“conjunto de acciones destinadas a proporcionar a las personas trabajadoras un empleo adecuado a sus características y facilitar a las entidades empleadoras las personas trabajadoras más apropiadas a sus requerimientos y necesidades”), una referencia en el apartado tercero a la actividad de recolocación como subespecie dentro de la “colocación especializada”. En concreto, expone que: “se considerará colocación especializada la actividad destinada a la recolocación de las personas trabajadoras o desempleadas que resultaran afectadas en procesos de reestructuración empresarial, cuando aquella hubiera sido establecida o acordada con las personas trabajadoras o sus representantes en los correspondientes planes sociales o programas de recolocación, o decidida por los servicios públicos de empleo, de oficio o a instancia de las personas afectadas por transiciones industriales o por transformaciones en los sectores productivos”.

---

<sup>1005</sup> SÁEZ LARA, C.: “Espacios y funciones de las empresas de recolocación”, op. cit., p. 349.

<sup>1006</sup> La Ley 35/2010, de 17 de septiembre, también introdujo una referencia de las empresas de recolocación en el art. 51.4 del Estatuto de los trabajadores de 1995. En concreto: “la consulta con los representantes legales de los trabajadores, quienes ostentarán la condición de parte interesada en la tramitación del expediente de regulación de empleo, tendrá una duración no superior a treinta días naturales, o de quince en el caso de empresas de menos de cincuenta trabajadores, y deberá versar sobre las causas motivadoras del expediente y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados, tales como medidas de recolocación que podrán ser realizadas a través de empresas de recolocación autorizadas o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad, y para posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial”.

<sup>1007</sup> Para una valoración de conjunto, véase ALFONSO MELLADO, C.L.: «La nueva Ley de Empleo: una ley necesaria y ¿eficaz?», *Briefs AEDTSS*, 21, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2023 y ROJO TORRECILLA, E.: «La nueva Ley de Empleo. Una apuesta por la empleabilidad y la atención a la persona», *Briefs AEDTSS*, 11, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2023.

Así, frente a la anterior regulación de la Ley de Empleo de 2015<sup>1008</sup>, la Ley de Empleo utiliza la expresión “procesos de reestructuración empresarial”, donde parece darse cabida a las actividades de recolocación que se realicen no solo en el ámbito del despido colectivo, sino también en otros supuestos como el ERTE o el Mecanismo RED<sup>1009</sup>, ya sea por acuerdo con los trabajadores y sus representantes (u obligación legal del art. 51.10 ET) o bien por decisión del servicio público de empleo. Con esta nueva regulación se pretende acabar con las críticas que ofrecía la Ley de Empleo de 2015, ya que solo preveía la actividad de recolocación del art. 51.10 ET o la establecida en virtud de acuerdo colectivo, aunque puede llegar a decirse que algunas de ellas podrían seguir vigentes, sobre todo respecto a los planes de recolocación decididos por el empresario en despidos objetivos individuales o plurales<sup>1010</sup>. La doctrina ha venido defendiendo que ello supone una anomia legal, que mantiene “fuera de la legalidad a determinados agentes privados de empleo prolongando los problemas de inseguridad jurídico que ello conlleva y la falta de control de la actividad cuando es llevada a cabo con ánimo de lucro”<sup>1011</sup>. Para algunos autores la solución radica en que se modifique la Ley de Empleo para que la actividad de recolocación sea intermediación laboral y la agencia que la lleve a cabo sea agencia de colocación con independencia de que el proceso de recolocación se desarrolle o no dentro de un procedimiento de despido colectivo<sup>1012</sup>.

No obstante, el art. 40.3 Ley de Empleo de 2023 utiliza unos términos bastante genéricos como para dar cabida a casi cualquier actividad de recolocación en “procesos

---

<sup>1008</sup> Art. 31.2 Ley de Empleo (RD Legislativo 3/2015, de 23 de octubre): “también se considerará intermediación laboral la actividad destinada a la recolocación de los trabajadores que resultaran excedentes en procesos de reestructuración empresarial, cuando aquella hubiera sido establecida o acordada con los trabajadores o sus representantes en los correspondientes planes sociales o programas de recolocación”. Este tenor se recoge de forma casi idéntica en el art. 2.2 del Real Decreto 1796/2010, de 30 de diciembre, por el que se regulan las agencias de colocación, donde se definen a las agencias de recolocación.

<sup>1009</sup> CABEZA PEREIRO, J.: “La nueva dimensión de la intermediación laboral”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, N.º 6, 2023, pp. 56 y 57, aunque critica que se excluya a los despidos objetivos o a otras situaciones próximas, como las sucesiones de empresa, en particular cuando se producen en procesos concursales.

<sup>1010</sup> Para LÓPEZ BALAGUER, M.: “Las agencias de colocación”, en VV.AA.: *Medidas de protección y políticas de formación y contratación para los desempleados*, ROQUETA BUJ, R. (Dir.) y TATAY PUCHADES, C. (Coord.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 673 y 674, con cita en VALDÉS DALRÉ, F.: “La reforma de la intermediación laboral”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, N.º 2, 2010, se dejan fuera los planes de recolocación externa a los que recurra la empresa voluntariamente, y sin acuerdo, en supuestos de despido colectivo por debajo de los umbrales legales o bien en despidos objetivos individuales o plurales.

<sup>1011</sup> En palabras de SOBRINO GONZÁLEZ, G.M.: “Régimen jurídico de las agencias de colocación”, *Temas laborales*, N.º 110, 2011, p. 54.

<sup>1012</sup> LÓPEZ BALAGUER, M.: “Las agencias de colocación”, op. cit., p. 674.

de reestructuración empresarial” (concepto ambiguo y abierto que parece referirse a cualquier tipo de vicisitud del contrato de trabajo suspensiva o extintiva por causas empresariales). Por ejemplo, se indica que la medida haya sido establecida o acordada tanto con las personas trabajadoras (a nivel individual o plural) como con los representantes de los trabajadores (a nivel colectivo), por no hablar de que la actividad de recolocación puede ser decidida por el propio servicio público de empleo, de oficio o por a instancia de la persona trabajadora afectada. En cambio, este tenor legal dista de lo establecido en el art. 44.2 que parece relegar solo la actividad de recolocación al plan de recolocación externa del despido colectivo o bien solo a otras circunstancias cuando los servicios públicos de empleo lo consideren oportuno.

Las empresas de recolocación son agentes de la intermediación laboral y, en concreto, agencias de colocación especializadas en la recolocación (art. 41.1.b) Ley de Empleo). Para desarrollar su actividad en el mercado de trabajo deberán de presentar la correspondiente declaración responsable ante el servicio público de empleo competente. Como se puede comprobar, la Ley de Empleo ya no prevé la tradicional autorización administrativa para el inicio de la actividad de la agencia privada de colocación, ya que fue sustituida esta por una declaración responsable a través de la aprobación del Real Decreto 8/2014, de 4 de julio, con el fin de adaptar la normativa reguladora de las agencias de colocación a la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, y a la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. Así, la declaración responsable se introduce con la idea de simplificar administrativamente los trámites para el inicio de la actividad, eliminando determinadas cargas administrativas para evitar la presencia de obstáculos a la libre prestación de servicios y a la libertad de establecimiento. Y, con ello, se transita de un control previo a un control posterior al inicio de la actividad (“la inexactitud o falsedad en cualquier dato, manifestación o documento, de carácter esencial, que se hubiera acompañado o incorporado a la declaración responsable, determinarán la imposibilidad de continuar con la actividad como agencia de colocación”)<sup>1013</sup>.

Por ello, las agencias de recolocación deberán de cumplir principalmente<sup>1014</sup> las siguientes obligaciones previstas en el art. 43.3 de la Ley de Empleo: “a) Suministrar a

---

<sup>1013</sup> LÓPEZ BALAGUER, M.: “Las agencias de colocación”, op. cit., pp. 676 y 677.

<sup>1014</sup> El art. 5 del Real Decreto 1796/2010, de 30 de diciembre, también recoge una serie de obligaciones: “a) Estar previamente autorizadas por el servicio público de empleo correspondiente y mantener las

los servicios públicos de empleo la información que se determine por vía reglamentaria, con la periodicidad y la forma que allí se establezca sobre las personas trabajadoras atendidas y las actividades que desarrollan, así como sobre las ofertas de empleo y los perfiles profesionales que correspondan con esas ofertas; b) Respetar la intimidad y dignidad de las personas trabajadoras y cumplir la normativa aplicable en materia de protección de datos y garantizar a las personas trabajadoras la gratuidad por la prestación de servicios; c) Disponer de sistemas electrónicos compatibles y complementarios con los de los servicios públicos de empleo; d) Cumplir la normativa vigente en materia laboral y de Seguridad Social; e) Cumplir con las normas sobre accesibilidad universal de las personas con discapacidad y, en particular, velar por la correcta relación entre las características de los puestos de trabajo ofertados y el perfil académico y profesional requerido, a fin de no excluir del acceso al empleo a las personas con discapacidad; f) Garantizar, en su ámbito de actuación, el principio de igualdad en el acceso al empleo, no

---

condiciones y requisitos que posibilitaron la concesión de la autorización; b) Solicitar autorización para la ampliación de su ámbito de actuación; c) Garantizar a las personas trabajadoras la gratuidad por la prestación de servicios, tanto de intermediación laboral como de otras actuaciones relacionadas con la búsqueda de empleo, en los términos establecidos en el artículo 22.4 de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre; d) Garantizar, en su ámbito de actuación, los principios de igualdad y no discriminación en el acceso al empleo, en los términos establecidos en el artículo 16.2 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y en el 22 bis de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre; e) Garantizar el respeto a la intimidad y dignidad de las personas trabajadoras en el tratamiento de sus datos, sometiendo la actuación en esta materia a la normativa aplicable de protección de datos de carácter personal; f) No subcontratar con terceros la realización de la actividad objeto de la autorización concedida, salvo que se trate de otras agencias de colocación autorizadas; g) Elaborar y ejecutar planes específicos para la colocación de personas desempleadas integrantes de los colectivos prioritarios mencionados en el artículo 26 de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, en coordinación con los Servicios Públicos de Empleo y en el marco de la planificación general que se establezca en el Sistema Nacional de Empleo; h) Cumplir con la normativa vigente en materia laboral y de Seguridad Social; i) Cumplir con las normas sobre accesibilidad universal de las personas con discapacidad; j) Velar por la correcta relación entre las características de los puestos de trabajo ofertados y el perfil académico y/o profesional requerido; k) Estar sujeta a las actuaciones del control e inspección que lleven a cabo los servicios públicos de empleo de acuerdo con la normativa de referencia, así como a la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y otros órganos de control; l) Hacer constar en el desarrollo de las actividades como agencia de colocación, en los términos que se indiquen por el servicio público de empleo que concede la autorización, la condición de autorizada y número de autorización en todo lugar donde figure su nombre; m) Disponer de sistemas informáticos compatibles y complementarios con el Sistema de Información de los Servicios Públicos de Empleo, con el fin de que el suministro de información sobre demandas y ofertas de empleo, así como del resto de actividades realizadas como agencias de colocación autorizadas, se realice, al menos, con periodicidad mensual y exclusivamente por medios electrónicos, de conformidad, esto último, con lo establecido en el artículo 27.6 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos; n) Presentar con periodicidad anual, y dentro del primer trimestre de cada ejercicio, una Memoria de las actividades desarrolladas durante el ejercicio anterior, conteniendo, al menos, información relativa a los indicadores de eficacia contenidos en la Disposición adicional primera, así como información sobre su actividad económica como agencia de colocación; o) Llevar una contabilidad separada con arreglo a la normativa establecida en esta materia para todos los gastos e ingresos derivados de su actividad. Las entidades que casen ofertas y demandas de empleo utilizando exclusivamente medios electrónicos estarán exentas del cumplimiento de la obligación recogida en la letra b)”.’

pudiendo establecer discriminación alguna, directa o indirecta, basada en motivos de edad, sexo, discapacidad, salud, orientación sexual, identidad de género, expresión de género, características sexuales, nacionalidad, origen racial o étnico, religión o creencias, opinión política, afiliación sindical, así como por razón de lengua, dentro del Estado español, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, siempre que las personas trabajadoras se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate”.

No obstante, se trata de unos criterios laxos que, para la mejor doctrina, no garantizan la calidad de los servicios prestados por las empresas de recolocación externa. En concreto, no se recoge una referencia expresa a los requisitos de profesionalidad que debe reunir el personal técnico que se encarga de la recolocación. De las pocas referencias, el documento elaborado por la Comisión de Coordinación y Seguimiento del SISPE “Agencias de colocación: obligaciones y requisitos de actuación”, de fecha de noviembre de 2020, solo parece exigir una experiencia mínima de 6 meses en programas de empleo y/o gestión de recursos humanos a cumplir por el 50 % del personal técnico (personal que deberá de ser mantenido en la agencia de colocación durante los 6 meses iniciales a la actividad). En definitiva, la ausencia de referencia a la solvencia técnica del personal encargado de la recolocación no hace más que mermar la propia calidad y eficacia de la medida, que no es otra que la recolocación del trabajador afectado por el despido colectivo en el mercado de trabajo<sup>1015</sup>.

Además, la introducción de las Empresas de Trabajo Temporal como agencias de colocación por parte de la Ley 3/2012 a través de una declaración responsable también ha mermado la calidad de los servicios prestados de recolocación, enfocándose más en el aspecto cuantitativo que cualitativo de la recolocación. Incluso se apunta a que se hayan podido producir prácticas de competencias desleal, en el sentido de que la ETT haya cobrado dos veces por el mismo servicio: como empresa de recolocación externa de la empresa que realiza el despido colectivo y como ETT de la empresa usuaria tras la cesión de los trabajadores contenidos en el plan de recolocación (aunque también es cierto que el art. 1 Ley 14/1994 de las Empresas de Trabajo Temporal obliga a la ETT a informar, tanto a sus trabajadores como a las empresas clientes, de estar prestando servicios como

---

<sup>1015</sup> MOLINA HERMOSILLA, O.: *La conformación del nuevo sector para la prestación de servicios de recolocación. Balance y análisis de experiencias surgidas en el ámbito de los planes de recolocación externa*, op. cit., pp. 76-80.

agencia de colocación o como ETT). Lo cual ha permitido, por ende, ofrecer precios más bajos a las ETT en su actividad de recolocación, que el resto de empresas del sector<sup>1016</sup>.

En definitiva, la baja exigencia para actuar como agencia de colocación<sup>1017</sup>; la entrada de nuevos operadores en el mercado de la recolocación; la desconfianza y la escasa implicación de los trabajadores en la negociación de los planes de recolocación externa; la búsqueda del mínimo coste por parte del empresario, sobre todo en despidos por causas económicas; la escasa transparencia y ausencia de mecanismos de control sociales o públicos; o bien la concentración de la cuota de mercado en las grandes empresas, ha llevado a convertir al mercado de la prestación de los servicios de recolocación externa en un mercado caracterizado por la “guerra de precios” y el crecimiento o la competitividad sobre la base, no de la calidad del servicio ofrecido, sino de ofrecer el menor coste para las empresas obligadas a desarrollar los planes de recolocación<sup>1018</sup>.

Por otro lado, si se observa el Estatuto de los trabajadores, el art. 51.10 obliga al empresario a que, una vez que se reúnan los requisitos ya expuestos, contrate los servicios de recolocación con una empresa especializada. Para una parte de la doctrina, dicha regulación podría resultar ciertamente excesiva, por imponer que se contraten tales servicios con una empresa de recolocación externa para cumplir con la obligación del art. 51.10 ET<sup>1019</sup>. Incluso otros autores plantean si dicha restricción en la contratación puede suponer una vulneración del derecho constitucional a la libertad de empresa, pues puede conllevar que se le prive al empresario de asumir y desarrollar directamente la obligación del plan de recolocación externa, sin tener por qué recurrir a la externalización de estos servicios. Es más, supone una diferencia de tratamiento injustificada respecto a los servicios públicos de empleo, que también pueden desempeñar servicios de recolocación,

---

<sup>1016</sup> *Ibidem*, pp. 53-61.

<sup>1017</sup> SERRANO FALCÓN, C.: “Colocación e intermediación: el modelo legal vigente en España”, en VV.AA.: *La política y el Derecho del empleo en la nueva sociedad del trabajo. Libro homenaje a la profesora Rosa Quesada Segura*, Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2016, p. 435, señala que un modelo en el que intervengan las agencias de empleo privadas no tiene por qué ser negativo, siempre que existan adecuados mecanismos de coordinación entre todos los agentes que participan en la intermediación laboral, a la vez que exista un control de los mismos. No obstante, este control se ha debilitado con la eliminación de la autorización previa para las agencias de colocación.

<sup>1018</sup> MOLINA HERMOSILLA, O.: *La conformación del nuevo sector para la prestación de servicios de recolocación. Balance y análisis de experiencias surgidas en el ámbito de los planes de recolocación externa*, op. cit., *passim*. No obstante, también existen buenas prácticas en materia de planes de recolocación externa, pp. 117-119.

<sup>1019</sup> SÁEZ LARA, C.: *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, op. cit., p. 130.



impidiendo que las empresas pueden acudir a estos servicios de recolocación públicos sin necesidad de acudir a empresas de recolocación y, por tanto, incrementando los costes de unas empresas ya de por sí dañadas, al menos en el despido colectivo por causas económicas<sup>1020</sup>.

En cambio, la Ley de Empleo de 2023 pretende acabar con esta crítica, ya que su artículo 44 reconoce que la recolocación de las personas trabajadoras afectadas por procesos de reestructuración empresarial podrá ser desarrollada tanto directamente por el personal de los servicios públicos de empleo como por agencias de colocación que hayan presentado la declaración responsable. El artículo 44.2 Ley de Empleo 3/2023, en contraste con el carácter más abierto del art. 40.3, indica que estas actividades de recolocación se desarrollarán según lo dispuesto en el plan de recolocación externa del art. 51.10 ET y 9 RPDC y, asimismo, cuando concurren las circunstancias que hagan oportuno la actividad de recolocación a iniciativa de los servicios públicos de empleo.

### 3.2.3. Contenido, duración e implementación del plan de recolocación externa

La doctrina científica ha identificado cinco fases que están presentes en los planes de recolocación externa: 1) el balance profesional, consistente en descubrir e identificar las capacidades, habilidades, competencias y conocimientos del trabajador, a la vez que se averigua cómo desarrollarlos, teniendo en cuenta las ambiciones y las motivaciones laborales y personales; 2) el apoyo ocupacional, donde se elabora un proyecto de ocupación que desarrolle todos los potenciales del trabajador; 3) el plan de acción, el cual consiste en diseñar un modelo de estrategia de carrera y de búsqueda de empleo, utilizando herramientas como la formación en nuevas tecnologías, simulación de entrevistas, elaboración de CV, etc., así como también se busca desarrollar las habilidades a través de técnicas de presentación en público, oratoria, etc.; 4) la campaña de búsqueda de empleo en la que se eligen y ponen en práctica las vías más oportunas de obtener un trabajo (*mailing*, videoconferencias, bolsas de empleo, internet, redes sociales, etc.); 5) la integración en la nueva empresa, realizando un seguimiento del trabajador colocado hasta que esté plenamente insertado en el nuevo puesto de trabajo<sup>1021</sup>.

---

<sup>1020</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: “Hacia una nueva concepción de la legislación laboral”, *Temas laborales*, N.º 115, 2012, p. 32.

<sup>1021</sup> ALMENDROS GONZÁLEZ, M.Á.: “El papel de otras agencias y entidades en la colocación”, en VV.AA.: *La política y el Derecho del empleo en la nueva sociedad del trabajo. Libro homenaje a la profesora Rosa Quesada Segura*, Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2016, pp. 503 y 504

En efecto, la actividad de recolocación o de *outplacement* consiste principalmente en proporcionar servicios de apoyo, información y asesoramiento para la búsqueda de un nuevo empleo (que también puede ser por cuenta propia) al objeto de conseguir que el trabajador gestione con éxito su propio “proceso de recolocación”<sup>1022</sup>.

De este modo, el artículo 51.10 ET indica que el plan de recolocación externa “deberá incluir medidas de formación y orientación profesional, atención personalizada al trabajador afectado y búsqueda activa de empleo”. El desarrollo reglamentario especifica con mayor detalle (aunque no suficientemente) el contenido del plan de recolocación externa.

Por un lado, el art. 9.2 RPDC se refiere a una atención continuada en un período de 6 meses para la realización de las acciones que a continuación se detallan, pero con especial “extensión e intensidad a los de mayor edad”. Una precisión que seguramente se derive de la menor empleabilidad de este colectivo de trabajadores mayores<sup>1023</sup> con el fin de evitar que sean expulsados de forma definitiva del mercado de trabajo, aunque, como se analizará, suelen ser los principales afectados de las reestructuraciones empresariales. Esta referencia a los trabajadores de mayor edad o maduros es coherente con el apartado tercero del art. 44 de la Ley 3/2023 de Empleo donde se indica que el plan de recolocación externa deberá de procurar, “en particular, el retorno al mercado de trabajo de las personas trabajadoras, hombres y mujeres, cuyos contratos se hayan extinguido por despido colectivo después de los cincuenta y dos años, evitando toda discriminación por razón de edad”.

Por otro lado, el art. 9.3 RPDC recoge una serie de materias, las cuales deben de preverse en el plan de recolocación externa “inicial” a través de una serie de medidas efectivas adecuadas a su finalidad. Tales materias son:

“a) De intermediación consistentes en la puesta en contacto de las ofertas de trabajo existentes en otras empresas con los trabajadores afectados por el despido colectivo.

---

y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *La intermediación en el mercado de trabajo: análisis y propuestas*, Madrid, La Ley, 2012, pp. 393 y 394.

<sup>1022</sup> En palabras de SÁEZ LARA, C.: “Espacios y funciones de las empresas de recolocación”, op. cit., pp. 338-339 y 343.

<sup>1023</sup> ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, op. cit., p. 164.

b) De orientación profesional destinadas a la identificación del perfil profesional de los trabajadores para la cobertura de puestos de trabajo en las posibles empresas destinatarias de la recolocación.

c) De formación profesional dirigidas a la capacitación de los trabajadores para el desempeño de las actividades laborales en dichas empresas.

d) De atención personalizada destinadas al asesoramiento de los trabajadores respecto de todos los aspectos relacionados con su recolocación, en especial, respecto de la búsqueda activa de empleo por parte de los mismos”.

Como ya se ha indicado, el empresario deberá, junto con la comunicación inicial del despido colectivo, presentar un plan de recolocación externa “inicial” que deberá contener una serie de medidas para hacer efectivas las recién citadas materias. Durante el proceso de consulta-negociación tales acciones pueden modificarse o perfeccionarse en virtud de la transacción entre los sujetos negociadores, por lo que el empresario deberá de presentar un plan de recolocación “final” o definitivo con la finalización del procedimiento de despido colectivo si ha habido cambios durante la negociación.

No obstante, autorizada doctrina entiende que la obligación del art. 51.10 ET se entiende cumplida con la simple presentación del plan inicial, con los contenidos que establece el art. 9.2 que son bastante genéricos y que casi son tributarios de una definición de lo que es la recolocación o el *outplacement*<sup>1024</sup>. Deberían de implementarse reformas legales que acompañen una mayor intervención e implicación de los representantes de los trabajadores en el diseño e implementación del plan. Podría resultar adecuado que se sometiera a acuerdo la elección de la empresa de recolocación encargada de prestar tales servicios; que el empresario tuviera que indicar necesariamente el coste que le suponen los servicios de recolocación por trabajador; así como que se detallara suficientemente en el plan los servicios mínimos que va a recibir cada trabajador<sup>1025</sup>.

---

<sup>1024</sup> SÁEZ LARA, C.: *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, op. cit., p. 187 indica que el análisis de los acuerdos alcanzados en consultas pone de manifiesto la escasa visibilidad del plan de recolocación externa, ya que muchas veces tales acuerdos se limitan a recoger su existencia o a mencionar a la empresa de recolocación externa que se ha contratado, siendo excepcional el acuerdo que incorpora el propio plan de recolocación a su contenido.

<sup>1025</sup> MOLINA HERMOSILLA, O.: *La conformación del nuevo sector para la prestación de servicios de recolocación. Balance y análisis de experiencias surgidas en el ámbito de los planes de recolocación externa*, op. cit., pp. 80-82.

En cuanto a la duración de plan de recolocación externa, tanto el Estatuto de los Trabajadores como el Reglamento de despido colectivo establecen un plazo de 6 meses<sup>1026</sup>, que se configura como un plazo mínimo, por lo que podrá ser ampliado, tanto por acuerdo de las partes como por voluntad del empresario<sup>1027</sup>.

La financiación del plan de recolocación externa no recaerá sobre los trabajadores. El art. 51.10 ET especifica que “el coste de la elaboración e implantación de dicho plan no recaerá en ningún caso sobre los trabajadores”. En coherencia con lo establecido con carácter general para los servicios de intermediación en el mercado de trabajo, tales deberán de ser gratuitos para el trabajador. Quien debe de hacer frente al coste del plan de recolocación externa es el empresario que efectúa los despidos colectivos, consistiendo el precio, normalmente, en un porcentaje en relación con el último salario recibido por parte del trabajador afectado<sup>1028</sup>. En efecto, en el contrato mercantil o civil que debe de realizar la agencia de recolocación y la empresa cliente deberá de fijarse el precio correspondiente por los servicios de recolocación, siempre que esta primera agencia no sea colaboradora de los servicios públicos de empleo<sup>1029</sup>.

No obstante, la fijación de estos precios en la prestación de un servicio de intermediación laboral, que debería de ser público-social, en un régimen de libre competencia conduce una “guerra de precios”, claramente negativa en cuanto al sentido del plan de recolocación externa<sup>1030</sup>. Si tenemos en cuenta que el precio suele fijarse en función del número de trabajadores atendidos, tampoco se olvide que, a pesar de que el plan de recolocación externa es obligatorio para despidos colectivos de más de 50 personas, la adhesión a dicho plan por parte del trabajador es voluntaria, lo cual se puede

---

<sup>1026</sup> El informe SÁNCHEZ TORRES, E.; BEL ANTAKI, J.; GINÈS I FABRELLAS, A. y ZELICH, M.: *Informe sobre planes de recolocación. Los servicios de recolocación en la práctica: ¿cómo mejorar su efectividad?*, ESADE (IEL) – LHH, 2015, recomienda que se incremente su duración, aunque no indica plazo concreto pero sí recoge que el tiempo medio de duración de los planes de recolocación es de 8 meses.

<sup>1027</sup> Véase, la SAN de 11 de marzo de 2013 (rec. 381/2012), que recoge un supuesto en el que se pactó un plan de recolocación de 24 meses, superando el mínimo legal de 6 meses, e incluso con un compromiso de recolocación del 85% de los trabajadores afectados.

<sup>1028</sup> DE LA CASA QUESADA, S.: “Las empresas de recolocación (“outplacement”) y nuevos derechos del trabajador a la prevención del desempleo”, op. cit., p. 141.

<sup>1029</sup> ALMENDROS GONZÁLEZ, M.Á.: “El papel de otras agencias y entidades en la colocación”, op. cit., p. 504.

<sup>1030</sup> MOLINA NAVARRETE, C.: “La gestión pública de los “erte” (regulación temporal de empleo) y de los “ere” (regulación extintiva) en el autogobierno andaluz: balance y perspectivas pospandemia”, op. cit., p. 182.

traducir en que el empresario no fomente ni difunda en exceso el plan de recolocación ya que cuantas menos personas se adhieran, menor será el coste para la empresa<sup>1031</sup>.

Por último, es necesario indicar que es posible que, ante el silencio de la norma, el empresario se limite a presentar, o en el mejor de los casos a negociar, el plan de recolocación externa y que, una vez que esto ocurra, el empresario e incluso los representantes de los trabajadores se desentiendan. En este sentido, podría resultar oportuno que durante la negociación del plan de recolocación externa en las consultas se incluyeran medidas que garanticen el control y seguimiento del plan en su implementación. Podría ser útil, no solo que se introdujeran estas previsiones con carácter previo en el propio convenio colectivo, sino que se incluyeran en la negociación las distintas vías para el estudio posterior del plan (la creación de una comisión *ad hoc*) o los criterios para evaluar el nivel de cumplimiento (incluir compromisos concretos de recolocación, tanto a cuantitativos como cualitativos)<sup>1032</sup>. Las mejoras prácticas en materia de plan de recolocación externa han optado por el incremento de la indemnización en aquellos casos en los que se incumpla el compromiso de recolocación transcurrido un determinado plazo, que suele coincidir con el tiempo que dure la prestación de servicios de recolocación<sup>1033</sup>.

#### 3.2.4. *Los servicios públicos de empleo y la actividad de recolocación*

En primer lugar, es necesario indicar que el art. 51.10 ET reconoce que “La autoridad laboral, a través del servicio público de empleo competente, verificará la acreditación del cumplimiento de esta obligación y, en su caso, requerirá a la empresa para que proceda a su cumplimiento”. Esto es, será el servicio público de empleo competente el que compruebe si se ha presentado o no un plan de recolocación externa en los supuestos en los que exista la obligación (despidos de más de 50 trabajadores en una empresa no concursada), requiriendo a la empresa para que cumpla en el caso de que no lo haya hecho.

---

<sup>1031</sup> MOLINA HERMOSILLA, O.: *La conformación del nuevo sector para la prestación de servicios de recolocación. Balance y análisis de experiencias surgidas en el ámbito de los planes de recolocación externa*, op. cit., p. 58.

<sup>1032</sup> *Ibidem*, pp. 81 y 82 y 119-121.

<sup>1033</sup> V.gr.: la STS de 2 de abril de 2019, rec. 433/2018, recoge entre sus hechos probados el caso de una empresa que realiza un despido colectivo y reconoce como garantía de cumplimiento del plan de recolocación que si no se produce tal recolocación al final del plan se abonará una indemnización adicional.

Para algunos autores hubiera sido más lógico que la autoridad competente para el control del cumplimiento del plan de recolocación externa hubiera sido la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, pues esta facultad de comprobación está muy ligada con las funciones de este cuerpo inspector y con el procedimiento administrativo sancionador<sup>1034</sup>. En efecto, en virtud de este control atribuido *ex lege* si el servicio público de empleo competente aprecia que el plan de recolocación externa está siendo incumplido deberá de advertirlo al empresario y, si este persiste en su incumplimiento, deberá de comunicarlo a la ITSS para que sancione conforme a lo previsto en la infracción administrativa muy grave del art. 8.14 TRLISOS<sup>1035</sup> (aunque también puede ser que tal infracción sea apreciada por la propia ITSS ya que, no se olvide, su informe debe de referirse al plan de recolocación externa y su falta o no de cumplimiento).

Cabe preguntarse, por tanto, si al servicio público de empleo se le conceden otras facultades de intervenir o acompañar en el proceso de recolocación externa, más allá del mero control en el cumplimiento formal. En efecto, autorizada doctrina ha venido destacando el papel que deben de cumplir los servicios públicos de empleo en la gestión de las transiciones laborales, desde una perspectiva preventiva y activa, que no intervenga solo cuando la persona ya ha perdido su trabajo y se encuentra en desempleo. Se citan algunas experiencias internacionales de éxito en procesos de reestructuración en los que los servicios públicos de empleo han establecido con las empresas una cooperación a largo plazo a través de servicios de información, consejo y orientación a los trabajadores frente a los despidos colectivos<sup>1036</sup>.

Para intentar responder a esta cuestión es necesario acudir a lo dispuesto en la reciente Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo. Por un lado, dicha ley incluye a las “personas provenientes de sectores de reestructuración” como colectivo de atención prioritaria (art. 50) y, por otro lado, los art. 40.3 y 44 especifican que la actividad de recolocación podrá ser desarrollada directamente por los servicios públicos de empleo, aunque pudiera llegar a entenderse del tenor literal que dicha intervención directa solo

---

<sup>1034</sup> SÁEZ LARA, C.: *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, op. cit., p. 86.

<sup>1035</sup> “El incumplimiento por el empresario de la obligación establecida en el apartado 10 del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores o de las medidas sociales de acompañamiento asumidas por el empresario en el marco de los procedimientos de despido colectivo”.

<sup>1036</sup> SÁEZ LARA, C.: *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, op. cit., pp. 188 y 189, con cita en *The role of de Public Employment Services related to “Flexicurity” in the European Labour Markets*, Final Report, Employment, Social Affairs & Equal Opportunities Progress, March, 2009.

será precisa en aquellos supuestos que excedan de la obligación legal del art. 51.10 ET y el servicio público así lo estime oportuno (aunque tampoco se excluye la intervención directa en los primeros casos). En fin, se trata de una regulación un tanto confusa y ambigua que no deja claro en qué supuestos intervendrá directamente el servicio público de empleo, sujeto a su discrecionalidad, y en qué supuestos intervendrán las agencias de colocación (aunque por regla general estas intervendrán siempre en los planes de recolocación externa obligatorios).

Si bien puede decirse que se han producido algunos tímidos avances con la Ley 3/2023, pues antes no se hacía referencia a la intervención directa de los servicios públicos de empleo en las actividades de recolocación (y, de hecho, el art. 51.10 ET obliga a contratar con una empresa privada de recolocación externa), tampoco se puede concluir en que haya habido un radical cambio de modelo, que fomente el papel protagonista de la Administración en los procesos de transición laboral.

En cuanto a la relación que existe entre las agencias de recolocación y el servicio público de empleo tampoco se puede llegar a indicar que la supervisión y el control público sea suficiente. Las agencias de colocación solo tienen que suministrar periódicamente información a los servicios públicos de empleo respecto a las personas trabajadoras atendidas y las actividades de recolocación que desarrollan (art. 43.3.a) Ley de Empleo 2023)<sup>1037</sup>. Unas obligaciones de información y control que se refuerzan cuando la agencia de recolocación es una entidad colaboradora (vid., arts. 26 y 27 Ley de Empleo).

No obstante, ha venido siendo una frecuente crítica que la colaboración público-privada haya desempeñado un escaso protagonismo en las actividades de recolocación<sup>1038</sup>, al margen de lo previsto en algunos planes, como el *Plan Reincorpora-T* para desempleados de larga duración (2019-2021)<sup>1039</sup>. Queda por ver, por tanto, si se

---

<sup>1037</sup> El documento “Agencias de colocación. Obligaciones y requisitos de actuación” elaborado por la Comisión de coordinación y seguimiento del SISPE obliga a enviar información de la actividad como agencia de colocación mensualmente y de forma anual.

<sup>1038</sup> En este sentido, cfr., MOLINA NAVARRETE, C.: «La gestión pública de los “ERTE” (regulación temporal de empleo) y de los “ERE” (regulación extintiva) en el autogobierno andaluz: balance y perspectivas pospandemia», en *Temas Laborales*, N.º 160, 2021, pp. 151-188.

<sup>1039</sup> El Plan Trienal para prevenir y reducir el paro de larga duración 2019-2021 (*Plan Reincorpora-T*) ha invertido cerca de 96 millones de euros en colaboración público-privada de actividades de recolocación para personas trabajadores de 45 y más años de edad incluidas en procedimientos de despido colectivo, aunque se critica la falta de transparencia en los resultados del mismo. Vid., AGUILAR GONZÁLVEZ, M.C.:

toman las medidas adecuadas para que el servicio público de empleo intervenga de forma preventiva y proactiva en los procesos de transición y recolocación laboral, aunque sea a través de la fórmula de la colaboración público-privada<sup>1040</sup>. Si así ocurre ello puede suponer un ahorro para las arcas de la Seguridad Social en prestaciones por desempleo a causa del éxito en la recolocación; un ahorro que debería de reinvertirse en el mercado de los servicios de recolocación con el fin de impulsar la calidad de los servicios prestados y la mejora y continuidad de estos sobre los colectivos con más dificultades de inserción<sup>1041</sup>.

### 3.3. *Las medidas sociales de acompañamiento*

#### 3.3.1. *Introducción*

Ya se ha comentado que desde la Reforma laboral de 2012 el antiguo plan de acompañamiento social ha sido sustituido por el plan de recolocación externa en caso de despido de más de 50 trabajadores. Con ello, la referencia a las medidas sociales de acompañamiento aparece como contenido del período de consultas en el art. 51.2 ET y art. 7.1 RPDC, en clara sintonía con lo que establece la Directiva comunitaria, la Carta Social Europea revisada y el Convenio 158 de la OIT.

El tenor literal de la norma española indica que: “la consulta con los representantes legales de los trabajadores deberá versar, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento, tales como medidas de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad”. Esto es, que las consultas deberán de dirigirse a alcanzar un acuerdo sobre las medidas destinadas, en primer lugar, a evitar el despido o, si ello no fuera posible, a reducir el número de extinciones o bien a atenuar los efectos del despido a través de medidas que ayuden al futuro empleo de las personas afectadas<sup>1042</sup>.

---

«Desempleo de larga duración, colectivos vulnerables y la reformulación de las políticas activas de empleo», en *Lan Harremanak*, N.º 46, 2021, p. 142.

<sup>1040</sup> El Plan Anual de Política de Empleo para 2022, aprobado por resolución de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social en fecha de 26 de abril de 2022, establece como uno de los servicios comunes el “apoyo a los procesos de recolocación en los supuestos previstos legalmente”.

<sup>1041</sup> Así opina SÁNCHEZ TORRES, E.; BEL ANTAKI, J.; GINÈS I FABRELLAS, A. y ZELICH, M.: *Informe sobre planes de recolocación. Los servicios de recolocación en la práctica: ¿cómo mejorar su efectividad?*, ESADE (IEL) – LHH, 2015.

<sup>1042</sup> FALGUERA BARÓ, M.À.: *El procedimiento del despido colectivo y el desarrollo del período de consultas: criterios judiciales*, op. cit., p. 104.



El nuevo modelo normativo del despido colectivo tras su modificación en el año 2012 no recoge como contenido de la comunicación inicial del procedimiento de despido colectivo la oferta de medidas sociales de acompañamiento, por lo que esta debería de quedar relegada, según el sentido del art. 51.2 ET, al propio procedimiento de consulta-negociación y, en concreto, a la primera reunión con los representantes de los trabajadores<sup>1043</sup>. No obstante, tal y como se analizará, el diseño normativo en su conjunto, comenzando por la exclusión de las medidas sociales de acompañamiento de la comunicación inicial, y la escasa atención por parte del control judicial, permiten que fuerza jurídica de la obligación negociar de medidas sociales de acompañamiento en el despido colectivo sea ciertamente débil.

### 3.3.2. Tipología

El artículo 8 RPDC desarrolla las medidas sociales de acompañamiento a título “ejemplificativo” o “simplemente enunciativo”, a través de la fórmula “entre otras”<sup>1044</sup>. El reglamento simplemente recoge una sistematización de las medidas sociales más genéricas, o habitualmente utilizadas durante las épocas pasadas de la reconversión industrial<sup>1045</sup>, cuya principal finalidad es servir al procedimiento de consulta-negociación como “guía”, sin que se configuren según la doctrina científica más autorizada como contenido mínimo o imprescindible del plan<sup>1046</sup>. Esto es, que los interlocutores durante el procedimiento de despido colectivo no tendrán que negociar cada una de estas medidas sociales de acompañamiento, sino simplemente algunas de ellas, o incluso otras que no estén especialmente previstas en el listado del art. 8 RPDC.

Dicho lo anterior, el artículo 8 RPDC establece una doble categoría de medidas sociales, en función de que sirvan para evitar o reducir los despidos colectivos (medidas “curativas” o medidas alternativas<sup>1047</sup>), o bien sirvan para atenuar las consecuencias del

---

<sup>1043</sup> SÁEZ LARA, C.: *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, op. cit., p. 129.

<sup>1044</sup> ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, op. cit., versión digital.

<sup>1045</sup> MOLINA NAVARRETE, C.: “La gestión pública de los “erte” (regulación temporal de empleo) y de los “ere” (regulación extintiva) en el autogobierno andaluz: balance y perspectivas pospandemia”, op. cit., p. 177.

<sup>1046</sup> Para MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornadas*, op. cit., pp. 120 y 121, el RPDC hace una labor formal de mera sistematización y documentación de medidas genéricas que puedan servir al contenido de las consultas.

<sup>1047</sup> También se habla de “medidas elusivas de la reestructuración” cuando finalmente se evite realizar un despido colectivo y “medidas reductoras de efectos” cuando se reduzca el número de trabajadores

despido colectivo en los trabajadores afectados (medidas “paliativas” o medidas complementarias).

En concreto, el apartado primero del art. 8 RPDC indica que entre las medidas para evitar o reducir los despidos colectivos se podrán considerar, “entre otras”, las siguientes:

a) La recolocación interna de los trabajadores dentro de la misma empresa o, en su caso, en otra del grupo de empresas del que forme parte.

b) Movilidad funcional de los trabajadores, conforme a lo dispuesto en el artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores.

c) Movilidad geográfica de los trabajadores, conforme a lo dispuesto en el artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores.

d) Modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo de los trabajadores, conforme a lo dispuesto en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores.

e) Inaplicación de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable conforme a lo dispuesto en el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores.

f) Acciones de formación o reciclaje profesional de los trabajadores que puedan contribuir a la continuidad del proyecto empresarial.

g) Cualquier otra medida organizativa, técnica o de producción dirigida a reducir el número de trabajadores afectados.

En esta última letra pueden tener cabida los supuestos de suspensión del contrato o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas *ex art. 47 ET* (también conocidos como ERTE), a pesar de que no se mencionen expresamente en el listado del art. 8 RPDC<sup>1048</sup>. Incluso podría darse la situación de la compatibilidad del despido colectivo con la negociación del mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo en el seno de la consulta-negociación (art. 47 bis ET), aunque también es necesario indicar que ambos procedimientos de negociación no son

---

afectados. FALGUERA BARÓ, M.À.: *El procedimiento del despido colectivo y el desarrollo del período de consultas: criterios judiciales*, op. cit., p. 104.

<sup>1048</sup> TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: “Las medidas de acompañamiento social en los procesos de reestructuración de empresas”, op. cit., p. 311. En el mismo sentido, NAVARRO NIETO, F.: “Medidas sociales de acompañamiento y mantenimiento del empleo”, op. cit., p. 273.

equivalentes, ya que el mecanismo RED necesita de la activación por parte del Consejo de Ministros y de una autorización ante la autoridad laboral.

Tal y como se analizará con posterioridad, este primer grupo de medidas sociales para evitar o reducir la virtualidad del despido colectivo deben de negociarse dentro del mismo procedimiento de consulta-negociación, sin que tenga que celebrarse otro período negociador (*vid.*, STS de 29 de enero de 2019, rec. 168/2018)<sup>1049</sup>. Según la sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de mayo de 2013 (rec.108/2013) “es parte del periodo de consultas del despido colectivo el debate que pueda suscitarse sobre cada una de estas cuestiones, y ello podrá dar lugar, en su caso, a la adopción de medidas de flexibilidad interna que sustituyan o acompañen a la flexibilidad externa, puesto que, si no pudieran contemplarse en el proceso de despido colectivo, sería absurdo que el legislador las planteara al hilo del mismo”.

Por otro lado, el artículo 8.2 RPDC, basándose en las medidas de intervención pública que se desarrollaron con las reestructuraciones de determinados sectores (textil, calzado, juguetes o mueble) en los años 2000<sup>1050</sup>, indica que, entre las medidas para atenuar las consecuencias en los trabajadores afectados, podrán considerarse, “entre otras,” las siguientes:

a) El derecho de reingreso preferente en las vacantes del mismo o similar grupo profesional que se produzcan en la empresa dentro del plazo que se estipule.

b) La recolocación externa de los trabajadores a través de empresas de recolocación autorizadas. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo siguiente (art. 9 RPDC), en el caso de que se consideren estas medidas, deberá incluirse en la documentación del procedimiento, además de la concreción y detalle de las mismas, la identificación de la empresa de recolocación autorizada para llevarlas a cabo.

c) Acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad de los trabajadores.

---

<sup>1049</sup> POQUET CATALÁ, R.: Análisis de la actual configuración del despido colectivo, op. cit., versión electrónica.

<sup>1050</sup> NAVARRO NIETO, F.: “Medidas sociales de acompañamiento y mantenimiento del empleo”, op. cit., p. 274. Para FALGUERA BARÓ, M.À.: El procedimiento del despido colectivo y el desarrollo del período de consultas: criterios judiciales, op. cit., p. 104 es un catálogo de buenas prácticas.

d) Promoción del empleo por cuenta propia como autónomos o en empresas de economía social, siempre que no persigan la continuidad de la prestación laboral de los trabajadores afectados hacia la misma empresa mediante 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.

e) Medidas compensatorias de los gastos derivados de la movilidad geográfica.

f) Medidas compensatorias de las diferencias salariales con un nuevo empleo.

En definitiva, el artículo 8 RPDC recoge dos tipos de medidas, alternativas o complementarias, que no son excluyentes, sino que pueden ser concurrentes, por lo que se podrán negociar y prever en el acuerdo medidas de distinto signo<sup>1051</sup>. Además, el citado artículo recoge una lista abierta, que no es de carácter cerrada o taxativa y que permite introducir otra serie de medidas sociales de acompañamiento<sup>1052</sup>.

En efecto, las partes pueden pactar garantías de mantenimiento del empleo de los trabajadores no afectados por el despido y la consiguiente obligación empresarial de no proceder a nuevas extinciones de contratos hasta el cumplimiento del período prefijado (SSTJS de Cataluña 5 diciembre 2013, rec. 4187/13; y de la C. Valenciana 11 abril 2013, rec. 941/13). Por otra parte, también se han negociado otro tipo de medidas como que se excluya de las extinciones forzosas a trabajadores que concilien la vida familiar y profesional, mayores de 50 años, personas con discapacidad (SAN 13 noviembre 2015, proc. 257/15); que se promuevan medidas de jubilación anticipada con fuertes incentivos para los excedentes forzosos (SAN 18 enero 2016, proc. 311/15); que se pacte, como alternativa al despido, la novación de contratos a tiempo completo en contratos a tiempo parcial (SAN 9 febrero 2014, Proc. 241/14; STS 24 noviembre 2015, rec. 154/15), así como la novación de contratos fijos en contratos fijos discontinuos, cuando se convino como alternativa al despido colectivo (SSTS 19 marzo 2014, rec. 226/13, y de 22 septiembre 2014, rec. 305/13) o que se pacte un acuerdo entre la empresa y los trabajadores que venga a configurar un régimen jurídico más beneficioso que el previsto legalmente para las excedencias voluntarias, en cuanto incluye la percepción de una cierta

---

<sup>1051</sup> FALGUERA BARÓ, M.À.: El procedimiento del despido colectivo y el desarrollo del período de consultas: criterios judiciales, op. cit., p. 104.

<sup>1052</sup> POQUET CATALÁ, R.: Análisis de la actual configuración del despido colectivo, op. cit., versión electrónica.

indemnización y se garantiza que la incorporación lo sea en una plaza análoga conservando salario, antigüedad y nivel profesional (STS 17 mayo 2017, EDJ 96496). Por el contrario, se ha considerado fraudulento un acuerdo de despido colectivo en empresa sin actividad alguna en los tres últimos años (STS 20 mayo 2015, EDJ 129856)<sup>1053</sup>.

También se debe de incluir aquí, siquiera sea de forma limitada y al margen de los planes de prejubilación o las jubilaciones anticipadas incentivadas (que no se constituirían en nuestra opinión como medidas sociales de acompañamiento propiamente dichas, pues no buscan ni el mantenimiento del empleo ni el tránsito hacia un nuevo trabajo), la aportación económica al Tesoro Público del art. 51.11 ET, pues dicha aportación supone una financiación, al menos en parte, de las acciones de inserción laboral de trabajadores de 50 años o más por parte del servicio público de empleo<sup>1054</sup>. Del mismo modo, el convenio especial con la Seguridad Social en caso de despido de trabajadores de 55 años o más del art. 51.9 ET también se podría contemplar como una medida social de acompañamiento<sup>1055</sup>.

Por último, algunos autores han determinado que las medidas de flexibilidad interna idóneas destinadas a la evitación del despido, más allá del ERTE o como complemento, siempre que sean negociadas, son: la movilidad funcional interna mediante programas de formación y recualificación; recolocaciones directas internas; acuerdos temporales sobre inaplicación de incrementos salariales pactados, con cláusulas de posterior recuperación y actualización salarial; y acuerdos temporales sobre flexibilidad del tiempo de trabajo. Por otro lado, entre las medidas sociales de acompañamiento dirigidas a paliar los efectos de los despidos colectivos, una vez que estos son inevitables, destacan como mejores prácticas: las recolocaciones directas externas; las ayudas individualizadas para la

---

<sup>1053</sup> Estas medidas se recogen en TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: “Las medidas de acompañamiento social y los planes de recolocación externa en los despidos colectivos tras la reforma de 2012”, op. cit., p. 332.

<sup>1054</sup> “Al menos el 50 % de las cantidades recaudadas en el ejercicio inmediatamente anterior se consignarán en el presupuesto inicial del Servicio Público de Empleo Estatal con la finalidad de financiar acciones y medidas de reinserción laboral específicas para el colectivo de los trabajadores de cincuenta o más años que se encontraran en situación legal de desempleo, para lo cual en el presupuesto del Servicio Público de Empleo Estatal deberán constar créditos destinados a financiar este tipo de acciones y medidas” (disposición adicional 16ª de la Ley 27/2011, apartado 12).

<sup>1055</sup> NAVARRO NIETO, F.: “Medidas sociales de acompañamiento y mantenimiento del empleo”, op. cit., p. 275, incluye estas dos medidas como parte de las medidas sociales de acompañamiento.

búsqueda de empleo; la formación; las bolsas de empleo; y las recolocaciones diferidas<sup>1056</sup>.

*A) La indemnización en el despido colectivo y la escasa visión de una reestructuración socialmente responsable*

Más allá de lo anterior, ha venido siendo común que en las operaciones de reestructuración empresarial se haya optado por una postura meramente defensiva, esto es, basada sobre el ofrecimiento casi o en exclusiva de indemnizaciones superiores al mínimo legal. A través de la técnica de las “bajas incentivadas” se pretende que el trabajador acceda voluntariamente a la extinción de su contrato de trabajo en el marco de un procedimiento de despido colectivo, fuertemente incentivado con cuantiosas cantidades económicas, sin que se prevean otro tipo de medidas alternativas o complementarias al despido colectivo. Esto es lo que se ha conocido por la doctrina más autorizada como “planes económicos”, los cuales no cumplían los estándares del antiguo plan social, y no pueden ser catalogados hoy en día estrictamente como medidas sociales de acompañamiento, pues solo prevén medidas económicas de tipo individual, sin que tengan reflejo en la dimensión “empleativa” o profesional de los trabajadores afectados (al margen de no evitar o reducir el número de despidos colectivos)<sup>1057</sup>.

Precisamente la monetización de los despidos estuvo en el debate de la reforma de 1994, donde se introdujo la obligatoriedad del plan social, y en la reforma de 2012. La Exposición de motivos del RD-ley 3/2012 y Ley 3/2012 se refiere a esta cuestión para justificar la supresión de la fase de autorización administrativa en el despido colectivo, pues indica que “de ahí seguramente la tendencia a alcanzar acuerdos con los representantes de los trabajadores durante el período de consulta como modo de asegurar la autorización por parte de la autoridad laboral”, acuerdos que se han alcanzado “muchas veces a costa de satisfacer indemnizaciones a los trabajadores despedidos por encima de la legalmente prevista para este despido”. Y añade: “se desnaturaliza así, en buena

---

<sup>1056</sup> ARAGÓN MEDINA, J.; ROCHA SÁNCHEZ, F.; FUENTE SANZ, L. DE LA.: *Los planes sociales en los procesos de reestructuración de empresas en España*, Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2010, p. 161.

<sup>1057</sup> SERRANO GARCÍA, J.M.: El plan social en los despidos colectivos, op. cit., pp. 101 y ss., así lo defiende tras analizar los planes sociales de los expedientes resueltos por la Dirección General del Trabajo desde 1994 hasta la publicación del trabajo, en 2002. A las mismas conclusiones llega la autora en su trabajo “El plan social obligatorio para las reestructuraciones empresariales socialmente responsables”, *Temas laborales*, N.º 99, 2009, pp. 205-236 cuando analiza los expedientes presentados en los dos últimos años a la fecha de publicación.

medida, el período de consultas con los representantes de los trabajadores que, en atención a la normativa comunitaria, deben versar sobre la posibilidad de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias, mediante el recurso a medidas sociales destinadas, en especial, a la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos”.

Esta voluntad de desplazar la negociación de medidas de tipo indemnizatorio frente a otro tipo de medidas alternativas o complementarias al despido colectivo, parece ser la razón de que el art. 8 RPDC no recoja entre el listado de medidas sociales de acompañamiento ninguna referencia a la indemnización. En cambio, para algunos autores la indemnización podría tener cabida en el art. 8.2.f) (“medidas compensatorias de las diferencias salariales con un nuevo empleo”), aunque, como se dijo con anterioridad, el listado del art. 8 RPDC solo tiene carácter ejemplificativo y en ningún caso supone un *numerus clausus*.

No obstante, al margen de la ausencia en el art. 8 RPDC, que como vemos no es realmente significativa, la regulación actual del despido colectivo no prevé realmente un sistema de promoción de negociación de medidas sociales de acompañamiento, en el sentido de medidas tendentes a evitar o reducir el despido, así como a atenuar sus efectos<sup>1058</sup>. Como expresa la doctrina científica, aunque la experiencia práctica haya sido variada, y exista cierta dificultad en acceder a las medidas sociales de acompañamiento negociadas, ya que los acuerdos de despido colectivo no son objeto de registro y publicación, no existe ciertamente en los últimos tiempos un cambio de modelo.

Así, “las MSA han girado en torno a las medidas para atenuar las consecuencias en los trabajadores afectados, siendo las medidas centrales las indemnizaciones, las bajas voluntarias o jubilaciones anticipadas. Son escasos los acuerdos colectivos que incluyen suspensiones o reducciones de jornadas como soluciones alternativas a los despidos; el resto de medidas de flexibilidad interna suelen ser complementarias y dispersas. Las medidas de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad de los trabajadores suelen ser marginales”<sup>1059</sup>.

---

<sup>1058</sup> TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: “Las medidas de acompañamiento social y los planes de recolocación externa en los despidos colectivos tras la reforma de 2012”, *Revista de Derecho Social*, N.º 64, 2013, pp. 61-86.

<sup>1059</sup> NAVARRO NIETO, F.: “Medidas sociales de acompañamiento y mantenimiento del empleo”, *op. cit.*, p. 279.

En efecto, la utilización del procedimiento de despido colectivo como vía para expulsar a los trabajadores maduros, a través de jubilaciones anticipadas o prejubilaciones, también supone un uso de la indemnización como principal herramienta del acuerdo de despido colectivo. “Medidas estrella” en la reestructuración empresarial que, sin embargo, tienen un efecto muy nocivo para la sostenibilidad del sistema de pensiones públicas y, por ende, van en contra de la prolongación de la vida activa laboral<sup>1060</sup>.

La prejubilación, como situación puente que une el cese definitivo en la actividad laboral de un trabajador con el acceso a la jubilación<sup>1061</sup>, conlleva el consumo de prestaciones contributivas por desempleo y prestaciones del nivel asistencial (subsídios por desempleo para mayores de 52 en la actualidad<sup>1062</sup>) y, además, se suele acceder a la pensión de jubilación de forma anticipada. Por ello, se produce una “socialización” de los costes empresariales de despedir<sup>1063</sup>, en el pasado reciente incluso con el apoyo de ayudas públicas<sup>1064</sup>, por un lado, y de la protección social complementaria en general<sup>1065</sup>, por otro. Aunque también es cierto que se han introducido medidas correctoras de estos perjuicios a las arcas del Estado, como la denominada aportación económica al Tesoro Público o el convenio especial con la Seguridad Social en casos de despidos colectivos de trabajadores de 55 años o más.

Entre las circunstancias que han promovido la negociación preferente de medidas económicas indemnizatorias se sitúa la elevada complejidad y coste de la implantación de un verdadero plan social, compuesto de medidas alternativas o complementarias al despido colectivo, tales como las recolocaciones directas; la reducción de la jornada o del

---

<sup>1060</sup> LÓPEZ INSUA, B.M.: “El despido colectivo y los trabajadores de edad avanzada”, en VV.AA.: Envejecimiento activo y vida laboral, MONEREO PÉREZ, J.L. y MALDONADO MOLINA, J.A (Dir.), Granada, Comares, 2019, pp. 409-437.

<sup>1061</sup> Definición elaborada por LÓPEZ CUMBRE, L.: La prejubilación, Madrid, Civitas, 1998, p. 86, por la que la prejubilación es la “situación, de hecho y de derecho, en que queda un trabajador por razón de su edad, próxima a la jubilación, desde el momento en que se extingue su contrato de trabajo hasta que percibe una pensión de jubilación del sistema de Seguridad Social, ya sea anticipada u ordinaria”.

<sup>1062</sup> El Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, vuelve a reducir la edad a 52 años para el subsidio por desempleo.

<sup>1063</sup> MONEREO PÉREZ, J. L.: “EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación”, op. cit., p. 174.

<sup>1064</sup> LÓPEZ CUMBRE, L.: “Capítulo 9. La prejubilación”, en VV.AA.: Tratado de Derecho de la Seguridad Social. Tomo II, MONEREO PÉREZ, J.L. et al. (Dir.), Murcia, Laborum, 2017, pp. 37-60.

<sup>1065</sup> LÓPEZ INSUA, B.M.: “La protección frente al despido de los trabajadores mayores como elemento para la sostenibilidad de las pensiones”, op. cit., pp. 103 y 104.



salario; la movilidad funcional; los traslados; las recolocaciones diferidas; las ayudas para crear empresas; las ayudas para la formación o readaptación profesional, etc. Y a ello contribuye la escasa financiación pública de las medidas sociales de acompañamiento, al contrario de lo que ocurre en Francia, al margen de los incentivos que se han introducido en la regulación española con la Reforma laboral de 2021 para el recurso al ERTE o al mecanismo RED<sup>1066</sup>. Por todo ello, tradicionalmente se ha venido entendiendo que quien negociaba verdaderas medidas alternativas o complementarias al despido colectivo eran las grandes empresas, con una plantilla muy numerosa, suficientes recursos económicos propios y nunca en situación económica negativa<sup>1067</sup>.

Además, muchas veces los propios trabajadores o sus sujetos negociadores prefieren negociar indemnizaciones elevadas que otro tipo de medidas, llevados por el cortoplacismo o la desconfianza ante el cumplimiento empresarial de las medidas alternativas o complementarias ofrecidas por el banco empresarial.

En cuanto a la expulsión de los trabajadores maduros a través de jubilaciones anticipadas incentivadas o prejubilaciones, suele ser una opción que complace a las partes. Por un lado, al empresario por permitirle realizar un ajuste no traumático de plantilla, expulsando a los trabajadores que considera prescindibles o menos productivos; y a los trabajadores, que ven inevitable su pérdida de empleo y, por tanto, valoran la prejubilación como un mal menor, ya que pueden obtener una renta de sustitución más o menos equivalente a la percibida en el período de vida activa, con complementos al desempleo e incluso algunas veces a la pensión de jubilación<sup>1068</sup>.

La indemnización en el despido colectivo se entiende que, por remisión del artículo 51.4 ET al 53.1 ET para la comunicación individual del despido, sea la propia del despido objetivo. Esto es, veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades, según art. 53.1.b) ET, que, además, deberá de ser puesta a disposición junto con la carta de despido de forma simultánea. No obstante, estas reglas que no suponen normas de derecho dispositivo sino de derecho necesario han sido modificadas en otro sentido por acuerdo alcanzado en

---

<sup>1066</sup> Véase, principalmente la disposición adicional 44ª TRLGSS.

<sup>1067</sup> SERRANO GARCÍA, J.M.: *El plan social en los despidos colectivos*, op. cit., pp. 101 y ss.

<sup>1068</sup> MONEREO PÉREZ, J. L.: “EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, N.º Extra 1, 2010, pp. 187 y 188.

procedimiento de despido colectivo. Así, el Tribunal Supremo ha admitido, no solo que la indemnización legal pueda ser mejorada por ser norma de derecho necesario relativo<sup>1069</sup>, sino que también ha admitido el aplazamiento del abono en la indemnización (exceptuando la regla del art. 53.1.b) ET), siempre que este no sea desproporcionado<sup>1070</sup>.

### *3.3.3. La negociación de las medidas sociales de acompañamiento en el procedimiento de despido colectivo*

#### *A) Sobre la compatibilidad de la negociación de medidas de flexibilidad interna durante la fase de consulta-negociación del despido colectivo*

Como se ha venido indicando, durante el procedimiento de consulta-negociación del despido colectivo se deberán de negociar medidas sociales de acompañamiento, sobre todo si se atiende al tenor literal del art. 2.2 de la Directiva 98/59 y al contenido de las consultas del art. 51.2 ET, aunque ya se analizará que ello no ocurre así en todos los supuestos.

En concreto, el art. 8 RPDC reconoce como posibles medidas destinadas a evitar o reducir el número de despidos colectivos la negociación de distintas medidas de flexibilidad interna, tales como la movilidad geográfica, la movilidad funcional, las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, implícitamente la suspensión del contrato o la reducción de jornada, o bien la inaplicación de las condiciones de trabajo previstas en un convenio colectivo estatutario (“descuelgue convencional”).

En efecto, el Tribunal Supremo ha reconocido la compatibilidad de ambas negociaciones de flexibilidad interna y externa dentro del procedimiento de despido colectivo, sin que se admitan negociaciones fragmentadas (STS de 29 de enero de 2019, rec. 168/2018). De este modo, las reglas procedimentales de las medidas de flexibilidad interna son absorbidas por el propio procedimiento de despido colectivo<sup>1071</sup>, pues, una vez que se desarrolla adecuadamente la consulta-negociación del despido colectivo y se incluyen medidas alternativas o complementarias al despido, no será necesario desarrollar después las respectivas consultas relacionadas con la movilidad geográfica, la modificación sustancial, la reducción de jornada o suspensión del contrato de trabajo,

---

<sup>1069</sup> STS 28 de abril 2016 (rec. 3527/2014).

<sup>1070</sup> STS de 2 de junio de 2014 (RJ 2014, 4218); de 22 de julio de 2015 (RJ 2015, 4724 y RJ 2015, 4154) y de 22 de julio 2015 (RJ 2015, 4499).

<sup>1071</sup> LILLO PÉREZ, E.: “Consideraciones sobre la prioridad aplicativa del convenio de empresa y medidas de flexibilidad interna frente a los despidos colectivos”, en VV.AA.: Balance crítico de la reforma laboral, GUTIÉRREZ VELASCO, I. (Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 75 y ss.

etc<sup>1072</sup>. Eso sí, siempre y cuando los sujetos legitimados para intervenir en la comisión negociadora de sendos procedimientos sean los mismos, lo cual tendrá lugar siempre que los colectivos afectados sean idénticos<sup>1073</sup>. Hecho que, por ejemplo, no ocurrirá si se pretende que las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo afecten a un centro de trabajo, que no se ve implicado por la medida de despido colectivo y, por tanto, no tiene presencia en la comisión representativa de la consulta-negociación<sup>1074</sup>.

De igual modo, la compatibilidad entre sendas negociaciones y su inserción dentro del procedimiento de despido colectivo viene facilitada por parte de la regulación del Estatuto de los trabajadores, ya que aquellos procedimientos específicos de reestructuración interna (movilidad geográfica, movilidad funcional, modificación sustancial de condiciones de trabajo, suspensión o reducción de jornada) comparten con el despido colectivo las mismas causas económicas, técnicas, organizativas o productivas (al margen de algunos matices) y los mismos interlocutores sociales en virtud de su remisión al art. 41.4 ET, aunque también habrá que tener en cuenta que el plazo para la constitución de la comisión negociadora en el despido colectivo (15 días si no se cuenta con representación legal) o la duración de las consultas (30 días naturales para empresas con 50 trabajadores o más) se amplía respecto a la regla general del art. 41.4 ET. Mayor duda cabe con el descuelgue convencional del art. 82.3 ET, ya que remite para su negociación a los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo conforme a lo establecido en el art. 87.1 ET. El mecanismo RED también podría ser compatible, aunque como se indicó aquí se exige además el mecanismo de activación del Consejo de Ministros y la autorización de la autoridad laboral.

---

<sup>1072</sup> En este sentido, ORTEGA LOZANO, P.G.: *Medidas de flexibilidad externa colectiva en la reestructuración de empresas consecuencia del covid-19. Cuestiones prácticas a propósito del despido colectivo*, op. cit., p. 110, que incluso recuerda que la vía adecuada para impugnar las medidas de flexibilidad interna incluidas en el acuerdo del período de consultas del despido colectivo es procedimiento de impugnación judicial del despido colectivo [con cita en la STS de 17 de octubre de 2018 (RJ 2018, 5241)].

<sup>1073</sup> SÁEZ LARA, C.: *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, op. cit., p. 73.

<sup>1074</sup> Además, para FALGUERA BARÓ, M.À.: *El procedimiento del despido colectivo y el desarrollo del período de consultas: criterios judiciales*, op. cit., p. 108, es necesario que concurra el acuerdo para la acumulación de procedimientos, ya que, de lo contrario, deberán de llevarse a cabo los correspondientes procedimientos específicos de forma separada. Para este autor, el previo acuerdo en el despido colectivo es lo que da legitimidad suficiente para proceder al cambio de contenido contractual.

El mismo Tribunal Supremo reconoce que “el hecho de que en el marco de un PDC (procedimiento de despido colectivo) la empresa haya introducido, de forma originaria o sobrevenida, la adopción de medidas de movilidad geográfica o de modificación sustancial de condiciones de trabajo ni vulnera la libertad sindical, ni ataca el derecho a la negociación colectiva, ni sobrepasa los límites del diseño legal de lo que sea el PDC” (STS de 29 de enero de 2019, rec. 168/2018, fundamento de derecho 3º).

El procedimiento de consulta-negociación del artículo 51 ET es compatible con la negociación de medidas de flexibilidad interna en su seno ya que alberga mayores exigencias o garantías que el procedimiento de estas otras medidas de reestructuración empresarial, como la movilidad geográfica (art. 40 ET) o la modificación sustancial de las condiciones de trabajo (art. 41 ET). Por ello, el Tribunal Supremo no comparte que la introducción de medidas de flexibilidad interna en el despido colectivo comporte una minoración de derechos o bien una elusión de la regulación aplicable, es más, el propio diseño normativo alienta la introducción de medidas que eviten o compensen las extinciones contractuales<sup>1075</sup>.

En cambio, lo que no puede entenderse es que por la vía de, por ejemplo, el artículo 40 o 41 ET y sus consultas, este procedimiento acabe finalmente en extinciones contractuales merecedoras de un procedimiento de despido colectivo. Ello se debe a que el despido colectivo, precisamente por convertirse en una medida de *ultima ratio* para el mantenimiento de la empresa (o así debería de considerarse), contiene mayores exigencias formales y sustantivas que el resto de medidas de reestructuración empresarial<sup>1076</sup>.

En definitiva, las medidas sociales pueden ser fruto del pacto contenido en el acuerdo colectivo de fin de consultas e, incluso, en caso de que no se alcance tal acuerdo puede el empresario adoptar medidas sociales en su decisión final para reducir el impacto del despido colectivo, siempre que se hayan ofrecido en iguales términos a los representantes de los trabajadores durante el periodo de consultas. De este modo, no

---

<sup>1075</sup> SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. y DE FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, C.: “Nulidad de despido colectivo por vulneración de la libertad sindical: ausencia de negociación real de medidas de flexibilidad interna y oferta individual en masa. STS, Sala Social, de 29 de enero de 2019 (RC núm. 168/2018)”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, N.º 2, 2019, pp. 6 y 7.

<sup>1076</sup> ORTEGA LOZANO, P.G.: *Medidas de flexibilidad externa colectiva en la reestructuración de empresas consecuencia del covid-19. Cuestiones prácticas a propósito del despido colectivo*, op. cit., p. 111.

podría entenderse que el comportamiento empresarial está dirigido a vaciar de contenido a la negociación colectiva ni que se ha incurrido en mala fe negocial<sup>1077</sup>.

*B) Sobredimensionamiento inicial del despido colectivo, negociaciones individuales en masa y ausencia de buena fe negocial*

Dichas medidas sociales de acompañamiento, ya sean alternativas o complementarias, deben de ser negociadas en el seno del procedimiento de consulta-negociación y, con ello, en el seno de la comisión negociadora del procedimiento de despido colectivo, según las reglas ya especificadas con anterioridad. Lo que no puede hacerse es, por tanto, negociar tales medidas directamente con los trabajadores afectados pues, por aplicación de la doctrina de las negociaciones individuales en masa, ello quiebra el deber de negociación de buena fe que se establece en el artículo 51.2 ET y vicia de nulidad el procedimiento de despido colectivo, en el sentido de que se vulnera el derecho a la libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva de las organizaciones sindicales llamadas al proceso de negociación (c.fr.: SSTS de 11 de octubre de 2016, rec. 68/2016 y de 29 de enero de 2019, rec. 168/2018).

En concreto, la STS de 29 de enero de 2019 (rec. 168/2018) analiza una situación en la que a través de un procedimiento de despido colectivo se enmascara o esconde un procedimiento de reestructuración empresarial consistente en movilidades geográficas y funcionales. Para el Alto Tribunal ya desde el inicio de las consultas y en virtud de la memoria y el informe técnico, documentos presentados en el inicio del procedimiento, queda patente que la voluntad del empresario no es la de extinguir 91 contratos de trabajo por motivos productivos y organizativos (79 extinciones en una de las dos empresas afectadas del grupo empresarial), sino la de reestructurar las empresas a causa de una transformación en el sector, pues ofrece un mínimo de 58 puestos susceptibles de ser ocupados por los trabajadores potencialmente afectados, que posteriormente se ampliaría a 76 recolocaciones internas, de manera que solo serían necesarias 15 extinciones contractuales. Sin embargo, no se alcanza acuerdo entre las partes pues el banco social estima que no se ha aportado la información suficiente y que la negociación de este tipo de medidas de flexibilidad interna debería de discutirse en procedimiento específico. Finalmente, la empresa comunica su intención de llevar a cabo los despidos proyectados

---

<sup>1077</sup> SÁEZ LARA, C.: *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, op. cit., p. 183.

y abre un período de adscripción voluntaria a las medidas sociales de acompañamiento ofrecidas (recolocaciones internas y externas) según un calendario aplicativo.

Para el Tribunal Supremo desde el primer momento ya estaba reconociendo la empresa el sobredimensionamiento del número de despidos, dado que en la memoria y en el informe técnico se reconocía que la nueva estructura obligaría a ampliar la plantilla en determinados proyectos. Que la empresa hubiera ofrecido a menos de un mes del inicio del período de consultas una propuesta de recolocación de 58 puestos susceptibles de ser ocupados por los trabajadores potencialmente afectados por el despido colectivo da indicios de que en realidad la empresa no quiso utilizar los procedimientos de movilidad geográfica o de movilidad funcional. Más bien todo lo contrario, la empresa presentó un despido colectivo con el fin de que los trabajadores se adscribieran voluntariamente a la modificación de sus condiciones de trabajo, bajo la presión de que, de no aceptar, serían sus contratos extinguidos por el despido colectivo. El Tribunal Supremo, en un exquisito control de la razonabilidad de las medidas adoptadas por la empresa en el despido colectivo, impide que el número de despidos presupuestados en el despido colectivo sea sobredimensionado en un estadio inicial para presionar a los trabajadores en la modificación sustancial de sus condiciones de trabajo<sup>1078</sup>.

En síntesis: “el problema no es que se haya incorporado al PDC la negociación, originaria o sobrevenida, de medidas flexibilizadoras de carácter no extintivo. Ni siquiera que, tras fracasar el procedimiento negociador, se haya realizado una oferta de adscripción voluntaria a las mismas. El problema es que la empresa no ha negociado realmente durante el procedimiento previsto al efecto esas medidas, poniendo en conexión sus problemas organizativos o productivos con la entidad y tipología de las decisiones que pretendía implementar. Por lo tanto: hay que confirmar la vulneración de la libertad sindical si, como entiende la sentencia de instancia, puede apreciarse una conducta empresarial fraudulenta, esto es, tendente a esconder su verdadero propósito, sobredimensionando el perímetro del DC de manera artificial”. Por todo ello, el Tribunal Supremo acaba por declarar nulo el despido colectivo.

---

<sup>1078</sup> SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. y DE FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, C.: “Nulidad de despido colectivo por vulneración de la libertad sindical: ausencia de negociación real de medidas de flexibilidad interna y oferta individual en masa. STS, Sala Social, de 29 de enero de 2019 (RC núm. 168/2018)”, op. cit., pp. 8 y 9.

El límite de las negociaciones individuales en masa también ha sido analizado por la Audiencia Nacional, en su sentencia de 30 de septiembre de 2020 (Ar. 304330), en un supuesto en el que el empresario propuso como medida social “de acompañamiento” una indemnización superior a la legalmente establecida. En cambio, dicha medida fue rechazada por la comisión representativa de los trabajadores. Consiguientemente, una vez finalizado el procedimiento de despido colectivo, el empresario comunicó la decisión final sin incluir esta u otra medida social, aunque sí que ofreció a los trabajadores afectados a nivel individual la posibilidad de adherirse al “Acuerdo colectivo de eficacia limitada y sucesiva”, cuyo contenido era el mismo que, en su momento, rechazó la comisión negociadora. En cualquier caso, la Audiencia Nacional determinó que “si la empresa consideraba que las condiciones ofertadas, paliaban las consecuencias del despido colectivo, lo que debió hacer es incluirlas en su decisión final, mas no negociarlas de forma individual con los afectados, a través de acuerdos extintivos cuya motivación sin duda obedece a mitigar los efectos que una eventual acción de impugnación del despido colectivo pudiera acarrear” (SAN de 30 de septiembre de 2020, Ar. 304330, FJ 5). En resumen, “se alega la existencia de un fraude de ley en la manifestación puramente formal de una negociación que sólo intenta cumplir el trámite exigido por la norma legal pero que, en realidad, persigue superar el procedimiento de despido colectivo para amparar una propuesta individualizada de condiciones extintivas”<sup>1079</sup>.

Por último, nada impide que, en defecto de acuerdo con los representantes de los trabajadores, la decisión final del despido colectivo recoja una serie de medidas sociales de acompañamiento si durante la negociación del procedimiento de despido colectivo dichas medidas se ofrecieron en iguales términos al banco social. Del mismo modo, no podía hablarse de lesión del deber de negociar de buena fe ni tampoco de lesión del derecho a la negociación colectiva o de la libertad sindical, pues se habría desarrollado correctamente la fase colectiva del procedimiento de despido colectivo.

Por ello, la inclusión en la decisión final empresarial del despido colectivo de medidas sociales, en especial de las medidas de flexibilidad interna de los arts. 39, 40, 41 y 82.3 ET, que no se discutieron durante el procedimiento de consulta-negociación,

---

<sup>1079</sup> LÓPEZ CUMBRE, L.: “Negociación «en masa» y de forma individualizada con los trabajadores afectados por un despido colectivo”, en *Publicaciones de Gómez-Acebo & Pombo*, entrada de 26 de noviembre de 2020, disponible en: <https://www.ga-p.com/publicaciones/negociacion-en-masa-y-de-forma-individualizada-con-los-trabajadores-afectados-por-un-despido-colectivo/> (visitada el 25 de octubre de 2022).

podría llevar a privar de utilidad al procedimiento de consultas previsto en el Estatuto de los trabajadores y, por tanto, afectar a la calificación jurídica del despido colectivo. Distinto sería el supuesto de que tales medidas sociales hubieran sido ya rechazadas por la comisión negociadora del despido colectivo, tras una “verdadera” negociación, y el empresario las incluyera finalmente en la decisión final de despido colectivo<sup>1080</sup>.

*C) El marco normativo y la efectiva negociación de las medidas sociales de acompañamiento*

Como se ha venido reiterando, “la consulta con los representantes legales de los trabajadores deberá versar, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento, tales como medidas de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad” (art. 51.2 ET). Este contenido de las consultas, coherente con el art. 2.2 de la Directiva 98/59, como “contenido mínimo”, no obstante, queda relegado a un segundo plano como consecuencia de un diseño normativo vigente insuficiente<sup>1081</sup>. Así, en la práctica, la negociación de las medidas sociales de acompañamiento en el despido colectivo depende de la buena voluntad negocial de la empresa y los representantes de los trabajadores<sup>1082</sup>, algo que no ocurre siempre.

En primer lugar, resulta llamativo que, entre la documentación inicial del despido colectivo, que es de sumo interés pues prefigura el debate y las negociaciones durante el procedimiento de consulta-negociación, no se incluya una referencia a las medidas sociales de acompañamiento. Ni el art. 51.2 ET ni los arts. 3, 4, y 5 del RPDC incluyen entre los extremos de la comunicación inicial una previsión expresa para que el empresario tenga que incorporar una serie de propuestas en materia de medidas alternativas o complementarias al despido colectivo en el inicio del procedimiento. En efecto, el art. 7.1 del RPDC, tras reproducir el contenido de las consultas del art. 51.2 ET, indica que “a tal fin los representantes de los trabajadores deberán disponer desde el inicio

---

<sup>1080</sup> SÁEZ LARA, C.: Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos, op. cit., p. 183.

<sup>1081</sup> Es muy expresivo FALGUERA BARÓ, M.À.: El procedimiento del despido colectivo y el desarrollo del período de consultas: criterios judiciales, op. cit., p. 105 cuando indica que “el legislador se limita esencialmente a “mostrar” sus deseos (de promoción de medidas sociales de acompañamiento), sin apenas normas imperativas”.

<sup>1082</sup> Sobre esta idea NAVARRO NIETO, F.: “Medidas sociales de acompañamiento y mantenimiento del empleo”, op. cit., p. 272.



del periodo de consultas de la documentación preceptiva establecida en los artículos 3, 4 y 5 y las partes deberán negociar de buena fe”.

Para cierto sector doctrinal “que en la antesala de las consultas los representantes de los trabajadores no dispongan de la documentación relativa a las MSA (medidas sociales de acompañamiento), si no es un resultado automático, introduce dudas razonables respecto de la eficacia de ese posterior período de consultas”<sup>1083</sup>. Cabe preguntarse cómo podrá negociarse durante las consultas-negociación medidas sociales de acompañamiento, si el banco social no cuenta con la documentación correspondiente desde el comienzo, habida cuenta de la premura de los plazos. Y no se olvide que estas propuestas no estarán incluidas en la comunicación inicial y, por tanto, tampoco serán objeto de control por parte de la autoridad laboral, que no recibirá copia de este extremo, sin que pueda verter advertencias o recomendaciones acerca de su contenido (art. 6.4 RPDC).

Algún autor defiende, sobre base de un criterio lógico-jurídico, que si las medidas sociales de acompañamiento son contenido obligatorio de las consultas se deberán de incluir en la documentación, aunque no se llegue a acuerdo sobre el particular o sobre su contenido. Ello queda reforzado por el tenor literal de la Directiva 98/59 en el art. 2.3.a), por el que el empresario deberá de proporcionar “toda la información pertinente” para permitir que los representantes de los trabajadores puedan formular propuestas constructivas<sup>1084</sup>. Sin embargo, como se comentará con posterioridad, el control judicial de esta obligación de aportar propuestas de medidas sociales de acompañamiento dependerá en buena medida de la actitud de los sujetos negociadores y, en concreto, del banco social.

Ya se ha comentado que el listado del art. 8 es un listado de carácter abierto y ejemplificativo, como contenido posible de las consultas, sin que tengan por qué observarse cada una de estas medidas o sin que se obligue a negociar ninguna en concreto<sup>1085</sup>. Aunque ello no significa que no deba de negociarse ninguna de las medidas

---

<sup>1083</sup> TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: “Las medidas de acompañamiento social en los procesos de reestructuraciones de empresas”, op. cit., p. 314.

<sup>1084</sup> NAVARRO NIETO, F.: “Medidas sociales de acompañamiento y mantenimiento del empleo”, op. cit., p. 272.

<sup>1085</sup> Ya indicaba SERRANO GARCÍA, J.M.: El plan social en los despidos colectivos, op. cit., pp. 78 y ss., que los planes sociales son una “obligación de actividad” u “obligación de hacer”, sin que se establezca un resultado predeterminado.

sociales acompañamiento predispuestas (u otras que no se contemplen en el listado), sobre todo si se tiene en cuenta cuál es el contenido mínimo de la consulta-negociación. Otra cuestión es que la norma aporte los resortes jurídicos suficientes para garantizar el fin de las consultas o que estas se aprovechen para incrementar las indemnizaciones, lo cual no supone una verdadera medida alternativa o complementaria al despido colectivo desde la perspectiva de la reestructuración socialmente responsable.

En segundo lugar, el incremento de la gravedad del despido colectivo para obligar a negociar medidas sociales de acompañamiento también reduce su ámbito de actuación. Pues bien, si antes se exigía superar el umbral de 50 trabajadores en plantilla para que la empresa estuviera obligada a aportar un plan de acompañamiento social con la comunicación inicial, ahora se exige que se supere el umbral de 50 extinciones de contratos para que la empresa está obligada a aportar un plan de recolocación externa. Repárese en que la mayoría de las empresas que acuden al despido colectivo son pymes y reúnen alrededor de un tercio del total de los trabajadores afectados por el despido colectivo.

En tercer lugar, a este listado abierto y ejemplificativo de medidas alternativas o complementarias al despido colectivo a negociar durante las consultas se le añade otro obstáculo: el limitado período de tiempo destinado a la fase de consulta-negociación. El art. 51.2 ET reconoce un período de consultas de duración «no superior a treinta días naturales, o de quince en el caso de empresas de menos de cincuenta trabajadores». Si comparamos este plazo con el que ofrecen otras legislaciones, como la italiana que destina un período de 45 días a las consultas sindicales, incrementado en 30 días para el caso de la intervención administrativa si no se alcanza acuerdo<sup>1086</sup>, se puede llegar a observar el escaso plazo para las consultas que destina la regulación española. Un reducido plazo que dificultará la negociación de medidas alternativas o complementarias al despido colectivo, aún más si se tiene en cuenta que la comisión representativa de los trabajadores no tendrá en su poder una propuesta de medidas sociales de acompañamiento desde el inicio del procedimiento de despido colectivo. Es también cierto que las partes podrán acceder a ampliar el período de consultas, aunque deberán de estar de acuerdo ambas, sin

---

<sup>1086</sup> Vid. apartados 6 y 7 del art. 4, *Legge 23 luglio 1991, n. 223*. Plazos que son reducidos a la mitad si el número de trabajadores afectados es inferior a 10 (apartado 8).

que la representación de los trabajadores pueda obligar al empresario a dilatar la fase de consulta-negociación<sup>1087</sup>.

Por último, también resulta llamativo que se posibilite la finalización anticipada del período de consultas cuando se alcance acuerdo. El reglamento así lo prevé cuando indica que “no obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, el periodo de consultas podrá darse por finalizado en todo caso cuando las partes alcancen un acuerdo” (art. 7.6 RPDC)<sup>1088</sup>. De este modo, el citado precepto exceptúa el cumplimiento de los anteriores apartados del art. 7 con el fin de posibilitar la “finalización precoz”, apartados que se refieren al contenido mínimo de las consultas, la buena fe, el número mínimo de reuniones, el plazo para la primera reunión o la duración de la fase de consulta-negociación.

Y esta finalización anticipada del procedimiento de despido colectivo puede conllevar que exista una ausencia de negociación de verdaderas medidas sociales de acompañamiento, ante la falta de referencia legal expresa de que dicho acuerdo contenga medidas alternativas o complementarias al despido y ante la imposibilidad de que la autoridad laboral pueda entrar a valorar el contenido del acuerdo, más allá de la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho o bien de la obtención indebida de prestaciones por desempleo<sup>1089</sup>. Buena prueba de ello son los casos en los que los sujetos negociadores han optado por elevar las indemnizaciones en las consultas del despido colectivo, muchas veces con extinciones o bajas voluntarias incentivadas, o bien han optado por acudir a mecanismos de expulsión de los trabajadores maduros a través de prejubilaciones.

#### *3.4. Control administrativo de las medidas sociales de acompañamiento y del plan de recolocación externa*

Incluso antes de la Reforma laboral de 2012, que, recordemos, suprimió el plan social y lo sustituyó por el plan de recolocación externa, así como eliminó la fase de autorización administrativa, ya se reclamaba un mayor poder de control por parte de la

---

<sup>1087</sup> Véase SÁEZ LARA, C.: *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, cit., p. 135.

<sup>1088</sup> El citado artículo también prevé la finalización anticipada cuando no exista posibilidad de alcanzar acuerdo. En concreto, «las partes, de común acuerdo, podrán en cualquier momento dar por finalizado el periodo de consultas, por entender que no resulta posible alcanzar acuerdo alguno, debiendo comunicarlo expresamente a la autoridad laboral».

<sup>1089</sup> Vid. TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: “Las medidas de acompañamiento social en los procesos de reestructuraciones de empresas”, cit., p. 318.

autoridad laboral del plan social. Habida cuenta de que la mayoría de los despidos colectivos finalizaban con acuerdo, la autoridad laboral debía de proceder a la autorización, sin que pudiera entrar a valorar las causas del despido ni las medidas acordadas previstas en el plan social. La única posibilidad de denegar la autorización en caso de acuerdo era que la propia Administración, de oficio o a instancia de parte, hubiera observado fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo, en cuyo caso debía de remitirlo a la autoridad judicial para su correspondiente declaración de nulidad.

De este modo, antes de la supresión de la autorización administrativa en el despido colectivo, la autoridad laboral intervenía escasamente en el control de las medidas previstas en el plan social, obligatorio para las empresas de 50 o más trabajadores. Por ello, cierta doctrina científica se mostraba a favor de modificar la regulación para introducir una función mediadora de la Administración durante el procedimiento de consulta-negociación, con el objetivo de que pudiera corroborar que las partes alcanzaban un auténtico plan social con medidas adecuadas a las circunstancias de la empresa, a las del propio sector y a las particularidades de los propios trabajadores afectados, tanto de los que hubieran abandonado la empresa como de los que se hubieran quedado, valorando los costes económicos y sociales y optando por la solución más ventajosa para los trabajadores, en particular, y para el mercado de trabajo, en general. Otra solución que se proponía, de más fácil implantación, era la de facilitar el acceso de la autoridad laboral al contenido del acuerdo para su posible control, eliminando las dificultades procesales que se encontraban para revisar el acuerdo por fraude de ley<sup>1090</sup>.

A pesar de los cambios normativos y de que es cierto que la nueva regulación concede un mayor protagonismo a la Administración laboral durante el procedimiento de consulta-negociación<sup>1091</sup>, es conocido que en la mayoría de las ocasiones la Administración se limita a una actitud pasiva en la recepción de la documentación o bien al control de meras cuestiones procedimentales. Para algunos autores la autoridad laboral

---

<sup>1090</sup> SERRANO GARCÍA, J.M.: “El plan social obligatorio para las reestructuraciones empresariales socialmente responsables”, op. cit., p. 215.

<sup>1091</sup> Así resume las funciones de la Administración en el “nuevo” procedimiento de despido colectivo NAVARRO NIETO, F.: “Medidas sociales de acompañamiento y mantenimiento del empleo”, op. cit., p. 295: “las funciones atribuidas a la Administración se centran en el control de la regularidad del procedimiento de despidos colectivo (control de legalidad), de tutela del interés público, particularmente en lo referente a prestaciones por desempleo que se deriven del despido colectivo o por irregularidades en el acuerdo colectivo alcanzado, y finalmente de tutela de la efectividad del periodo de consultas”.

más que vigilar el cumplimiento del procedimiento de despido colectivo en el momento o durante su desarrollo, lo que realmente hace es valorar “a posteriori” el efectivo cumplimiento de las obligaciones empresariales de información y consulta, sobre todo con la finalidad de comprobar que no existan vicios de voluntad en la consecución del acuerdo (fraude, dolo, coacción o abuso de derecho) o fraude en el acceso a las prestaciones por desempleo<sup>1092</sup>. El control administrativo de las medidas sociales de acompañamiento se sigue mostrando, por tanto, muy deficitario, ostentando la autoridad laboral un papel secundario, a través a una intervención basada en técnicas de *soft law*<sup>1093</sup>.

Así, en primer lugar, la autoridad laboral no tiene acceso a una propuesta de las medidas sociales de acompañamiento, ya que el empresario no tiene la obligación de incluirla en la comunicación inicial y, con ello, la copia que se le remite a la autoridad laboral carece de tal propuesta. Por ende, la autoridad laboral no controlará la propuesta de medidas sociales de acompañamiento (ni siquiera su existencia), dirigiendo advertencias al empresario, ya que tal propuesta no se prevé como contenido de la comunicación inicial (*vid.* art. 6.4 RPDC). En cambio, la autoridad laboral sí recibirá en la copia de la comunicación inicial una propuesta del plan de recolocación externa obligatorio (dicho plan se incluye dentro de la documentación común *ex* art. 3 RPDC), por lo que cuando esta detecte (por su propia cuenta o por indicación de la ITSS) que no se ha entregado plan de recolocación externa deberá de advertirlo el empresario para que lo incluya en las consultas o figure como parte del acuerdo o decisión final de despido colectivo.

En segundo lugar, dentro de la fase de consulta-negociación “la autoridad laboral velará por la efectividad del periodo de consultas pudiendo remitir, en su caso, advertencias y recomendaciones a las partes que no supondrán, en ningún caso, la paralización ni la suspensión del procedimiento” (art. 51.2 ET). En concreto, “la autoridad laboral podrá realizar durante el periodo de consultas, a petición de cualquiera de las partes, o por propia iniciativa, actuaciones de asistencia” y “en especial, podrá dirigir a las partes propuestas y recomendaciones sobre las medidas sociales de acompañamiento

---

<sup>1092</sup> GOÑI SEIN, J.L.: “El nuevo modelo normativo de despido colectivo implantado por la Ley de reforma laboral de 2012”, Documentación Laboral, N.º 95-96, 2012, p. 41.

<sup>1093</sup> DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “El despido por causas empresariales”, *op. cit.*, pp. 211 y 212.

y, en su caso, sobre el contenido e implantación del plan de recolocación externa, teniendo en cuenta la situación económica de la empresa” (art. 10.2 RPDC).

De este modo, la autoridad laboral podrá dirigir propuestas y recomendaciones en cuanto a medidas alternativas o complementarias al despido colectivo para evitar, reducir o paliar los efectos del despido, e incluso emitir advertencias en caso de que exista una ausencia de negociación de medidas sociales de acompañamiento que redunde en un ejercicio de mala fe negocial por parte del empresario. Además, en cuanto al plan de recolocación externa la autoridad laboral podrá dirigir advertencias cuando dicho plan no cumpla con los requisitos previstos en el art. 51.10 ET, así como podrá dirigir propuestas o recomendaciones para que el plan de recolocación externa sea acorde con la entidad del despido colectivo, la situación económica de la empresa<sup>1094</sup> o la situación de sus propios trabajadores afectados.

No obstante, como se indicaba, se trata de una técnica de intervención administrativa que carece de carácter vinculante para las partes, lo que se traduce en una *soft law* de garantía pública de medidas sociales de acompañamiento<sup>1095</sup>. Es más, la utilización del verbo “poder” en cuanto a las funciones de asistencia de la autoridad laboral sugiere que no existe la obligación de que la Administración intervenga en todos los procedimientos de despido colectivo, dictando propuestas o recomendaciones. Se posibilita así que operen despidos colectivos sin una intervención directa de la autoridad laboral en la fase central del procedimiento de despido colectivo, la consulta-negociación, sin que se ayude, por tanto, a negociar medidas sociales de acompañamiento<sup>1096</sup>.

---

<sup>1094</sup> Para MOLINA HERMOSILLA, O.: *La conformación del nuevo sector para las empresas de servicios de recolocación. Balance y análisis de experiencias surgidas en el ámbito de los planes de recolocación externa*, op. cit., pp. 72 y 73, la alusión que recoge la norma relativa a la situación económica en que se encuentre la empresa afectada está sirviendo en la práctica para modular, en el sentido de suavizar, las propuestas y recomendaciones de la autoridad laboral y el propio contenido del plan de recolocación externa.

<sup>1095</sup> El Criterio Operativo 92/2012, de 28 de noviembre, sobre actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) en los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos de reducción de jornada, se sitúa en el mismo sentido cuando indica que las advertencias, observaciones o recomendaciones que efectúa la autoridad laboral «no tendrán carácter compulsivo ni obligatorio, y su aceptación o no por las empresas se enmarca en el ejercicio de su propia responsabilidad», pues la función de la autoridad laboral y de la ITSS «se circunscribe a servir como fórmula para interpelar a la empresa en el correcto ejercicio de esta responsabilidad».

<sup>1096</sup> Sobre la posible falta de intervención de la autoridad laboral, véase SÁEZ LARA, C.: *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, cit., pp. 85-86.

En tercer lugar, la autoridad laboral también podrá, asimismo, realizar “las actuaciones de mediación que resulten convenientes con el fin de buscar soluciones a los problemas planteados por el despido colectivo” (art. 51.2 ET), en la línea del papel que la Directiva comunitaria atribuye a la autoridad pública como “buscadora” o “facilitadora” de soluciones. Sin embargo, dicha función de mediación se encuentra supeditada en la legislación española a la petición conjunta de las partes (arts. 51.2 ET y 10.3 RPDC), lo cual puede suponer en la práctica la existencia de vetos para que la Administración laboral intervenga como mediadora en los procedimientos de despido colectivo<sup>1097</sup>. Además, nada en relación con las medidas sociales de acompañamiento se indica respecto al contenido de la mediación, a diferencia de lo que ocurre en la regulación de las facultades de asistencia.

Respecto a la función que la Directiva 98/59/CE atribuye a la autoridad laboral para “buscar soluciones a los problemas planteados por los despidos colectivos considerados”, también es necesario indicar que la normativa española no permite la prórroga del período de consultas o del período en el que los despidos colectivos no pueden surtir efecto. En efecto, ello se traduce en una oportunidad perdida para que la Administración laboral pueda encontrar soluciones, proponiendo medidas alternativas o complementarias a los despidos colectivos, “cuando los problemas planteados por los despidos colectivos considerados corran el riesgo de no encontrar solución en el plazo inicial” (art. 4.3, Directiva 98/59/CE)<sup>1098</sup>.

Por ello, hubiera sido más coherente con la Directiva 98/59 que se hubiera regulado una mediación administrativa, no solo que no requiriese el acuerdo de las partes, sino que se hubiera relacionado con una serie de objetivos a alcanzar o cuestiones a tratar, como

---

<sup>1097</sup> A. DE LA PUEBLA PINILLA, *El despido por causas empresariales*, en AA.VV., *Reestructuraciones empresariales. XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. A Coruña, 27 y 28 de mayo de 2021*, cit., p. 213, defiende la eliminación de este veto a través de incluir la mediación a petición de una de las partes.

<sup>1098</sup> Crítico con la inacción normativa del art. 51 ET en cuanto a la prórroga se muestra J. CABEZA PEREIRO, *La flexibilidad interna y su regulación en España, una reflexión en clave crítica de la Reforma Laboral del 2012*, en J.P. LANDA (ed.), *Flexibilidad interna e innovación en la empresa*, Dykinson, 2013, pp. 347-348, donde expresa que «para mayor pesar todavía, casi nada en la Ley 3/2012 expresa una función que le incumba a la autoridad laboral de procurar una solución no necesariamente extintiva del problema económico, técnico, organizativo o de producción [...] retorno a un Derecho del Trabajo tan antiguo como el que promueve la Ley 3/2012 plantea necesariamente esta pregunta: si ha sido bueno desterrar tanto la Administración pública de nuestro marco institucional y normativo de las relaciones laborales».

sí se hace en relación con las actuaciones de asistencia<sup>1099</sup>, reforzando el sentido de la intervención de la Administración. Es más, asumir una función de dirección o mediación del período de consultas a petición de una sola de las partes facilitaría la búsqueda de soluciones al conflicto, siguiendo los postulados comunitarios, y evitaría los vetos para poder acudir a la mediación administrativa<sup>1100</sup>.

Por último, si la autoridad laboral aprecia que tras la finalización del procedimiento de despido colectivo no se han negociado medidas sociales de acompañamiento, o han sido claramente insuficientes, esta no puede impugnar de oficio el despido colectivo, pues solo podrá instar el control judicial del acuerdo de despido colectivo en caso de que aprecie fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión, o bien si la decisión extintiva obedece a la obtención indebida de prestaciones por desempleo<sup>1101</sup> por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo (art. 148.b) LRJS). Como se puede comprobar el control administrativo sobre la verdadera negociación de medidas sociales de acompañamiento es escaso, más allá de que la Administración realice advertencias y estas pueden ser tenidas en cuenta (o no) por parte del Tribunal en caso de eventual impugnación con el fin de valorar la buena fe negocial.

De todo el diseño normativo se deduce que, a pesar de que en principio la nueva regulación del despido colectivo concede un mayor protagonismo a la Administración laboral, esta actuación se encuentra desprovista de normas imperativas y de todas las herramientas que la Directiva comunitaria concede a la autoridad laboral para que cumpla con la función que le corresponde. Es por ello que, como se ha indicado, parte de la doctrina científica entiende que la intervención de la Administración en el momento estrella del procedimiento de despido colectivo se limita a una función pasiva o de mero control de procedimiento<sup>1102</sup>, sobre todo con carácter posterior en la búsqueda de vicios

---

<sup>1099</sup> En este sentido, TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: “Las medidas de acompañamiento social en los procesos de reestructuraciones de empresas”, op. cit., p. 317.

<sup>1100</sup> Sobre esta idea de la mediación a petición de una de las partes para evitar vetos, véase, DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “El despido por causas empresariales”, op. cit., p. 213.

<sup>1101</sup> El control por esta vía de despidos colectivos a través de prejubilaciones y jubilaciones anticipadas en empresas con beneficios se dificulta por la flexibilidad de las causas empresariales para despedir y el valor reforzado del acuerdo que suele acompañar a estas reestructuraciones empresariales. Vid. J.M. SERRANO GARCÍA, *El plan social obligatorio para las reestructuraciones empresariales socialmente responsables*, cit., pp. 212-214.

<sup>1102</sup> Vid. TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: “Las medidas de acompañamiento social en los procesos de reestructuraciones de empresas”, op. cit., p. 318.



existentes en el acuerdo o de obtención indebida de prestaciones por desempleo<sup>1103</sup>. Además, si decide intervenir sus advertencias, recomendaciones o propuestas no tendrán carácter vinculante, pues se trata de una intervención basada en técnicas de Derecho blando<sup>1104</sup>.

A mayor abundamiento, al igual que ocurre con la escasa colaboración público-privada en los planes de recolocación externa, la legislación tampoco recoge una referencia expresa a la posible colaboración de la empresa que despide con el Servicio Público de Empleo competente para que se puedan planificar cursos de formación o reconversión de los trabajadores despedidos como medidas sociales de acompañamiento<sup>1105</sup>. Si se entiende que las medidas sociales de acompañamiento están especialmente dirigidas a las empresas que están excluidas del plan de recolocación externa (despidos colectivos de 10 a 50 trabajadores), la mayoría de las veces se tratará de pymes, que pueden tener escasa capacidad financiera y limitada capacidad de gestión empresarial, y, por tanto, sería necesario que se trazaran respuestas a nivel sectorial en coordinación con los servicios públicos de empleo, siguiendo la experiencia de las reestructuraciones de sectores en la década de los 2000. “Se trata de disponer en estos casos de respuestas en frío que faciliten una hoja de ruta a estas empresas en una planificación de medidas sociales adaptada a sus características y, sobre todo, apoyada en políticas públicas de tutela del empleo”<sup>1106</sup>.

En cuanto a las funciones que se atribuyen a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, esta también podrá realizar funciones de asistencia y mediación, con los límites que ya se han expuesto (art. 10.3 RPDC). De igual modo, la intervención de la ITSS en este sentido no es muy frecuente, reduciendo el papel activo que puede desempeñar dicha institución en el despido colectivo. Valga como ejemplo los datos que recoge el Informe anual ITSS de 2020 que, aunque deben ser tomados con precaución pues no estarán todas

---

<sup>1103</sup> Véase J.L. GOÑI SEIN, *El nuevo modelo normativo de despido colectivo implantado por la Ley de reforma laboral de 2012*, en *Documentación Laboral*, 2012, n. 95-96, p. 41.

<sup>1104</sup> *Vid.* A. DE LA PUEBLA PINILLA, *op. cit.*, pp. 211-212.

<sup>1105</sup> Véase TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: “Las medidas de acompañamiento social en los procesos de reestructuraciones de empresas”, *op. cit.*, p. 317.

<sup>1106</sup> F. NAVARRO NIETO, *op. cit.*, p. 272, que también incluye que esta sería una buena medida para aquellos despidos plurales que quedan excluidos de la regulación del despido colectivo.

las actuaciones burocratizadas<sup>1107</sup>, muestra que de un total de 1.027 actuaciones no se ha levantado ninguna infracción en acta, se han elevado 11 requerimientos y solo se han realizado 4 mediaciones y consultas.

Otro protagonismo que se le concede a la ITSS en el procedimiento de despido colectivo reside en la emisión de un informe, que es preceptivo, y que se elabora principalmente<sup>1108</sup> a raíz de la comunicación final (arts. 51.2 ET y 11.1 RPDC). En concreto, esta comunicación final incluirá “la documentación correspondiente a las medidas sociales de acompañamiento que se hubieran acordado u ofrecido por la empresa y el plan de recolocación externa en los casos de empresas obligadas a su realización”, así como las actas de las reuniones del período de consultas, útiles para valorar si hubo o no efectiva negociación entre las partes (art. 12, apartados 2 y 3, RPDC).

Se trata de un informe que debe de ser “evacuado en el improrrogable plazo de quince días desde la notificación a la autoridad laboral de la finalización del periodo de consultas” y cuyo contenido debe de pronunciarse sobre “la concurrencia de las causas especificadas por la empresa en la comunicación inicial”, constatando que la documentación aportada es ajustada a la causa alegada, “además de comprobar los extremos de la comunicación y el desarrollo del periodo de consultas” (art. 51.2 ET, modificado por la Ley 3/2023). En especial, art. 11.7 RPDC, prevé que “la Inspección de Trabajo y Seguridad Social deberá informar sobre el contenido de las medidas sociales de acompañamiento que se hayan podido prever y, en especial, comprobará que las empresas obligadas a ello han presentado el plan de recolocación externa a que se refiere el artículo 9 y que éste cumple los requisitos exigidos en dicho artículo”.

El Criterio Operativo 92/2012 especifica que el informe deberá de reflejar si las medidas sociales de acompañamiento implantadas se han negociado o no y, en su caso,

---

<sup>1107</sup> En el mismo sentido, F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, *La intervención de la Inspección de Trabajo en los despidos colectivos*, en M. GODINO REYES (dir.), *op. cit.*, p. 484, con el informe de 2014.

<sup>1108</sup> El art. 6.3 RPDC también prevé que se traslade la documentación inicial a la ITSS «a efectos de la emisión del informe». La ITSS también podrá recabar información realizando todo tipo de diligencias y actuaciones, tanto antes como después de finalizado el período de consultas. El Criterio Operativo 92/2012, cit., obliga a que el inspector actuante se reúna con ambas partes, mediante visita o comparecencia y de manera conjunta o separada, debiendo valorarse dicha circunstancia caso por caso, si bien se recomienda la comparecencia conjunta, ya que de este modo no solo se va a poder obtener una mayor exactitud e información, sino que, además, se va a poder constatar la trascendencia de la misma, con la finalidad de escuchar a las partes y obtener los datos necesarios para poder elaborar el informe, sin perjuicio de que se pueda solicitar informaciones adicionales a las partes en el marco de una actuación inspectora ordinaria. En este sentido, F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, *op. cit.*, pp. 468-469.

hacer una descripción de dichas medidas, debiendo contemplar cualquier observación que se considere oportuna<sup>1109</sup>. Como se puede apreciar del análisis del art. 11.7 RPDC e incluso de lo que se recoge en el Criterio Operativo, se deduce que el inspector se puede limitar a la mera descripción de las medidas sociales de acompañamiento adoptadas, sin ir más allá, aunque sí que será importante, sobre todo para el posterior y eventual proceso judicial, que el funcionario indique la ausencia de negociación de medidas sociales de acompañamiento durante el procedimiento de consulta-negociación o la adopción por parte del empresario de medidas de flexibilidad interna de forma unilateral tras las consultas, pues ello puede suponer mala fe negocial e incluso vulneración del derecho a la negociación colectiva<sup>1110</sup>.

Aunque quizá sería también relevante, y para ello tal vez debería de especificarse en la norma, que el Inspector/a elaborara un informe en el que detallara si las medidas negociadas u ofrecidas se ajustan a la legalidad (en especial en cuanto a la fórmula de cálculo o al método de pago de la indemnización); se pusiera de relieve la coherencia entre lo negociado y lo decidido finalmente para valorar si ha existido negociación de buena fe; así como se destacara si se han atendido o no las sugerencias, recomendaciones o propuestas de la autoridad laboral o de la propia Inspección durante el procedimiento<sup>1111</sup>.

De este modo, se puede observar cómo lo que se recoge en la exposición de motivos del RPDC, en virtud de la cual el informe deberá de pronunciarse sobre “el contenido y la suficiencia del plan de recolocación externa y de las medidas sociales de acompañamiento”, no es lo que se recoge en el limitado tenor literal del art. 11.7 RPDC.

En este sentido, del mencionado art. 11.7 también parece desprenderse que la ITSS debe de limitarse a exponer que se ha presentado plan de recolocación externa y que este cumple los requisitos del art. 51.10 ET y su desarrollo reglamentario, olvidándose de nuevo de lo que se establece en la exposición de motivos del RPDC, donde se indica que la ITSS deberá de informar sobre el contenido y la suficiencia del plan de recolocación externa. Si no se atiende a un criterio formalista, el Inspector/a debería de pronunciarse

---

<sup>1109</sup> Véase ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, op. cit., p. 245.

<sup>1110</sup> Vid. C. SÁEZ LARA, *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, cit., p. 183.

<sup>1111</sup> Véase GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., op. cit., p. 478.

en el informe no solo acerca de la efectiva presentación del plan y del cumplimiento de los requisitos, sino que también debería de informar acerca de si este plan se ha presentado de forma unilateral por el empresario o se ha negociado, o bien si efectivamente es suficiente atendiendo al número de despidos, la situación de los trabajadores o la situación económica de la empresa, todo ello para valorar si de verdad ha existido buena fe durante el procedimiento de consulta-negociación. No obstante, se trata de algo que para la doctrina científica no suele ocurrir en la práctica<sup>1112</sup>.

Además, no deben de olvidarse los limitados efectos que puede tener un informe de la ITSS que se emite para su incorporación al “expediente” o “procedimiento” abierto por la autoridad laboral, sin que se notifique a los interesados, y de evacuación tras la finalización del procedimiento de despido colectivo. Para algún sector doctrinal es cuestionable la utilidad de un informe que se emite con posterioridad a la consulta-negociación que, aparte de no ayudar en el propio proceso de consultas, incluye extremos que pueden sembrar dudas sobre la legalidad del despido colectivo (sobre todo si se pronuncia sobre la falta de negociación de buena fe por parte del empresario) y no son puestos en conocimiento de los interesados. Unos extremos que, igualmente, no podrán ser advertidos por medio de la autoridad laboral a las partes durante las consultas, pues serán conocidos por parte de la autoridad laboral cuando seguramente ya se haya adoptado la decisión extintiva<sup>1113</sup>.

Asimismo, respecto a las responsabilidades administrativas, la LISOS no recoge una infracción administrativa específica para los casos en los que el empresario no negocie ninguna medida social de acompañamiento durante el procedimiento de consulta-negociación. La infracción grave del art. 7.7 (“la transgresión de los derechos de información, audiencia y consulta de los representantes de los trabajadores y de los delegados sindicales, en los términos en que legal o convencionalmente estuvieren establecidos”) o la infracción muy grave del art. 8.3 LISOS (“proceder al despido colectivo de trabajadores [...] sin acudir” al procedimiento establecido en el art. 51 ET),

---

<sup>1112</sup> MOLINA HERMOSILLA, O.: *La conformación del nuevo sector para las empresas de servicios de recolocación. Balance y análisis de experiencias surgidas en el ámbito de los planes de recolocación externa*, op. cit., pp. 73 y 74 indica que del análisis de los informes emitidos por la ITSS se puede constatar que dicho órgano se encarga a la mera constatación de la existencia del plan de recolocación externa en los casos en los que sea obligatorio, sin que se entre a valorar el fondo de las medidas contenidas en estos instrumentos de planificación.

<sup>1113</sup> Vid. F. NAVARRO NIETO, op. cit., p. 297, con cita en A. BLASCO PELLICER, *La extinción del contrato de trabajo en la reforma laboral de 2012*, Tirant lo Blanch, 2013.

no parece que pueda dar lugar a sanción ante ausencia de negociación de medidas alternativas o complementarias al despido si el empresario ha entregado adecuadamente la documentación inicial y se ha reunido y ha mantenido negociaciones con los trabajadores “formalmente válidas” durante la consulta-negociación.

Es más, la infracción muy grave del art. 8.14 LISOS solo se refiere al incumplimiento por el empresario de la obligación prevista en el art. 51.10 ET (el plan de recolocación externa) y “de las medidas sociales de acompañamiento asumidas por el empresario en el marco de los procedimientos de despido colectivos”. Es decir, se refiere al incumplimiento de aquellas medidas acordadas (previstas en el acuerdo) u ofrecidas por el empresario con la finalización del despido colectivo, sin que tenga cabida la ausencia efectiva de negociación de medidas alternativas o complementarias al despido durante las consultas.

En definitiva, para autorizada doctrina, “una vez más, la actuación de un organismo público, como es la ITSS, si acaso informa sobre la no negociación de las MSA (medidas sociales de acompañamiento), con todo no actúa como garante de que suceda, ni se anuda ninguna sanción ni previsión a las consultas que omiten estas medidas”<sup>1114</sup>.

A pesar de todo lo indicado, sí que existen buenas prácticas en materia de intervención administrativa durante el procedimiento de despido colectivo, como ha ocurrido en el caso de Alcoa. El siguiente caso, resuelto finalmente por el Tribunal Supremo en su sentencia de 28 de octubre de 2021 (rec. 54/2021), puede dar a entender que la intervención débil de la Administración laboral en el despido colectivo, sobre todo en relación con las medidas sociales de acompañamiento, no depende tanto de un cambio normativo (que también), sino de una efectiva voluntad política. Una voluntad política que se traduce en una intervención muy proactiva por parte de la autoridad laboral y de la Inspección de Trabajo durante el procedimiento de despido colectivo<sup>1115</sup>, que viene seguramente influenciada por la magnitud del conflicto, su enquistamiento, la fuerza

---

<sup>1114</sup> TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: “Las medidas de acompañamiento social en los procesos de reestructuraciones de empresas”, op. cit., p. 317.

<sup>1115</sup> La autoridad laboral dirigió hasta 10 advertencias a la empresa en cuestión, indicándole que no estaba negociando verdaderamente medidas sociales alternativas o complementarias al despido colectivo, pues se mantenía inamovible en su posición inicial. El informe de la ITSS también se manifiesta en el mismo sentido. Además, la administración autonómica y española intervinieron presentando propuestas en la consulta-negociación. Sobre el iter judicial de este caso, véase ROJO TORRECILLA, E.: “Caso Alcoa Inespal. Un conflicto social explicado a través de una sentencia y dos autos, que son algo más que resoluciones judiciales”, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, N.º 2, 2021.

sindical en este sector industrial, la lucha incansable de los trabajadores afectados, la cobertura mediática, así como por los importantes efectos que este despido colectivo supone para una región, como la de *A Mariña*, bastante castigada por las reestructuraciones empresariales.

### *3.5. Los tribunales en el control de la negociación de medidas sociales de acompañamiento y del plan de recolocación externa*

Dentro de los supuestos tasados por los que se puede declarar un despido colectivo como nulo, el art. 124.11 LRJS no reconoce expresamente la ausencia o insuficiencia de negociación de medidas sociales de acompañamiento. Como se puede observar, por un lado, el art. 124.11 LRJS indica que “la sentencia declarará nula la decisión extintiva únicamente cuando el empresario no haya realizado el período de consultas” y, por otro lado, cuando no haya “entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores”. Y esta falta de previsión expresa provoca precisamente que el control judicial de la negociación de medidas alternativas o complementarias al despido colectivo se encuentre también debilitado.

La falta de entrega de la documentación prevista en el art. 51.2 ET como supuesto de nulidad del despido colectivo no se aplica, en principio, a la ausencia de propuesta de medidas sociales de acompañamiento. Recuérdese que, como ya se ha indicado, ni el ET ni el Reglamento prevén que el empresario tenga que entregar una propuesta de medidas alternativas o complementarias al despido colectivo como contenido de la comunicación inicial<sup>1116</sup>. No obstante, sí que es cierto que el Tribunal Supremo a la hora de interpretar el deber de información del empresario en el despido colectivo ha optado por un criterio finalista, en el sentido de que la información sea útil o “trascendente” (“pertinente” en términos de la Directiva 98/59/CE) para la consulta-negociación.

Para el Tribunal Supremo ni cualquier ausencia de documentación de la prevista legal o reglamentariamente genera automáticamente la nulidad, ni cumplir con toda la documentación prevista en la norma exime de la nulidad si existen otros documentos que han sido solicitados por los representantes de los trabajadores y han acreditado su utilidad. En palabras del Alto Tribunal, “la incorrección del despido colectivo por infracción de la

---

<sup>1116</sup> La SAN de 13 de abril de 2018 (EDJ 47237) ha determinado incluso que las medidas del art. 8.2 destinadas a atenuar los efectos del despido colectivo no son medidas obligatorias, sino que se trata de un catálogo de buenas prácticas. Además, la SAN de 13 de mayo de 2013 (EDJ 61510) identifica que no constituye causa de nulidad el hecho de que el empresario opte voluntariamente por elaborar un plan social y solo contenga propuestas genéricas.

obligación informativa vendrá determinada, en consecuencia, por la negativa de la empresa a la aportación de la información solicitada o por su defectuosa aportación, siempre que la solicitud esté justificada puesto que no se puede imponer al empresario la aportación de cualquier documentación no prevista legalmente salvo que quede acreditada su relevancia para la negociación durante las consultas”<sup>1117</sup>.

De este modo, si la representación de los trabajadores no reclama durante las consultas esta otra documentación (documentación *ad hoc*) e incluso dan por buena la existente, de forma expresa o tácita, no pueden con posterioridad requerir en sede judicial la nulidad del despido colectivo por causa de insuficiencia documental o, en este caso, por ausencia de la documentación pertinente en cuanto a las medidas sociales de acompañamiento<sup>1118</sup>.

El art. 124.11 LRJS también atribuye la nulidad al despido colectivo cuando el empresario “no haya realizado el período de consultas”. En cambio, la jurisprudencia interna mayoritaria parece ser reticente a declarar el nulo un despido colectivo por el hecho de la ausencia de negociación de medidas sociales de acompañamiento, al margen de que ello suponga un indicio de mala fe negocial<sup>1119</sup>. De este modo, el que no haya un refuerzo jurisprudencial y el control administrativo sea débil no ayuda corregir el déficit de negociación de los planes sociales, que radican en una falta de cultura negociadora de las partes, que solo se ocupan de la tutela indemnizatoria<sup>1120</sup>.

Ahora bien, si bien es cierto que existen determinadas sentencias que han asemejado la falta de negociación de medidas sociales de acompañamiento con la existencia de mala

---

<sup>1117</sup> En este sentido, véase STS 18 julio 2014, rec. 288/2013; STS 23 septiembre 2020, rec. 36/2020; STS 20 octubre 2021, rec. 87/2021.

<sup>1118</sup> ABRIL LARRÁINZAR, M.P.: *Información, consulta y negociación en el despido colectivo*, op. cit., p. 236 incluso indica que la falta de aportación de información acerca de las medidas sociales de acompañamiento no genera la nulidad del despido colectivo, ya que este contenido no está ni siquiera incluido en la categoría de “información pertinente”, por no exigirla la Directiva 98/59. Otra cosa es que la presentación del plan social suponga un indicio de buena fe negocial a valorar por el juez.

<sup>1119</sup> Así lo defiende RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E.: “La eficacia de las medidas de acompañamiento en la gestión del cambio: el ejemplo “Coca Cola España”, *Documentación laboral*, N.º 109, 2017, p. 180 con cita en SSTS de 30 de junio de 2011, recud. 173/2010; de 18 de enero de 2012, recud. 139/2011; de 27 de mayo de 2013, recud. 78/2012; SSAN de 22 de mayo de 2012, n.º proced. 181/2013; de 22 de octubre de 2013, n.º proced. 327/2013.

<sup>1120</sup> MOLINA NAVARRETE, C.: “La gestión pública de los “erte” (regulación temporal de empleo) y de los “ere” (regulación extintiva) en el autogobierno andaluz: balance y perspectivas pospandemia”, op. cit., pp. 182 y 183.

fe negociada y han declarado la nulidad del despido<sup>1121</sup>, una vez más esta declaración de nulidad del despido colectivo depende de la voluntad de la representación de los trabajadores<sup>1122</sup>. Ya sea porque los representantes de los trabajadores no demanden la información correspondiente a las medidas alternativas o complementarias durante el despido colectivo, no propongan o presenten propuestas al plan social<sup>1123</sup>, o ya sea porque firmen un acuerdo en el que no se prevean medidas sociales de acompañamiento, ello puede obstaculizar que los tribunales comprueben si se ha cumplido o no con el objetivo de las consultas, tal y como prevé no solo el ET sino la Directiva comunitaria.

En concreto, alcanzar un acuerdo con el banco empresarial sin que se hayan negociado verdaderas medidas sociales de acompañamiento puede dificultar ampliamente la impugnación individual por parte de los trabajadores afectados e incluso la impugnación colectiva de los sindicatos no firmantes. Estos sujetos podrán alegar la falta o la insuficiencia en la negociación de medidas alternativas o complementarias al despido colectivo, pero, por lo general, dicha declaración de nulidad se dificultará al topar con el valor reforzado que los tribunales conceden al acuerdo, al ser un producto propio de la negociación colectiva y reconocérsele eficacia vinculante<sup>1124</sup>. Respecto a la impugnación individual, si bien el Tribunal Constitucional, en su sentencia 140/2021, de 12 de julio, ha reconocido la posibilidad de que los trabajadores a nivel individual discutan las causas, aunque exista acuerdo, desterrando el anterior blindaje del Tribunal Supremo, ello no equivale a que se haya cuestionado la construcción jurisprudencial del valor reforzado del acuerdo alcanzado en consultas<sup>1125</sup>.

---

<sup>1121</sup> *Vid.*, entre otras, la STS 20 marzo 2013, rec. 81/2012.

<sup>1122</sup> Para ABRIL LARRÁINZAR, M.P.: *Información, consulta y negociación en el despido colectivo*, op. cit., p. 236 que se haya excluido al plan social de la comunicación inicial ha tenido una repercusión importante en la “plataforma de negociación” del despido colectivo, ya que ello significa que el hecho de que el empresario no tenga que informar sobre este extremo al inicio del periodo de consultas provoca que el peso de aportar las propuestas alternativas al despido recaea, en exclusiva, en el banco sindical.

<sup>1123</sup> SAN 1756/2013, de 13 de mayo. Para la Audiencia Nacional «no estamos, por tanto, ante una negociación ejemplar, pero no deja de ser cierto, que las representantes de los trabajadores, al margen de las desafecciones genéricas ya citadas, no hicieron ni una sola proposición constructiva, que pudiera considerarse por la empresa, ni para evitar, ni para reducir el número de despedidos, ni criticaron, ni ofrecieron alternativa alguna al plan de acompañamiento social, que se les propuso por la demandada, por lo que no podemos anular el despido por ausencia de voluntad negociadora empresarial, por cuanto las limitaciones de la negociación efectuada son imputables a ambas partes».

<sup>1124</sup> STS 8 noviembre 2017, rec. 40/2017.

<sup>1125</sup> *Vid.* A.V. SEMPERE NAVARRO, “Control individual de la causa del despido colectivo pactado (Caso Ayuntamiento de Ciempozuelos)”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 2021, n. 8, p. 8.



Por ello, para parte de la doctrina, aunque la decisión extintiva prescindiera de medidas sociales de acompañamiento, el despido colectivo podrá ser declarado perfectamente procedente, siempre que esta decisión “inicialmente incumplidora” se “subsane” mediante el acuerdo, incluso afectando a la esencialidad de la información. Así, “la actitud omisiva o complaciente de los representantes del personal en el curso de la negociación validaría los comportamientos incumplidores de la empresa”<sup>1126</sup>. Y ello no resulta una situación descabellada si se piensa en los numerosos despidos colectivos que han sido negociados y cuyo acuerdo se ha limitado a configurar extinciones incentivadas voluntarias a través de una indemnización superior, muchas veces con el recurso a los planes de prejubilación y a ayudas públicas de distinta índole<sup>1127</sup>.

En cuanto al incumplimiento del plan de recolocación externa obligatorio, se han venido discutiendo sus consecuencias jurídicas en cuanto a la calificación judicial del despido colectivo. En efecto, la doctrina científica se ha cuestionado si la falta de elaboración del plan de recolocación externa supone o no un incumplimiento de las obligaciones documentales del art. 51.2 ET y, con ello, una causa de nulidad del despido colectivo *ex art. 124.2.b LRJS*, puesto que no es la norma estatutaria la que se refiere al plan como contenido de la comunicación inicial, sino el art. 3.2 RPDC. Más allá de estas dudas, para autorizada doctrina la falta de elaboración y aportación del plan sí que podría dar lugar a la nulidad del despido colectivo sobre la base de que se podría considerar mala fe negocial, al menoscabar gravemente la función del período de consultas y el papel de los representantes de los trabajadores<sup>1128</sup>. En cualquier caso, en un primer momento la doctrina judicial<sup>1129</sup> y, posteriormente, el propio Tribunal Supremo en su sentencia 26 marzo 2014<sup>1130</sup> han interpretado que el incumplimiento de los requisitos del plan de recolocación externa (art. 9 RPDC) no está tasado como causa de nulidad del despido colectivo.

---

<sup>1126</sup> E. TERRADILLOS ORMAETXEA, *Las medidas de acompañamiento social en los procesos de reestructuraciones de empresas*, cit., p. 322.

<sup>1127</sup> Vid. L. LÓPEZ CUMBRE, *La prejubilación*, en J.L. MONEREO PÉREZ, G. RODRÍGUEZ INIESTA, *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, 2017, tomo II, pp. 43-50.

<sup>1128</sup> Cfr. F. BALLESTER LAGUNA, *La impugnación del despido colectivo*, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 77-78, y M.Á. FALGUERA BARÓ, *op. cit.*, p. 98.

<sup>1129</sup> Cfr. STSJ Castilla-La Mancha 16 abril 2013, rec. 19/2012, y STSJ Madrid 9 abril 2013, rec. 18/2013.

<sup>1130</sup> Rec. 158/2013, cit.

En cambio, existen otras sentencias en las que sí se ha declarado la nulidad del despido colectivo en casos de ausencia del plan de recolocación externa<sup>1131</sup>, aunque no solo por esta razón sino también por la inexistencia de causa justificativa y existencia de mala fe negocial por parte de la empresa, que procuró negociar individualmente las medidas sociales de acompañamiento propuestas a los trabajadores. En este sentido, finalizar las consultas sin acuerdo facilita que se pueda combatir por parte de los representantes de los trabajadores la ausencia de negociación de medidas sociales de acompañamiento y del plan de recolocación externa, sobre todo cuando tales medidas fueron perseguidas de forma activa por la parte social durante la consulta-negociación<sup>1132</sup>.

#### 4. LOS TRABAJADORES MADUROS EN EL DESPIDO COLECTIVO

##### *4.1. Delimitación del problema: progresivo envejecimiento poblacional y sostenibilidad de la Seguridad Social*

La sostenibilidad del sistema de la Seguridad Social se enfrenta en la actualidad a los siguientes desafíos que amenazan su viabilidad<sup>1133</sup>. En primer lugar, a un mercado de trabajo con altas tasas de desempleo y muy precarizado a consecuencia de la crisis económica de 2008, lo cual supone un aumento del gasto en prestaciones por desempleo y menos ingresos por cotización. En segundo lugar, al efecto que pueda tener el empleo de baja calidad “desestandarizado” que ofrecen las plataformas digitales, así como a la destrucción de trabajos que provoque, sobre todo a corto plazo, la denominada Cuarta Revolución Industrial<sup>1134</sup> integrada, principalmente, por la robotización y la inteligencia artificial<sup>1135</sup>. Por último, y no menos importante ya que se presenta como el problema de

---

<sup>1131</sup> Véase SAN 33/2020, de 17 de abril.

<sup>1132</sup> Vid. TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: “Las medidas de acompañamiento social en los procesos de reestructuraciones de empresas”, cit., p. 327.

<sup>1133</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Sostenibilidad de la Seguridad Social: perspectivas y propuestas de actuación”, en VV.AA.: *Nuevas tecnologías y trabajo sostenible*, MARÍN ALONSO, I. e IGARTUA MIRÓ, M.T. (Dirs.) y SOLÍS PRIETO, C. (Coord.), Murcia, Laborum, 2020, pp. 454-460.

<sup>1134</sup> Término acuñado por SCHWAB, K.: *La cuarta revolución industrial*, Barcelona, Editorial Debate, 2016. Sin embargo, MERCADER UGUINA, J.R.: *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, páginas 24 y siguientes, prefiere hablar de una única y continua revolución industrial en constante evolución más que de diversas revoluciones estancas entre sí.

<sup>1135</sup> No existe consenso científico acerca de cómo afectará la evolución de la tecnología sobre el empleo. Buena muestra de ello, son las denominadas posiciones “tecnopesimistas” de RIFKIN, J.: *El fin del trabajo. Nuevas tecnologías contra puestos de trabajo: el nacimiento de una nueva era*, Barcelona, Paidós, 1996 y FORD, M.: *El auge de los robots: la tecnología y la amenaza de un futuro sin empleo*, Barcelona, Paidós, 2016; así como las posiciones “tecnooptimistas” de BRYNJOLFSSON, E. y MCAFEE, A.: *La segunda era de las máquinas*, Madrid, Temas, 2013. A medio camino, WORLD ECONOMIC FORUM: *The future of jobs. Report 2020*, octubre de 2020, estima que para 2025, 85 millones de trabajo pueden ser desplazados por la división del trabajo entre humanos y máquinas, aunque también prevé que 97 millones de nuevos roles puedan emerger, siendo estos más adaptados a la nueva división del trabajo entre humanos, máquinas

mayor relevancia para la Seguridad Social, se encuentra el desafío del progresivo envejecimiento poblacional, impulsado por la disminución de la natalidad, la inminente jubilación del grueso poblacional de los *babyboomers*, el aumento de la esperanza de vida y la posible reducción de la inmigración a causa de las crisis económicas sucesivas<sup>1136</sup>.

En efecto, el aumento de la esperanza de vida –que es sin duda un logro para la sociedad– se sitúa en España en torno a 80 años para los hombres y 86 años para las mujeres, con previsiones de aumento<sup>1137</sup>; lo cual, unido a la disminución de la natalidad<sup>1138</sup>, provoca que se hable de una pirámide poblacional envejecida. De este modo, según proyecciones del INE, para 2035 la población de 65 y más años supondrá el 26,5% del total de la población, alcanzando la tasa de dependencia el 43,2%, frente al 30% actual. Sin embargo, este problema será más grave todavía, pues previsiblemente para 2055 se espera un porcentaje de población de 65 años y más del 31%<sup>1139</sup>, alcanzando la tasa de dependencia el 55,7%. En otras palabras, cada vez habrá menos población activa (y previsiblemente con trabajos más precarios) para contribuir a las pensiones de un colectivo cada vez más creciente<sup>1140</sup>, habida cuenta además del retraso en la incorporación de los jóvenes al mercado de trabajo<sup>1141</sup>.

Ante esta situación toma mayor protagonismo el concepto acuñado por la OMS de “envejecimiento activo” que, desde una perspectiva integral y holística, lo estructura en cuatro pilares básicos: salud, participación, seguridad y aprendizaje continuo, con el fin de mejorar la calidad de vida a medida que las personas envejecen. Así, el envejecimiento activo busca disfrutar de la salud tanto física como mental, promover la participación

---

y algoritmos. Sin embargo, también advierte que la tendencia de creación y destrucción de puestos de trabajo se está invirtiendo, ya que mientras la creación de trabajos se está ralentizando, la destrucción de puestos se acelera, llamando la atención sobre los efectos especialmente negativos que ello puede tener sobre los trabajadores con mayores desventajas.

<sup>1136</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Sostenibilidad de la Seguridad Social: perspectivas y propuestas de actuación”, op. cit., pp. 456-458.

<sup>1137</sup> INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA: *Nota de prensa: Proyecciones de Población 2020-2070*, de fecha de 22 de septiembre de 2020, p. 4, disponible en: [https://www.ine.es/prensa/pp\\_2020\\_2070.pdf](https://www.ine.es/prensa/pp_2020_2070.pdf)

<sup>1138</sup> *Ibidem*, pp. 4 y 5.

<sup>1139</sup> *Ibidem*, p. 8.

<sup>1140</sup> En nuestro país se pasará de un jubilado por cada cuatro personas en edad de trabajar a un jubilado por cada 1,7 personas en edad de trabajar, véase, CONDE RUIZ, J.I.: “Los retos del factor de sostenibilidad de las pensiones: presente y futuro”, *Documentación Laboral*, N.º 99, 2013, p. 24.

<sup>1141</sup> En este sentido, véase ampliamente MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: *La sostenibilidad de las pensiones públicas*, Madrid, Tecnos, 2014.

activa en la sociedad (lo que incluye la vida laboral activa), garantizar la seguridad de la existencia y la educación y el aprendizaje permanente para la adaptación a los cambios del entorno y de las propias circunstancias determinantes del ciclo de vida de la persona<sup>1142</sup>. En este sentido, una sociedad envejecida como la que presidirá el siglo XXI, debe de reflejar el peso de los mayores en la misma, no solo como una carga, sino como una parte importante del motor económico, y por supuesto situando jurídicamente a los mayores donde se merecen, sin que estos queden completamente al margen de la vida laboral<sup>1143</sup>.

De este modo, desde la Unión Europea se ha ido fomentando el envejecimiento activo y, en concreto, el alargamiento de la vida laboral como antídoto frente al problema del progresivo envejecimiento poblacional y su afectación a la sostenibilidad de las pensiones públicas. Véase, entre otros muchos documentos, el Libro Verde de la Comisión Europea “en pos de unos Sistemas de Pensiones Europeas Adecuados Sostenibles y Seguros” (COM(2010)365 final, de 7 de julio de 2010); el Libro Blanco de la Comisión Europea: “Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles” (COM (2012) 55 final, de 16 de febrero de 2012); la Decisión N.º 940/2011/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de septiembre de 2011 sobre el Año Europeo del Envejecimiento Activo y de la Solidaridad Intergeneracional (2012); y en general, la Estrategia Europea 2020 para el Empleo, donde se prevé un aumento de la vida laboral como mecanismo de integración y sostenibilidad de pensiones<sup>1144</sup>.

En definitiva, la Unión Europea está tratando de ofrecer una respuesta conjunta al progresivo envejecimiento poblacional, ya que este no es un problema que afecte en exclusiva al Estado español, sino que afecta con carácter general al resto de países comunitarios<sup>1145</sup>.

---

<sup>1142</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “La garantía de los derechos fundamentales de los trabajadores maduros”, en: VVAA: *Envejecimiento activo y vida laboral*, MONEREO PÉREZ, J.L., Y MALDONADO MOLINA, J.A. (Dir.), Granada, Comares, 2019, pp. 208 y 209.

<sup>1143</sup> MALDONADO MOLINA, J.A.: “Trabajadores maduros y pensionistas productivos. El envejecimiento activo laboral”, en: VVAA: *Envejecimiento activo y vida laboral*, MONEREO PÉREZ, J.L., Y MALDONADO MOLINA, J.A. (Dir.), Granada, Comares, 2019, p. 520.

<sup>1144</sup> CHARRO BAENA, P. Y GUERRERO JAREÑO, R.: “La jubilación forzosa y la gestión de la diversidad generacional en la empresa: ¿dos conceptos antagónicos?”, en VVAA: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible: III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, ORTIZ CASTILLO, F. (Ed.), Tomo II, Murcia, Laborum, 2019, p. 216.

<sup>1145</sup> Véase el *Libro Verde sobre el Envejecimiento: “Fomentar la solidaridad y la responsabilidad entre generaciones”*, Bruselas, 27 de enero de 2021, COM (2021) 50 final.

En este sentido, España ha ido tomando medidas para reformar su sistema de jubilación y favorecer la prolongación de la vida activa laboral (véase las recomendaciones 12º del Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo de 2011 y la nueva reforma del Pacto de Toledo de 2020<sup>1146</sup>). Medidas que han ido desde atrasar la edad legal de jubilación, fomentar voluntariamente a través de incentivos la jubilación postergada, compatibilizar pensión y trabajo, penalizar la jubilación anticipada, etc<sup>1147</sup>. *Grosso modo*, las modificaciones del TRLGSS que han tenido más calado en materia de envejecimiento activo han sido la Ley 27/2011, de 1 de agosto y la Ley 21/2021, de 28 de diciembre<sup>1148</sup>.

#### 4.2. *La expulsión de trabajadores maduros del mercado de trabajo a través de las operaciones de reestructuración empresarial como opción normalizada*

A pesar de los retos en materia de sostenibilidad de las pensiones públicas que supone el progresivo envejecimiento poblacional y de las medidas que se han tomado para atrasar la edad legal de jubilación, así como para que esta converja con la edad real; por otro lado, las operaciones de reestructuración empresarial han venido optando por la expulsión de trabajadores maduros del mercado de trabajo como una de sus medidas “estrella”<sup>1149</sup>.

Desde la llamada reconversión industrial de los años 80 se ha tomado a la prejubilación como mecanismo habitual de reestructuración empresarial, obviando con ello los efectos perjudiciales que ha traído consigo para las arcas del sistema público de Seguridad Social. La prejubilación, como situación puente que une el cese definitivo en la actividad laboral de un trabajador con el acceso a la jubilación<sup>1150</sup>, se ha erigido como

---

<sup>1146</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “El Pacto de Toledo 25 años después (a propósito del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2020)”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, N.º 25, 2020.

<sup>1147</sup> Un estudio más detallado en MALDONADO MOLINA, J.A.: “Trabajadores maduros y pensionistas productivos. El envejecimiento activo laboral”, en: VVAA: *Envejecimiento activo y vida laboral*, MONEREO PÉREZ, J.L., y MALDONADO MOLINA, J.A. (Dirs.), Granada, Comares, 2019.

<sup>1148</sup> Análisis exhaustivo de esta última norma en MALDONADO MOLINA, J.A.: “La reforma de la pensión de jubilación en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, N.º 30, 2022, pp. 63-89.

<sup>1149</sup> De ello alerta LÓPEZ INSUA, B.M.: “La protección frente al despido de los trabajadores mayores como elemento para la sostenibilidad de las pensiones”, *e-Revista internacional de la protección social*, N.º 1, 2018, *passim*.

<sup>1150</sup> Definición elaborada por LÓPEZ CUMBRE, L.: *La prejubilación*, Madrid, Civitas, 1998, p. 86, por la que la prejubilación es la “situación, de hecho y de derecho, en que queda un trabajador por razón de su edad, próxima a la jubilación, desde el momento en que se extingue su contrato de trabajo hasta que percibe una pensión de jubilación del sistema de Seguridad Social, ya sea anticipada u ordinaria”.

medida plenamente normalizada en los procesos de regulación de empleo, sobre todo en sectores del sector servicios como la Banca o las telecomunicaciones.

En efecto, la jurisprudencia ha venido admitiendo el criterio de la mayor edad para la selección de los trabajadores en el despido colectivo, desconociendo la normativa, tanto nacional, comunitaria como internacional en materia de prohibición de discriminación por razón de edad. En este sentido, destaca la Carta Social Europea revisada, los arts. 21 y 25 de la CDFUE, como “punto de inflexión en la política comunitaria de atención a los mayores”<sup>1151</sup>, enfocando más el problema del edadismo o *ageism* hacia la solución del envejecimiento activo, y la Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, en la interpretación dada por el Tribunal de Luxemburgo<sup>1152</sup>. En el ámbito nacional destaca la protección frente a la discriminación que otorga el art. 14 CE, entendido de forma amplia<sup>1153</sup>, y el art. 17.1 del Estatuto de los Trabajadores, con referencia expresa a la nulidad de aquellas previsiones que ocasionen tanto discriminación directa como indirecta por razón de edad.

No obstante, y pese a que la edad no puede ser, pues, un elemento de discriminación en el trabajo, la respuesta jurídica frente a los supuestos de discriminación por esta causa ha venido siendo, con carácter general, menos contundente que frente a otros criterios como el de la discapacidad o del género. Basta señalar que incluso la regulación de Seguridad Social ha venido amparando procesos de expulsión de trabajadores maduros que transitan hacia la jubilación<sup>1154</sup>.

---

<sup>1151</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G.: “La discriminación por razón de edad vinculada al momento de la jubilación del trabajador: la objetividad, la razonabilidad y el juicio de proporcionalidad”, *LA LEY Unión Europea*, Nº 58, abril 2018.

<sup>1152</sup> Para una mejor comprensión, Vid.: MONEREO PÉREZ, J.L., y MALDONADO MOLINA, J.A.: “Igualdad y no discriminación por razón de edad y derechos de los mayores”, en VV.AA.: *El sistema Universal de los Derechos Humanos*, MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dirs.), Granada, Comares, 2014, pp. 105-127 y MONEREO PÉREZ, J.L., y MALDONADO MOLINA, J.A.: “Derecho de las personas con edad avanzada a la protección social (Artículo 23)”, en VV.AA.: *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa: el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dirs.), Granada, Comares, 2017, pp. 821-833

<sup>1153</sup> Aunque el artículo 14 CE no se refiere expresamente a la discriminación por razón de edad, se puede encuadrar dentro del cajón de sastre “circunstancia personal”, CHARRO BAENA, P. y GUERRERO JAREÑO, R.: op. cit., p. 213.

<sup>1154</sup> VILLAR CAÑADA, I.M.: “Capítulo XIII. Expedientes de regulación de empleo, trabajadores de edad avanzada y principio de igualdad: la sentencia del Tribunal Constitucional 66/2015, de 13 de abril de 2015”, en VV.AA.: *La protección por desempleo en España*, Murcia, Laborum, 2015

El Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, ha validado en diversas sentencias (de 15 de junio de 2005, rec. 7284/2000; de 17 de octubre de 2007, rec. 8242/2004; de 9 de marzo de 2011, rec. 3980/2009) que se acuerde en el despido colectivo la selección de trabajadores maduros en función de su mayor edad, en la mayoría de las ocasiones articulando un sistema de indemnizaciones para fomentar prejubilaciones o jubilaciones anticipadas. Es muy expresiva la STS de 9 de marzo de 2011 cuando expone que “ya existe un criterio consolidado acerca de que <parece razonable que los trabajadores afectados por las medidas de ajuste de plantilla sean aquellos que se encuentran más próximos a la edad de jubilación y, con unas expectativas laborales muy cortas>, sin que ello comporte lesión del art. 14 de la CE”<sup>1155</sup>.

Incluso el Tribunal Constitucional, en su sentencia 66/2015, de 13 de abril, ha dictaminado que la selección de trabajadores en un despido colectivo en función de su mayor edad, por estar próxima a la edad de jubilación, supone un criterio adecuado y proporcionado (y no discriminatorio)<sup>1156</sup>, siempre que se implanten medidas efectivas para minimizar los efectos negativos que la extinción del contrato de trabajo produce en los afectados, medidas como el convenio especial con la Seguridad Social, que será objeto de estudio a lo largo de las siguientes páginas, así como mejoras voluntarias en la prestación por desempleo.

En este sentido, el Tribunal Constitucional aprecia que no se trata de un supuesto de discriminación por razón de edad ya que existe una razón objetiva en la selección del criterio de la edad que es proporcionado y se encuentra justificado en el menor perjuicio que supone la selección de trabajadores maduros a causa de que el sistema de Seguridad Social les ofrece una protección social reforzada a través del subsidio de prejubilación y el convenio especial con la Seguridad Social<sup>1157</sup>. Además, en este supuesto el empresario

---

<sup>1155</sup> SOLÀ I MONELLS, X.: “La afectación prioritaria de los trabajadores de mayor edad en el despido colectivo”, *Anuario IET*, Vol. 3, 2016, pp. 15-17.

<sup>1156</sup> En sentido contrario, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Ciudadanía y derechos de las personas mayores*, Granada, Comares, 2013, *passim* y MONEREO PÉREZ, J. L.: “La garantía de los derechos fundamentales de los trabajadores maduros”, en: VV.AA.: *Envejecimiento activo y vida laboral*, MONEREO PÉREZ, J. L. y MALDONADO MOLINA, J. A. (Dir.), Granada, Comares, 2019, pp. 197-286.

<sup>1157</sup> VILLAR CAÑADA, I.M.: “Capítulo XIII. Expedientes de regulación de empleo, trabajadores de edad avanzada y principio de igualdad: la sentencia del Tribunal Constitucional 66/2015, de 13 de abril de 2015”, op. cit., se pregunta si tienen una efectividad real las medidas de compensación social, habida cuenta del incremento progresivo de la edad de jubilación, del endurecimiento de los requisitos de acceso a la jubilación anticipada y de los coeficientes reductores, así como de la exigua cuantía del subsidio de prejubilación.

reconoce una mejora voluntaria a la prestación por desempleo de duración variable y más elevada cuanto mayor era la edad del trabajador afectado.

Para autorizada doctrina la STC 66/2015 si bien es cierto que supone un “pequeño avance”, al exigir la articulación a cargo del empresario de mecanismos específicos de protección para las personas trabajadores de mayor edad, también es necesario indicar que esa exigencia para justificar la diferencia de trato no se valora de forma rigurosa cuando se analiza el caso concreto, ni se quiere que la utilización de la edad como criterio de selección persiga algún objetivo digno de tutela<sup>1158</sup>. En definitiva, la sentencia del Tribunal Constitucional estaría utilizando un argumento estrictamente eficientista, más propio del *Law & Economics*<sup>1159</sup>.

Sentencias posteriores han caminado en esta línea de la diferencia de trato por razón de edad en el despido colectivo, como puede ser la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2023 (rec. 2785/2021) en la que se avala una menor indemnización pactada para el colectivo de trabajadores de más de 60 años. En palabras del Tribunal Supremo: “en ese contexto debe calificarse como razonable y proporcionado que contemple (el acuerdo alcanzado con los representantes de los trabajadores) una menor indemnización para quienes ya han cumplido la edad de 60 años, teniendo en cuenta que se encuentran muy próximos al acceso a la pensión de jubilación, situándose a las puertas de la misma con la percepción de prestaciones de desempleo, y pueden beneficiarse más fácilmente de la posibilidad de concertar un convenio especial de seguridad social en consideración la previsión sobre su financiación del art. 51.9 ET para los procedimiento de despido colectivos de empresas no concursadas en favor de los trabajadores mayores de 55 años”. No obstante, como apunta la doctrina científica en estos casos la aportación económica del empresa en el convenio especial solo es hasta los 61 años (por tratarse de un despido por causas económicas), aunque también es cierto que el importe de la indemnización adicional a la legal que se reconoce para este colectivo, en función de los meses que le reste a cada uno de los trabajadores mayores de 60 años desde la fecha del despido hasta

---

<sup>1158</sup> SOLÀ I MONELLS, X.: “La afectación prioritaria de los trabajadores de mayor edad en el despido colectivo”, op. cit., p. 22.

<sup>1159</sup> BELTRÁN DE HEREDIA, I.: “Despido colectivo y selección de trabajadores: ¿La «edad» es un criterio no discriminatorio? (STC 66/2015)”, en Blog: *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, entrada de 12 de junio de 2015, disponible en [https://ignasibeltran.com/2015/06/12/despido-colectivo-y-seleccion-de-trabajadores-la-edad-es-un-criterio-no-discriminatorio-stc-662015/#:~:text=14%20CE\),.caso%20evidente%20de%20actuaci%C3%B3n%20discriminatoria](https://ignasibeltran.com/2015/06/12/despido-colectivo-y-seleccion-de-trabajadores-la-edad-es-un-criterio-no-discriminatorio-stc-662015/#:~:text=14%20CE),.caso%20evidente%20de%20actuaci%C3%B3n%20discriminatoria). (visitada el 15/10/2022).



la fecha en que alcancen la edad ordinaria de jubilación, “parece cumplir con las rigurosas exigencias de justificación y proporcionalidad” para que estos trabajadores realicen su aportación al convenio especial<sup>1160</sup>.

Resulta palmario que se ha fomentado las denominadas “bajas incentivadas” en el ámbito de los trabajadores maduros para responder a unas necesidades de reestructuración empresarial, y no siempre por crisis económica empresarial. Si bien se puede llegar a decir que existen bajas incentivadas que se prevén fuera de la negociación del procedimiento de despido colectivo<sup>1161</sup>, lo más común es que estas bajas se produzcan en el seno del despido colectivo, muchas veces no ya con un criterio de selección de mayor edad sino a través de una adscripción voluntaria fuertemente incentivada al plan de prejubilación ofrecido por la empresa. En efecto, esta es la última opción que más se utiliza ya que es la que permite que las personas prejubiladas puedan acceder posteriormente al desempleo y a la jubilación anticipada voluntaria<sup>1162</sup>.

Las prejubilaciones, que suponen la expulsión del mercado de trabajo y el cese definitivo en el trabajo de los trabajadores maduros, si bien son una opción que suele complacer a las partes (al empresario por permitirle realizar un ajuste no traumático de plantilla, expulsando a los trabajadores que considera prescindibles o menos productivos; y a los trabajadores, que ven inevitable su pérdida de empleo y, por tanto, valoran la prejubilación como un mal menor, ya que pueden obtener una renta de sustitución más o menos equivalente a la percibida en el período de vida activa, con complementos al desempleo e incluso algunas veces a la pensión de jubilación<sup>1163</sup>), por otro lado, no suponen un buen aliciente para la garantía de la sostenibilidad de las pensiones

---

<sup>1160</sup> GARCÍA ROMERO, B.: “La menor indemnización pactada para los trabajadores mayores de 60 años afectados por un despido colectivo no constituye una discriminación por razón de edad”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, N.º 2, 2023, versión digital.

<sup>1161</sup> Véase, por ejemplo, Resolución de 17 de marzo de 2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registran y publican los Acuerdos de modificación y prórroga del II Convenio colectivo de Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU, y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España, SAU, en el que se prevé un programa de bajas incentivadas.

<sup>1162</sup> LÓPEZ CUMBRE, L.: “Capítulo 9. La prejubilación”, en VV.AA.: *Tratado de Derecho de la Seguridad Social, Tomo II*, MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Dirs.) y MALDONADO MOLINA, J.A. y DE VAL TENA, Á.L. (Coords.), Murcia, Laborum, 2017

<sup>1163</sup> MONEREO PÉREZ, J. L.: “EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, N.º Extra 1, 2010, pp. 187 y 188.

públicas<sup>1164</sup>. En efecto, las personas que acceden o se ven abocadas a la prejubilación consumen prestaciones contributivas por desempleo y prestaciones del nivel asistencial (subsidios por desempleo para mayores de 52 en la actualidad<sup>1165</sup>) y, además, suelen acceder a la pensión de jubilación de forma anticipada. En efecto, se produce una “socialización” de los costes empresariales de despedir<sup>1166</sup>, muchas veces con el apoyo de ayudas públicas (señaladamente RD 3/2014, de 10 de enero y RD 908/2013, de 22 de noviembre)<sup>1167</sup> y de la protección social complementaria en general<sup>1168</sup>.

Por ello, junto con los problemas o amenazas de financiación de los que adolece la Seguridad Social a causa del progresivo envejecimiento poblacional, incremento de la esperanza de vida, baja natalidad, jubilación de los *babyboomers*, alto desempleo, empleo precario y bajas cotizaciones, etc.<sup>1169</sup>, el uso abusivo de las prejubilaciones y la selección de trabajadores maduros en despidos colectivos no hace más que agravar la situación de sostenibilidad del sistema. De hecho, desde el primer Pacto de Toledo se han venido tomando medidas para retrasar la edad de jubilación, promover el envejecimiento activo y, con ello, alargar de forma voluntaria la vida activa laboral<sup>1170</sup>. Es más, entre otras medidas, se han introducido en la normativa ciertos “límites” a la prejubilación, en la idea de desincentivar la selección de trabajadores maduros en los procedimientos de despidos colectivos.

---

<sup>1164</sup> Sobre esta idea véase el magnífico estudio de LÓPEZ INSUA, B.M.: “La protección frente al despido de los trabajadores mayores como elemento para la sostenibilidad de las pensiones”, en *e-Revista Internacional de la Protección Social*, Vol. III, N° 1, 2018, pp. 74-109.

<sup>1165</sup> El Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, vuelve a reducir la edad a 52 años para el subsidio por desempleo.

<sup>1166</sup> MONEREO PÉREZ, J. L.: “EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación”, op. cit., p. 174.

<sup>1167</sup> LÓPEZ CUMBRE, L.: “Capítulo 9. La prejubilación”, en VV.AA.: *Tratado de Derecho de la Seguridad Social. Tomo II*, MONEREO PÉREZ, J.L. et al. (Dir.), Murcia, Laborum, 2017, pp. 37-60.

<sup>1168</sup> LÓPEZ INSUA, B.M.: op. cit., pp. 103 y 104.

<sup>1169</sup> Un análisis en: MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: *La sostenibilidad de las pensiones públicas: Análisis de la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del factor de sostenibilidad y del índice de revalorización del sistema de pensiones de la seguridad social*, Madrid, Tecnos, 2014.

<sup>1170</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “Capítulo I. Protección contributiva. Configuración jurídica general”, en VV.AA.: *Comentario sistemático a la legislación reguladora de las pensiones*, MONEREO PÉREZ, J.L. y GARCÍA NINET, J.I. (Dir.), Granada, Comares, 2004, pp. 115 y 116 defiende que desde el Pacto de Toledo de 1995 se ha producido un cambio contundente e inequívoco de política del Derecho en materia de jubilación, en el sentido de suponer el tránsito de las políticas de anticipación de la edad hacia las políticas de retraso o mantenimiento de los trabajadores en la edad madura. Sobre el reciente Pacto de Toledo de 2020 y su incidencia sobre el retraso en la edad de jubilación, véase, MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “El Pacto de Toledo 25 años después (A propósito del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2020)”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, N.º 25, 2020, *passim*.

Por un lado, el RD-ley 16/2001, de 27 de diciembre, y sus normas posteriores han introducido la obligación de suscribir un convenio especial con la Seguridad Social si el despido colectivo incluye a trabajadores de 55 años o más, con el fin de que se financien por parte del empresario las cotizaciones a la Seguridad Social y el trabajador afectado no vea recortadas sus prestaciones futuras, en especial la de jubilación. Una medida, objeto del presente trabajo, que se estudiará a lo largo de las siguientes páginas a través de una configuración general con el objetivo principal de detectar cuáles son sus principales problemáticas.

Por otro lado, destaca la D.A.16ª de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, en sus sucesivas reformas, que ha establecido una penalización económica para aquellas empresas con beneficios que procedan a despedir trabajadores maduros, la cual se conoce como la “cláusula Telefónica”. Se trata, a grandes rasgos, de una aportación económica al Tesoro Público en casos de despidos colectivos de trabajadores 50 o más años de edad (art. 51.11 ET) en empresas de más de 100 trabajadores y con beneficios económicos en los dos ejercicios económicos anteriores. Siguiendo la misma línea de desincentivación de las prejubilaciones y la selección de trabajadores a partir de cierta edad, se persigue que las empresas que realicen despidos colectivos de trabajadores maduros a pesar de tener beneficios compensen el impacto que producen en el sistema de protección por desempleo, limitando, por tanto, el coste para el erario público de los procesos de reestructuración de plantillas<sup>1171</sup>.

#### *4.2.1. La jubilación forzosa como extinción del contrato de trabajo por razón de la edad*

La jubilación forzosa, como extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento de una determinada edad que da acceso a la jubilación, es uno de los muchos mecanismos de los que dispone la empresa para expulsar al trabajador maduro o mayor del mercado de trabajo, junto con las jubilaciones anticipadas o las prejubilaciones. En este sentido, la figura de la jubilación forzosa ha sido un mecanismo de extinción del contrato de trabajo muy discutido, no solo por la doctrina y la jurisprudencia, sino por parte del propio legislador a causa de sus sucesivos vaivenes normativos en función del momento histórico

---

<sup>1171</sup> Sobre la aportación económica al Tesoro Público destaca el artículo de MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: “Despidos colectivos de trabajadores de edad avanzada y protección social: entre la discriminación y la eficiencia”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, N.º 430, 2019, pp. 15-51.

y de las peticiones de los interlocutores sociales<sup>1172</sup>. Protagonismo de las cláusulas convencionales de jubilación forzosa que, tras su derogación en 2012 y renovación por el RD-ley 28/2018, de 28 de diciembre, ha sido renovado a la luz de los recientes planteamientos en torno a la sostenibilidad del sistema público de pensiones.

En efecto, la sostenibilidad de la Seguridad Social se enfrenta a numerosos retos, entre los que destaca la inminente jubilación de la generación del *baby boom* y el progresivo envejecimiento poblacional, que presume que cada vez haya menos gente en edad de trabajar y más población beneficiaria de la pensión de jubilación<sup>1173</sup>. Ante estos desafíos, tanto desde la Unión Europea, como desde el propio Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2020, se viene defendiendo como una de las soluciones más eficaces el fomento de la prolongación voluntaria de la vida laboral, más allá de la edad ordinaria de jubilación. Sin embargo, no solo no se ha conseguido este objetivo en las últimas décadas, sino que hemos asistido a la expulsión masiva de la mano de obra madura del mercado de trabajo español a través de prejubilaciones, jubilaciones anticipadas o despidos colectivos, sin que haya habido una verdadera política de empleo activa, y en lo que aquí respecta, utilizando a la jubilación forzosa como una medida de amortización barata de puestos de trabajo, desligada de las pretendidas exigencias de política de empleo que han justificado su implantación en la legislación<sup>1174</sup>. Aspecto último que se pretende evitar con la nueva redacción dada a la disposición adicional décima del ET a través de su reconfiguración por la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, tal y como se analizará.

---

<sup>1172</sup> Sobre las sucesivas reformas legales de la jubilación forzosa en el Derecho español, véase, SALA FRANCO, T.: “Las cláusulas de jubilación forzosa en la negociación colectiva: una larga historia probablemente inacabada”, Revista de Información Laboral, n.º 8, 2018 y MUROS POLO, A.: “La paradoja de la jubilación forzosa y el envejecimiento activo”, Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum, n.º 26, 2021, pp. 93-98.

<sup>1173</sup> Esto es corroborado por el INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA en su Nota de prensa: Proyecciones de Población 2020-2070, de fecha de 22 de septiembre de 2020. Disponible en: [https://www.ine.es/prensa/pp\\_2020\\_2070.pdf](https://www.ine.es/prensa/pp_2020_2070.pdf)

<sup>1174</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “La garantía de los derechos fundamentales de los trabajadores maduros”, en: VV.AA.: Envejecimiento activo y vida laboral, MONEREO PÉREZ, J.L. y MALDONADO MOLINA, J.A. (Dir.), Granada, Comares, 2019 y LÓPEZ INSUA, B.M.: “La protección frente al despido de los trabajadores mayores como elemento para la sostenibilidad de las pensiones”, e-Revista Internacional de la Protección Social, Vol. III, n.º 1, 2018.

En las regulaciones anteriores, a pesar de las limitaciones que ha venido estableciendo el Tribunal Constitucional<sup>1175</sup> en materia de justificación en política de empleo y no amortización del puesto de trabajo del trabajador afectado, el mecanismo de la jubilación forzosa ha encubierto numerosos despidos de trabajadores mayores y supuestos de discriminación por razón de edad al no existir detrás una verdadera política de empleo. La anterior redacción ambigua de la disposición adicional décima del ET, que incluso llegó a admitir “cualesquiera otras (medidas) dirigidas a favorecer la calidad del empleo”<sup>1176</sup> como justificación de la jubilación forzosa, ha venido facilitando esta práctica empresarial, amparada por una regulación igualmente vaga y genérica recogida en la mayoría de los convenios colectivos<sup>1177</sup>. Así, la jubilación forzosa se ha convertido en un mecanismo más para la expulsión de los trabajadores maduros del mercado de trabajo español, junto con el uso abusivo de prejubilaciones, jubilaciones anticipadas o despidos colectivos de trabajadores maduros de recientes etapas<sup>1178</sup>.

En cambio, el acuerdo alcanzado en sede de concertación social por los interlocutores sociales (CEOE, CEPYME, CCOO y UGT) y el Gobierno el 1 de julio de 2021<sup>1179</sup>, plantea un objetivo distinto plenamente enmarcado en el componente 30 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia del Estado español para gestionar los fondos europeos *NextGenerationEU* (denominado “Sostenibilidad a largo plazo del sistema público de pensiones en el marco del Pacto de Toledo”). En concreto, el acuerdo socio-político tripartito de 2021, precursor de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la

---

<sup>1175</sup> SSTC 280/2006, de 9 de octubre (RTC 2006, 341) [RTC\2006\341] y 22/1981, de 2 de julio (RTC 1981, 22 [RTC\1981\22]) (RTC 1981, 22) [RTC\1981\22].

<sup>1176</sup> Muy críticos con esta expresión MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Notas sobre las aportaciones del RD-ley 28/2018, de 28 de diciembre (RCL 2018, 1769 [RCL\2018\1769]), en el sistema de pensiones y en la “jubilación forzosa”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, n.º 18, 2019, p. 25.

<sup>1177</sup> Véase el estudio de FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, S.: “La vuelta de las cláusulas de jubilación forzosa a los convenios colectivos”, en VV.AA.: *Por una pensión de jubilación adecuada, segura y sostenible*, Murcia, Laborum, 2019.

<sup>1178</sup> MONEREO PÉREZ, J. L.: “La garantía de los derechos fundamentales de los trabajadores maduros”, en: VV.AA.: *Envejecimiento activo y vida laboral*, MONEREO PÉREZ, J. L. Y MALDONADO MOLINA, J. A. (Dir.), Granada, Comares, 2019 y LÓPEZ INSUA, B. M.: “La protección frente al despido de los trabajadores mayores como elemento para la sostenibilidad de las pensiones”, *e-Revista Internacional de la Protección Social*, Vol. III, n.º 1, 2018.

<sup>1179</sup> Un análisis a este acuerdo en MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “El acuerdo socio-político tripartito de 2021: la recuperación de la concertación social en el proceso de reforma del sistema de pensiones”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, N.º 28, 2021, pp. 11-34.

sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, restringe sustancialmente la virtualidad de las cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos, tal y como analizaremos a lo largo de las siguientes páginas.

*A) La reforma de la jubilación forzosa tras la entrada en vigor de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre*

La Ley 21/2021, de 28 de diciembre, supone una reforma del sistema de pensiones que acentúa, entre otras cuestiones, la vocación de alargar todo lo posible la vida laboral, al menos hasta la edad ordinaria de jubilación, para garantizar el sostenimiento de las pensiones públicas<sup>1180</sup>. Y en clara lógica con esta finalidad (algo que venía faltando en las anteriores regulaciones), se limita sustancialmente el mecanismo previsto en los convenios colectivos para acudir a la jubilación forzosa como regla general y se introduce un nuevo elemento por razón de género ciertamente menos exigente que el anterior. Así, la disposición final primera de la presente ley modifica el tenor literal de la disposición adicional décima del ET y añade una disposición transitoria novena en el mencionado Estatuto para regular el régimen transitorio de los nuevos mecanismos convencionales de jubilación forzosa.

El apartado primero de la disposición adicional 10ª ET ahora queda redactado tal que: “en aras de favorecer la prolongación de la vida laboral, los convenios colectivos podrán establecer cláusulas que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por el trabajador de una edad igual o superior a 68 años”. Una nueva redacción que, frente a las anteriores opciones extremas de derogación o habilitación, ahora contiene una prohibición de carácter indirecto ya que se admite solo la operatividad de estas cláusulas en los convenios colectivos cuando los trabajadores tengan 68 años o más, actuando dicha cifra como límite o suelo de edad<sup>1181</sup>.

En otras palabras, no se permiten las extinciones por debajo de la edad de 68 años vía jubilación forzosa convencional, a diferencia de lo que venía ocurriendo con las

---

<sup>1180</sup> Según la exposición de motivos de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, “el segundo de los bloques recoge diversas medidas que en conjunto pretenden actuar sobre el acceso a la pensión de jubilación a través de fórmulas voluntarias y más equitativas que favorecen un progresivo alineamiento de la edad efectiva y de la edad ordinaria de jubilación como vía para reforzar la sostenibilidad del sistema en el medio y largo plazo. Todo ello en línea con la recomendación 12 del Pacto de Toledo que, en el marco de un modelo de jubilación flexible, prioriza el reforzamiento de los instrumentos de incentivo y desincentivo previstos para los supuestos de jubilación anticipada o demorada respecto de la edad ordinaria de jubilación”.

<sup>1181</sup> ESTEVE SEGARRA, A.: “La enésima reforma de la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores”, Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social, N.º Extraordinario sobre La reforma laboral de 2021, 2022, pp. 157 y 158.

anteriores versiones de la D.A.10ª ET. Por ejemplo, la anterior regulación dada por el RD-ley 28/2018, exigía el cumplimiento de la “edad legal de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social”, propia del art. 205.1.a) y disposición transitoria séptima del TRLGSS (para 2027: 67 años o 65 años cuando se acrediten 38 años y 6 meses de cotización). A la luz de esta nueva limitación la rúbrica de la citada disposición adicional (“Cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación”) sería incorrecta, a salvo de la jubilación forzosa en sectores con infrarrepresentación femenina, y, por tanto, debería de ser modificada<sup>1182</sup>.

En definitiva, si bien es cierto que el tenor literal actual de la expresión “en aras de favorecer la prolongación de la vida laboral” puede suponer una proclamación antitética con su contenido, pues la jubilación forzosa significa precisamente la extinción del contrato e imposibilita que el trabajador siga desempeñando su cometido en la empresa<sup>1183</sup>, al menos el legislador acaba con la conflictividad inherente a esta figura y garantiza como mínimo un año más allá de la edad legal de jubilación para que el trabajador pueda disfrutar, entre otros, de los beneficios inherentes a la jubilación demorada o postergada, medida estrella de la Ley 21/2021<sup>1184</sup>.

Una vez determinada la edad forzosa de jubilación a los 68, el precepto recoge los otros dos requisitos esenciales que tradicionalmente han constituido el mecanismo de jubilación forzosa (conformados por el Tribunal Constitucional y avalados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>1185</sup>): (i) el acceso a la pensión contributiva por jubilación; y (ii) la vinculación de la medida extintiva con objetivos coherentes de política de empleo, que supongan una justificación objetiva y razonable al sacrificio que dicha medida conlleva sobre el derecho individual al trabajo propio del jubilado forzosamente.

---

<sup>1182</sup> MALDONADO MOLINA, J.A.: “Las cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos tras la ley 21/2021”, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, N.º 161, 2022, p. 418 propone la siguiente fórmula: “Cláusulas de los convenios colectivos referidas a la extinción del contrato por cumplimiento de una edad máxima”.

<sup>1183</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Evolución y perspectivas de las cláusulas sobre jubilación forzosa”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, N.º 250, 2022, versión electrónica.

<sup>1184</sup> MALDONADO MOLINA, J.A.: *op. cit.*, pp. 417 y siguientes.

<sup>1185</sup> Véase, sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 16 de octubre de 2007, Palacios de la Villa, C-411/05, la cual determinó que la previsión española de jubilación forzosa (en concreto, la Ley 14/2005, de 1 de julio) no era contraria al principio de no discriminación por razón de edad de la Directiva 2000/78/CE.

En cuanto al acceso a la pensión contributiva por jubilación, pocos cambios se introducen, más allá del uso del lenguaje no sexista bajo la fórmula “persona trabajadora”. De este modo, “la persona trabajadora afectada por la extinción del contrato de trabajo deberá reunir los requisitos exigidos por la normativa de Seguridad Social para tener derecho al cien por ciento de la pensión ordinaria de jubilación en su modalidad contributiva”<sup>1186</sup>. Una mejora en la tasa de sustitución que es la compartida por la versión del RD-ley 28/2018, y que supuso una mejora respecto a las versiones anteriores de la regulación de la jubilación forzosa, por las que solo se garantizaba el período mínimo de cotización o el 80% de la base reguladora a raíz de la Ley 27/2011, de 1 de agosto.

Por último, la reforma de 2021 también ha renovado los denominados “objetivos coherentes de política de empleo” que, frente a la anterior redacción amplia y ambigua, son limitados a uno en exclusiva: el relevo generacional, materializado “a través de la contratación indefinida y a tiempo completo de, al menos, un nuevo trabajador o trabajadora”. Cambio que se muestra como favorable y muy positivo, habida cuenta de la tradicional práctica seguida por los negociadores de los convenios colectivos, avalada por la jurisprudencia<sup>1187</sup>, por la que se ha venido utilizando a la jubilación forzosa como una medida de amortización “barata” de puestos de trabajo, al no mediar indemnización ni sustitución de las personas trabajadoras afectadas<sup>1188</sup>.

No se olvide que el acceso a la jubilación es un derecho que, como tal, es de ejercicio voluntario, y que no puede limitarse de forma incondicionada, al igual que ocurre con el derecho al trabajo. Además, para que tal limitación en el derecho individual al trabajo no constituya un supuesto de discriminación, dicho trato desigual de los trabajadores en edad de jubilación debe de estar justificado en una verdadera política de empleo (o de reparto del empleo) que supere la triple comprobación sobre la objetividad,

---

<sup>1186</sup> Se entiende que este 100% de la pensión ordinaria de jubilación es el porcentaje que se aplica a la base reguladora, calculado conforme a las reglas previstas en el 210.1 y disposición transitoria novena del TRLGSS (para 2027 habrá que cotizar al menos 37 años). Véase, BARRIOS BAUDOR, G.L.: “El regreso de la jubilación forzosa”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, N.º 3, 2019, p. 10.

<sup>1187</sup> Véase la fantástica recopilación de jurisprudencia elaborada por SEMPERE NAVARRO, A.V.: *op. cit.*, donde se puede apreciar de qué modo los Tribunales, especialmente el Tribunal Supremo, han ido en las últimas décadas acogiendo fórmulas tan flexibles para validar las cláusulas de jubilación forzosa que han reducido al mínimo la justificación en política de empleo y se han admitido cláusulas con el mero acceso a la pensión de jubilación del trabajador afectado.

<sup>1188</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “La garantía de los ... *op. cit.*”, pp. 236-239.



razonabilidad y proporcionalidad de las desigualdades<sup>1189</sup>. Sin embargo, como ya se ha indicado, generalmente la práctica convencional, e incluso judicial, salvo excepciones<sup>1190</sup>, ha desoído estos límites y ha reconocido extinciones del contrato por razón de edad sin que exista como justificación una verdadera política de reparto del empleo.

Conductas que han sido de algún modo legitimadas con las anteriores redacciones excesivamente flexibles de este requisito en el ET, como por ejemplo, en la versión del RD-ley 28/2018, por la que: “la medida deberá vincularse a objetivos coherentes de política de empleo expresados en el convenio colectivo, tales como la mejora de la estabilidad en el empleo por la transformación de contratos temporales en indefinidos, la contratación de nuevos trabajadores, el relevo generacional o cualesquiera otras dirigidas a favorecer la calidad del empleo”. De este modo, la disposición adicional 10ª reconocía, en un sentido ejemplificativo y marcadamente abierto, cualquier medida destinada a favorecer la calidad del empleo<sup>1191</sup>, lo cual suponía un alejamiento respecto a la doctrina constitucional de “no amortización del puesto de trabajo”, y actuaba en contra de la idea de reparto del empleo, sin garantizar, por tanto, el “equilibrio virtuoso” de esta medida extintiva<sup>1192</sup>.

No obstante, en contra de lo anterior, la reforma de 2021 establece ahora un objetivo de política de empleo claro, conciso y fácilmente demostrable ante una eventual impugnación judicial<sup>1193</sup>: “la medida deberá vincularse, como objetivo coherente de

---

<sup>1189</sup> Sobre esta cuestión, MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G.: “La discriminación por razón de edad vinculada al momento de la jubilación del trabajador: la objetividad, la razonabilidad y el juicio de proporcionalidad”, LA LEY Unión Europea, N° 58, 2018, versión electrónica.

<sup>1190</sup> En MUROS POLO, A.: “Una buena práctica convencional en materia de jubilación forzosa”, Revista Española de Derecho del Trabajo, N.º 251, 2022, versión electrónica, se analiza una sentencia del STJ de Madrid, de 17 de septiembre de 2021 (JUR 2021, 357239) en la que se aplica una cláusula de jubilación forzosa de un convenio colectivo en la que se reconocen objetivos coherentes y específicos de política de empleo a modo de contraprestación: “la empresa, en este supuesto de extinción del contrato de trabajo, dentro de los seis meses siguientes desde que se produzca, deberá contratar los servicios de dos personas trabajadoras, de los que, al menos, una de ellas, deberá ser contratada por tiempo indefinido o, alternativamente, deberá contratar los servicios de una persona trabajadora y convertir en indefinido el contrato temporal que la empresa ya tuviera suscrito con otra persona trabajadora”.

<sup>1191</sup> Según la STS de 4 de mayo de 2017, recud. 2238/2015, se trata de una fórmula que hace referencia a medidas de la más variada naturaleza, como promoción profesional, conciliación de la vida laboral y familiar, implantación de innovaciones tecnológicas, etc, que repercutan en bondad del empleo.

<sup>1192</sup> Muy críticos con la redacción de la norma, MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Notas sobre las aportaciones del RD-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, en el sistema pensiones y en la “jubilación forzosa”, Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum, N.º 18, 2019, p. 25.

<sup>1193</sup> El TS ya ha determinado que no solo es necesario que el convenio exprese formalmente los objetivos de política de empleo, sino que es obligatorio que se pruebe que dichos objetivos se han cumplido o están en trámite de cumplimiento (STS de 4 de mayo de 2017, recud. 2238/2015).

política de empleo expresado en el convenio colectivo, al relevo generacional a través de la contratación indefinida y a tiempo completo de, al menos, un nuevo trabajador o trabajadora”. En este sentido, con la redacción dada por la Ley 21/2021 a la D.A. 10ª ET, únicamente se permiten las jubilaciones forzosas no solo cuando no se amortice el puesto de trabajo del trabajador jubilado forzosamente, sino cuando, además, el trabajador contratado para cubrir este puesto lo sea en las condiciones de un empleo típico (de carácter indefinido y a tiempo completo)<sup>1194</sup>, sin establecer nada acerca de las características de este último, como la edad<sup>1195</sup>. Se retorna, así, a una condicionalidad que recupera el “espíritu” o la “ratio iuris” de la interpretación más restrictiva originaria efectuada por el TC en su sentencia 22/1981, de 2 de julio<sup>1196</sup>.

De forma excepcional (así lo establece expresamente la D.A. 10ª ET), se podrá rebajar la edad de 68 años a la edad ordinaria de jubilación para acudir a la jubilación forzosa cuando con dicha medida se persiga “alcanzar la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres coadyuvando a superar la segregación ocupacional por género”. Un apartado segundo de la citada disposición, que se desglosará a continuación, y que se enmarca dentro de las denominadas acciones positivas que pueden desarrollar los Poderes Públicos en favor de las mujeres con el fin de “corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres” según lo previsto en el art. 11.1 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Del mismo modo, el Derecho Social Comunitario, a través del art. 157.4 TFUE, en relación con el art. 3 de la Directiva 2006/54/CE, y el art. 23 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>1197</sup>, posibilita esta acción del Estado tendente a la igualación efectiva entre hombre y mujer en sectores con infrarrepresentación femenina.

---

<sup>1194</sup> ESTEVE SEGARRA, A.: op. cit., pp. 159 y 160.

<sup>1195</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V.: op. cit., reflexiona lo siguiente: “que no se condicione en modo alguno el perfil de la persona permite que sea válida cualquier tipo de contratación (de duración indefinida y a jornada completa), porque la norma asocia relevo generacional a la jubilación de quien posee derecho a percibir el 100% de la pensión y ha cumplido los 68 años de edad. De este modo, estaríamos dentro del diseño legal cuando la contratación se realiza respecto de una persona con más de 68 años pero sin derecho a percibir la pensión completa de jubilación, por más que sociológicamente fuera inexistente el “relevo generacional” ya que saliente y entrante pertenecerían a la misma cohorte etaria”.

<sup>1196</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “El acuerdo socio-político ...”, op. cit., p. 29.

<sup>1197</sup> Muy expresivo es el art. 157.4 TFUE: “Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales”.

Nos encontramos, por tanto, ante una serie de acciones positivas como medidas igualatorias asociadas a los objetivos del Estado social de Derecho, ya que el artículo 14 de la Constitución Española debe de ser interpretado desde el 9.2, donde se atribuye a los Poderes Públicos el que promuevan las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva (STC 34/1981, de 10 de noviembre)<sup>1198</sup>. De este modo, se abre la posibilidad de que a través de normas positivas se puedan establecer determinadas disposiciones a favor de las mujeres (colectivo históricamente discriminado) con la finalidad de corregir situaciones patentes de desigualdad por razón de género. Sin embargo, estas acciones positivas deben de respetar dos límites expresados en la Ley Orgánica 3/2007: (i) deben de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso; y (ii) han de ser temporales, aplicables en tanto subsistan dichas situaciones<sup>1199</sup>. Además, del análisis de la jurisprudencia del TJUE<sup>1200</sup> se puede inferir que la reserva automática o cuota fija de empleo reservada a la mujer incluso cuando nos encontramos ante sectores infrarrepresentados es injustificada, ya que solo se permite esta preferencia en el acceso al empleo cuando existe igualdad de méritos o de capacitación<sup>1201</sup>. Algo que podría generar conflicto con la redacción actual de la D.A.10ª, pues se prevé la contratación automática de una mujer a modo de “contraprestación” o compensación por la medida de jubilación forzosa.

Una vez expresado lo anterior, procede analizar en detalle cómo se estructura esta cláusula de jubilación forzosa como medida de acción positiva. En concreto, la D.A.10ª ET, a mi modo de ver, diferencia entre dos momentos, según los cuales establece: de qué modo se configura dicha cláusula en el convenio colectivo y, por otro lado, cómo se aplica tal medida extintiva.

---

<sup>1198</sup> Un análisis de la jurisprudencia constitucional en GÓMEZ ORFANEL, G.: “Acciones positivas a favor de la mujer en España: doctrina, jurisprudencia y legislación”, Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época, Vol. 9, 2008, pp. 379-402, y en GIMÉNEZ GLUCK, D.: Una manifestación polémica del principio de igualdad. Acciones positivas y medidas de discriminación inversa, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

<sup>1199</sup> PERÁN QUESADA, S.: Derecho Social y Género: El camino hacia la igualdad efectiva en las relaciones sociolaborales, Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, pp. 76 y siguientes.

<sup>1200</sup> Un estudio en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: “Concepto y fundamentación jurídica de las acciones positivas y la promoción profesional de las mujeres en la jurisprudencia del TJUE”, Femeris: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género, N.º 2, 2019, pp. 50-69.

<sup>1201</sup> Véase, RUEDA MONROY, J.A.: “La virtualidad jurídica de las reservas y preferencias en el empleo a favor de la mujer en el ordenamiento español”, Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, N.º 4, 2020, versión electrónica.

En cuanto a la primera fase, el ET establece como requisito para negociar la cláusula convencional que la tasa de ocupación de las mujeres trabajadoras por cuenta ajena afiliadas a la Seguridad Social en alguna de las actividades económicas correspondientes al ámbito funcional del convenio colectivo debe de ser inferior al 20% de las personas ocupadas en estas actividades<sup>1202</sup>. En concreto, la tasa de ocupación será la referida a los códigos de la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE) que se hayan indicado en la inscripción del convenio colectivo ante el REGCON, según lo dispuesto por el Real Decreto 713/2010. Como se trata de una tasa de ocupación de las mujeres trabajadoras por cuenta ajena respecto al total de trabajadores en una determinada actividad del CNAE, será la Administración de la Seguridad Social quien facilite dichos datos en la fecha de constitución de la comisión negociadora del convenio. Esto tiene sentido pues es en este momento en el que los negociadores tienen que decidir si, a la luz de los datos, pueden incluir tal cláusula de jubilación forzosa en el convenio colectivo.

En cuanto a la segunda fase, la de aplicación de la cláusula de jubilación forzosa, la D.A.10ª ET recoge los siguientes requisitos: (i) que la persona afectada por la extinción reúna los requisitos para tener derecho al cien por ciento de la pensión ordinaria de jubilación contributiva; (ii) que en la fecha de efectos de la decisión extintiva concurra la tasa de ocupación inferior al 20% en el CNAE al que esté adscrita la persona afectada por la extinción –a tal efecto, se tendrá en cuenta el CNAE que resulte de aplicación para la determinación de los tipos de cotización para la cobertura de las contingencias por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales<sup>1203</sup>–; y (iii) que cada extinción contractual en aplicación de esta previsión lleve aparejada simultáneamente la contratación indefinida y a tiempo completo de, al menos, una mujer en la mencionada actividad<sup>1204</sup>.

---

<sup>1202</sup> Para una visión de los códigos CNAE con baja representación femenina, cfr., Memoria del análisis de impacto normativo del Anteproyecto de Ley de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, pp. 111 y 112, versión de 11 de agosto de 2021, disponible en: <https://transparencia.gob.es/servicios-buscador/contenido/normaelaboracion.htm?id=NormaEV44L0-20212601&lang=gl&fcAct=2021-11-22T07:51:51.738Z> (consultado a 5/04/2022).

<sup>1203</sup> Disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2007, modificada por la disposición final quinta del RD-ley 28/2018.

<sup>1204</sup> Se entiende que esta mujer contratada no debe de reunir ningún requisito adicional especial y que debe de ser contratada para desarrollar sus tareas en el CNAE de referencia. SEMPERE NAVARRO, A.V.: op. cit.

Por último, este segundo apartado de la disposición adicional determina que la decisión extintiva deberá de ser comunicada por la empresa a los representantes legales de los trabajadores y a la propia persona trabajadora afectada. Una precisión que solo se aplicaría a la jubilación forzosa como acción positiva de igualdad de género pero que podría ser útil su extensión al resto de jubilaciones forzosas, habida cuenta de las dudas interpretativas que la aplicación de la medida extintiva ha generado al respecto<sup>1205</sup>.

La disposición transitoria novena del Estatuto de los Trabajadores, introducida por la disposición final 1.2 de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, establece la aplicación temporal de las nuevas cláusulas de jubilación forzosa. En concreto, la D.A.10ª ET solo se aplicará a los convenios colectivos suscritos desde el 1 de enero de 2022, con independencia de en qué momento se produzca su entrada en vigor, registro o inicio de las negociaciones. Además, con esta previsión, la de fijar el momento de aplicación de la nueva regulación en la fecha de suscripción del convenio, se quiere dar por cerrada la posibilidad de tener en cuenta otras fechas como la de los acuerdos parciales o la de finalización de las deliberaciones, así como la de la sumisión a consulta o referéndum<sup>1206</sup>.

De este modo, los convenios colectivos suscritos a partir del 1 de enero de 2022 tendrán que cambiar sus clausulados para recoger, entre otras cuestiones, la nueva política de empleo asociada a la jubilación forzosa: la contratación de un nuevo trabajador con contrato de trabajo indefinido y a tiempo completo. Se abandonan así los amplios elencos de medidas que venían recogiendo los convenios colectivos, tales como la transformación de contratos a tiempo parcial a tiempo completo, de contratos temporales en indefinidos o la suscripción de contratos de relevo<sup>1207</sup>.

Por otro lado, las cláusulas convencionales de jubilación forzosa suscritas con anterioridad a 1 de enero de 2022 no decaerán automáticamente, sino que permanecerán en vigor hasta pasados tres años de la finalización de la vigencia inicial pactada del convenio colectivo en cuestión (esto es, sin incluir las etapas de vigencia prorrogada o

---

<sup>1205</sup> MUROS POLO, A.: “Prolongación de la vida activa y jubilación forzosa: ¿una contradicción de principios?”, en VV.AA.: Derecho vivo de la Seguridad Social. V Seminario Permanente de Estudio y Actualización URJC-AESSS 2020, Murcia, Laborum, p. 140.

<sup>1206</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V.: op. cit.

<sup>1207</sup> ESTEVE SEGARRA, A.: op. cit., p. 159.

ultraactividad)<sup>1208</sup>. Régimen transitorio de hasta tres años<sup>1209</sup> que, salvo que antes se acuerde un nuevo convenio, concede un plazo razonable a la negociación colectiva para adaptar su regulación a las nuevas reglas, algo que no ocurrió con el régimen transitorio previsto en 2005<sup>1210</sup>.

*B) Balance de la nueva regulación de la jubilación forzosa prevista en convenios colectivos*

Es innegable que la nueva disposición adicional 10ª del ET, la cual se aplica al empleo en el sector privado y al personal laboral de la Administración —pues la jubilación forzosa del régimen funcionarial no se ha modificado—<sup>1211</sup>, supone una regulación más coherente en términos de garantizar, al menos de forma parcial, la prolongación voluntaria de la vida laboral del trabajador y, con ello, el sostenimiento de las pensiones públicas. Si bien es cierto que sería más acertada una derogación total de las cláusulas de jubilación forzosa, el carácter consensuado de la presente normativa en sede de concertación social provoca que a raíz de equilibrios y concesiones mutuas se posibilite tanto el ejercicio del envejecimiento activo, como el uso de la medida de la jubilación forzosa, al establecer como suelo mínimo la edad de 68 años<sup>1212</sup>.

Por otro lado, también se celebra como muy oportuna la limitación inequívoca de la política de reparto de empleo que justifica la extinción del contrato por razón de edad: la contratación de una nueva persona trabajadora de forma indefinida y a tiempo completo en la empresa. Con tal limitación, muy bien perfilada, se pretende acabar con la anterior práctica de utilizar la jubilación forzosa como una medida de reestructuración “barata”<sup>1213</sup>, basada en unos elementos de compensación ambiguos e inespecíficos, que

---

<sup>1208</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V.: op. cit.

<sup>1209</sup> Régimen transitorio que puede posibilitar la aplicación de la anterior regulación de la jubilación forzosa en importantes sectores, como el de la banca, por un período superior a los tres años si se tiene en cuenta la fecha de fin de la vigencia inicial (c.fr. XXIV Convenio Colectivo del Sector de la Banca, BOE de 30 de marzo de 2021).

<sup>1210</sup> MALDONADO MOLINA, J.A.: op. cit., p. 423.

<sup>1211</sup> Un estudio en FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y AGRA VIFORCOS, B.: “La jubilación forzosa del personal laboral al servicio de las administraciones públicas (o la antinomia en la negociación colectiva)”, Trabajo y Derecho, N.º 85, 2022, versión electrónica. Para una crítica del inmovilismo en la jubilación forzosa de los funcionarios, véase, ESTEVE SEGARRA, A.: op. cit., pp. 162-164.

<sup>1212</sup> La ampliación de la edad de jubilación forzosa a esta cifra ya se había propuesto con anterioridad por el presente autor en los siguientes trabajos: MUROS POLO, A.: “La paradoja de la jubilación forzosa y...”, op. cit., p. 109 y MUROS POLO, A.: “Prolongación de...”, op. cit., p. 145.

<sup>1213</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, N.º Extra1, 2010, pp. 159-216 y LÓPEZ INSUA, B.M.: “El despido

suponía finalmente la amortización de puestos de trabajo. Ahora queda claro qué conlleva la jubilación forzosa para la acción del empresario, una nueva contratación de trabajo típico, que podrá ser fácilmente demostrable y fiscalizable ante los Tribunales en caso de una eventual impugnación judicial.

Y precisamente este último punto, el de la impugnación y la calificación judicial de la extinción injustificada del contrato de trabajo por jubilación forzosa (por no respetar los requisitos de la D.A.10ª ET, señaladamente la política de empleo), ha sido una cuestión sujeta a controversia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en la doctrina judicial. En la mayoría de las ocasiones el despido ha sido declarado improcedente<sup>1214</sup>, aunque la calificación judicial correcta debería de haber sido la nulidad, habida cuenta de que si no median los requisitos (o una política de empleo coherente), nos encontramos ante un despido por la sola razón de la edad, que resulta claramente discriminatorio<sup>1215</sup>. Sin embargo, también es cierto que muchos pronunciamientos judiciales han calificado el despido como improcedente a causa de que la parte demandante no ha pretendido la nulidad, por lo que si se hubiera calificado de nulo el despido el Tribunal habría incurrido en incongruencia *ultra petita* (aunque ello no obsta que se hubiera discutido a lo largo de la sentencia esta posible calificación a efectos dialécticos)<sup>1216</sup>.

Para terminar, un último apunte. Respecto a la jubilación forzosa como política de acción positiva, debemos de indicar que resulta ser una regulación novedosa y desde la política de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres muy acertada para acabar con la segregación ocupacional. No obstante, a pesar de los esfuerzos del legislador, podría ser que esta contratación a favor de la mujer de forma incondicionada o automática a cambio de la jubilación forzosa genere ciertas fricciones con la jurisprudencia del TJUE. De este modo, habrá que estar al caso y ponderar en cada supuesto si la medida de acción positiva cumple con los requisitos de razonabilidad y proporcionalidad para esquivar dicha

---

colectivo de los trabajadores de edad avanzada”, en VV.AA.: Envejecimiento activo y vida laboral, MONEREO PÉREZ, J.L. y MALDONADO MOLINA, J.A. (Dir.), Granada, Comares, 2019, pp. 409-437.

<sup>1214</sup> La STS de 11 de mayo de 2016 (rec. 2530/2014) entiende la nulidad, aunque la mayoría de las sentencias han declarado el despido improcedente: SSTS de 2 de febrero de 2016 (rec. 1624/2014), de 9 de marzo de 2015 (rec. 651/2014), 28 de abril de 2016 (rec. 3062/2014) o 4 de mayo de 2017 (rec. 2238/2015).

<sup>1215</sup> En este mismo sentido: MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Notas sobre las aportaciones...”, op. cit., p. 24.

<sup>1216</sup> Análisis de VIVERO SERRANO, J.B.: “Las últimas manifestaciones de la jubilación forzosa por convenio colectivo. Comentario a la STS, 4ª, 11-5-2016, recud 2530/2014”, Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum, N.º 9, 2016, pp. 159-164.

contradicción con los límites que impone el Tribunal de Luxemburgo a las acciones positivas.

#### *4.3. Medidas que buscan desincentivar el despido colectivo de los trabajadores maduros*

##### *4.3.1. Problemática y aplicación de la denominada “aportación económica al Tesoro Público”*

###### *A) Requisitos para el nacimiento de la obligación*

En la línea de lo que se ha venido comentando, los procesos de reestructuración de empresas basados sobre la expulsión de trabajadores maduros, especialmente a través de prejubilaciones, ha trasladado el coste de los despidos, no solo a la sociedad en general, sino a la Seguridad Social en particular. El despido de trabajadores maduros se ha venido financiando a través de la prestación por desempleo, tanto a nivel contributivo como a nivel asistencial con el denominado “subsidio de prejubilación”, ahora para mayores de 52 años, como una situación puente hasta la contingencia de la jubilación.

No obstante, el legislador, consciente de los peligros que ello acarrea para la sostenibilidad del sistema público de Seguridad Social, ha instaurado un mecanismo que permite limitar la asunción de costes por parte de la Administración Pública en el capítulo de la protección por desempleo de los trabajadores de edad en contextos de reestructuración empresarial. En concreto, este límite se aplica a los despidos colectivos de trabajadores maduros en grandes empresas que, a su vez, gozan de beneficios, lo cual parece razonable desde el punto de vista de la reestructuración socialmente responsable en cuanto a que estas empresas asuman el coste de sus decisiones<sup>1217</sup>.

En efecto, el art. 51.11 ET se refiere a dicha medida cuando indica que: “las empresas que realicen despidos colectivos de acuerdo con lo establecido en este artículo, y que incluyan a trabajadores de cincuenta o más años de edad, deberán efectuar una aportación económica al Tesoro Público de acuerdo con lo establecido legalmente”. Esta aportación económica al Tesoro Público por despido de trabajadores maduros, también llamada “cláusula Telefónica”, viene desarrollada por la disposición adicional 16ª de la Ley Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, y por el Real Decreto 1484/2012, de 29 de octubre, sobre

---

<sup>1217</sup> En cuanto al objeto y justificación legal de la medida, véase MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: “Despidos colectivos de trabajadores de edad avanzada y protección social: entre la discriminación y la eficiencia”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, N.º 430, pp. 37 y ss.



las aportaciones económicas a realizar por las empresas con beneficios que realicen despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años.

Para que se produzca el nacimiento de esta obligación de aportación económica, que tiene la consideración de derecho de naturaleza pública no tributario de la Administración General del Estado<sup>1218</sup>, es necesario que concurran las siguientes circunstancias:

a) Que los despidos colectivos sean realizados por empresas de más de 100 trabajadores o por empresas que formen parte de grupos de empresas que empleen a ese número de trabajadores. De este modo, con la modificación introducida por la Ley 3/2012, de 6 de julio, se reduce el tamaño de la empresa o el grupo obligada al pago de 500 a 100 trabajadores, al igual que se suprime la importancia del número de extinciones puesto que lo determinante es ahora alcanzar el nivel de plantilla exigido<sup>1219</sup>. Por otro lado, la referencia al grupo de empresas no se entiende realizada al grupo patológico a efectos laborales, sino al grupo empresarial mercantil conformado según el Código de Comercio<sup>1220</sup>.

b) Que el porcentaje de trabajadores despedidos de cincuenta o más años de edad sobre el total de trabajadores despedidos<sup>1221</sup> sea superior al porcentaje de trabajadores de cincuenta o más años sobre el total de trabajadores de la empresa<sup>1222</sup>. Así, debe darse el despido colectivo de trabajadores maduros por causas empresariales en un determinado porcentaje respecto al total de afectados que, a su vez, supere al porcentaje que hay en la empresa de trabajadores de 50 o más años de edad respecto al total de la plantilla.

---

<sup>1218</sup> Por ello es de aplicación las disposiciones contenidas en el título I, capítulo II, de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (art. 1.2 RD 1484/2012).

<sup>1219</sup> MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: “Despidos colectivos de trabajadores de edad avanzada y protección social: entre la discriminación y la eficiencia”, op. cit., pp. 40 y 41.

<sup>1220</sup> ORTIZ GONZÁLEZ-CONDE, F.M.: “Seguridad Social y despidos colectivos”, en VV.AA.: *Viabilidad de las empresas, mantenimiento del empleo y medidas de flexibilidad externa en la reestructuración empresarial*, ORTEGA LOZANO, P.G. y GUINDO MORALES, S. (Dirs.), Granada, Comares, 2022, p. 408.

<sup>1221</sup> “A los efectos del cálculo del porcentaje de trabajadores despedidos de cincuenta o más años sobre el total de trabajadores despedidos, se incluirán los trabajadores afectados por el despido colectivo y aquellos cuyos contratos se hayan extinguido por iniciativa de la empresa en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el artículo 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, siempre que dichas extinciones de contratos se hayan producido en los tres años anteriores, con el límite del 27 de abril de 2011, o en el año posterior al inicio del procedimiento de despido colectivo”.

<sup>1222</sup> “A los efectos del cálculo del porcentaje de trabajadores de cincuenta o más años sobre el total de trabajadores de la empresa, se tendrá en cuenta la plantilla de la empresa a la fecha de inicio del procedimiento de despido colectivo”.

También deben de tenerse en cuenta aquellos despidos disciplinarios reconocidos como improcedentes en cuanto al cómputo de los umbrales para el nacimiento de la obligación de aportación al Tesoro Público<sup>1223</sup>.

c) Que, aun concurriendo las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que justifiquen el despido colectivo, se cumpla alguna de las dos condiciones siguientes (se trata de condiciones alternativas y no acumulativas):

1.<sup>a</sup> Que las empresas o el grupo de empresas del que formen parte hubieran tenido beneficios en los dos ejercicios económicos anteriores a aquél en que el empresario inicia el procedimiento de despido colectivo<sup>1224</sup>.

2.<sup>a</sup> Que las empresas o el grupo de empresas del que formen parte obtengan beneficios en al menos dos ejercicios económicos consecutivos dentro del periodo comprendido entre el ejercicio económico anterior a la fecha de inicio del procedimiento de despido colectivo y los cuatro ejercicios económicos posteriores a dicha fecha<sup>1225</sup>.

La propia D.A. 16<sup>a</sup> de Ley 27/2011 precisa en qué supuestos debe de entenderse que existen beneficios, para lo cual aclara que será cuando el resultado del ejercicio de las cuantas anuales de pérdidas y ganancias, tanto normal como abreviada, siguiendo el modelo del Plan General Contable, sea positivo. También precisa que en casos de grupos de empresas para el resultado del ejercicio “solo se tendrá en cuenta los resultados obtenidos en España por las empresas que lo integren”.

Además, en cuanto a la exigencia de beneficios la jurisprudencia ha venido interpretando que el uso de la disyuntiva “o” en la redacción de la norma significa que tales condiciones pueden darse o bien en la empresa aisladamente considerada o bien en el grupo. De este modo, si el grupo tuvo pérdidas económicas pero la empresa individualmente considerada tuvo beneficios se cumple la condición requerida para que proceda la aportación al Tesoro Público y también cuando ocurre a la inversa (SSTS de

---

<sup>1223</sup> STS de 9 de mayo de 2018, EDJ 89723.

<sup>1224</sup> “Los beneficios de la empresa o grupo de empresas se cuantificarán en función del porcentaje medio de los mismos respecto de los ingresos obtenidos en los dos ejercicios inmediatamente anteriores a aquél en que se inicie el procedimiento de despido colectivo”.

<sup>1225</sup> “Los beneficios de la empresa o grupo de empresas se cuantificarán en función del porcentaje medio de los mismos respecto de los ingresos obtenidos en los dos primeros ejercicios consecutivos en que la empresa haya obtenido beneficios dentro del periodo indicado en dicho apartado”.

17 de noviembre de 2016, EDJ 226158; de 23 de abril de 2018, EDJ 72632; 11 de febrero de 2019, EDJ 514905; 13 de marzo de 2019, EDJ 544326).

*B) Determinación de la cuantía y destino de los fondos*

Para la determinación de la cuantía de la aportación económica al Tesoro Público, la regulación legal y reglamentaria exige dos fases: por un lado, la determinación del importe (art. 3 RD 1484/2012) y, por otro lado, la determinación del tipo aplicable (art. 4 RD 1484/2012)<sup>1226</sup>.

De este modo, para el cálculo de la aportación económica hay que tener en cuenta el importe bruto, desde la fecha del despido, de las prestaciones y subsidios por desempleo de los trabajadores de cincuenta o más años de edad afectados por el despido colectivo, incluidas las cotizaciones a la Seguridad Social realizadas por el Servicio Público de Empleo Estatal, así como los importes abonados por el SEPE por los referidos conceptos de los trabajadores de cincuenta o más años cuyos contratos se hayan extinguido por iniciativa de la empresa en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el artículo 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, siempre que dichas extinciones de contratos se hayan producido en los tres años anteriores o en el año posterior al inicio del procedimiento de despido colectivo. Además, en caso de que la empresa haya realizado previamente un ERTE donde se haya incluido a trabajadores maduros y no hubiera transcurrido un año entre la finalización de la situación legal de desempleo derivada de la aplicación de las medidas temporales de regulación de empleo y la extinción del contrato de cada trabajador por despido colectivo o extinciones asimiladas, la empresa también deberá de abonar las cantidades abonadas por el SEPE (prestación y cotización) durante el ERTE, así como aquellos conceptos que puedan corresponder por reposición de la duración de la prestación por desempleo de nivel contributivo.

No obstante, se excluye del importe bruto anterior las cuantías de las prestaciones o subsidios por desempleo, a solicitud de la empresa afectada, cuando el trabajador despedido de 50 o más años haya sido recolocado en la misma empresa, en otra empresa del grupo del que forme parte o bien en cualquier otra empresa, en los seis meses

---

<sup>1226</sup> ORTIZ GONZÁLEZ-CONDE, F.M.: “Seguridad Social y despidos colectivos”, op. cit., p. 409.

siguientes a la fecha en que se produzca la extinción del contrato de trabajo. En estos casos, la empresa deberá de acreditar estos extremos en el procedimiento.

Aclarado lo anterior, la norma expone que el importe de la aportación al Tesoro Público se determinará anualmente, sobre la base de aplicar un determinado porcentaje sobre cada uno de los citados conceptos:

a) Cuantía total efectivamente abonada por el Servicio Público de Empleo Estatal por prestaciones por desempleo de nivel contributivo de los trabajadores de cincuenta o más años afectados por los despidos, generadas total o parcialmente en virtud de las cotizaciones acreditadas en la empresa que promovió su despido.

b) Cuantía total efectivamente abonada por el Servicio Público de Empleo Estatal por cotizaciones a la Seguridad Social a cargo de la entidad gestora de las prestaciones por desempleo por los trabajadores afectados, durante el periodo de percepción de las mismas.

c) Un canon fijo por cada trabajador que haya agotado la prestación por desempleo de nivel contributivo y que comience a percibir el subsidio de desempleo “por agotamiento” o el subsidio de prejubilación para mayores de 52 años. Este canon se calculará mediante la totalización durante un periodo de seis años de la suma del coste anual del subsidio por desempleo más el de la cotización por jubilación por cuenta de la entidad gestora en el año del agotamiento. También se hará efectivo el canon fijo por cada trabajador que, no teniendo derecho al cobro de la prestación por desempleo contributiva, acceda directamente al subsidio por desempleo, como consecuencia de la situación legal de desempleo motivada por el despido.

El tipo aplicable a cada uno de los anteriores conceptos se recoge en la siguiente tabla, en función del porcentaje de trabajadores afectados de 50 o más años en relación

con el número de trabajadores despedidos, el porcentaje de beneficios sobre los ingresos y la plantilla de la empresa:

Tipo aplicable para calcular la aportación económica

Porcentaje de trabajadores afectados de 50 o más años en relación con el número de trabajadores despedidos	Porcentaje de beneficios sobre los ingresos	Número de trabajadores en la empresa		
		Más de 2.000	Entre 1.000 y 2.000	Entre 101 y 999
Más del 35 %.	Más del 10 %.	100 %	95 %	90 %
	Menos del 10 %.	95 %	90 %	85 %
Entre 15 % y 35 %.	Más del 10 %.	95 %	90 %	85 %
	Menos del 10 %.	90 %	85 %	80 %
Menos del 15 %.	Más del 10 %.	75 %	70 %	65 %
	Menos del 10 %.	70 %	65 %	60 %

Esta aportación anual debe satisfacerse no solo cuando la empresa continúa con su actividad sino también en los supuestos de cesación de la actividad “en el territorio español”, puesto que se establece que se podrán adoptar las medidas cautelares oportunas para asegurar el cobro de la deuda correspondiente, aun cuando esta no haya sido objeto de cuantificación y liquidación con carácter previo (apartado 9 de la D.A. 16ª Ley 27/2011). Este supuesto está más pensado, no tanto para cierres de empresa, sino más bien para operaciones de deslocalización, aunque la doctrina viene criticando la dificultad práctica de articular tales medidas cautelares en grupos de empresas, especialmente si ninguna de ellas opera en territorio nacional<sup>1227</sup>.

En cuanto al destino de la recaudación anual, tanto el art. 51.11 ET como la D.A. 16ª Ley 27/2011 en su redacción originaria, configuraba a la Administración General del Estado como receptora de los fondos, aunque hubiera tenido más sentido que hubiera sido la Seguridad Social la encargada de recibir y gestionar estos fondos para compensar el mayor coste que ha tenido que soportar a razón de prestaciones, subsidios y cotizaciones de trabajadores maduros despedidos. No obstante, con la modificación emprendida por la Ley 3/2012 se ha reducido considerablemente la capacidad de decisión de la AGE para que destine al menos el 50% de la recaudación anual al presupuesto inicial del Servicio Público de Empleo Estatal, “con la finalidad de financiar acciones y medidas de reinserción laboral específicas para el colectivo de los trabajadores de cincuenta o más años que se encontraran en situación legal de desempleo”.

<sup>1227</sup> MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: “Despidos colectivos de trabajadores de edad avanzada y protección social: entre la discriminación y la eficiencia”, op. cit., p. 45.

En este sentido, al menos la mitad de los ingresos anuales por aportación económica al Tesoro Público debe de destinarse a la reinserción laboral del trabajador de 50 años o más despedido en procedimiento de despido colectivo, lo cual resulta coherente con el objetivo de garantizar la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social, ganando el mercado de trabajo una persona trabajadora activa y perdiendo el sistema una persona inactiva dependiente de este<sup>1228</sup>.

### *C) Balance final*

La conformación actual de la aportación económica al Tesoro Público se trata de una medida dotada de gran complejidad, a la luz de los numerosos cambios normativos que ha experimentado en un plazo breve de tiempo, así como a causa de los escasos recursos con los que cuenta el SEPE para tramitar de forma eficaz los expedientes. Además, esta previsión solo afecta a un número reducido de empresas presentes en el tejido empresarial español: las empresas de más de 100 trabajadores que no llegan ni siquiera al 1% según estadísticas oficiales. Se puede decir, por ende, que los efectos que despliega esta medida son aún limitados.

Por ello, autorizada doctrina propone, entre otras, las siguientes modificaciones del marco normativo: disminuir el umbral de plantilla computable a 50 personas trabajadoras para que nazca la obligación legal; dotar de sencillez, simplicidad y dinamismo al sistema; revisar el plazo de recolocación que determina la exoneración de la aportación al Tesoro Público e incrementarlo hasta el año, en línea con el plazo general para el ejercicio de acciones laborales (art. 59) y la consideración del desempleado como de larga duración; reforzar las labores de comprobación y control del cumplimiento de la Administración laboral; o que el destino de los fondos se dedique a acciones formativas o políticas activas de empleo específicas para el colectivo de trabajadores maduros o bien como parte del Fondo que contribuya al sostenimiento del sistema de pensiones<sup>1229</sup>.

#### *4.3.2. El convenio especial con la Seguridad Social*

##### *A) Sentido y alcance*

---

<sup>1228</sup> MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: “Despidos colectivos de trabajadores de edad avanzada y protección social: entre la discriminación y la eficiencia”, op. cit., pp. 47 y 48.

<sup>1229</sup> Un análisis exhaustivo en CEGARRA CERVANTES, F.: *La protección jurídica de las personas maduras en los despidos colectivos. Especial referencia a la aportación al Tesoro Público*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2022, *passim*. Respecto a las conclusiones y propuestas de reforma, véase *Ibidem*, pp. 168-173.

El art. 51.9 ET exige que se suscriba convenio especial con la Seguridad Social en supuestos de despidos colectivos que incluyan a trabajadores de 55 años o más, siempre que la empresa no se encuentre incurso en procedimiento concursal y los trabajadores afectados no tuvieran la condición de mutualistas a fecha de 1 de enero de 1967. Un determinado convenio especial con la Seguridad Social cuyo régimen jurídico se encuentra recogido en la disposición adicional decimotercera del TRLGSS y es desarrollado por el art. 20 de la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el Sistema de la Seguridad Social, y que se diferencia de la modalidad general de convenio especial en su obligatoriedad, ya sea en su suscripción o en la obligación de aportación empresarial, pues en el resto de convenios el trabajador decide libremente formalizar convenio con la TGSS, así como la cotización recae sobre el propio trabajador o interesado<sup>1230</sup>. Otra de las diferencias es que no se exige período de carencia como en el convenio especial ordinario (art. 3.3 Orden TAS/2865/2003).

Con la obligación de suscribir convenio especial en caso de despido colectivo de trabajadores maduros el legislador ha perseguido desde 2001 un triple objetivo: i) desincentivar la expulsión de trabajadores mayores del mercado de trabajo a través de prejubilaciones o simplemente despidos colectivos, pues se ha pretendido un encarecimiento de tales medidas; ii) garantizar una mayor sostenibilidad del sistema de Seguridad Social a través de cotizaciones como si el trabajador se mantuviera en activo, aunque previo descuento de las cotizaciones a cargo del SEPE en las prestaciones por desempleo; y, finalmente, iii) favorecer el mantenimiento de los derechos en curso de adquisición en materia de Seguridad Social. De este modo, uno de los principales motivos del convenio especial con la Seguridad Social en caso de despidos colectivos es el de mantener la carrera de seguro de los trabajadores afectados, para que no vean recortadas sus prestaciones, en especial la pensión de jubilación. Ello resulta clave en un sistema contributivo en el que la cuantía de las prestaciones se vincula a la cotización previa del beneficiario, ya sea por determinar el importe de la base reguladora, como en ocasiones determinar el porcentaje aplicable sobre esta<sup>1231</sup>.

---

<sup>1230</sup> Sobre dichas particularidades, cfr., FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: El convenio especial. Una respuesta al futuro de las prestaciones de la Seguridad Social, Navarra, Lex Nova. Thomson Reuters, 2013, pp. 229 y 230.

<sup>1231</sup> ARAGÓN GÓMEZ, C.: “El convenio especial con la seguridad social en los despidos colectivos que afecten a trabajadores maduros”, en VV.AA.: Reestructuraciones empresariales. Comunicaciones del

En concreto, los trabajadores que suscriban los convenios especiales permanecerán en situación de asimilada a la de alta, cotizarán junto con el empresario de forma sucesiva y accederán, en caso de que se produzca el respectivo hecho causante, a las prestaciones correspondientes derivadas de contingencias comunes (arts. 5 y 9 Orden TAS/2865/2003, respectivamente), como las prestaciones de incapacidad permanente derivada de enfermedad común o accidente no laboral, jubilación, muerte y supervivencia, servicios sociales y asistencia sanitaria. En cambio, quedan fuera de la acción protectora las prestaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural, maternidad, paternidad y por cuidados de menores con cáncer y otras enfermedades graves, al igual que tampoco queda cubierta la protección por desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional. En general, no se cubren aquellas situaciones de necesidad que provengan de una contingencia profesional o bien de la suspensión del contrato de trabajo, puesto que la suscripción de este convenio se prevé como remedio para situaciones de inactividad laboral<sup>1232</sup>.

La cotización en caso de convenio especial por despido colectivo se reparte entre el empresario, desde el cese en el trabajo o la extinción de la prestación contributiva por desempleo hasta que el trabajador cumpla los 63 o 61 años, si en este último supuesto el despido colectivo obedece a causas económicas, y a partir de aquí será el trabajador el encargado de satisfacer la cotización hasta que dicho trabajador cumpla la edad ordinaria de jubilación o acceda a la jubilación anticipada. Estas cotizaciones se determinarán aplicando al promedio de las bases de cotización del trabajador<sup>1233</sup>, en los últimos seis meses de ocupación cotizada, el tipo de cotización previsto en la normativa reguladora del convenio especial (apartado segundo de la disposición transitoria 13ª TRLGSS) que, según el art. 7 Orden TAS/2865/2003, estará constituido por el vigente en cada momento en el Régimen General de la Seguridad Social por contingencias comunes (28,3%). Dicho resultado, la cuota íntegra, no será la cuota a ingresar por el convenio especial ya que, como hemos visto, la acción protectora no cubre la totalidad de las contingencias comunes

---

XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2021, p. 810.

<sup>1232</sup> ARAGÓN GÓMEZ, C.: “El convenio especial con la seguridad social en los despidos colectivos que afecten a trabajadores maduros”, op. cit., pp. 813 y 814.

<sup>1233</sup> Dicha base de cotización puede ser incrementada según lo previsto en el art. 20.5 de la Orden TAS/2865/2003.



y, por ello, la cuota íntegra debe de ser multiplicada por el coeficiente reductor aplicable que, en la actualidad, asciende a 0,94%<sup>1234</sup>.

### *B) Requisitos*

Para que nazca la obligación legal de suscribir el convenio especial con la Seguridad Social en caso de despido colectivo (obligación *ope legis*, tal y como ha reconocido el Tribunal Supremo) es necesario que concurran los siguientes requisitos o condiciones: que la empresa que realiza el despido colectivo no se encuentre inmersa en procedimiento concursal; que la edad de los trabajadores afectados ascienda a 55 o más años; así como que dichos trabajadores no tuvieran la condición de mutualistas a fecha de 1 de enero de 1967. Como se puede observar, se trata de requisitos que se refieren tanto a la condición de la empresa (el primero) como a la de los trabajadores afectados (el segundo y tercero).

- La empresa no se encuentre inmersa en procedimiento concursal

El primero de los requisitos para la suscripción del convenio especial es que la empresa que realiza el despido colectivo no esté “inmersa en procedimiento concursal” según el tenor literal de la legislación<sup>1235</sup>. *A sensu contrario*, la empresa que se encuentre inmersa en procedimiento concursal estará exceptuada de la suscripción de tal convenio especial con ocasión de la realización de un procedimiento de despido colectivo que incluya a trabajadores de 55 o más años. Con ello se busca evitar que la empresa en cuestión se encuentre en una situación concursal o de insolvencia y que, por tanto, no pueda garantizar la asunción de sus compromisos con la Seguridad Social. La empresa debe de presentar síntomas de viabilidad económica que le permitan cumplir regular y puntualmente sus obligaciones<sup>1236</sup>, sin que el crédito con la TGSS por las cuotas destinadas a la financiación del convenio especial se subordine a la calificación de créditos del convenio en el proceso concursal<sup>1237</sup>.

---

<sup>1234</sup> Véase, art. 21 de la Orden PCM/1353/2021, de 2 de diciembre, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional para el ejercicio 2021.

<sup>1235</sup> Tanto el art. 51.9 ET como el art. 20 de la Orden TAS/2865/2003 se refieren a “empresas no inmersas en procedimiento concursal”. En cambio, la disposición adicional decimotercera del TRLGSS no se refiere a esta condición, aunque también es cierto que remite al art. 51.9 ET para la delimitación del convenio especial en cuestión.

<sup>1236</sup> Del mismo modo, la empresa declarada en concurso no tendrá que llevar a cabo ni el plan de recolocación externa (art. 51.10 ET) ni la aportación económica al Tesoro Público (art. 51.11 ET).

<sup>1237</sup> FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: El convenio especial. Una respuesta al futuro de las prestaciones de la Seguridad Social, op. cit., p. 232.

No obstante, una apreciación de que la empresa se encuentre incurso en procedimiento concursal que podría considerarse aparentemente sencilla tiene mayor complicación en la práctica pues, ¿qué debe de entenderse por procedimiento concursal? Queda claro que comprende a partir de la declaración de la empresa en concurso de acreedores, por la cual el procedimiento de despido colectivo se regulará según lo establecido en la Ley Concursal<sup>1238</sup>. Pero, por otro lado, ¿debe de equipararse el procedimiento concursal al que alude el ET a la denominada fase preconcursal que prevé la legislación concursal? Fase preconcursal que está destinada a obtener un acuerdo extrajudicial de pagos o bien un acuerdo de refinanciación que evite el concurso o se asegure la ordenación de la satisfacción de los créditos ante una futura declaración concursal (propuesta anticipada de convenio), y que igualmente amplía el plazo para la solicitud del concurso voluntario (véase, Libro Segundo del TRLC, rubricado “Del derecho preconcursal”). En efecto, la diferente terminología utilizada por la legislación laboral y concursal, así como la falta de actualización de la primera a las sucesivas reformas del texto concursal, las cuales han ido dando mayor protagonismo a las fases previas al concurso, son buena muestra de la disonancia entre ambas legislaciones y la controversia que opera en este ámbito<sup>1239</sup>.

En este sentido, la jurisprudencia contencioso-administrativa ha tenido que resolver en la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2018 (rec. 3458/2015) en contra de considerar la fase preconcursal dentro de la condición de “procedimiento concursal” a efectos de exceptuar la obligación del art. 51.9 ET. En concreto, la sentencia citada rechaza el recurso de casación interpuesto por la Tesorería General de la Seguridad Social, quien defiende la imposibilidad de suscribir convenio especial de despido colectivo, frente a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sala de lo contencioso-administrativo, de fecha de 14 de septiembre de 2015 (rec. 367/2014), que resolvió en contrario. Se trata de un caso en el que una vez iniciado el procedimiento de despido colectivo se comunica conforme a lo previsto en el anterior art. 5bis de la Ley Concursal el inicio de las negociaciones con los acreedores (precurso) y

---

<sup>1238</sup> Arts. 169-184 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (en adelante, TRLC).

<sup>1239</sup> CEGARRA CERVANTES, F.: “El convenio especial de la seguridad social en los despidos colectivos que afecten a personas trabajadoras de cincuenta y cinco o más años: un examen de su procedencia en los casos de situación preconcursal”, en VV.AA.: Reestructuraciones empresariales. Comunicaciones del XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2021, pp. 382 y ss.

posteriormente finaliza tal despido con acuerdo, comunicándolo a la autoridad laboral antes de la solicitud de concurso voluntario. Tras la advertencia de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de la falta de suscripción de convenio especial, la empresa solicita el alta de dicho convenio especial, pero con posterioridad de unos días a la declaración de concurso voluntario mediante auto judicial.

En síntesis, el Tribunal Supremo entiende que la expresión “estar incurso en procedimiento concursal”, utilizando una interpretación gramatical del término “incurso”, que significa “haber incurrido en algo”, solo se identifica con la declaración formal de concursado, momento a partir del cual la empresa en cuestión no estará obligada a suscribir convenio especial con la Seguridad Social. No obstante, el art. 51.9 ET es una obligación *ope legis* que nace desde el mismo momento en el que se efectúe el procedimiento de regulación de empleo, ya sea con el acuerdo alcanzado en acta con los representantes de los trabajadores, ya sea con la comunicación de la decisión final de despedir sin acuerdo a los representantes y a la autoridad laboral, con independencia de que la solicitud de convenio especial, tras la consumación del despido colectivo, se presente con posterioridad a la declaración de concurso de acreedores<sup>1240</sup>, sin que, además, se pueda oponer lo establecido en la Orden TAS/2865/2003 que establece que la solicitud debe formularse durante la tramitación del procedimiento de despido colectivo<sup>1241</sup>.

En definitiva, si el procedimiento de despido colectivo finaliza, con acuerdo o sin él, antes de la declaración de concurso de acreedores, existe la obligación empresarial de suscribir convenio con la Seguridad Social, aunque haya mediado con anterioridad la denominada fase preconcursal o el convenio colectivo se solicite una vez la empresa haya sido declarada en concurso. Por ende, la fase preconcursal no equivale a que la empresa

---

<sup>1240</sup> En el mismo sentido la STS, Sala de lo Social, de 18 de octubre de 2016 (rec. 2405/2015), doctrina concordante con la contenida en sentencias deliberadas en la misma fecha (Recs. 2447/2015, 2216/2015 y 2261/2015, entre otros), determina la competencia del orden social frente al civil para conocer de la obligación de suscribir el convenio especial y abonar las cotizaciones cuando el procedimiento de despido colectivo haya finalizado con anterioridad a la declaración del concurso, aunque la demanda se presente estando la empresa en concurso. Y, eventualmente, también se determina la obligación de suscribir el convenio colectivo por parte del empresario concursado.

<sup>1241</sup> Un comentario en SANZ SÁEZ, C.: “¿Cabe suscribir un Convenio Especial con la Seguridad Social cuando la empresa que tramita un expediente de regulación de empleo está incurso en procedimiento concursal? (Con ocasión STS, Sala de lo Contencioso, de 15 de febrero de 2018)”, Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum, N.º 16, 2018, pp. 213-231.

se encuentre incurso en procedimiento concursal, como excepción para suscribir el convenio especial del art. 51.9 ET<sup>1242</sup>.

- Los trabajadores afectados tengan 55 años o más

El segundo de los requisitos para la suscripción del convenio especial en supuestos de despidos colectivos es que los trabajadores afectados por tales despidos tengan 55 años o más, aunque nada impide que en el marco de las negociaciones del procedimiento de consulta-negociación se acuerde que la empresa abone las cuotas al convenio especial con trabajadores de menor edad<sup>1243</sup>. El límite de edad de 55 años es un requisito convencional que responde a una convicción de que los trabajadores una vez que alcanzan esta edad tienen mayores dificultades para reinsertarse en el mercado de trabajo. De este modo, para compensar dicha situación se instrumenta una especie de sistema de transición desde el cese en el trabajo hasta la jubilación, anticipada u ordinaria, así como hasta otras prestaciones como las de incapacidad permanente o las de supervivencia, sin perjuicio de que el trabajador afectado consuma prestaciones o subsidios por desempleo e, incluso, desarrolle otra actividad sujeta a cotización<sup>1244</sup>.

En relación con el momento en el que debe de computarse la edad del trabajador y, por tanto, comprobar si se cumple este requisito, la doctrina judicial ha manifestado diversas respuestas que van desde tener en cuenta la edad del trabajador en el momento del inicio del procedimiento de despido colectivo (STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 28 de marzo de 2007, rec. 43/2007), hasta la consideración de la edad del trabajador en el momento de la fecha del cese del trabajo (SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 14 de enero de 2009, rec. 1054/2008; de Cataluña de 3 de abril de 2013, rec. 2911/2012; y Castilla y León de 16 de septiembre de 2014, rec.

---

<sup>1242</sup> En contra CEGARRA CERVANTES, F.: “El convenio especial de la seguridad social en los despidos colectivos que afecten a personas trabajadoras de cincuenta y cinco o más años: un examen de su procedencia en los casos de situación preconcursal”, op. cit., pp. 388-390, acogiendo la interpretación más flexible aportada por la STSJ de Madrid de 30 de marzo de 2015 (rec. 26/2015).

<sup>1243</sup> Vid., “Acuerdo de finalización del periodo de consultas en procedimiento de despido colectivo y modificación sustancial de condiciones en Caixabank, S.A.”, de fecha de 7 de julio de 2021, en el que se reconoce el abono de las cuotas al convenio especial con la Seguridad Social a trabajadores menores de 55 años (a partir de 52 años y con una antigüedad igual o superior a 6 años), aunque quien tiene que suscribir el convenio y abonar efectivamente las cuotas correspondientes a la Seguridad Social es el trabajador afectado. Disponible en: [https://secbcaixabank.info/wp-content/uploads/2021/07/CAIXABANK\\_ACTA-FINAL-CON-ACUERDO-7-07-2021-VF.pdf](https://secbcaixabank.info/wp-content/uploads/2021/07/CAIXABANK_ACTA-FINAL-CON-ACUERDO-7-07-2021-VF.pdf)

<sup>1244</sup> TRILLO GARCÍA, A.R.: “El convenio especial con la seguridad social por el despido de mayores de 55 años”, en VV.AA.: Tratado de despido colectivo, GODINO REYES, M. (Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 946.

550/2014)<sup>1245</sup>. No obstante, el art. 20.1 de la Orden TAS/2865/2003 determina el momento de la solicitud del convenio especial “en todo caso, hasta la fecha en que el empresario notifique individualmente el despido a cada trabajador afectado”.

- Los trabajadores no tuvieran la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967

El tercero de los requisitos, de carácter negativo, excluye a los trabajadores que tuvieran la condición de mutualistas a 1 de enero de 1967 del convenio especial con la Seguridad Social en supuestos de despidos colectivos. Se trata de un requisito que expulsa a los trabajadores que hayan sido cotizantes en tal fecha de alguna de las conocidas como Mutualidades Laborales, habida cuenta de que, en principio, estos trabajadores pueden tener mayores facilidades para acceder a la jubilación anticipada a partir de la edad de 60 años frente el régimen general. Una cierta diferenciación en el acceso a la jubilación anticipada que podría no ser de tal entidad como para justificar la exclusión de este tipo de trabajadores del convenio especial con la Seguridad Social<sup>1246</sup>.

En efecto, la disposición transitoria cuarta del TRLGSS, dedicada a la “aplicación de legislaciones anteriores para causar derecho a pensión de jubilación”, regula en su apartado 1.2º el acceso anticipado a la jubilación a partir de los 60 años por parte de quienes fueran mutualistas a fecha de 1 de enero de 1967, con aplicación de coeficientes reductores de la pensión de jubilación del 8% por año o fracción de año en función de la edad que reste para cumplir los 65 años (modalidad voluntaria), o bien en función del tiempo cotizado si el cese en el trabajo se ha producido como consecuencia de la extinción del contrato de trabajo por causa no imputable a la libre voluntad del trabajador. En esta última modalidad, que es la que mejor casa con el supuesto de despido colectivo, se exige un período de carencia de 30 años, frente a la modalidad voluntaria en la que solo se exige el mínimo de cotización de quince años<sup>1247</sup>, aunque con unos coeficientes reductores más bajos (una horquilla que va desde el 6% con cuarenta o más años cotizados hasta el 7,5% con una cotización de entre treinta y treinta y cuatro años).

---

<sup>1245</sup> Referencias judiciales contenidas en el trabajo de ARAGÓN GÓMEZ, C.: “El convenio especial con la seguridad social en los despidos colectivos que afecten a trabajadores maduros”, op. cit., p. 811.

<sup>1246</sup> Crítico se muestra FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: *El convenio especial. Una respuesta al futuro de las prestaciones de la Seguridad Social*, op. cit., pp. 232 y 233 con cita en SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Una primera reflexión sobre la jubilación “flexible”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, N.º 12, 2002, p. 17.

<sup>1247</sup> Véase, MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: *La pensión de jubilación*, Murcia, Laborum, 2020, pp. 148-150.

Como se puede observar, existen ciertas diferencias entre la jubilación anticipada para los mutualistas y la jubilación anticipada involuntaria del art. 207 TRLGSS: ya sea en la edad de acceso (61 o 63 según el período de tiempo cotizado)<sup>1248</sup>, la fijación de coeficientes reductores más gravosos que para los mutualistas<sup>1249</sup> o en la exigencia de un período de carencia de 33 años. No obstante, estas condiciones más favorables en el mutualismo no tienen por qué ser suficientes para que la exclusión se encuentre justificada, pues el efecto del despido colectivo a los 55 años de edad para un trabajador mutualista y uno que no lo es puede ser ciertamente semejante (al margen de que queden ya pocos en edad de trabajar). Quizá hubiera sido más apropiado tomar en consideración a tales trabajadores y sus diferencias para modular el convenio especial a su favor, y no excluirlos directamente de la protección dispensada por dicho convenio<sup>1250</sup>.

### *C) Procedimiento de suscripción y consecuencias de su incumplimiento*

Una vez que se cumplan las tres condiciones anteriormente descritas en un procedimiento de despido colectivo surge una obligación legal para el empresario, con un correlativo derecho para el trabajador, de solicitar y suscribir un determinado convenio especial con la Seguridad Social<sup>1251</sup>. En concreto, se trata de una solicitud que se perfila en mayor medida en la norma reglamentaria (recordemos, art. 20 de la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el Sistema de la Seguridad Social) y que supone la suscripción del convenio especial entre tres partes (convenio de carácter tripartito): el empresario, el trabajador y la Tesorería General de la Seguridad Social, algo que no ocurre por regla general en el resto de los convenios especiales<sup>1252</sup>.

---

<sup>1248</sup> Art. 207.1.a) TRLGSS: “Tener cumplida una edad que sea inferior en cuatro años, como máximo, a la edad que en cada caso resulte de aplicación según lo establecido en el artículo 205.1.a) (teniendo en cuenta el régimen transitorio) sin que a estos efectos resulten de aplicación los coeficientes reductores a que se refieren los artículos 206 y 206 bis”.

<sup>1249</sup> Sobre los coeficientes reductores para la jubilación anticipada involuntaria y su modificación por la Ley 21/2021, véase, MALDONADO MOLINA, J.A. “La reforma de la Pensión de Jubilación en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, N.º 30, 2022, pp. 63-89.

<sup>1250</sup> TRILLO GARCÍA, A.R.: “El convenio especial con la seguridad social por el despido de mayores de 55 años”, op. cit., pp. 947 y 948.

<sup>1251</sup> Sobre la obligación para el empresario y el derecho para el trabajador, véase, ARAGÓN GÓMEZ, C.: “El convenio especial con la seguridad social en los despidos colectivos que afectan a trabajadores maduros”, op. cit., p. 812.

<sup>1252</sup> TRILLO GARCÍA, A.R.: “El convenio especial con la seguridad social por el despido de mayores de 55 años”, op. cit., p. 942.

El convenio especial nace de un acto administrativo, en tanto que no basta la mera solicitud del interesado, sino que es preciso el reconocimiento expreso o tácito de la Tesorería General de la Seguridad Social. Además, se trata de un acto administrativo reglado, habida cuenta de que la solicitud del convenio se concede solo cuando se cumplan los presupuestos recogidos en la legislación, no teniendo la Administración de Seguridad Social ningún margen discrecional para ello<sup>1253</sup>. El término “convenio” especial no puede conducir a entender que dicho convenio parte de un contrato entre las partes, de un lado, el empresario y trabajador, y de otro, la Administración, ya que es el Estado quien fija las condiciones de forma unilateral, con base en su obligación de mantenimiento del régimen público de Seguridad Social *ex art. 41 CE*. No obstante, sí que es cierto que en determinados supuestos muy limitados se le concede al suscriptor (en este caso suscriptores) cierto margen de apreciación, como puede ser el incremento de la base de cotización del art. 20.5 de la Orden TAS/2865/2003, lo cual indica para algunos autores que nos encontramos ante un híbrido entre acto administrativo y contrato<sup>1254</sup>.

Dicho lo anterior, el convenio especial deberá de solicitarse a través de modelo oficial (modelo TA.0040-ERE) ante la Dirección Provincial de la TGSS o administración de la Seguridad Social correspondiente al domicilio del solicitante, así como por vía telemática. Sin embargo, emerge la duda de cuál será el plazo del que se dispondrá para tal solicitud. Si bien ni el Estatuto de los Trabajadores ni la D.A.13ª TRLGSS se refieren a ello, el art. 20 de la Orden TAS/2865/2003 precisa que la solicitud de esta modalidad de convenio especial deberá de formularse por el empresario durante la tramitación del procedimiento de despido colectivo y, en todo caso, hasta la fecha que el empresario notifique individualmente el despido a cada trabajador afectado conforme a lo dispuesto en el art. 51.4 ET<sup>1255</sup>, artículo que, a su vez, remite a los requisitos para la comunicación

---

<sup>1253</sup> ARAGÓN GÓMEZ, C.: “El convenio especial con la seguridad social en los despidos colectivos que afecten a trabajadores maduros”, *op. cit.*, p. 812.

<sup>1254</sup> FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: El convenio especial. Una respuesta al futuro de las prestaciones de la Seguridad Social, *op. cit.*, pp. 53 y 54.

<sup>1255</sup> Con anterioridad a la modificación introducida por la Orden TMS/397/2019, de 4 de abril, únicamente se precisaba que: “la solicitud de esta modalidad de convenio especial deberá formularse durante la tramitación del expediente de regulación de empleo”. Plazo de solicitud que ya fue interpretado de forma flexible por parte de los Tribunales (SSTSJ de Madrid de 1 de junio de 2012, rec. 4507/2011, y de la Comunidad Valenciana de 14 de enero de 2009, rec. 1054/2008) al reconocer la posibilidad de solicitar el convenio especial en el momento de la extinción de los contratos. Véase, TRILLO GARCÍA, A.R.: “El convenio especial con la seguridad social por el despido de mayores de 55 años”, *op. cit.*, p. 948.

del despido objetivo previstos en el art. 53.1 ET (significativamente la carta de despido, expresando la causa, y la puesta a disposición inmediata de la indemnización). Y este segundo límite temporal para proceder a la solicitud introducido por la Orden TMS/397/2019, esto es, la comunicación individual del despido<sup>1256</sup>, parece más coherente, ya que muchas veces durante la tramitación del procedimiento de despido colectivo se desconoce quiénes serán los trabajadores efectivamente despedidos hasta que no se alcance acuerdo o se comunique la decisión final del empresario. Obsérvese que dentro de la documentación inicial el art. 51 ET no prevé que se identifiquen los trabajadores afectados, más allá de su número y clasificación profesional o los criterios de selección. Ahora bien, la decisión final, exista acuerdo o no, deberá de especificar quiénes serán los trabajadores afectados por la medida, con remisión de tal decisión a la autoridad laboral, que trasladará la comunicación a la Administración de la Seguridad Social cuando el procedimiento de despido colectivo incluya a trabajadores respecto de los que deba aplicarse lo dispuesto en el artículo 51.9 ET, haciendo constar en todo caso la fecha en la que el empresario le ha remitido dicha comunicación (art. 12.5 RPDC). Con ello se facilita la labor para que la TGSS pueda comprobar si el empresario ha incumplido su deber de suscribir convenio especial con la Seguridad Social<sup>1257</sup>.

No obstante, ante los elevados incumplimientos empresariales de suscribir el convenio y los perjuicios causados en los trabajadores afectados en materia de reconocimiento de derechos, prestaciones y reducción de su cuantía por falta de formalización y cotización al convenio especial, el Defensor del Pueblo (Queja n.º 140046219) dirigió una recomendación a la Secretaría de Estado de la Seguridad Social con el fin de instar los cambios legales que permitieran que la Tesorería General de la Seguridad Social pudiera proceder a dar el alta de oficio a los trabajadores sujetos a expedientes de regulación de empleo con cincuenta y cinco o más años de edad, y a sustituir la voluntad de la empresa en la suscripción del convenio especial, habida cuenta

---

<sup>1256</sup> El artículo 51.4 ET especifica que: “en todo caso, deberán haber transcurrido como mínimo treinta días entre la fecha de la comunicación de la apertura del periodo de consultas a la autoridad laboral y la fecha de efectos del despido”. Todo ello con la finalidad de cumplir con el plazo de 30 días que establece el art. 4.1 de la Directiva 98/59/CE, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos; plazo que se aprovechará por parte de la autoridad pública para buscar soluciones a los problemas planteados por los despidos colectivos considerados.

<sup>1257</sup> Del mismo modo, el art. 6.3 RPDC establece que la autoridad laboral remitirá copia de la documentación y comunicación inicial del despido colectivo a la Administración de la Seguridad Social cuando se incluya a trabajadores respecto a los que deba aplicarse lo dispuesto en el art. 51.9 ET.



de la incompatibilidad entre la obligatoriedad del art. 51.9 ET y la voluntariedad inherente al convenio especial.

De este modo, la Orden TMS/397/2019, de 4 de abril, ha modificado el art. 20 de la Orden TAS/2865/2003 con el objeto de que, si el empresario no presenta solicitud en el plazo correspondiente, el trabajador afectado pueda solicitar el convenio especial dentro de los seis meses naturales siguientes a la fecha en que el empresario le notifique individualmente el despido. En este caso, el convenio especial será suscrito solo entre el trabajador y la TGSS, previa audiencia del empresario, para que realice las alegaciones pertinentes, pueda adherirse al convenio o proponer modificaciones al mismo. Una vez finalizado el trámite de audiencia, se procederá a la firma del convenio, del que se dará traslado al empresario junto con la notificación del importe total de las cuotas que debe ingresar a su exclusivo cargo (art. 20.2 Orden TAS/2865/2003). En efecto, se trata de una modificación que sigue el impulso dado por la Recomendación del Defensor del Pueblo, aunque sigue dependiendo de la solicitud del trabajador y no es, por tanto, una formalización de oficio por la TGSS. Además, no se aplica a los procedimientos de despido colectivo que se hayan iniciado con anterioridad a la entrada en vigor de la Orden de 2019, esto es, 9 de abril de 2019 (disposición transitoria única y disposición final tercera Orden TMS/397/2019).

Sin embargo, cabe preguntarse qué ocurrirá si el empresario, o incluso si el trabajador, transgrede el plazo que le asigna la normativa reglamentaria para la solicitud del convenio especial con la Seguridad Social y, aun así, solicita su formalización. El Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, en su sentencia de 15 de febrero de 2018 (rec. 3458/2015) rechaza la argumentación de la TGSS, por la que se negaba a suscribir convenio especial ya que se solicitó este con posterioridad a la tramitación del procedimiento de despido colectivo, siguiendo los plazos de solicitud dispuestos en el art. 20.1 de la Orden TAS/2865/2003 (anterior redacción). El TS entiende que no existe contradicción entre la obligación *ope legis* del art. 51.9 ET y la normativa reglamentaria, habida cuenta de que no se puede caer en una interpretación literal, pues el art. 20.1 “debe interpretarse en el sentido de incluir el compromiso de solicitar el convenio especial en el acuerdo final”. Y como tal operación no se produjo, una vez que se remitieron las actas a la autoridad laboral fue la Inspección de Trabajo y Seguridad Social quien advirtió que se había omitido la obligación de hacer las solicitudes de los convenios especiales y, por tanto, la solicitud del empresario posterior al procedimiento de despido colectivo, e

incluso posterior a la declaración de concurso de acreedores, supone una subsanación de tal omisión y es correcta. En todo caso, esta interpretación del Tribunal Supremo podría no resultar del todo adecuada, habida cuenta de que es anterior a la modificación de 2019 y no tiene en cuenta los plazos que se estipulan en la nueva redacción, sobre todo para el trabajador. Aunque también es cierto los plazos reglamentarios no deberían limitar una obligación *ope legis* del art. 51.9 ET, de rango superior, que no se encuentra sometida a ningún límite temporal para su solicitud, más allá de la prescripción.

Presentada la solicitud, la TGSS deberá de resolver en el plazo de tres meses desde la fecha de solicitud. En caso de que no se produzca resolución sobre la procedencia o improcedencia del convenio especial, el art. 129.3 TRLGSS establece la excepción para los convenios especiales de lo que se conoce como silencio administrativo positivo, puesto que la falta de resolución expresa en el plazo previsto tendrá como efecto la estimación de la respectiva solicitud por silencio administrativo (art. 4.1 Orden TAS/2865/2003). El mismo art. 4.2 de la citada Orden determina que el convenio deberá de suscribirse en un plazo de 3 meses desde la fecha de notificación expresa o tácita de su procedencia, ya que de lo contrario el procedimiento se entenderá caducado si no se produce la firma por causa imputable al interesado. Todo lo anterior no debe de ser confundido con la fecha de efectos del convenio especial respecto de la correspondiente cotización por parte del empresario, que se produce desde el cese en el trabajo o, en su caso, desde la extinción de la prestación contributiva por desempleo.

Ante la falta de suscripción del convenio, la TGSS no puede actuar de oficio, elaborando el convenio especial y sustituyendo a las partes, más allá de lo ya recogido para el caso de la solicitud del trabajador ante el incumplimiento del empresario. La TGSS en estos supuestos se dirige a la empresa para recordarle su obligación legal, otorgándole un plazo prudencial para su cumplimiento, y de persistir este se dirige a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para que inicie el correspondiente procedimiento sancionador, que se comentará a continuación. Asimismo, la TGSS pondrá en conocimiento del trabajador tal incumplimiento para que realice las actuaciones correspondientes y, entre ellas, solicite la suscripción del convenio dentro de plazo. En caso de que haya transcurrido el plazo de 6 meses, el trabajador podrá presentar una demanda ante la jurisdicción social en orden a exigir el cumplimiento de las obligaciones dimanantes del despido colectivo, en la que sería parte demandada la empresa y la TGSS por razón litisconsorcial. De obtener una sentencia favorable a las pretensiones del demandado, la

suscripción del convenio se deberá efectuar en términos en que se despache la ejecución, aunque lo normal es que la TGSS proceda a realizar el documento y cite a las partes para su firma, quedando suscrito el convenio especial y cumplido el fallo de la sentencia<sup>1258</sup>.

En cuanto a las consecuencias en materia de responsabilidad administrativa del empresario en caso de la no suscripción del convenio, esta no ha sido una cuestión pacífica. En un primer momento, la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social aprobó el 12 de junio de 2009 el Criterio Técnico 74/2009, en el que se establecía la aplicación de la infracción del art. 22.3 TRLISOS (“no ingresar en la forma y plazo reglamentarios, las cuotas correspondientes que por todos los conceptos recauda la Tesorería General de la Seguridad Social o no efectuar el ingreso en la cuantía debida, habiendo presentado los documentos de cotización...”) ante la falta de suscripción del convenio especial con la Seguridad Social. Sin embargo, este criterio fue rechazado por la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social que procedió a anular las actas extendidas por dicha infracción ante supuestos de no formalización del convenio.

Ante esta situación, y con posterioridad a la introducción en virtud de la disposición adicional sexta de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, de una infracción específica a esta omisión en el art. 23.1.i) TRLISOS, la Dirección General de la ITSS emite un nuevo Criterio Técnico (91/2012) el 12 de junio de 2012. Así, por un lado, el citado Criterio Técnico 91/2012 deja sin efectos el anterior de 2009, siguiendo el criterio de la Dirección General de Ordenación de Seguridad Social, sobre la base de que la infracción contenida en el art. 22.3 TRLISOS no puede darse en un supuesto en el que ni la propia obligación del art. 51.9 ET ni el plazo de cumplimiento han llegado a materializarse en los términos previstos por el TRLGSS. En el Derecho Administrativo sancionador no existe la posibilidad de extender por analogía las infracciones y, por ello, antes de la reforma de 2011 no ha existido ninguna infracción tipificada en el TRLISOS frente al incumplimiento de formalizar convenio especial con la Seguridad Social.

Por otro lado, las omisiones a la hora de suscribir el convenio especial del art. 51.9 ET deben de dirigirse al art. 23.1.i) TRLISOS (“incumplir la obligación de suscribir el convenio especial en los supuestos establecidos en el artículo 51.9 del Estatuto de los

---

<sup>1258</sup> TRILLO GARCÍA, A.R.: “El convenio especial con la seguridad social por el despido de mayores de 55 años”, op. cit., pp. 949 y 950.

Trabajadores”)<sup>1259</sup>, eso sí desde la fecha de su entrada en vigor: el 1 de enero de 2013 (disposición adicional duodécima de la Ley 27/2011 y disposición final novena de la Ley 13/2012). De este modo, si durante el procedimiento de consulta-negociación no se solicitó la suscripción del convenio especial y este finalizó con anterioridad a la fecha de 1 de enero de 2013, no podrá aplicarse la infracción del art. 23.1.i) TRLISOS en virtud de la irretroactividad de las normas sancionadoras, con la única excepción de que la fecha de efectos del despido se produzca con posterioridad a la entrada en vigor de la norma debatida<sup>1260</sup>. Se trata, en definitiva, de una infracción administrativa muy grave, que está sancionada con una multa que va desde 7.501 euros hasta 225.018 euros (art. 40.1.c) TRLISOS). Sin embargo, siguiendo los criterios de graduación de las sanciones del art. 39 TRLISOS, se puede tener en cuenta a efectos de modular la responsabilidad de la empresa la actitud pasiva que muestren tanto los representantes de los trabajadores como los propios interesados al no exigir que se incluyera en el acta final la obligación del art. 51.9 ET, así como que tampoco se exigiera la inmediata solicitud tras el requerimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (STS de 15 de febrero de 2018, rec. 3458/2015).

Por último, el Criterio 91/2012 precisa que “no puede estimarse incumplida la obligación de ingresar las cuotas del convenio especial en la forma y plazos reglamentarios cuando ni la propia obligación ni, con mayor motivo, el plazo de cumplimiento ha llegado a materializarse en los términos previstos en la Ley General de la Seguridad Social, por lo que hay que entender que en los supuestos en que el convenio especial no haya llegado a suscribirse, no puede resultar un efecto liquidatorio”. De este modo, en tanto el convenio especial no llegue a suscribirse no puede producirse efecto liquidatorio alguno, es decir, no podrán reclamarse las cotizaciones empresariales, pues es con la suscripción cuando nace la obligación de cotizar y, por tanto, se inicia el plazo reglamentario al efecto<sup>1261</sup>.

---

<sup>1259</sup> En su redacción actual, dada por la Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social.

<sup>1260</sup> Sobre esta última apreciación, véase, FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: El convenio especial. Una respuesta al futuro de las prestaciones de la Seguridad Social, op. cit., pp. 239 y 240, con cita en Consulta de 24 de mayo de 2013, Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Cuestiones interpretativas sobre la Ley 13/2012. Convenio especial.

<sup>1261</sup> ARAGÓN GÓMEZ, C.: “El convenio especial con la seguridad social en los despidos colectivos que afecten a trabajadores maduros”, op. cit., p. 822.

*D) El reparto de las cargas en el abono de las cuotas para financiar el convenio especial*

El artículo 51.9 ET, más allá de precisar los requisitos básicos para suscribir este convenio especial en el despido colectivo y recoger que existirá la obligación de abonar las cuotas a dicho convenio, no determina ni su vigencia general ni quién será el responsable del abono de las correspondientes cotizaciones. Para ello, debemos acudir a la D.A.13<sup>a</sup> apartado primero TRLGSS donde se precisa que la duración del convenio especial y, por tanto, de sus cotizaciones, abarcará desde el período comprendido entre el cese en el trabajo o, en su caso, desde la extinción de la prestación contributiva por desempleo<sup>1262</sup> hasta que el trabajador cumpla la edad de jubilación ordinaria (art. 205.1.a) y disposición transitoria séptima TRLGSS) o, de ser así, acceda a la pensión de jubilación anticipada (precisión que aparece en el apartado 2º de la D.A.13<sup>a</sup> TRLGSS).

En cuanto al reparto de las cargas, el empresario deberá de abonar las correspondientes cotizaciones al convenio hasta que el trabajador cumpla los 63 años, salvo en los casos de despidos colectivos por causas económicas, en los que dicha obligación se extenderá hasta que el trabajador cumpla 61 años. Por ende, el trabajador tendrá que hacer frente a la cotización desde la respectiva edad de 63 o 61 años, en función de las causas del despido, hasta que cumpla la edad ordinaria de jubilación o acceda a la jubilación anticipada, que por coherencia será la involuntaria del art. 207 TRLGSS. No obstante, también se permite que el empresario pueda asumir el coste de la financiación del convenio hasta que el sujeto beneficiario alcance la edad de jubilación. En tal caso, la sustitución en el pago deberá de realizarse conforme a lo que establece el art. 8 de la Orden TAS/2865/2003, con autorización expresa del sustituido y de la Tesorería General de la Seguridad Social para que se libere al trabajador del abono de las cotizaciones<sup>1263</sup>.

- La cotización a cargo del empresario del convenio especial por despido colectivo

La obligación por parte de la empresa de formalizar convenio con la Seguridad Social en caso de despidos colectivos de trabajadores maduros tiene su origen en el Acuerdo para la Mejora y Desarrollo del Sistema de Protección Social del año 2001.

---

<sup>1262</sup> “Durante el período de la percepción de la prestación por desempleo, la entidad gestora ingresará las cotizaciones a la Seguridad Social, asumiendo la aportación empresarial y descontando de la cuantía de la prestación, incluidos los supuestos a que hace referencia el artículo 270.3, la aportación que corresponda al trabajador” (art. 273.1 TRLGSS).

<sup>1263</sup> ARAGÓN GÓMEZ, C.: “El convenio especial con la seguridad social en los despidos colectivos que afecten a trabajadores maduros”, op. cit., p. 819.

Medida que se trasladaría al RD-ley 16/2001, de 27 de diciembre, y, posteriormente, a la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, fruto de la tramitación como ley ordinaria del citado Real decreto-ley. En estos momentos la obligación de cotización por parte del empresario se situaba hasta los 61 años (D.A.31ª TRLGSS de 1994), edad que coincidía con la exigida para el acceso a la jubilación anticipada del art. 161bis TRLGSS/1994<sup>1264</sup>.

Un sistema de reparto de cargas a favor del empresario hasta los 61 años que fue modificado con la intervención de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social. En efecto, con dicha Ley se modifica la jubilación anticipada, distinguiendo entre aquella destinada para cubrir situaciones derivadas de ceses en el trabajo por causa no imputable al trabajador, quien debía tener cumplidos los 61 años y haber sido despedido en función de despido colectivo por causas económicas, entre otros supuestos. Frente a lo anterior, surgió la jubilación anticipada por voluntad del interesado, para la cual el trabajador debía de tener los 63 años cumplidos y haber sido despedido por causas técnicas, organizativas y productivas en el caso del despido colectivo<sup>1265</sup>.

Ante tal cambio normativo en materia de jubilación anticipada, la Ley 27/2011 decidió modificar también la regulación del convenio especial con la seguridad social en caso de ERE. Con la finalidad de hacer coincidir la edad de jubilación anticipada con la edad a partir de la cual el empresario se desprende de la obligación de abonar las cuotas al convenio especial, la Ley de 2011 modifica la regulación del convenio especial y atribuye la responsabilidad de pago al empresario hasta que el trabajador cumpla 61 años en caso de despido colectivo por causas económicas o, en su caso, hasta los 63 años cuando el despido colectivo se produzca por causas técnicas, organizativas o productivas.

Sin embargo, esta reforma de 2011 en materia de jubilación anticipada, que no entró en vigor hasta el 1 de enero de 2013, fue modificada, de nuevo, por el Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo. Consecuentemente,

---

<sup>1264</sup> Un recorrido por la evolución histórica del convenio especial con la Seguridad Social en supuestos de despidos colectivos en TRILLO GARCÍA, A.R.: “El convenio especial con la seguridad social por el despido de mayores de 55 años”, op. cit., pp. 932-937.

<sup>1265</sup> Dicho requisito de haber sido despedido por despido colectivo por causas técnicas, organizativas o productivas no se establecía expresamente, aunque se infería implícitamente al incluir solo en la modalidad de jubilación involuntaria el despido colectivo por causas económicas.

se introdujo un nuevo régimen de jubilación anticipada por el que se establecía una edad inferior como máximo en 4 años a la edad ordinaria de jubilación en supuestos de cese en el trabajo por causa no imputable a la libre voluntad del trabajador y, entre ellos, de despido colectivos que, ahora sí, incluye todas las causas ETOP<sup>1266</sup>. Dicha regulación en materia de edad de acceso a la jubilación anticipada involuntaria se mantiene vigente hasta la actualidad en el art. 207 TRLGSS, pues la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, ha afectado principalmente a la modificación de los coeficientes reductores y su método de cómputo<sup>1267</sup>. En efecto, la edad mínima para la jubilación anticipada ya no se sitúa en los 61 años, sino que dependerá del período cotizado por el trabajador: 61 años si se ha cotizado 38 años y medio o más o, en su defecto, 63 años si se han cotizado como mínimo 33 años (sin perjuicio del período transitorio para la edad ordinaria de jubilación).

De este modo, se produce un desfase entre la edad del trabajador en la que el empresario deja de estar obligado a la cotización al convenio especial en función de la causa del despido colectivo y la edad de acceso a la jubilación anticipada, rompiendo con la lógica de la regulación anterior. Tradicionalmente, el empresario pagaba las cuotas hasta que el trabajador podía acceder, con carácter general, a la jubilación anticipada y, a partir de aquí, si el trabajador optaba por no jubilarse, era este el encargado de hacer frente al pago de las cotizaciones del convenio hasta la edad ordinaria de jubilación, en la que se extinguía el convenio especial. No obstante, ahora puede darse la situación de que el trabajador no pueda acceder a la pensión de jubilación anticipada por no cumplir la edad requerida pero tenga que abonar el coste del convenio especial, e incluso puede darse la situación de que la empresa tenga que cotizar al convenio especial hasta los 63 años en virtud de despido por causas técnicas, organizativas o productivas pero, en cambio, el

---

<sup>1266</sup> En estos casos el art. 207.1 TRLGSS indica que: “será necesario que el trabajador acredite haber percibido la indemnización correspondiente derivada de la extinción del contrato de trabajo o haber interpuesto demanda judicial en reclamación de dicha indemnización o de impugnación de la decisión extintiva. El percibo de la indemnización se acreditará mediante documento de la transferencia bancaria recibida o documentación acreditativa equivalente”.

<sup>1267</sup> De igual modo, el Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, introdujo una edad de acceso a la jubilación anticipada voluntaria de como máximo dos años inferior a la edad ordinaria de jubilación que, en la actualidad, se mantiene en el art. 208 TRLGSS.

trabajador ya haya podido acceder a la jubilación anticipada por cumplir los requisitos y este no la haya solicitado<sup>1268</sup>.

Una vez que se produzca el cese en el trabajo por despido colectivo, el empresario tendrá que hacer frente a las cotizaciones propias del convenio especial, excepto si el trabajador reúne los requisitos para acceder a la prestación contributiva por desempleo, pues en este período será la Entidad gestora quien se haga cargo de las cotizaciones (art. 273 TRLGSS). En este caso, la vigencia del convenio especial comenzará desde la extinción de la prestación por desempleo contributiva.

Dicho esto, tanto si el trabajador no tiene derecho a la prestación contributiva por desempleo como si ya ha finalizado su disfrute, pueden darse dos situaciones: que el trabajador no tenga derecho al subsidio por desempleo o que, en cambio, sí pueda acceder al mismo. Si el trabajador no tiene derecho a la protección por desempleo en el nivel asistencial, el convenio especial quedará activado por la totalidad de la cotización establecida en ese preciso momento (recuérdese, base de cotización multiplicada por el tipo de cotización para contingencias comunes y por el coeficiente reductor vigente)<sup>1269</sup>.

No obstante, si el trabajador tiene derecho al subsidio por desempleo (también conocido como “subsidio por prejubilación”<sup>1270</sup>), la disposición adicional 13ª TRLGSS, en su apartado segundo, establece la siguiente regla: de las cotizaciones resultantes se deducirá la cotización, a cargo del Servicio Público de Empleo Estatal, correspondientes al período en el que el trabajador pueda tener derecho a tal subsidio, cuando corresponda cotizar por la contingencia de jubilación, calculándola en función de la base y tipo aplicable en la fecha de suscripción del convenio especial. En este sentido, a pesar de que se produce cotización a cargo del SEPE durante el disfrute del subsidio por desempleo, dicha cotización ni abarca todas las prestaciones, pues solo se destina para la jubilación, ni coincide con la base de cotización del convenio especial, ya que el art. 280 TRLGSS

---

<sup>1268</sup> TRILLO GARCÍA, A.R.: “El convenio especial con la seguridad social por el despido de mayores de 55 años”, op. cit., pp. 964 y 965.

<sup>1269</sup> FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: El convenio especial. Una respuesta al futuro de las prestaciones de la Seguridad Social, op. cit., pp. 236 y 237.

<sup>1270</sup> LÓPEZ CUMBRE, L.: “Capítulo 9. La prejubilación”, op. cit., pp. 43-46.



toma como base de cotización en este caso el 125% del tope mínimo de cotización vigente en cada momento<sup>1271</sup>.

En concreto, para la cobertura de la pensión de incapacidad permanente y las prestaciones por muerte y supervivencia se tomará la base de cotización del convenio especial, pero para la jubilación se tendrá en cuenta la base de cotización resultante de restar la del convenio menos la cotizada por el SEPE. La cuota líquida será la resultante de multiplicar cada una de las referidas bases de cotización por el tipo de cotización por contingencias comunes y el correspondiente coeficiente aplicable, que es diferente en caso de subsidio por desempleo (art. 21.1.d) de la Orden PCM/1353/2021)<sup>1272</sup>.

Las cotizaciones a cargo del empresario serán objeto de totalización por parte de la Tesorería General de la Seguridad Social<sup>1273</sup> respecto de cada trabajador hasta que cumpla la edad de 63 o 61 años cuando del despido colectivo sea por causas económicas, pudiendo el empresario optar en la solicitud del convenio<sup>1274</sup> por ingresar tales cotizaciones en un único pago, respecto de todos los trabajadores, dentro del mes siguiente al de la notificación de la cantidad a ingresar, o bien de manera fraccionada garantizando el importe pendiente mediante aval solidario o a través de la sustitución del empresario en el cumplimiento de la obligación por parte de una entidad financiera o aseguradora, previo consentimiento de la TGSS (D.A.13ª.2 TRLGSS).

En este último caso se solicitará a la TGSS el fraccionamiento del pago de cotizaciones en tantas anualidades como años le falten al trabajador o trabajadores para cumplir la edad de 63 o, en su caso, 61 años, con un máximo de ocho o seis años, respectivamente. En este sentido, el ingreso de la primera anualidad se deberá de realizar en el plazo de 30 días naturales a partir de la notificación de la cantidad a ingresar,

---

<sup>1271</sup> Base de cotización modificada por el Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo. Véase, su disposición transitoria 4ª.

<sup>1272</sup> Una explicación más detallada, con un ejemplo, en ARAGÓN GÓMEZ, C.: “El convenio especial con la seguridad social en los despidos colectivos que afecten a trabajadores maduros”, op. cit., pp. 817 y 818.

<sup>1273</sup> TRILLO GARCÍA, A.R.: “El convenio especial con la seguridad social por el despido de mayores de 55 años”, op. cit., pp. 954 y 955 indica que la TGSS no está en condiciones de conocer con exactitud las bases de cotización de los últimos seis meses, por lo que realizará un cálculo provisional y una vez conocidas las bases reales de cotización, se procederá a modificar la cuantía a ingresar y, en su caso, a reajustar los avales presentados en caso de fraccionamiento en el pago de las cotizaciones.

<sup>1274</sup> En el Modelo TA.0040-ERE se debe de rellenar la “declaración sobre forma de pago hasta que el trabajador cumpla 61/63 años” mediante la opción pago único o por anualidades y, en este último caso, indicar si se trata de la opción con presentación de aval, opción por entidad financiera o por entidad aseguradora, debiendo identificar a tal entidad financiera o aseguradora, según la opción.

presentando en dicho plazo aval solidario o sustitución en el pago por entidad financiera inscrita o aseguradora debidamente autorizada<sup>1275</sup>. El plazo para ingresar las anualidades restantes será de 30 días naturales inmediatamente anteriores a la iniciación de la anualidad de que se trate (art. 20.3 Orden TAS/2865/2003). Cabe indicar que la norma permite el fraccionamiento, pero no el aplazamiento, por lo que no resultan aplicables las reglas de los arts. 31-36 Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social.

La deuda que contrae el empresario con la Seguridad Social en forma de cotización por convenio especial a causa de despido colectivo, ya sea en único pago o de forma fraccionada, puede sufrir diversas modificaciones a causa de vicisitudes o avatares sobrevenidos, como la obtención del subsidio por desempleo, la incapacidad permanente o el fallecimiento del trabajador, así como la realización de trabajos por parte de este.

En caso de fallecimiento del trabajador, de reconocimiento de una pensión de incapacidad permanente, en sus diversos grados de total, absoluta o gran invalidez, o bien de reconocimiento de una pensión de jubilación a favor del trabajador, el convenio especial con la Seguridad Social se extinguirá y la TGSS procederá a devolver al empresario las cuotas ingresadas que correspondan al período posterior a la fecha de fallecimiento del trabajador o a la fecha de efectos de la pensión de incapacidad permanente o de jubilación que se hubiera causado, una vez efectuada la liquidación definitiva de la cotización correspondiente a este Convenio (apartado 3º D.A.13ª TRLGSS y art. 20.6 Orden TAS/2865/2003). Liquidación definitiva que se refiere a aquella que realiza la TGSS una vez que conozca las bases reales de cotización, y sobre la que se efectuará la devolución de las cuotas por el periodo que transcurra entre el día del fallecimiento o el día de efectos de la incapacidad permanente o la pensión de jubilación y la fecha en que ordinariamente se extinguiría la obligación de cotización empresarial a los 63 o, en su caso, 61 años del trabajador<sup>1276</sup>.

A diferencia de los anteriores supuestos, si el trabajador realiza alguna actividad por la que se efectúen cotizaciones al sistema de la Seguridad Social durante el período a

---

<sup>1275</sup> Los requisitos que deben de cumplir el aval solidario o la sustitución en el pago por entidad financiera o aseguradora se pueden observar en el art. 20.4 de la Orden TAS/2865/2003. Los ayuntamientos que suscriban convenios especiales con sus trabajadores no necesitarán presentar aval de acuerdo con el art. 173.2 de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

<sup>1276</sup> TRILLO GARCÍA, A.R.: "El convenio especial con la seguridad social por el despido de mayores de 55 años", op. cit., p. 968.

cargo del empresario, el convenio especial con la Seguridad Social ni se extinguirá ni dará derecho al reintegro de forma inmediata a favor de este último. Por ello, el empresario deberá de seguir cotizando, ingresando las anualidades a su cargo que queden pendientes de pago, ya que las cotizaciones empresariales que coincidan con las correspondientes a la actividad realizada por el trabajador, hasta su cuantía, se aplicarán al pago del convenio especial durante el período a cargo del trabajador.

Es decir, cuando el trabajador cumpla los 63 o, en su caso, 61 años la TGSS determinará el importe de la cotización ingresada por el empresario que ha resultado coincidente por la efectuada por la realización de actividades por parte del trabajador, acordando su aplicación al pago del convenio especial durante el período a cargo de este último. Resolución que deberá de ser notificada al empresario y al trabajador. El convenio especial quedará suspendido en el caso de que las bases de cotización que correspondan como consecuencia de las actividades lucrativas del trabajador sean iguales o superiores a las bases de cotización del convenio especial<sup>1277</sup> y únicamente quedará extinguido dicho convenio cuando se haya aplicado la totalidad de la cotización realizada por el empresario durante el período a cargo del trabajador y este siga cotizando por la correspondiente actividad. Con lo anterior se persigue incentivar la prestación de servicios por parte del trabajador, generalmente prejubilado, ya que, aunque el trabajo sea temporal o con baja remuneración, no se extinguirá el convenio especial ni las cotizaciones empresariales serán devueltas, sino que se aplicarán durante el período que corre por cuenta del trabajador<sup>1278</sup>.

El derecho al reingreso a favor del empresario solo ocurrirá en el supuesto de que en la fecha de efectos de la pensión de jubilación que cause el trabajador o, en todo caso, en la fecha en que cumpla el trabajador la edad ordinaria de jubilación establecida en el art. 205.1.a) y D.T.7ª TRLGSS, exista remanente<sup>1279</sup>. Por ello, si a la fecha indicada no se hubiera aplicado al pago del convenio especial la totalidad de la cotización a cargo del empresario, la TGSS procederá a la devolución del importe sobrante de este último. De igual modo también se procederá a la devolución del importe si el trabajador falleciese o

---

<sup>1277</sup> En el resto de los convenios especiales ello supone, por regla general, su extinción (vid. art. 10.2.a) Orden TAS/2865/2003).

<sup>1278</sup> TRILLO GARCÍA, A.R.: “El convenio especial con la seguridad social por el despido de mayores de 55 años”, op. cit., pp. 970 y 971.

<sup>1279</sup> ARAGÓN GÓMEZ, C.: “El convenio especial con la seguridad social en los despidos colectivos que afecten a trabajadores maduros”, op. cit., p. 821.

causase una pensión de incapacidad permanente durante el período a su cargo (apartado 4º D.A.13ª TRLGSS y art. 20.7 Orden TAS/2865/2003).

Los reintegros al empresario en los anteriores supuestos devengarán el interés legal del dinero vigente en la fecha en que se produzca su hecho causante, calculado desde la fecha de fallecimiento del trabajador, desde la fecha de efectos de las pensiones de incapacidad permanente o de jubilación por él causadas o desde la fecha en que cumpla la edad de jubilación ordinaria, hasta la respectiva propuesta de pago, aunque no darán derecho al cobro del coste de los avales o de las sustituciones del empresario deudor. Para su abono, la TGSS podrá acordar la retención del pago de la devolución en la cuantía estrictamente necesaria para asegurar el cobro de la deuda que el titular del derecho a la devolución tuviera con la Seguridad Social, en los términos regulados por el artículo 54 del Reglamento general de recaudación de la Seguridad Social y sin perjuicio de notificar, en su caso, el crédito por la devolución a la unidad de recaudación ejecutiva correspondiente (apartado 5º D.A.13ª TRLGSS y art. 20.8 Orden TAS/2865/2003).

Tal y como ya se indicó con anterioridad, si no se ha suscrito convenio especial con la Seguridad Social, la TGSS no puede actuar de oficio, sino que debe de ser el propio trabajador el que lo solicite o bien accione ante los Tribunales para que a través de la ejecución judicial de sentencia se suscriba y se abonen las correspondientes cotizaciones, sin perjuicio de la infracción administrativa del art. 23.1.i) TRLISOS.

No obstante, si el empresario ya ha suscrito el convenio especial por despido colectivo y adeuda las cotizaciones correspondientes, la TGSS podría reclamar la deuda al tratarse de un crédito público que supone ingresos para el sistema de Seguridad Social y, por tanto, podría instarse su recaudación en vía de apremio. Una vez que se suscribe el convenio especial de carácter tripartido (empresario, trabajador y TGSS), la Tesorería se convierte en sujeto de una relación jurídica que debe exigir un ingreso por cuotas en un período con cargo al empresario y otro periodo con cargo al trabajador<sup>1280</sup>. El mismo art. 20.3 de la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, reconoce que “la falta de ingreso de las cotizaciones por este Convenio especial a cargo del empresario, en las formas, condiciones y plazos antes señalados, determinará su reclamación en los términos establecidos en el citado Reglamento general de recaudación de la Seguridad Social”.

---

<sup>1280</sup> TRILLO GARCÍA, A.R.: “El convenio especial con la seguridad social por el despido de mayores de 55 años”, op. cit., p. 973 con cita en STSJ Galicia de 4 de junio de 2015 (recurso 18118/2015).

Por otro lado, siguiendo el Criterio Técnico 91/2012 de la Dirección General de la ITSS, si el empresario ha suscrito el convenio especial y no abona las cotizaciones también podrá incurrir en una responsabilidad administrativa por infracción grave del art. 22.3 TRLISOS<sup>1281</sup>. Una infracción que será sancionada según el art. 40.1.d) TRLISOS: en su grado mínimo, con multa del 50 al 65 por ciento del importe de las cuotas de Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta no ingresados, incluyendo recargos, intereses y costas; en su grado medio, con multa del 65,01 al 80 por ciento; y en su grado máximo, con multa del 80,01 al 100 por ciento. Por lo que para conocer la deuda con la Seguridad Social sobre la que se aplican los porcentajes, la ITSS solicitará informe a la TGSS acerca de la cuantía correspondiente.

Si en este caso el empresario es declarado en concurso, además de que no se podrá imponer sanción administrativa por art. 22.3 TRLISOS, la TGSS no podrá iniciar ejecuciones singulares para reclamarle las cotizaciones tras la suscripción del convenio especial (art. 142 TRLC). Lo común entonces es que la TGSS dicte la correspondiente providencia de apremio y se la comunique a la administración concursal, así como al Juez del concurso a efectos del reconocimiento de dicho crédito como un crédito con privilegio general del art. 280.4º TRLC<sup>1282</sup>.

Otra cuestión que ha suscitado interés por su controversia es qué efectos tiene en materia prestacional la falta de cotización a cargo del empresario e incluso la falta de suscripción del convenio especial. En efecto, la normativa de Seguridad Social ha determinado diferentes mecanismos dirigidos a garantizar la protección del trabajador frente a incumplimientos empresariales de sus obligaciones de afiliación, altas y bajas y de cotización. Por un lado, el art. 167.2 TRLGSS<sup>1283</sup> determina la responsabilidad

---

<sup>1281</sup> “No ingresar, en la forma y plazos reglamentarios, las cuotas correspondientes que por todos los conceptos recauda la Tesorería General de la Seguridad Social o no efectuar el ingreso en la cuantía debida, habiendo cumplido dentro de plazo las obligaciones establecidas en los apartados 1 y 2 del artículo 26 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, siempre que la falta de ingreso no obedezca a una declaración concursal de la empresa, ni a un supuesto de fuerza mayor, ni se haya solicitado aplazamiento para el pago de las cuotas con carácter previo al inicio de la actuación inspectora, salvo que haya recaído resolución denegatoria”.

<sup>1282</sup> TRILLO GARCÍA, A.R.: “El convenio especial con la seguridad social por el despido de mayores de 55 años”, op. cit., pp. 945, 946 y 975.

<sup>1283</sup> “El incumplimiento de las obligaciones en materia de afiliación, altas y bajas y de cotización determinará la exigencia de responsabilidad, en cuanto al pago de las prestaciones, previa la fijación de los supuestos de imputación y de su alcance y la regulación del procedimiento para hacerla efectiva”.

empresarial en cuanto al pago de las prestaciones y, pese a ello, el art. 167.3 TRLGSS<sup>1284</sup> establece el principio de automaticidad de las prestaciones, por el cual la Entidad gestora, la Mutua colaboradora o, en su caso, los servicios comunes anticiparán la prestación al trabajador, subrogándose en los derechos y acciones de este último. De esta forma, y a pesar de que la responsabilidad es denegada por la Entidad gestora y se imputa al empresario, la relación jurídica de protección continúa entre el beneficiario y dicha Entidad, la cual está obligada en todo caso a abonar la prestación, como en el supuesto ordinario y sin perjuicio de que posteriormente ejercite las acciones correspondientes contra el empresario incumplidor, subrogándose en la posición del sujeto beneficiario. El principio de automaticidad de las prestaciones elimina las acciones del beneficiario frente al empresario y las traslada a la Entidad gestora, que estará en mejor situación para ejercerlas, eliminando el riesgo último de la insolvencia del empresario incumplidor<sup>1285</sup>.

Sin embargo, la aplicación del principio de responsabilidad empresarial y de automaticidad de las prestaciones, como se ha indicado, no resulta una cuestión pacífica. Por un lado, la mejor doctrina entiende que tales principios no resultan aplicables al caso del convenio especial por despido colectivo, pues la obligación del abono de las cotizaciones para conservar, perfeccionar y en todo caso mejorar el régimen básico, profesional y obligatorio de la Seguridad Social, surge directamente de una norma laboral y no del desenvolvimiento normal de la relación de Seguridad Social, estando facultado en exclusiva el trabajador para exigir la suscripción del convenio especial y el abono de las cotizaciones como obligación laboral que es. De este modo, no se aplicará el principio de automaticidad de las prestaciones, pero el trabajador sí podrá exigir indemnización del perjuicio causado al empresario incumplidor<sup>1286</sup>.

---

<sup>1284</sup> “No obstante lo establecido en el apartado anterior, las entidades gestoras, mutuas colaboradoras con la Seguridad Social o, en su caso, los servicios comunes procederán, de acuerdo con sus respectivas competencias, al pago de las prestaciones a los beneficiarios en aquellos casos, incluidos en dicho apartado, en los que así se determine reglamentariamente, con la consiguiente subrogación en los derechos y acciones de tales beneficiarios. El indicado pago procederá aun cuando se trate de empresas desaparecidas o de aquellas que por su especial naturaleza no puedan ser objeto de procedimiento de apremio. Igualmente, las mencionadas entidades, mutuas y servicios asumirán el pago de las prestaciones, en la medida en que se atenúe el alcance de la responsabilidad de los empresarios respecto a dicho pago”.

<sup>1285</sup> Un tratamiento detallado en MONEREO PÉREZ, J.L. et al.: Manual de Seguridad Social, Madrid, Tecnos, 16ª edición, 2022, pp. 221-223.

<sup>1286</sup> TRILLO GARCÍA, A.R.: “El convenio especial con la seguridad social por el despido de mayores de 55 años”, op. cit., pp. 975 y 976.

En contra de lo anterior, la STSJ de Galicia de 15 de febrero de 2019 (rec. 3753/2018) ha resuelto a favor de extender el principio de automaticidad de las prestaciones al convenio especial con la Seguridad Social del art. 51.9 ET. Se trata de un caso en el que las empresas involucradas no suscribieron convenio especial con la Seguridad Social por despido colectivo a pesar de los requerimientos efectuados por la TGSS. En consecuencia, el trabajador afectado interpuso demanda, la cual fue estimada parcialmente por el juez de instancia, condenando tan solo a las empresas demandadas al abono de la diferencia entre la pensión que hubiera resultado de computar el período del convenio especial como cotizado y la pensión que le fue reconocida (siguiendo la teoría anteriormente expuesta). No obstante, el trabajador interpuso recurso de suplicación con el fin de extender la condena al INSS y a la TGSS, pretensión que fue asumida por el TSJ de Galicia, sobre la base de que la obligación *ex lege* del art. 51.9 ET ha quedado desvirtuada al no permitir la normativa de Seguridad Social y su desarrollo reglamentario la suscripción del convenio especial de oficio por parte de la TGSS.

“Consiguientemente, la interpretación más conforme con la letra imperativa del artículo 51.9 del Estatuto de los Trabajadores, así como con las finalidades que persiguió su introducción pactada en el Acuerdo para la Mejora y el Desarrollo del Sistema de Protección Social, de 9 de abril de 2001, es que la Tesorería General de la Seguridad Social debe proceder de oficio a la suscripción del convenio especial, y de ahí el sentido de las comunicaciones a que aluden los artículos 6.3 y 12.5 RPDC. Si no lo hace, los derechos de los trabajadores afectados no deben sufrir deméritos, ni en orden a su cuantía, ni en orden a su efectividad.” De este modo, el TSJ de Galicia termina por obligar al anticipo de las diferencias al INSS para asegurar la efectividad de los derechos de Seguridad Social de los trabajadores, sin perjuicio de sus acciones de reintegro frente a las empresas responsables del incumplimiento, aunque precisando que tales garantías de anticipo y derecho a las diferencias solo se pueden proyectar hasta la duración de la obligación empresarial de cotización en el convenio especial, esto es, hasta que el trabajador cumpla 63 o 61 años, en caso de despido colectivo por causas económicas<sup>1287</sup>.

---

<sup>1287</sup> Sentencia analizada con más detenimiento en ROJO TORRECILLA, E.: “Responsabilidad de las entidades gestoras de la Seguridad Social por el incumplimiento empresarial de abono de cuotas en convenio especial tras despido colectivo. Una nota a la sentencia del TSJ de Galicia de 15 de febrero de 2019”, en su blog: El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales, entrada de 20 de febrero de 2019, consultada el 15 de julio de 2017 y disponible en: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2019/02/responsabilidad-de-las-entidades.html>

De este modo, parece que la doctrina judicial opta por reconocer la automaticidad de las prestaciones, a salvo de otras sentencias nuevas (o desconocidas) o una interpretación del Tribunal Supremo en sentido contrario. Sin embargo, cabe precisar que esta sentencia del TSJ de Galicia se refiere a un supuesto de no suscripción antes de la reforma operada de la Orden TAS/2865/2003 por la Orden TMS/397/2019, que ahora sí permite la solicitud de convenio especial por parte del trabajador y la suscripción entre la TGSS y el trabajador, previa audiencia del empresario, en caso de incumplimiento empresarial. Como se puede observar, la normativa ha cambiado y existen nuevos interrogantes, sobre todo en torno a qué ocurrirá si el trabajador no ha solicitado el convenio especial en el plazo otorgado de seis meses y luego reclama la diferencia de las prestaciones y su anticipo por las entidades gestoras.

- La cotización a cargo del trabajador como derecho

La D.A.13<sup>a</sup> TRLGSS en su apartado segundo especifica que a partir del cumplimiento del trabajador de la edad de 63 o, si se trata de despido colectivo por causas económicas, 61 años, las aportaciones al convenio especial serán obligatorias y a su exclusivo cargo hasta que el trabajador cumpla la edad ordinaria de jubilación prevista en el art. 205.1.a) y su régimen transitorio o bien hasta la fecha en la que el trabajador acceda a la jubilación anticipada. Todo ello con excepción de lo ya comentado en cuanto a las cotizaciones correspondientes al período de responsabilidad del empresario que coincidan con las cotizaciones que realice el trabajador por actividad desempeñada durante este tiempo, que se aplicarán al pago del convenio especial durante el período a cargo del trabajador.

Fuera de lo anterior, una vez que el trabajador cumpla la edad de 63 o 61 años, en su caso, este tendrá que abonar las cotizaciones al convenio especial en el mismo plazo que el previsto para las cotizaciones ordinarias, esto es, en el mes natural siguiente al de su devengo (art. 56.1.c).1º Real Decreto 1415/2004)<sup>1288</sup>. Pero ¿qué ocurre si el trabajador no ingresa las correspondientes cotizaciones? ¿Debe de recaudar la TGSS las cuotas coactivamente? Estas han sido unas preguntas a las que la doctrina ha tratado de dar respuesta sobre la base de que el art. 51.9 ET no reconoce una obligación para el trabajador, sino que le reconoce la suscripción del convenio especial como un derecho, a

---

<sup>1288</sup> ARAGÓN GÓMEZ, C.: “El convenio especial con la seguridad social en los despidos colectivos que afecten a trabajadores maduros”, op. cit., p. 821.



pesar de que la D.A.13<sup>a</sup> TRLGSS expresa que a partir de un determinado momento las cuotas serán obligatorias y a cargo del trabajador. Por tanto, tal obligación habrá que entenderla desde la perspectiva de lo que establece el art. 6 de la Orden TAS/2865/2003 (“en la situación de convenio especial, la cotización a la Seguridad Social será obligatoria desde la fecha de efectos del convenio y mientras se mantenga la vigencia del mismo”), lo cual no excluye que el convenio se extinga por falta de abono de las cuotas correspondientes a tres mensualidades consecutivas o a cinco alternativas, salvo causa justificada de fuerza mayor debidamente acreditada (art. 10.2.c) de la citada Orden). Por ello, se entiende que la TGSS no iniciará el procedimiento de recaudación ejecutiva<sup>1289</sup>.

Dicha solución ha sido recogida expresamente en la modificación que del art. 20 Orden TAS/2865/2003 ha promovido la Orden TMS/397/2019, con el objeto de clarificar otro aspecto de esta modalidad de Convenio especial (según su Exposición de motivos) al introducir un apartado noveno en el citado artículo 20, por el que: “a partir del momento en que el trabajador cumpla la edad de 63 o, en su caso, de 61 años, las aportaciones al Convenio especial serán a cargo del mismo, pudiendo extinguirse por cualquiera de las causas previstas en el artículo 10.2 de esta orden”. De este modo, el convenio especial por despido colectivo de trabajadores maduros podrá extinguirse por adquirir la condición de pensionista por jubilación o incapacidad permanente; por falta de abono de las cuotas correspondientes a tres mensualidades consecutivas o a cinco alternativas, salvo causa justificada de fuerza mayor debidamente acreditada, en cuyo caso el trabajador no podrá suscribir nuevo convenio especial hasta que se encuentre al corriente en el pago de las cuotas adeudadas por convenio anterior, surtiendo efectos el nuevo convenio desde la nueva solicitud; por fallecimiento del interesado; y por decisión del interesado, comunicada por escrito o por medios técnicos a la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social o Administración correspondiente de la misma, teniendo lugar la extinción a partir del día primero del mes siguiente a la fecha de comunicación.

#### *E) Balance final*

Uno de los principales problemas del convenio especial con la Seguridad Social en caso de despido colectivo es el elevado nivel de incumplimiento empresarial, contrastado por la Queja del Defensor del Pueblo, que ha existido en torno a esta figura. Buena prueba

---

<sup>1289</sup> TRILLO GARCÍA, A.R.: “El convenio especial con la seguridad social por el despido de mayores de 55 años”, op. cit., pp. 976 y 977.

de ello es que desde la introducción de la medida en 2001 ni siquiera ha existido sanción a las empresas incumplidoras hasta 2013, fecha de entrada en vigor de la infracción muy grave del art. 23.1.i) TRLISOS, y solo para los procedimientos de despidos colectivos que hubieran finalizado después del 1 de enero de 2013.

Además, la introducción de la citada responsabilidad empresarial administrativa no ha tenido un verdadero alcance disuasorio, a la vez que tampoco ha supuesto una vía reparadora para los trabajadores afectados, que han seguido viendo ante el incumplimiento empresarial un recorte en sus derechos reconocidos, según ha resaltado el mismo Defensor del Pueblo. No es hasta 2019, en cambio, cuando se refuerzan las facultades de la TGSS para formalizar el convenio especial ante la negación de la empresa, eso sí, previa solicitud del trabajador en un plazo de 6 meses desde la notificación individual del despido y para despidos colectivos iniciados a partir del 9 de abril de 2019.

Como se puede observar, los mecanismos legales incorporados para forzar al empresario a formalizar convenio especial con la Seguridad Social en supuestos de despidos colectivos no han resultado del todo efectivos, ya sea por la falta de reparación, ya sea por sus limitados efectos en el tiempo. A todo ello ha contribuido, además, la confusa naturaleza jurídica de este convenio especial como obligación laboral o bien de Seguridad Social, ya sea por las recíprocas remisiones entre el art. 51.9 ET y la D.A.13<sup>a</sup> TRLGSS, que no aclaran la calificación, o las numerosas sentencias que han fallado en un sentido u otro, lo cual ha dificultado considerablemente la determinación de las consecuencias del incumplimiento empresarial. Una naturaleza jurídica del convenio especial que resulta clave, por ende, para reclamar el cumplimiento del empresario ya que afecta a, entre otras cuestiones, la prescripción de la obligación, la tramitación procesal, la titularidad del crédito y su naturaleza a efectos concursales, así como a la capacidad para ejecutar tales créditos.

De este modo, compartiendo el análisis y la propuesta de Trillo García<sup>1290</sup>, es necesario distinguir dos momentos. Uno previo a la suscripción del convenio especial, en el que la titularidad del crédito reside en el trabajador y será este quien deba reclamar su derecho ante la jurisdicción social, para que se ejecute según la tramitación judicial. Nos

---

<sup>1290</sup> Sobre esta cuestión y para un análisis de las diversas resoluciones judiciales contradictorias, véase, TRILLO GARCÍA, A.R.: op. cit., pp. 939-942.

encontramos, por tanto, ante un crédito de naturaleza laboral, cuya acción prescribirá al año de la terminación del contrato de trabajo (art. 59.1 ET), otorgando cierto margen para el supuesto de que el trabajador no hubiera solicitado la formalización del convenio en el plazo de 6 meses. Por otro lado, si el convenio especial ya ha sido suscrito y no se han abonado las cotizaciones, la naturaleza del crédito será pública, teniendo el carácter de ingreso del sistema y siendo susceptible de reclamación de deuda por la TGSS y, en su caso, de recaudación en vía de apremio<sup>1291</sup>. En este caso, se trata de una obligación de Seguridad Social, a la que entiendo que sí podría aplicarse el principio de automaticidad de las prestaciones del art. 167.3 TRLGSS en supuestos de incumplimiento empresarial.

Para terminar, al margen de que es necesario un mayor desarrollo del convenio especial y una actualización de la norma reglamentaria, en materia de convenio especial por despido colectivo de trabajadores maduros debe de modificarse la regulación para adaptar la fecha fin de obligación de aportación empresarial (63 o 61 años si se trata de despido colectivo por causa económica) a las nuevas edades de jubilación anticipada involuntaria. Con ello se busca volver a la lógica anterior, por la que el empresario cubría el convenio especial hasta la jubilación anticipada involuntaria del trabajador y, en cambio, si este no quería acceder a dicha jubilación podía voluntariamente seguir contribuyendo al convenio especial. Todo lo contrario, ahora pueden darse situaciones de trabajadores que deben cotizar al sistema por no alcanzar la edad de jubilación anticipada, así como empresas que deben de seguir cotizando, aunque el trabajador haya podido acceder a la referida jubilación y no haya optado por ello.

---

<sup>1291</sup> STSJ, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 4 de junio de 2015 (rec. 18118/2015).

## CAPÍTULO V. EL DESPIDO COLECTIVO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ITALIANO

### 1. CONFIGURACIÓN LEGAL DEL PROCEDIMIENTO “COMÚN” DE DESPIDO COLECTIVO EN ITALIA

#### 1.1. *El marco legal: la Legge 223/1991*

No fue hasta el año 1991 cuando se introdujo en el ordenamiento jurídico italiano una regulación legal específica del despido colectivo, a pesar de que ya desde el año 1975 se encontraba vigente la Directiva 75/129 sobre despidos colectivos (con un período de transposición de dos años) y de que, por ello, la República italiana había sido condenada por su incumplimiento hasta en dos ocasiones por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (SSTJCE de 8 de junio de 1982, C-91/81, y de 26 de noviembre de 1985, C-131/84). En efecto, hasta la intervención normativa del año 1991 la regulación del despido colectivo se contenía esencialmente en un Acuerdo interconfederal del año 1950, renovado en 1965, por el cual el Tribunal de Justicia comunitario entendió que no se ofrecía la tutela idónea para asegurar las garantías individualizadas en la Directiva, habida cuenta de que dicho Acuerdo dejaba sin protección a sectores como la agricultura y el comercio, así como no imponía la notificación del despido a la autoridad administrativa. Por ello, a la vez que se desprotegía a ciertos sectores, no se favorecía una activa presencia del poder público en la gestión de las situaciones de crisis empresariales<sup>1292</sup>.

Finalmente, los requerimientos de la Unión Europea fueron atendidos con la promulgación de la *Legge 23 luglio 1991, n. 223*, denominada, “*norme in materia di cassa integrazione, mobilita', trattamenti di disoccupazione, attuazione di direttive della Comunita' europea, avviamento al lavoro ed altre disposizioni in materia di mercato del lavoro*” (en adelante, *Legge 223/1991*). Una ley que como se puede observar no se ocupa en exclusiva de la regulación del despido colectivo, sino que incluye un ámbito bastante amplio donde se recoge tanto la *cassa integrazione*<sup>1293</sup> como la *indennità di*

---

<sup>1292</sup> En este sentido, véase, MAMMONE, G.: “Capitolo V. La regolazione dei licenziamenti collettivi: itinerari legislativi ed orientamenti giurisprudenziali”, en VV.AA.: *Il licenziamento collettivo in Italia nel quadro del Diritto dell'Unione Europea*, a cargo de COSIO, R; CURCURUTO, F y FOGLIA, R., Milán, Giuffrè Editore, 2016, pp. 111-116.

<sup>1293</sup> La *cassa integrazione guadagni ordinaria o straordinaria* puede ser un instrumento análogo al ERTE en el caso español. Esto es, se trata de una suspensión del contrato de trabajo o una reducción de jornada acompañada de una prestación por desempleo total temporal o parcial, dotada de ciertas reglas específicas que ahora se contienen principalmente en el Decreto Legislativo 14 settembre 2015, n. 148. Disposizioni per il riordino della normativa in materia di ammortizzatori sociali in costanza di rapporto di lavoro, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183 y el art. 1, apartados 192-257, Legge 30 dicembre 2021,

*disoccupazione* y la de *mobilità*<sup>1294</sup>, e incluso incentivos a la ocupación o medidas alternativas de recolocación. Y ello explica por qué el legislador italiano tardó tanto en transponer la Directiva, pues lo que buscaba era prevenir el recurso al despido colectivo a través del tratamiento de la *cassa integrazione straordinaria* en casos de crisis empresarial<sup>1295</sup>. Ahora bien, la “kilométrica rúbrica” de la *Legge 223/1991* es expresiva de su voluntad de racionalizar la gestión de la excedencia de personal en la empresa, de un lado privilegiando la *cassa integrazione* y la intervención pública y, de otro lado, impidiendo la ficción jurídica de mantener puestos de trabajos ya destruidos sobre la base de una intervención prolongada de la *cassa integrazione*, posibilitando el recurso al despido colectivo en la utilización del principio de correcta gestión económica<sup>1296</sup>.

A partir de aquí, la *Legge 223/1991* se introduce en el ordenamiento jurídico italiano y moderniza el Derecho del trabajo italiano pues, siguiendo las directrices de la Directiva comunitaria, condiciona el despido colectivo a una determinada “procedimentalización” en la que las organizaciones sindicales tienen un rol protagonista, junto al poder “blando” que desarrolla la Administración pública<sup>1297</sup>. Una ley que, a pesar de las numerosas modificaciones normativas que se han sucedido en el tiempo, mantiene las causas y procedimiento del despido colectivo de forma sustancialmente inalterada. Las reformas de los años 2012 (*Legge 92/2012* de 28 de junio, conocida como *Ley Fornero*) y de 2015 (Decreto legislativo 23/2015 de 4 de marzo, dentro del proceso de reforma conocido como *Jobs Act*) han afectado principalmente a las consecuencias de la ilegitimidad del despido colectivo, como se expondrá con posterioridad<sup>1298</sup>.

### 1.2. Delimitación del concepto de despido colectivo: supuestos de hecho y requisitos

En el Derecho del trabajo español existe un “grupo normativo unitario complejamente estructurado” para los despidos por causas relativas a las necesidades de

---

n. 234. Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2022 e bilancio pluriennale per il triennio 2022-2024.

<sup>1294</sup> Cfr., art. 7 *Legge 223/1991*, antes de su derogación por la *Legge 92/2012* de 28 de junio.

<sup>1295</sup> MIMMO, G.: “Il licenziamento collettivo”, en VV.AA.: *Il licenziamento*, a cargo de DI PAOLA, L., Milán, Giuffrè Francis Lefevbre, 2019, pp. 333 y 334.

<sup>1296</sup> MAMMONE, G.: “Capitolo V. La regolazione dei licenziamenti collettivi: itinerari legislativi ed orientamenti giurisprudenziali”, op. cit., p. 118.

<sup>1297</sup> ESPOSITO, M.; GAETA, L.; ZOPPOLI, A. y ZOPPOLI, L.: *Diritto del lavoro e sindacale*, Turín, Giappichelli, 2021, p. 329.

<sup>1298</sup> MIMMO, G.: “Il licenziamento collettivo”, op. cit., pp. 334 y 335.

funcionamiento de la empresa, que integra al despido colectivo (art. 51 ET) y al despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas (art. 52.c) ET). Se trata, en efecto, de dos tipos de despidos que comparten las mismas causas (causas empresariales) pero que son solo “procedimentalizados” en el sentido de la Directiva 98/59 en función de que alcancen un determinado umbral de extinciones (despido colectivo, por un lado, y despidos individuales o plurales, por otro)<sup>1299</sup>. *Grosso modo* algo muy similar ocurre en el ordenamiento italiano entre el despido colectivo (*licenziamento collettivo*) y el *licenziamento per giustificato motivo oggettivo* inherente a “la actividad productiva, a la organización del trabajo o al regular funcionamiento de esta”, pues ambos despidos comparten las mismas causas (en última instancia, económicas) y se distinguen en función de elementos cuantitativos: el número de trabajadores ocupados en la empresa y el número de trabajadores a despedir<sup>1300</sup>.

En el ordenamiento jurídico-laboral italiano dentro del ámbito del despido colectivo es posible, a su vez, distinguir dos supuestos de hecho que pueden dar lugar a este tipo de despido. Por un lado, la imposibilidad de reutilizar a los trabajadores que tienen su contrato de trabajo suspendido y están bajo la *cassa integrazione straordinaria* (supuesto previsto en el art. 4.1 de la *Legge 223/1991*, también llamado *collocamento in mobilità*). Por otro lado, el denominado “despido colectivo por reducción del personal” del art. 24.1 de la citada ley<sup>1301</sup>. Una distinción que ha sido tradicionalmente tratada tanto por la doctrina como por los Tribunales pero que ha venido a menos con la Ley Fornero<sup>1302</sup>, ya que con ella se derogaron aspectos esenciales del *collocamento in mobilità*, tales como las listas de movilidad, la indemnización de movilidad, la colocación de los trabajadores en movilidad o la cancelación del trabajador de la lista de movilidad, así como se sustituyó de los artículos vigentes la denominación de la *collocazione in mobilità* por el término de

---

<sup>1299</sup> Para esta configuración, véase, MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: El despido colectivo en el Derecho español. Estudio de su régimen jurídico, Pamplona, Aranzadi Editorial, 1997, pp. 42 y ss.

<sup>1300</sup> VENDITTI, L.: “Il licenziamento collettivo riformato”, en VV.AA.: Il regime dei licenziamenti in Italia e Spagna: ordinamenti a confronto. El régimen de despidos en Italia y España: una comparación de los ordenamientos jurídicos, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017, pp. 391-396.

<sup>1301</sup> Dentro de este supuesto se integra el despido colectivo por cesación de la actividad (art. 24.2) y los despidos producidos tras el proceso concursal (art. 3.3).

<sup>1302</sup> MAMMONE, G.: “Capitolo V. La regolazione dei licenziamenti collettivi: itinerari legislativi ed orientamenti giurisprudenziali”, op. cit., pp. 120 y 127-130 con cita en la sentencia del Tribunal Constitucional italiano n.º 6 de 1999 y en la sentencia del Tribunal de Casación de 20 de marzo de 2000, n.º 3271.

despido colectivo. Reforma que buscó la desaparición progresiva de la indemnización de movilidad y, asimismo, evidenciaba la voluntad del legislador de no querer considerar más al despido colectivo como mero apéndice de la CIG<sup>1303</sup>. En definitiva, se trata de dos presupuestos diferentes pero que comparten el mismo procedimiento, pues lo único que cambia son los requisitos para acceder a una u otra especie del despido colectivo (en el *collocamento in mobilità* es necesario que previamente se haya accedido a la *cassa integrazione straordinaria* y en el despido colectivo por reducción de personal no)<sup>1304</sup>.

En cuanto a los requisitos, nos centraremos en los elementos delimitadores del despido colectivo por reducción del personal del art. 24 *Legge 223/1991*, pues al otro supuesto de hecho del despido colectivo tras *cassa integrazione guadagni straordinaria* solo le son aplicables los requisitos que dan acceso a esta figura de sostenimiento de la renta salarial<sup>1305</sup> que, por cuestión de espacio, no es objeto de atención en el presente trabajo<sup>1306</sup>. Para una mejor comprensión de los requisitos o elementos delimitadores del despido colectivo por reducción del personal, estos se pueden clasificar del siguiente modo:

- Elemento cuantitativo-numérico. De una parte, es necesario que la empresa que va a proceder a despedir tenga una plantilla mínima de 15 trabajadores en su conjunto, incluyéndose a los dirigentes<sup>1307</sup>. Los trabajadores se computan según la ocupación media

---

<sup>1303</sup> Siglas de la *cassa integrazione guadagni*, que puede ser *straordinaria* u *ordinaria* (CIGS o CIGO, respectivamente).

<sup>1304</sup> MIMMO, G.: “Il licenziamento collettivo”, op. cit., pp. 335 y 336.

<sup>1305</sup> Por ello, el límite de despidos del art. 24 no es aplicable al despido colectivo tras CIGS. Sobre esta cuestión, cfr., RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P.: “El despido por motivos económico-productivos en el ordenamiento italiano: funciones y disfunciones”, en VV.AA.: *La regulación del despido en Europa. Régimen formal y efectividad práctica*, CRUZ VILLALÓN, J. (Ed.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 171-174.

<sup>1306</sup> Así lo identifica el art. 4.1 de la *Legge 223/1991* cuando expresa que “l’impresa che sia stata ammessa al trattamento straordinario di integrazione salariale, qualora (...) ritenga di non essere in grado di garantire il reimpiego a tutti i lavoratori sospesi e di non poter ricorrere a misure alternative, ha facoltà di avviare la procedura di licenziamento collettivo ai sensi del presente articolo”. Para un resumen de la *Cassa integrazione guadagni straordinaria*, vid., ESPOSITO, M.; GAETA, L.; ZOPPOLI, A. y ZOPPOLI, L.: *Diritto del lavoro e sindacale*, op. cit., pp. 391 y 392 y RENGA, S.: *La tutela del reddito*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022, pp. 121-141.

<sup>1307</sup> Los dirigentes se incluyen en el despido colectivo italiano tanto en la plantilla computable como en el número de despidos, tras la modificación de la *Legge 223/1991* introducida por la *Legge 161/2014* como consecuencia de un incumplimiento de transposición en la Directiva comunitaria (STJUE de 13 de febrero de 2014, Comisión Europea contra la República Italiana, C-596/12). El procedimiento de despido colectivo para los dirigentes tiene especialidades en materia de comunicación inicial y consultas, pero sobre todo rige un sistema indemnizatorio diferente (de 12 a 24 mensualidades) para supuestos de vicios de procedimiento y de criterios de selección. Para un estudio más profundo, véase, COLOMBO, D.: “Licenziamento collettivo dei manager”, *Diritto & Pratica del Lavoro*, N.º 5, 2015, pp. 285-289.

de los seis meses anteriores al inicio del procedimiento (sentencia del Tribunal de Casación del 21 de enero de 2011, N.º 1465). De otra parte, es necesario que la empresa pretenda efectuar al menos 5 despidos en cada unidad productiva o en varias unidades productivas en el ámbito territorial de una misma provincia<sup>1308</sup>. En este sentido, el legislador no se refiere a la efectiva realización de 5 despidos, sino a la intención de efectuar despidos superando el citado umbral, con independencia de que tras la realización del procedimiento de despido colectivo el número de extinciones no llegue a cinco (sentencia del Tribunal de Casación de 22 de noviembre de 2011, N.º 24566)<sup>1309</sup>.

- Elemento causal. El art. 24.1 de la *Legge 223/1991* indica que las disposiciones del art. 4 que se refieren al procedimiento de despido colectivo se aplican a las empresas que despiden, cumpliendo los requisitos aquí expresados, “*in conseguenza di una riduzione o trasformazione di attivita' o di lavoro*”. Esto es, despidos como consecuencia de una reducción de actividad; de una reducción del trabajo; de una transformación de la actividad; o bien de una transformación del trabajo. Como se puede observar, se trata de una definición causal ciertamente amplia, con recurso a conceptos jurídicos indeterminados, que comprende potencialmente cualquier decisión del empresario de redimensionar el personal de la empresa. También se puede extraer de la configuración legal que las exigencias o valoraciones que sirven de base a la reducción o transformación de la actividad empresarial o del trabajo carecen de valor, y lo que asume el protagonismo es que efectivamente se produzcan tales reducciones o transformaciones<sup>1310</sup>. Y ello se diferencia de la regulación española del despido colectivo, sobre todo respecto a las causas económicas que, si bien ha sido flexibilizada con las últimas reformas, no pone tanto el acento en las consecuencias sino en la misma configuración de la causa (situación económica negativa, como pérdidas actuales o previstas o bien disminución persistente en el nivel de ingresos ordinarios o ventas)<sup>1311</sup>.

---

<sup>1308</sup> En aplicación de la doctrina Ciupa y Socha del TJUE, la sentencia del Tribunal de Casación italiano de 20 de julio de 2020, n. 15401, determina que las dimisiones tras modificaciones sustanciales, las resoluciones consensuadas o las prejubilaciones pueden entrar dentro de la noción de despido colectivo al fin de aplicar el procedimiento de despido colectivo.

<sup>1309</sup> Sobre el elemento cuantitativo-numérico MIMMO, G.: “Il licenziamento collettivo”, op. cit., pp. 339-341.

<sup>1310</sup> Un estudio más exhaustivo en GAMBACCIANI, M.: *Impresa e lavoro: il nuovo bilanciamento nei licenziamenti collettivi*, Roma, Roma Tre Press, 2017, pp. 63 y ss.

<sup>1311</sup> PENSABENE LIONTI, G.: “El despido colectivo ante el proceso de reforma en Italia y España”, en VV.AA., *El estatuto de los trabajadores 40 años después. XXX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2020,



- Elemento temporal. Por último, los 5 despidos por las causas indicadas deben de computarse en un arco temporal de 120 días. En efecto, la última oración del apartado primero del art. 24 *Legge 223/1991* subraya que deberán de tenerse en cuenta todos los despidos que se produzcan en el ámbito temporal de 120 días que sean reconducibles a la misma reducción o transformación a la que se refiere el elemento causal. Por ello, la doctrina entiende que las empresas que quieran reducir su personal deberán de valorar muy bien *ex ante* si deben de llevar o no a cabo procedimiento de despido colectivo, pues si despiden sin desarrollar tal procedimiento por no alcanzar el umbral de 5 despidos no podrán despedir a otros trabajadores por las mismas causas en el período de 120 días con el fin de no superar el límite de despidos del art. 24, so pena de las correspondientes consecuencias jurídicas<sup>1312</sup>.

### *1.3. Las fases del procedimiento de despido colectivo: inicio, desarrollo y desenlace*

En el despido colectivo, con el fin de conseguir un equilibrio de intereses entre la tutela del empleo como bien colectivo y la libertad de empresa (o de reorganización empresarial), el ordenamiento jurídico-laboral italiano somete la decisión del empresario a un doble control, primero por parte de los sindicatos y posteriormente, si no se alcanza un acuerdo, a un control por parte de determinados órganos administrativos<sup>1313</sup>. La relevancia social del despido colectivo ya sea por la entidad del número de trabajadores despedidos, ya sea por incardinarse dentro de un instrumento extraordinario de integración salarial, es la base del procedimiento preventivo sindical y administrativo que prevé el art. 4 *Legge 223/1991*, el cual se destina a garantizar un control sobre el programa de despidos y a encontrar soluciones alternativas o complementarias al despido colectivo, sobre todo para aquellos trabajadores cuyo despido no se ha podido evitar<sup>1314</sup>.

El procedimiento de despido colectivo<sup>1315</sup> se inicia con la comunicación empresarial de apertura del período de consulta-negociación, que el art. 4.2 cataloga como

---

pp. 1330 y 1331 determina que la regulación española de las causas del despido colectivo es más exhaustiva que la regulación italiana, de carácter más amplia e indefinida. Y de ello deriva, por tanto, la mayor capacidad y margen del juez italiano de apreciar la causa del despido colectivo.

<sup>1312</sup> TATARELLI, M.: *Il licenziamento individuale e collettivo*, Padova, Cedam, 2006, p. 436.

<sup>1313</sup> ESPOSITO, M.; GAETA, L.; ZOPPOLI, A. y ZOPPOLI, L.: *Diritto del lavoro e sindacale*, op. cit., pp. 340 y 341.

<sup>1314</sup> VENDITTI, L.: “*Il licenziamento collettivo riformato*”, op. cit., p. 396.

<sup>1315</sup> El procedimiento de despido colectivo también se aplica a los empleadores que no tienen ánimo de lucro, por expresa inclusión del Decreto legislativo de 8 de abril de 2004 N.º 110, tras una nueva condena del TJCE en su sentencia de 16 de octubre de 2003 (C-32/02), siempre que se cumplan los requisitos causales, cuantitativo-numérico y temporal. No obstante, tienen un régimen de consecuencias distinto en

una “comunicación preventiva por escrito” y que debe de dirigirse a una pluralidad de sujetos sindicales, los cuales tienen cabida tanto en seno de la empresa (representación sindical empresarial<sup>1316</sup> o representación sindical unitaria<sup>1317</sup>) como fuera de ella (sindicatos de categoría a los que pertenece la representación sindical empresarial o bien, a falta de representación en la empresa, sindicatos de categoría adheridos a las confederaciones sindicales más representativas)<sup>1318</sup>.

Una comunicación que debe de tener un determinado contenido de manera que se permita a los interlocutores sindicales ejercitar de manera transparente y consciente un efectivo control sobre el programa de reducción del personal, evaluando asimismo la posibilidad de implantar medidas sociales de acompañamiento<sup>1319</sup>. En concreto, el art. 4.3 precisa que la comunicación debe de contener: los motivos que determinan la situación de excedente de personal<sup>1320</sup>; los motivos técnicos, organizativos y productivos por los cuales no es posible adoptar medidas idóneas para poner remedio a la situación y evitar en todo o en parte el despido colectivo<sup>1321</sup>; el número y ámbito geográfico y funcional tanto de los trabajadores afectados como del personal habitualmente empleado; los tiempos de actuación del programa de reducción del personal; las medidas programadas para afrontar las consecuencias sobre el plano social de la decisión empresarial o bien los métodos de cálculo de todas aquellas atribuciones patrimoniales que no estén reguladas ni en la legislación ni en la negociación colectiva. Asimismo, deberá de entregarse una

---

caso de ilegitimidad del despido colectivo. MAMMONE, G.: “Capitolo V. La regolazione dei licenziamenti collettivi: itinerari legislativi ed orientamenti giurisprudenziali”, op. cit., pp. 126 y 127.

<sup>1316</sup> Art. 19 Legge 300/1970, rubricada norme sulla tutela della liberta' e dignita' dei lavoratori, della liberta' sindacale e dell'attivita' sindacale, nei luoghi di lavoro e norme sul collocamento (también llamada Estatuto de los trabajadores).

<sup>1317</sup> A diferencia de la anterior representación, la representación sindical unitaria tiene su origen en la autonomía colectiva (vid., Texto único sobre la representación sindical de 10 de enero de 2014).

<sup>1318</sup> Para un estudio de la representación sindical en Italia sobre la base de la teoría del “ordenamiento intersindical”, véase, ESPOSITO, M.; GAETA, L.; ZOPPOLI, A. y ZOPPOLI, L.: *Diritto del lavoro e sindacale*, op. cit., pp. 135-182.

<sup>1319</sup> MIMMO, G.: “Il licenziamento collettivo”, op. cit., p. 349.

<sup>1320</sup> Es aconsejable incluir en la comunicación inicial no solo el dato objetivo de la transformación o reducción de la actividad o del trabajo, sino también las exigencias organizativas que han justificado la decisión de redimensionar el personal, sobre todo cuando no se pretende aplicar los criterios de selección sobre el total de la empresa. GAMBACCIANI, M.: *Impresa e lavoro: il nuovo bilanciamento nei licenziamenti collettivi*, op. cit., p. 73.

<sup>1321</sup> Sobre el alcance de esta obligación, que se cataloga como incierto, véase, GAMBACCIANI, M.: *Impresa e lavoro: il nuovo bilanciamento nei licenziamenti collettivi*, op. cit., pp. 110 y ss.

copia del contenido de la comunicación al órgano administrativo territorialmente competente según el art. 4.4.

Hasta 7 días después de recibir la comunicación inicial se procede, previa petición del banco social, al examen conjunto entre las partes tanto de las causas que han contribuido a determinar el excedente de personal<sup>1322</sup> como de las diferentes medidas alternativas (destinadas a evitar el despido colectivo o a reducir el número de despidos) y complementarias (destinadas a atenuar los efectos del despido en la persona de los trabajadores afectados, en especial para su mejor reinserción en el mercado de trabajo) que se pueden implementar tras la consulta-negociación y el acuerdo con los representantes de los trabajadores (art. 4.5 *Legge 223/1991*). Unas consultas que tienen un plazo de 45 días (art. 4.6), reducido a la mitad en caso de que el número de trabajadores afectados sea inferior a 10 (art. 4.8), y que deberán de desenvolverse sin recurrir al cumplimiento meramente formal de las previsiones normativas, recurriendo a fórmulas genéricas o vacías, al igual que deberán de estar guiadas por el principio de lealtad, evitando cualquier comportamiento obstruccionista o dilatorio de cualquiera de las partes<sup>1323</sup>.

Como ya se ha indicado, las consultas con los representantes de los trabajadores tendrán la finalidad de encontrar medidas que eviten o reduzcan la entidad del despido colectivo. Para ello, tal y como indica el propio art. 4.5 de la *Legge 223/1991*, se podrá negociar un *contratto di solidarietà*, el cual está destinado a reducir la jornada de trabajo como vía para evitar total o parcialmente el despido colectivo (contrato de solidaridad defensivo)<sup>1324</sup>. Además, también se podrá acudir a otras medidas para recolocar internamente a los trabajadores afectados por el despido colectivo, recurriendo, por ejemplo, a la degradación de funciones que permite el Derecho italiano<sup>1325</sup> (lo cual se

---

<sup>1322</sup> La discusión de las causas en la consulta-negociación es ciertamente importante ya que con posterioridad el control judicial no puede entrar a valorar los motivos específicos de reducción del personal, sino solo la correcta ejecución del procedimiento de despido colectivo. MIMMO, G.: “Il licenziamento collettivo”, op. cit., pp. 329 y 330. En cambio, para ESPOSITO, M.; GAETA, L.; ZOPPOLI, A. y ZOPPOLI, L.: *Diritto del lavoro e sindacale*, op. cit., pp. 342, este “blindaje” de la causa en sede judicial solo opera si existe acuerdo, hasta tal punto que se habla incluso de despido colectivo “acausal”, con cita en diferentes sentencias del Tribunal de Casación (v.gr.: 12122/2015; 4177/2015; 27237/2014...).

<sup>1323</sup> VENDITTI, L.: “Il licenziamento collettivo riformato”, op. cit., p. 397, con cita de, entre otros, NATULLO, G.: *Il licenziamento collettivo. Interessi procedure tutele*, Milán, F. Angeli, 2004.

<sup>1324</sup> De hecho, este contrato es una de las causas de acceso a la *cassa integrazione guadagni straordinaria* (art. 21 del Decreto legislativo 148/2015).

<sup>1325</sup> Vid., art. 4.11 *Legge 223/1991* que excepciona el cumplimiento del art. 2103 del Código Civil italiano.

conoce por la doctrina italiana como *demansionamento*<sup>1326</sup>). O bien se puede acudir a otras formas de gestión flexible del tiempo de trabajo, que pueden ir desde la conversión de contratos a tiempo parcial<sup>1327</sup>; el recurso a la prejubilación en su modalidad de *isopensione*; la anticipación de la jubilación y la conversión del contrato de tiempo completo a tiempo parcial junto con un programa de formación y de nuevas contrataciones, en el ámbito de un programa de reindustrialización o de reorganización (*contratto di espansione*)<sup>1328</sup>; o el llamado *comando* o *distacco* a otra empresa (art. 8.3 *Decreto-Legge 148/1993*), por el que se ceden trabajadores a una tercera empresa de forma temporal para evitar la reducción de personal, incluso con modificación *in peius* de las funciones<sup>1329</sup>. El mismo art. 4.5 indica que, si no es posible evitar la reducción del personal, también se pueden examinar medidas sociales de acompañamiento destinadas, en particular, a la recualificación y reconversión de las personas trabajadoras despedidas.

Una vez que finaliza la fase de consulta-negociación, el empresario debe de comunicar a la autoridad laboral el resultado de la misma y los motivos de la eventual conclusión negativa (esto es, sin acuerdo). Análoga comunicación puede ser enviada a las asociaciones sindicales de los trabajadores (art. 4.6). En caso de que las consultas finalicen sin acuerdo, la autoridad laboral convocará a las partes con el fin de realizar un nuevo examen tanto de las causas como de las medidas alternativas o complementarias al despido colectivo, y realizará propuestas para alcanzar un acuerdo (art. 4.7). Se trata de una fase administrativa que se agota en el plazo de 30 días (reducido a la mitad si los trabajadores afectados son menos de 10 *ex* art. 4.8) a contar desde la comunicación del resultado de la consulta-negociación. Según autorizada doctrina, el control administrativo si bien sirve para diluir en última instancia la adopción de los despidos, también es

---

<sup>1326</sup> BINI, S.: “Contributo allo studio del demansionamento del lavoratore in Italia”, *Diritto delle Relazioni Industriali*, N.º 1, 2016, pp. 211-238.

<sup>1327</sup> Un estudio de las posibilidades de transformación del contrato de trabajo de tiempo completo a tiempo parcial por iniciativa del empleador en BRUN, S.: “Trasformazione dei tempi di lavoro ed esigenze organizzative dell'impresa”, *Rivista italiana di Diritto del lavoro*, N.º 2, 2011, pp. 1-27, versión digital.

<sup>1328</sup> Para un análisis de estas dos últimas medidas alternativas al despido colectivo, cfr., BONOMO, M.; D'ONOFRIO, E.; MARESCA, A. y ORLANDO, A.: “Crisi occupazionali e misure alternative ai licenziamenti collettivi”, *Lavoro Diritti Europa. Rivista nuova di Diritto del lavoro*, N.º 3, 2021, versión digital.

<sup>1329</sup> Vid., sentencia de la Corte de Casación italiana de 5 marzo de 2020, n. 6289.

cierto que poco añade en concreto a lo que ya se pudo hacer durante el procedimiento de negociación sindical<sup>1330</sup>.

Como ocurre en el ordenamiento jurídico-laboral español, existe obligación de negociar el despido colectivo con buena fe, pero no existe la obligación de alcanzar acuerdo. En este sentido, el procedimiento podrá finalizar tanto por acuerdo (que podrá subsanar algunos vicios procedimentales)<sup>1331</sup> como por el agotamiento de la fase de consultas sindical y administrativa. En efecto, una vez finalizado el procedimiento de despido colectivo se deberá de comunicar de forma individual y por escrito a los trabajadores despedidos la extinción del contrato de trabajo, respetando los correspondientes plazos de preaviso. Hasta siete días después de la comunicación individual de despido<sup>1332</sup>, asimismo, se deberá de comunicar a la autoridad laboral competente y a las asociaciones sindicales correspondientes la lista de trabajadores despedidos con indicación para cada uno de ellos de su lugar de residencia, categoría profesional, edad, carga familiar, así como se detallará de forma precisa la aplicación de los criterios de selección de los trabajadores despedidos según lo dispuesto en el art. 5.1 (art. 4.9)<sup>1333</sup>.

En efecto, los criterios de selección de los trabajadores afectados por los despidos colectivos se regulan en el art. 5.1, con la finalidad de que la elección de las personas trabajadoras no quede a la libre voluntad del empresario, sino que se discipline según parámetros objetivos previamente fijados tanto por la autonomía colectiva como por la ley. En concreto, el mencionado artículo especifica que la identificación de los trabajadores despedidos debe de realizarse, por un lado, en relación con las necesidades

---

<sup>1330</sup> ESPOSITO, M.; GAETA, L.; ZOPPOLI, A. y ZOPPOLI, L.: *Diritto del lavoro e sindacale*, op. cit., p. 342.

<sup>1331</sup> El art. 4.12 de la Legge 223/1991, tras la modificación introducida por la Legge 92/2012, expone que los vicios de la comunicación inicial del despido colectivo podrán ser subsanados, para todos los efectos legales, en virtud de acuerdo alcanzado en la consulta-negociación. Cfr., MIMMO, G.: “Il licenziamento collettivo”, op. cit., pp. 357-359, donde se discute si la subsanación debe de quedar explícita o implícita en el acuerdo, aunque de lo que no cabe duda es que debe de existir necesariamente anterior comunicación inicial.

<sup>1332</sup> Este plazo de siete días ha sido introducido por la Legge 92/2012, puesto que con anterioridad la comunicación a la autoridad administrativa competente y a las organizaciones sindicales se preveía “simultáneamente” al inicio de las comunicaciones individuales, lo cual producía problemas interpretativos acerca de qué debía de entenderse por simultáneo. MAMMONE, G.: “Capitolo V. La regolazione dei licenziamenti collettivi: itinerari legislativi ed orientamenti giurisprudenziali”, op. cit., pp. 122 y 123.

<sup>1333</sup> Las comunicaciones que se realicen sin respetar la forma escrita y el procedimiento previsto en el art. 4.9 quedarán privadas de eficacia (art. 4.12 de la Legge 223/1991).

técnico-productivas y organizativas de la empresa en su conjunto, y, por otro lado, conforme a los criterios previamente establecidos en el convenio colectivo que se aplique a la empresa o bien conforme al acuerdo que se haya alcanzado en consultas. En defecto de producto de la autonomía colectiva, el art. 5.1 establece unos criterios legales subsidiarios que deberán de respetarse “en concurso entre ellos”: a) cargas familiares; b) ancianidad; y, de nuevo, c) exigencias técnico-productivas y organizativas.

De este modo, la individualización de los trabajadores a despedir debe de realizarse, en primer lugar, teniendo en cuenta las exigencias técnico-productivas y organizativas de la empresa en su conjunto, lo cual indica que deben de considerarse a todos los trabajadores de la organización empresarial, a menos que el programa de reestructuración empresarial se refiera en exclusiva a una unidad productiva o sector concreto de la empresa dotado de autonomía y especificidad, en cuanto a que los trabajadores desempeñen funciones no comparables a las del resto de trabajadores de otras partes no afectadas de la empresa. En estos casos, el empresario deberá de razonar adecuadamente este extremo en la comunicación inicial del despido colectivo, así como deberá de exponer las razones por las que no puede transferir los trabajadores afectados por la supresión de la unidad productiva a otra próxima geográficamente<sup>1334</sup>, en una especie de obligación de *repechâge* o *ripescaggio*<sup>1335</sup>.

Dicho lo anterior, los criterios de selección de trabajadores podrán ser determinados en el convenio colectivo aplicable o en el acuerdo alcanzado tras la consulta-negociación, sin que tengan por qué obedecer a los criterios legales predispuestos<sup>1336</sup>. Eso sí, siempre con respeto, además de a las normas imperativas (observando el porcentaje de mano de obra femenina)<sup>1337</sup> y al principio de no discriminación, al principio de racionalidad, por el cual los criterios acordados deben tener los caracteres de la objetividad y de la

---

<sup>1334</sup> VENDITTI, L.: “Il licenziamento collettivo riformato”, op. cit., p. 408 con cita en sentencia del Tribunal de Casación de 16 de febrero de 2012, N.º 2255, y MIMMO, G.: “Il licenziamento collettivo”, op. cit., pp. 366-368 con cita en sentencias del Tribunal de Casación de fecha de 17 de marzo de 2014, N.º 6112; de 12 de septiembre de 2018, N.º 22178; y de 16 de septiembre de 2016, N.º 18190, entre otras.

<sup>1335</sup> En contra de que se aplique la construcción jurisprudencial del *repechâge* al despido colectivo GAMBACCIANI, M.: *Impresa e lavoro: il nuovo bilanciamento nei licenziamenti collettivi*, op. cit., pp. 111 y 112.

<sup>1336</sup> De hecho, ESPOSITO, M.; GAETA, L.; ZOPPOLI, A. y ZOPPOLI, L.: *Diritto del lavoro e sindacale*, op. cit., p. 342, exponen que, una vez puesta a salvo la tutela antidiscriminatoria, los criterios de selección en el acuerdo tienen casi campo libre en cuanto a su materia.

<sup>1337</sup> El art. 5.2 Legge 223/1991 indica que la empresa no puede despedir a un porcentaje de mano de obra femenina superior al porcentaje de mano de obra femenina ocupada respecto a las funciones tomadas en consideración. Vid., sentencia del Tribunal de Casación de 29 de septiembre de 2021, n.º 26454.

generalidad y deben ser coherentes con el fin del procedimiento de despido colectivo (sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 30 de junio de 1994, N.º 268)<sup>1338</sup>. Además, los criterios deben de estar suficientemente precisados y no deben de dejar un margen de aplicación discrecional al empresario (sentencia del Tribunal de Casación de 15 de noviembre de 2022, N.º 33623).

Respecto a los criterios legales (cargas familiares; ancianidad y exigencias técnico-productivas y organizativas), estos se aplican de forma subsidiaria a la regulación colectiva y deben de ser valorados de forma conjunta (“en concurso entre ellos”). No obstante, sí que se permite que, a través del peso concedido a cada uno de los criterios recogido de forma debidamente motivada en el acuerdo colectivo y en todo caso en la comunicación final, se privilegie o se dé prevalencia a uno o a dos de los criterios legales, siempre que no esconda discriminación<sup>1339</sup>. En cualquier caso, parece existir cierto consenso en que se conceda un peso prevalente a los criterios de exigencia empresarial frente al resto de criterios, llamados “criterios sociales” (cargas familiares y ancianidad). En cuanto a la definición de los criterios sociales, las cargas familiares tienden a valorarse de forma global, siempre que sean los trabajadores los que aporten la documentación necesaria para acreditar un determinado nivel de renta o bien la edad o el estado de salud de algunos de sus familiares. La ancianidad puede interpretarse de dos formas: de un lado, como una ancianidad relacionada con la mayor edad, dando relevancia a la mayor posibilidad que ostentan los jóvenes de encontrar otro trabajo; o bien se opta por una ancianidad en la empresa (antigüedad), donde se reconoce el servicio prestado y la dedicación al puesto de trabajo. Las exigencias técnico-productivas y organizativas, en cambio, se valoran en función de los puestos de trabajo afectados y en mayor interés de la empresa, pero siempre desde factores técnicos objetivos, que se refieren a la competencia, profesionalidad y experiencia laboral<sup>1340</sup>.

Desde el 1 de enero de 2017<sup>1341</sup>, la empresa que realice despido colectivo debe de hacer frente a una contribución (denominada “*ticket di licenziamento*”), respecto a cada

---

<sup>1338</sup> MAMMONE, G.: “Capitolo V. La regolazione dei licenziamenti collettivi: itinerari legislativi ed orientamenti giurisprudenziali”, op. cit., p. 135.

<sup>1339</sup> MIMMO, G.: “Il licenziamento collettivo”, op. cit., op. cit., p. 370 con cita en sentencia del Tribunal de Casación de 13 de diciembre de 2016, N.º 25553.

<sup>1340</sup> VENDITTI, L.: “Il licenziamento collettivo riformato”, op. cit., pp. 409 y 410.

<sup>1341</sup> Con anterioridad había que abonar la contribución del art. 5.4 de la Legge 223/1991 junto con la comunicación inicial.

uno de los trabajadores despedidos, equivalente al 41% del máximo mensual del NASPI (la prestación italiana por desempleo definitivo) por cada doce meses de antigüedad en la empresa en los últimos tres años (art. 2.31 *Legge 92/2012*). Una contribución a la Seguridad Social que se multiplica por tres para el caso de que no se alcance acuerdo (art. 2.35 *Legge 92/2012*). Siguiendo este esquema, la contribución asciende al 81% (a partir del 1 de enero de 2018) cuando el despido colectivo se desarrolle en el marco de la *cassa integrazione guadagni straordinaria* (art. 1.137 *Legge 205/2017*) y se multiplica igualmente por 3 para el caso de que no se alcance acuerdo.

Unido a lo anterior, el empresario deberá de entregar al trabajador despedido el denominado *trattamento di fine rapporto* (TFR), que más que una indemnización por despido supone una retribución diferida que se le entrega con ocasión de cualquier extinción del contrato (con independencia de la causa, incluso por dimisión, y del tipo de contrato)<sup>1342</sup>. En concreto, dicho importe se calcula en función de lo que establece el art. 2120 del Código civil italiano<sup>1343</sup> sobre la base de la retribución anual de cada año de trabajo dividida por 13,5. El montante se reduce proporcionalmente si el trabajador solo ha trabajado una parte de un determinado año, salvo que esta intermitencia se deba a enfermedad, embarazo, accidente de trabajo, enfermedad o desempeño de cargo electo<sup>1344</sup>.

Por último, en clara sintonía con la Directiva comunitaria sobre despidos colectivos, el art. 15-*bis* *Legge 223/1991*<sup>1345</sup> establece que las obligaciones de información, consulta y comunicación deberán de cumplirse con independencia de que quien haya tomado la decisión de realizar el despido colectivo sea la empresa que controle al empleador en cuestión. Es más, el empleador que infrinja tales obligaciones no podrá alegar la falta de

---

<sup>1342</sup> RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P.: “El despido por motivos económico-productivos en el ordenamiento italiano: funciones y disfunciones”, op. cit., p. 188.

<sup>1343</sup> Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262. Approvazione del testo del Codice civile.

<sup>1344</sup> ALES, E. y D’AVINO, E.: “Italy”, en VV.AA.: *Restatement of Labour Law in Europe Volume III: Dismissal Protection*, edición a cargo de WAAS, B., publicada por C.H.Beck, Hart y Nomos, 2023, pp. 610 y 611.

<sup>1345</sup> Artículo introducido por el art. 4 del Decreto legislativo de 26 de mayo de 1997, N.º 151, como transposición de la Directiva 92/56/CEE.



transmisión de información, por parte de la empresa que lo controla, relativa a las decisiones que han determinado la apertura del procedimiento de despido colectivo<sup>1346</sup>.

#### *1.4. Mecanismos de tutela judicial del despido colectivo tras las diferentes reformas*

El control judicial del despido colectivo ha sufrido importantes modificaciones en los últimos tiempos, sobre todo en lo que tiene que ver con los efectos de la calificación judicial. Con anterioridad a la *Ley Fornero* de 2012 el artículo 5.3 *Legge 223/1991* no distinguía entre las consecuencias del despido colectivo viciado, ya fuera por violación de la forma escrita, del proceso o de los criterios de selección, imponiendo para todos ellos la reintegración o readmisión en el puesto de trabajo (tutela real). No obstante, la violación de los criterios de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo no imponía la repetición del procedimiento, pues el empresario podía despedir, aplicando correctamente los criterios, a un número igual a los trabajadores readmitidos, dando previa comunicación a los representantes de los trabajadores (art. 17)<sup>1347</sup>.

Sin embargo, con la reforma del año 2012 y con la *Jobs Act* del año 2015 se produce un progresivo cambio de modelo en el que se prima la tutela obligatoria o resarcitoria frente a la tutela real o de readmisión<sup>1348</sup>, sobre la base de un planteamiento neoliberal no demostrado por el cual la protección frente al despido “en sentido fuerte” entra en contradicción con el progreso económico y lastró la economía<sup>1349</sup>. En efecto, frente a la pasada respuesta unitaria que daba el art. 5.3 *Legge 223/1991*, la *Legge 92/2012* modifica el mencionado artículo y el artículo 18 del Estatuto de los trabajadores italiano<sup>1350</sup> para

---

<sup>1346</sup> Un tratamiento exhaustivo de los grupos de empresas en el despido colectivo italiano en LOREA, L.: *Licenziamento collettivo, gruppi di imprese e tutele dei lavoratori*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2021, passim.

<sup>1347</sup> VENDITTI, L.: “Il licenziamento collettivo riformato”, op. cit., p. 411.

<sup>1348</sup> Este proceso también se ha vivido en España con el despido en general como ilustrativamente lo afirma ORTEGA LOZANO, P.G.: *Poderes empresariales y resolución del contrato de trabajo por incumplimiento del trabajador*. España e Italia, Granada, Comares, 2020, p. 5: “Es evidente que en la práctica jurídica prevalece el modelo de readmisión intercambiable por dinero —en otros términos, la no readmisión del trabajador a cambio de asumir el coste económico de despedir; en la praxis, la denominada estabilidad obligacional— sobre el modelo de la readmisión obligatoria para todo despido sin causa y sin forma —la denominada estabilidad real—. Este es el modelo legal vigente: las transformaciones sufridas evidencian que evolucionamos hacia un despido cada vez más libre y menos indemnizado —desistimiento unilateral ad nutum—; en suma, hacia un nuevo derecho flexible del trabajo”.

<sup>1349</sup> SPEZIALE, V.: “La nueva regulación en Italia del contrato indefinido a “tutela creciente” entre el Derecho y el Economicismo y los imperativos constitucionales”, *Temas laborales*, N.º 131, 2015, pp. 14-22.

<sup>1350</sup> *Legge 20 maggio 1970, n. 300. Norme sulla tutela della liberta' e dignita' dei lavoratori, della liberta' sindacale e dell'attivita' sindacale, nei luoghi di lavoro e norme sul collocamento.*

incluir una triple sanción en función del correspondiente vicio del procedimiento de despido colectivo.

Así, para el caso de la falta de comunicación escrita (despido colectivo realizado de forma verbal o en ausencia total de procedimiento) el art. 18.1 *Legge 300/1970* establece la llamada “tutela reintegradora plena o fuerte”, que consiste en la readmisión obligatoria más una indemnización por el daño sufrido proporcional a los salarios dejados de percibir desde el despido hasta la fecha de la readmisión, con un límite mínimo de 5 meses de salario (“tutela resarcitoria plena”), debiendo de satisfacer la contribución correspondiente a la Seguridad Social. Por otro lado, en cuanto a la aplicación incorrecta de los criterios de selección acordados colectivamente o legales, el art. 5.3 *Legge 223/1991* remite al art. 18.4 del Estatuto de los trabajadores, donde se sigue estableciendo como consecuencia la readmisión en el puesto de trabajo y la indemnización por los salarios dejados de percibir, aunque esta última ha sido reducido con la reforma de 2012 a un límite máximo de doce mensualidades (“tutela reintegradora débil”)<sup>1351</sup>. En último lugar, la violación del procedimiento previsto en el art. 4.12 *Legge 223/1991*, que se refiere tanto a la comunicación inicial o de apertura como a la comunicación final (ya sea por incumplimiento del contenido o de los destinatarios)<sup>1352</sup>, produce tan solo la indemnización que prevé el art. 18.5 *Legge 300/1970*<sup>1353</sup>, la cual consiste en una cuantía de entre un mínimo de 12 y un máximo de 24 mensualidades<sup>1354</sup>, fijada en relación con la antigüedad del trabajador y teniendo en cuenta el tamaño de la empresa, la actividad económica o el comportamiento y las condiciones de las partes.

En cambio, tras la reforma introducida por el *Decreto legislativo 23/2015*<sup>1355</sup>, parte fundamental de la *Jobs Act*, se ha introducido un régimen sancionador más flexible para

---

<sup>1351</sup> ESPOSITO, M.; GAETA, L.; ZOPPOLI, A. y ZOPPOLI, L.: *Diritto del lavoro e sindacale*, op. cit., p. 334.

<sup>1352</sup> MIMMO, G.: “Il licenziamento collettivo”, op. cit., op. cit., p. 376 con cita en sentencia del Tribunal de Casación del 22 de septiembre de 2016, N.º 19320.

<sup>1353</sup> Sobre el problemático reenvío del art. 5.3 *Legge 223/1991* al art. 18 del Estatuto de los trabajadores italiano, véase, ALBI, P.: “La riforma Monti-Fonero e i licenziamenti collettivi”, *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"* .IT, N.º 161, 2012, pp. 5 y 6.

<sup>1354</sup> GAMBACCIANI, M.: *Impresa e lavoro: il nuovo bilanciamento nei licenziamenti collettivi*, op. cit., pp. 194 y 195 indica que esta tutela indemnizatoria no coincide con la prevista para los defectos formales o procedimentales del despido individual, que es más reducida en este último, puesto que asumen mayor relevancia dichos incumplimientos en el procedimiento de despido colectivo.

<sup>1355</sup> *Decreto Legislativo 4 marzo 2015*, n. 23. *Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti*, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183.

los trabajadores contratados desde el 7 de marzo de 2015 (estos son titulares de los llamados contratos “*a tutele crescenti*” puesto que la indemnización se calcula sobre la antigüedad del trabajador). En efecto, el art. 10 del *Decreto legislativo 23/2015* ya solo prevé la readmisión para el caso de despido colectivo llevado a cabo en ausencia de forma escrita (reenvía al art. 2 de la misma norma), junto con la correspondiente tutela resarcitoria plena. Por el contrario, según el art. 10 ahora los defectos de procedimiento y la violación de los criterios de selección se regulan por el art. 3.1 del Decreto legislativo, donde se establece una tutela indemnizatoria de un importe no inferior a 6 y no superior a 36 mensualidades, cuantía que ha sido incrementada por la *Legge 96/2018*<sup>1356</sup>. Este último artículo, el 3.1., ha sido declarado inconstitucional en parte por el Tribunal Constitucional italiano, en su sentencia 194/2018, en el sentido de que atendiendo a la doble función de la indemnización (resarcitoria y disuasoria) no puede calcularse el importe sobre la única base de la antigüedad<sup>1357</sup>. Por ello, es necesario que los tribunales tengan en cuenta otras cuestiones en la cuantificación de la indemnización como el número de trabajadores contratados, la dimensión de la actividad económica o el comportamiento y condiciones de las partes<sup>1358</sup>. En cambio, el límite o tope máximo en la indemnización sigue estando vigente, algo que ya ha sido declarado contrario al art. 24 de la Carta Social Europea revisada por el propio Comité Europeo de Derechos Sociales (decisión sobre el fondo de 11 de septiembre de 2019, *Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL) contra Italia*, reclamación colectiva 158/2017).

En definitiva, se establece un complejo y diverso control judicial, con sus correspondientes efectos, en función del tipo de defecto del que adolezca el despido colectivo y, a su vez, en función de que el trabajador haya sido contratado en una o en otra determinada fecha. Distintos regímenes de tutela que, como se puede imaginar, dan lugar a numerosos problemas aplicativos. Situación que se complica, a su vez, habida cuenta de que también se prevé un distinto régimen de control judicial en función del tamaño de la empresa. En este sentido, el umbral cuantitativo-numérico de la *Legge 223/1991* no coincide con el previsto en el art. 18 del Estatuto de los trabajadores, que se

---

<sup>1356</sup> Legge 9 agosto 2018, n. 96. Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 12 luglio 2018, n. 87, recante disposizioni urgenti per la dignita' dei lavoratori e delle imprese.

<sup>1357</sup> En concreto, ha sido declarado inconstitucional del art. 3.1 lo siguiente: “di importo pari a due mensilita' dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio.”

<sup>1358</sup> CARINCI, M.T.: “El rediseño constitucional de la tutela contra el despido individual en Italia”, Trabajo y Derecho, N.º 60, 2019, pp. 14-30.

reserva para empresas que ocupen a más de 15 trabajadores en la unidad productiva afectada por el despido colectivo o bien a más de 60 trabajadores en el conjunto de la empresa. Por ello, pueden darse situaciones en las que se despidan colectivamente a trabajadores *ex art. 24.1 Legge 223/1991* con contrato anterior al 7 de marzo de 2015 pero no se alcance el límite del art. 18 del Estatuto. En estos casos, se ha venido aplicando el art. 8 *Legge 604/66* para los despidos individuales. Sin embargo, si se llega al umbral del art. 18 del Estatuto por contrataciones a “*tutele crescenti*” en la unidad productiva afectada, el art. 1.3 *Decreto legislativo 23/2015* dictamina que todas las extinciones, incluso las de contratos anteriores al 7 de marzo de 2015, se regirán por lo establecido en el decreto legislativo mencionado<sup>1359</sup>.

Como se puede observar, la regulación de los efectos del control judicial del despido colectivo no prevé una referencia expresa al control causal. Ello se debe a que según reiterada jurisprudencia el juez no puede entrar a valorar los motivos específicos de reducción de personal, pues con la “procedimentalización” del despido colectivo este control de las causas para despedir se ha trasladado a la fase sindical y administrativa preventiva, por ser más idónea<sup>1360</sup>. Incluso ocurre que, en caso de acuerdo alcanzado en consulta-negociación, el control judicial es normalmente excluido de los presupuestos sustanciales del despido, hasta tal punto que se habla de despido colectivo “acausal”<sup>1361</sup>.

En cualquier caso, la decisión de reducir o transformar la actividad o el trabajo y, por ende, de reducir el personal, se sitúa en la esfera de la libertad de empresa (art. 41 de la Constitución Italiana), por lo que el juez no puede entrar a valorar tal decisión sobre “evaluaciones de oportunidad, racionalidad o conveniencia”<sup>1362</sup>. De este modo, el control del juez se circunscribe, más que a la justificación causal, al correcto desarrollo del procedimiento de despido colectivo (aunque también es cierto que se puede dar el control

---

<sup>1359</sup> Sobre las dificultades interpretativas de ello, cfr., DE MOZZI, B.: “Questioni introduttive in tema di licenziamento collettivo nel c.d. Jobs Act”, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” .IT, N.º 353, 2018, pp. 5-10.

<sup>1360</sup> MIMMO, G.: “Il licenziamento collettivo”, op. cit., pp. 329-330 y 374, con cita en las sentencias del Tribunal de Casación de 11 de marzo de 2011, n. 5884; de 20 de junio de 2012, n. 10126; de fecha de 26 de agosto de 2013, n. 19576; y de 17 de junio de 2016, n. 12588.

<sup>1361</sup> ESPOSITO, M.; GAETA, L.; ZOPPOLI, A. y ZOPPOLI, L.: *Diritto del lavoro e sindacale*, op. cit., p. 342, con cita en las sentencias del Tribunal de Casación, entre otras, 13381/2008; 9697/2013; 16448/2013; 8971/2014; 27237/2014; 4177/2015; 12122/2015.

<sup>1362</sup> GAMBACCIANI, M.: *Impresa e lavoro: il nuovo bilanciamento nei licenziamenti collettivi*, op. cit., p. 73. En la jurisprudencia española también se prohíben los “juicios de oportunidad” a la hora del control judicial del despido colectivo (vid., SSTs de 27 de enero 2014, rec. 100/2013 y de 26 de marzo 2014, rec. 158/2013).

de la causa en relación con los criterios de selección de los trabajadores afectados). Ahora bien, ello no impide que el juez pueda controlar exclusivamente las causas para comprobar si la declarada decisión organizativa, comparando los hechos concretos con los aducidos en el despido colectivo, es falsa o fraudulenta. Razones falsas o inexistentes comunicadas a los representantes de los trabajadores que viciarán el entero procedimiento de despido colectivo, si bien es cierto que pueden darse mayores dificultades probatorias si existe acuerdo<sup>1363</sup>.

Como ni la *Legge 300/1970* ni el *Decreto Legislativo 23/2015* establecen las consecuencias jurídicas de un despido colectivo llevado a cabo sin reunir el elemento causal, la doctrina afirma que deben de aplicarse las consecuencias para el despido individual<sup>1364</sup>. En este sentido, a las personas trabajadoras contratadas antes del 7 de marzo de 2015 se les deberá de aplicar la “tutela reintegradora débil” en caso de “manifiesta<sup>1365</sup> inexistencia del hecho” (en todo caso, según la Sentencia del Tribunal Constitucional 59/2021) o bien la “tutela obligatoria ordinaria” en caso de falta de motivación (respectivamente, arts. 18.7 y 18.5 del Estatuto de los trabajadores italiano). Para los contratados después del 7 de marzo de 2015, el art. 3.1 *Decreto legislativo 23/2015* solo prevé una sanción indemnizatoria en caso de despido por justificado motivo objetivo que esté privado de sus extremos (se entiende causales)<sup>1366</sup>. Otra posibilidad para conseguir la tutela real o reintegradora, al margen de que el despido adoptado sin procedimiento sindical o sobre la base de información incompleta o no veraz se considere equivalente al despido oral, es que se pruebe que el nexo causal existente en el criterio de selección del trabajador afectado esconde un motivo discriminatorio (art. 2 DL 23/2015)<sup>1367</sup>.

## 2. EL NUEVO PROCEDIMIENTO ITALIANO DE DESPIDO COLECTIVO PRETENDIDAMENTE DENOMINADO “ANTI-DESLOCALIZACIONES”

---

<sup>1363</sup> VENDITTI, L.: “Il licenziamento collettivo riformato”, op. cit., pp. 416 y 417.

<sup>1364</sup> MIMMO, G.: “Il licenziamento collettivo”, op. cit., pp. 373 y 374, citando a NATULLO, G.: Il licenziamento collettivo. Interessi procedure tutele, op. cit.

<sup>1365</sup> La sentencia del Tribunal Constitucional italiano 125/2022, de 19 de mayo, ha declarado inconstitucional el término “manifiesta” por vulnerar el principio de igualdad del art. 3.1 de la Constitución itálica.

<sup>1366</sup> ESPOSITO, M.; GAETA, L.; ZOPPOLI, A. y ZOPPOLI, L.: Diritto del lavoro e sindacale, op. cit., pp. 332-336 y 342.

<sup>1367</sup> VENDITTI, L.: “Il licenziamento collettivo riformato”, op. cit., pp. 420 y 421.

Tras el fin del bloqueo de despidos como respuesta a la crisis pandémica de la COVID-19 en Italia<sup>1368</sup>, empezaron a producirse los primeros despidos por causas empresariales. Algunos de los cuales causaron tanto revuelo social y mediático, como el despido colectivo anunciado en la fábrica de GKN en *Campi Bisenzio*<sup>1369</sup>, que pueden considerarse incluso como los precursores del nuevo procedimiento “anti-deslocalizaciones” italiano<sup>1370</sup>.

En efecto, con la Ley de Presupuestos para el año 2022 se introduce en el ordenamiento jurídico-laboral italiano un nuevo procedimiento preventivo que es necesario de seguir para el caso de que una gran empresa pretenda cerrar una unidad productiva y despedir a más de 50 trabajadores (*Legge 234/2021*<sup>1371</sup>, art. 1, apartados 224-237). Con esta regulación se persigue limitar las deslocalizaciones<sup>1372</sup> de empresas solventes del territorio italiano (aunque, como se observará con posterioridad, el ámbito de aplicación de la ley es mucho más amplio), en la línea de lo que ya se había hecho con anteriores previsiones normativas, como el art. 1.60 de la *Legge 147/2013* o las medidas del *Decreto-legge 87/2018* (el denominado “*decreto dignità*”), que buscan la devolución de ayudas públicas recibidas si se produce la transferencia al extranjero de la empresa

---

<sup>1368</sup> Una medida que se introdujo por primera vez en el art. 46 Decreto-Legge 17 marzo 2020, n. 18. Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19, y que estuvo vigente hasta el 30 de junio de 2021, salvo para determinadas actividades que estuvo vigente hasta octubre del mismo año. Un estudio más detallado del bloqueo de despidos en Italia en QUARANTA, M.: “Il nuovo tabù ai tempi del Covid: dallo Statuto dei Lavoratori al blocco dei licenziamenti”, en VV.AA.: *Mezzo secolo dallo statuto dei lavoratori. Politiche del diritto e cultura giuridica II*, a cargo de ESPOSITO, M; LUCIANI, V. y ZOPPOLI, A., Nápoles, Editoriale Scientifica, 2021, pp. 133-142.

<sup>1369</sup> Para una visión de la reestructuración de GKN y su influencia sobre la nueva regulación, véase, COMO, E.: “Italia: “¡Sublevémonos!”. GKN, un conflicto ejemplar”, *Sinpermiso. República y socialismo*, también para el siglo XXI, entrada de 29 de septiembre de 2021, disponible en: <https://www.sinpermiso.info/textos/italia-sublevemonos-gkn-un-conflicto-ejemplar> (visitada el 20 de febrero de 2023).

<sup>1370</sup> Así lo afirman CORTI, M. y SARTORI, A.: “La riforma delle politiche passive e attive del lavoro. La nuova CIG, l'avvio di gol e il lancio del piano nuove competenze”, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, N.º 2, 2022, p. 73.

<sup>1371</sup> *Legge 30 dicembre 2021*, n. 234. Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2022 e bilancio pluriennale per il triennio 2022-2024.

<sup>1372</sup> Para BAYLOS GRAU, A.: *Deslocalizaciones de empresas y despidos colectivos*, Albacete, Bomarzo, 2022, pp. 11 y ss., el significado de la deslocalización de empresas está íntimamente relacionado con la globalización. Así, por deslocalización se puede entender el cierre total o parcial de una empresa y su traslado al extranjero, fuera del territorio nacional donde se encontraban sus instalaciones, transfiriendo sus capacidades de producción a un nuevo enclave para mejorar la posición competitiva de la empresa (ya sea para ahorrar en costes de producción y sobre todo costes salariales, obtener ventajas fiscales, ayudas o subvenciones públicas, cesión de suelo público, legislación laboral más flexible, compromisos medioambientales más laxos, etc.).

dentro de un determinado período de tiempo tras haber recibido tales ayudas, se alcanza un determinado umbral de despidos y el país de destino es extracomunitario<sup>1373</sup> (lo que se denominan las deslocalizaciones *take and go*<sup>1374</sup>).

### 2.1. Elementos configuradores

El nuevo “pre-procedimiento” de consulta-negociación en caso de despido colectivo se aplica en el caso de que se cumplan los siguientes requisitos de forma acumulativa<sup>1375</sup>:

- Que el año anterior al procedimiento la empresa haya empleado a al menos 250 trabajadores (por ello, se trata de una regulación que se aplica a grandes empresas).

- Que se despida (o se tenga la intención de despedir) a un número no inferior de 50 trabajadores.

- Que tales despidos se produzcan como consecuencia de que se intente proceder al cierre de una sede, de un establecimiento, de una filial o de una oficina o de un departamento autónomo situado en territorio nacional italiano, con cesación definitiva de la actividad<sup>1376</sup>. Se refiere, por tanto, al cierre y al cese de la actividad de una unidad productiva autónoma<sup>1377</sup>.

---

<sup>1373</sup> RETTORI, A.: “Delocalizzazioni: i numeri e le leggi. Collettivo GKN vs Stato”, Paginauno. Rivista di approfondimento politico e culturale, entrada de 20 de abril de 2022, disponible en: <https://rivistapaginauno.it/delocalizzazioni-numeri-leggi-collettivo-gkn-stato/> (visitada el 15/02/2023) donde se analiza cuantitativamente el fenómeno de la deslocalización en Europa y en Italia y se critica, asimismo, las medidas anti-deslocalización al centrarse en países extracomunitarios y quedar acreditado que la mayoría de tales operaciones tienen como destino países comunitarios de Europa del Este.

<sup>1374</sup> ROMEI, R.: “La nuova procedura in caso di cessazione di una attività produttiva”, Rivista Italiana di Diritto del Lavoro, N.º 1, 2022, op. cit., pp. 31 y 32.

<sup>1375</sup> BOFFI, D. y DE MENECH, L.: “Misure più stringenti per evitare la chiusura di aziende e licenziamenti collettivi”, JD Supra, entrada de 29 de septiembre de 2022, disponible en: <https://www.jdsupra.com/legalnews/misure-piu-stringenti-per-evitare-la-6178858/> (visitada el 18 de febrero de 2023).

<sup>1376</sup> Sobre las dificultades interpretativas de este requisito, cfr., ROMEI, R.: “La nuova procedura in caso di cessazione di una attività produttiva”, op. cit., pp. 34 y 35. Por ejemplo, puede ocurrir que se cierre la unidad productiva y se supere el límite de 50 despidos pero que no se produzca el cese de la actividad productiva ya que esta, si bien reducida, puede ser transferida a otra unidad productiva.

<sup>1377</sup> Para el concepto de unidad productiva véase art. 35 Legge 300/1970 y jurisprudencia del Tribunal de Casación de 30 de septiembre de 2014, n. 20600, y de 30 de julio de 2019, n. 30520, que interpreta como unidad productiva cualquier articulación autónoma de la empresa que tenga, bajo el perfil funcional, idoneidad para desarrollar, en todo o en parte, la actividad de la empresa, constituyéndose como un componente organizativo dotado de tal independencia técnica y organizativa que pueda ser una fracción de la actividad productiva empresarial.

- Que la empresa no se encuentre en una situación de desequilibrio patrimonial o económico-financiero que haga posible la crisis o insolvencia, así como acceder al procedimiento de composición negociada para la solución de la crisis empresarial (*Decreto-legge 118/2021*<sup>1378</sup>). Ante la exclusión de las empresas en situación “pre-concursal” de este nuevo procedimiento y el silencio respecto a las concursadas, parece razonable pensar que dicha exclusión se extiende también a las empresas ya inmersas en el proceso concursal<sup>1379</sup> (*vid.*, *Codice della crisi di impresa e dell’insolvenza*<sup>1380</sup>).

Como se deduce de tales elementos configuradores, la obligación de información y consulta que se establece en este caso por la *Legge 234/2021* no se circunscribe al fenómeno de la deslocalización, ya que esta representa un círculo concéntrico dentro de un área mucho más amplia, que comprende incluso el supuesto de la cesación de la actividad y cierre de un establecimiento al que no le sigue una deslocalización de la actividad productiva. Por ello, es más preciso hablar de un nuevo procedimiento de consulta-negociación en caso de cesación de la actividad productiva realizada por una gran empresa que de un procedimiento “anti-deslocalización”, pues lo que realmente asume el protagonismo es el cierre de una unidad productiva autónoma, caracterizado por la correspondiente cesión definitiva de la actividad, con independencia de la transferencia de dicha unidad a otra región del país o al exterior<sup>1381</sup>.

## 2.2. Las fases del nuevo “pre-procedimiento” de despido colectivo para grandes empresas: el reforzamiento de la reestructuración socialmente responsable

Como se ha indicado, el procedimiento de despido colectivo por cierre y cesación de la actividad productiva en grandes empresas se encuentra recogido en el art. 1, apartados 224-237, de la Ley de Presupuestos italiana para el año 2022. Un procedimiento que ha sido reformado por el denominado *Decreto Aiuti Ter (Decreto-Legge 144/2022)*<sup>1382</sup> con el fin de incrementar el período de tiempo destinado a la discusión

---

<sup>1378</sup> Decreto-Legge 24 agosto 2021, n. 118. Misure urgenti in materia di crisi d’impresa e di risanamento aziendale, nonché ulteriori misure urgenti in materia di giustizia.

<sup>1379</sup> Sobre esta interpretación, cfr., ROMEI, R.: “La nuova procedura in caso di cessazione di una attività produttiva”, op. cit., p. 43.

<sup>1380</sup> Decreto legislativo 14/2019, comentado en PENSABENE LIONTI, G.: “El despido colectivo ante el proceso de reforma en Italia y España”, op. cit., passim.

<sup>1381</sup> ROMEI, R.: “La nuova procedura in caso di cessazione di una attività produttiva”, op. cit., pp. 29-34.

<sup>1382</sup> Decreto-Legge 23 settembre 2022, n. 144. Ulteriori misure urgenti in materia di politica energetica nazionale, produttività delle imprese, politiche sociali e per la realizzazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR).



entre las partes del plan social, y que se configura como una fase previa que debe de realizarse con anterioridad al inicio del procedimiento común de despido colectivo del art. 4 *Legge 223/1991*. De este modo, el “pre-procedimiento” de despido colectivo se configura como una añadidura respecto a lo que establece la Directiva comunitaria 98/59<sup>1383</sup>.

Es más, el art. 1.233 de la Ley de Presupuestos de 2022 indica que antes de la conclusión del examen del plan o de la eventual suscripción de este, el empresario no podrá iniciar el procedimiento ordinario de despido colectivo, al igual que tampoco podrá realizar despidos individuales o plurales por justificado motivo objetivo. Por tanto, en caso de que se produzcan tales despidos sin observancia de la comunicación escrita que regula el nuevo procedimiento o bien se produzcan antes del período de 180 días<sup>1384</sup> o el menor período que determine la suscripción del plan, estos serán declarados como nulos (art. 1. 227 *Legge 234/2021*). En otras palabras, la Ley de Presupuestos italiana para 2022 establece un bloqueo de despidos económicos hasta que no se agote el “pre-procedimiento” de despido colectivo<sup>1385</sup>.

En efecto, la *Legge 234/2021* introduce en el ordenamiento jurídico-laboral italiano un nuevo procedimiento preventivo y anterior al procedimiento ordinario, en un intento de “garantizar la salvaguardia del tejido ocupacional y productivo” (así lo refiere el art. 1.224). En concreto, el legislador amplía las obligaciones informativas y obliga a las grandes empresas que pretendan cerrar una unidad productiva con cese de su actividad a que presenten un plan para limitar los efectos ocupacionales y económicos derivados del cierre empresarial, todo ello acompañado de un alargamiento de los tiempos para proceder a la negociación del contenido del plan (con el *Decreto Aiuti Ter* se pasa de 30 días para las discusiones a 120 días). En definitiva, lo que se pretende es reforzar la

---

<sup>1383</sup> En cambio, para ROMEI, R.: “La nuova procedura in caso di cessazione di una attività produttiva”, op. cit., p. 38 el nuevo procedimiento no puede entenderse como un desarrollo o aplicación de la Directiva.

<sup>1384</sup> Este período se compone del tiempo máximo de días del que dispone el empleador para presentar el plan (60 días desde la comunicación de intención de cierre), más el tiempo destinado a la discusión del plan para alcanzar acuerdo con el banco social (120 días).

<sup>1385</sup> Para ROMEI, R.: “La nuova procedura in caso di cessazione di una attività produttiva”, op. cit., pp. 45 y 46 la diferencia entre lo dispuesto en el art. 1.233 y el art. 1.227 reside en que es este último precepto el que establece el período de nulidad de los despidos económicos en 180 días, sin que la previsión del art. 1.233 pueda extender la nulidad más allá del período de 180 días sobre la base de que las partes hayan acordado prorrogar el período destinado al examen conjunto del plan.

obligación de negociar un acuerdo que prevea medidas alternativas o complementarias al despido colectivo<sup>1386</sup>.

De este modo, cuando concurren los elementos configuradores del supuesto de hecho ya explicitados, el empresario deberá de comunicar la intención de proceder al cierre empresarial al menos 180 días antes del inicio del procedimiento ordinario o común de despido colectivo<sup>1387</sup>. Esta comunicación deberá de contener la siguiente información: las razones económicas, financieras, técnicas u organizativas del cierre; el número y los perfiles profesionales del personal ocupado y el plazo dentro del cual se prevé el cierre de la actividad productiva (art. 1.227 *Legge 234/2021*). Según el art. 1.224 dicha comunicación preventiva deberá de dirigirse a la representación sindical empresarial o unitaria, a las sedes territoriales de las asociaciones sindicales de categoría comparativamente más representativas a nivel nacional y, a su vez, a las regiones interesadas, al Ministerio de Trabajo y de las Políticas Sociales, al Ministerio de Desarrollo Económico y a la Agencia Nacional para las políticas activas del trabajo (denominada ANPAL).

Hasta 60 días después de la comunicación preventiva, el empresario deberá de elaborar un plan para limitar las pérdidas ocupacionales y económicas derivadas del cierre<sup>1388</sup>. Este plan deberá de presentarse ante los mismos sujetos que indica el art. 1.224<sup>1389</sup> y no podrá tener una duración superior a 12 meses. El contenido del plan, que podemos denominar “plan social” o “plan de acompañamiento social” si se opta por la denominación que recibía un plan similar en el ordenamiento jurídico-laboral español antes de la Reforma laboral de 2012, deberá de versar sobre (art. 1.228 *Legge 234/2021*):

---

<sup>1386</sup> En concreto, el período destinado a la consulta-negociación del despido colectivo se ha extendido para el supuesto de hecho aquí expuesto desde los 75 días de la *Legge 223/1991* hasta un máximo de 255 días (180 del pre-procedimiento y 75 días del procedimiento común —incluyendo fase sindical y administrativa—).

<sup>1387</sup> La *Legge 17 novembre 2022*, n. 175 ha modificado el art. 1.227 *Legge 234/2021*, pues a pesar de que el Decreto Aiuti Ter amplió el período de negociación del plan no modificó el plazo en el que debía de entregarse la comunicación de la intención de proceder al cierre empresarial. Es decir, con esta intervención normativa se pasa de los 90 días anteriores a los 180 días actuales, lo cual es coherente con la ampliación del tiempo de negociación del plan. Sobre los anteriores desajustes normativos, vid., BOFFI, D. y DE MENECH, L.: “Misure più stringenti per evitare la chiusura di aziende e licenziamenti collettivi”, op. cit., versión digital.

<sup>1388</sup> Para ROMEI, R.: “La nuova procedura in caso di cessazione di una attività produttiva”, op. cit., p. 43, el plazo de 60 días es exiguo si se tiene en cuenta el amplio contenido del plan.

<sup>1389</sup> A excepción de las sedes territoriales de las asociaciones sindicales de categoría comparativamente más representativas a nivel nacional.

- Las acciones programas para salvaguardar los niveles ocupacionales (medidas alternativas al despido colectivo, que busquen evitar o reducir el número de despidos) y aquellas intervenciones para la gestión no traumática de los posibles excedentes, como el recurso a los llamados “amortiguadores sociales”, la recolocación de los trabajadores en otras empresas y las medidas de incentivo al éxodo o a la salida de la empresa a través de bajas voluntarias indemnizadas (medidas complementarias, que busquen reducir los efectos traumáticos del despido en la persona trabajadora afectada por la operación de reestructuración).
- Las acciones precisas para fomentar la reocupación o la reinserción laboral y el autoempleo, como aquellas destinadas a la formación y a la recualificación profesional, incluso recurriendo a los fondos interprofesionales<sup>1390</sup>. El art. 1.230 precisa que tales actuaciones pueden ser cofinanciadas por las autoridades competentes de las regiones interesadas en el ámbito de sus competencias en políticas activas de empleo.
- Las perspectivas de cesión de la empresa en su totalidad o en parte con la finalidad de continuar la actividad, incluso con la cesión de la empresa en todo o en parte a los mismos trabajadores o a las cooperativas que ellos constituyan.
- Los eventuales proyectos de reconversión del entorno productivo, también con finalidades socio-culturales a favor del territorio interesado.
- Los tiempos y las modalidades de actuación de las acciones previstas.

Además, los trabajadores afectados por el plan accederán al *programma Garanzia di occupabilita' dei lavoratori (GOL)*, que se constituye como una medida de desarrollo del Plan Nacional de Recuperación y Resiliencia para Italia para canalizar los fondos europeos *Next Generation EU*, y que tiene como fin mejorar las políticas activas de empleo, ya sea en el acceso a la información del mercado de trabajo ya sea en la prestación

---

<sup>1390</sup> Los fondos paritarios interprofesionales nacionales para la formación continua (Fondi paritetici interprofessionali nazionali per la formazione continua) son organismos creados para financiar la formación continua de las personas trabajadoras de aquellas empresas que hayan optado por adherirse a tales fondos (art. 118 Legge 338/2000. Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato). Los fondos se financian con el 0,30% de la cotización por desempleo que los empleadores depositan en el INPS.

de los servicios personalizados de orientación, reciclaje y reubicación de trabajadores<sup>1391</sup>. En este sentido, se deberán de comunicar los trabajadores afectados al ANPAL para que los ponga a disposición de las regiones interesadas competentes (art. 1.232 *Legge 234/2021*). Los trabajadores afectados por el plan suscrito también podrán beneficiarse del mecanismo extraordinario de integración salarial del art. 22.ter del *Decreto legislativo 148/2015*<sup>1392</sup>, con el límite presupuestario correspondiente (art. 1.229 *Legge 234/2021*), el cual debe de constituirse mediante un acuerdo sindical denominado “acuerdo de transición ocupacional”, donde deben de contenerse todas las medidas destinadas a la recolocación o al autoempleo de los trabajadores excedentes a través acciones de formación o recualificación<sup>1393</sup>.

Una vez que se presente el plan social, dicho plan debe de ser discutido con las representaciones sindicales del art. 1.224 *Legge 234/2021* en un plazo de 120 días desde su presentación, en presencia de los representantes de las regiones interesadas, del Ministerio de Trabajo, del Ministerio de Economía y del ANPAL. En caso de que se alcance acuerdo entre las partes, se suscribirá el plan por el cual el empresario se compromete a llevar a cabo las acciones allí contenidas en los tiempos y las modalidades programadas (art. 1.231). Asimismo, el empresario deberá de comunicar mensualmente a los sujetos del art. 1.224 el estado de actuación del plan, ofreciendo evidencia del respeto a los tiempos y a las modalidades de actuación, así como de los resultados de las actuaciones desarrolladas (art. 1. 234).

En cualquier caso, una vez que se alcance acuerdo nada impide que se puedan llevar a cabo despidos por causas empresariales o iniciar procedimiento de despido colectivo “común”, siempre que se cumpla adecuadamente el plan<sup>1394</sup> y sin perjuicio de que se tengan que devolver las ayudas públicas recibidas en los diez años anteriores si se despide

---

<sup>1391</sup> Para un estudio sobre esta y otras medidas del Plan italiano, véase, AIBAR BERNAD, J.: “Las medidas de naturaleza socio-laboral comprendidas en el Plan Nacional de Recuperación y Resiliencia de Italia”, Trabajo y Derecho, N.º 98, 2023.

<sup>1392</sup> Decreto Legislativo 14 settembre 2015, n. 148. Disposizioni per il riordino della normativa in materia di ammortizzatori sociali in costanza di rapporto di lavoro, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183.

<sup>1393</sup> VARESI, P.A.: “Una nuova stagione per le politiche attive del lavoro. Le prospettive tra azioni dell’Unione europea e riforme nazionali”, Diritto delle Relazioni Industriali, N.º 1, 2022, pp. 75-113.

<sup>1394</sup> BOFFI, D. y DE MENECH, L.: “Misure più stringenti per evitare la chiusura di aziende e licenziamenti collettivi”, op. cit., versión digital.

a más del 40% de la plantilla de la empresa (art. 37.2 *Decreto-legge* 144/2022)<sup>1395</sup>. En este sentido, deberá de iniciarse y seguirse el procedimiento de despido colectivo de la *Legge* 223/1991 cuando corresponda, aunque también es cierto que las partes podrán reconocer que el “pre-procedimiento” de despido colectivo ha absorbido el procedimiento ordinario para evitar duplicidades en cuanto a los deberes de información y consulta<sup>1396</sup>.

No obstante, si se inicia procedimiento “ordinario” de despido colectivo de la *Legge* 223/1991 antes de la finalización del plan no será de aplicación la exoneración que prevé el art. 1.231 *Legge* 234/2021 para el aumento del denominado *ticket di licenziamento*. Esto es, el art. 1.231 establece que solo es inaplicada la previsión normativa del art. 2.35 de la *Legge* 92/2012 si se inicia el despido colectivo tras el fin del plan social acordado, por lo que la contribución NASPI no será triplicada en caso de que no se alcance acuerdo en el procedimiento de despido colectivo común. Con ello lo que persigue el legislador no es solo fomentar el acuerdo en el “pre-procedimiento” para suscribir el plan<sup>1397</sup>, sino también desincentivar el recurso al despido colectivo antes de la completa actuación del mismo<sup>1398</sup>.

Según el art. 1.235, en caso de que no se presente el plan o este no contenga los elementos a los que se refiere el art. 1.228 (reforzando el contenido obligatorio del plan), el empresario deberá de pagar el *ticket di licenziamento* en el doble de la cuantía que establece el art. 2.35 de la *Legge* 92/2012 (en total la sanción sería igual a seis veces el

---

<sup>1395</sup> Esta es la única medida que sanciona la decisión en sí de la deslocalización. El dinero recuperado será destinado para financiar procesos de reindustrialización o reconversión industrial de las áreas afectadas por la cesación de la actividad. PETRONE, I.: “Riformate le norme “anti-delocalizzazione”: sanzioni più gravose e procedura più lunga. Intanto il Tribunale di Trieste blocca la delocalizzazione”, *Diritti & Lavoro Flash*, N.º 6, 2022, pp. 17-20.

<sup>1396</sup> ROMEI, R.: “La nuova procedura in caso di cessazione di una attività produttiva”, op. cit., p. 47. El Decreto Aiuti Ter ha derogado la exención prevista en el art. 1.236 *Legge* 234/2021 en cuanto a las obligaciones de información y consulta del procedimiento ordinario de despido colectivo en caso de falta de suscripción de acuerdo sindical en el “pre-procedimiento” de despido colectivo. Una exención que era difícil de entender ya que no se aplicaba a los casos de despido colectivo que habían finalizado con acuerdo en el “pre-procedimiento”.

<sup>1397</sup> Para CORTI, M. y SARTORI, A.: “La riforma delle politiche passive e attive del lavoro. La nuova CIG, l’avvio di gol e il lancio del piano nuove competenze”, op. cit., p. 74, el legislador fomenta el acuerdo sobre el plan social de tres formas: posibilitando que los trabajadores afectados accedan a la CIGS del art. 22.ter D. Legislativo 148/2015 tras un acuerdo de transición profesional en su duración máxima de 12 meses; exonerando de pagar la contribución adicional para despidos colectivos del art. 2.35 *Legge* 92/2012; y haciendo posible que los trabajadores afectados por el plan social acordado accedan prioritariamente a GOL.

<sup>1398</sup> ROMEI, R.: “La nuova procedura in caso di cessazione di una attività produttiva”, op. cit., p. 47.

*ticket NASPI*)<sup>1399</sup>, aunque si inicia el empresario el procedimiento de despido colectivo “ordinario” la previsión normativa del citado art. 2.35 no será de aplicación. Por otro lado, en caso de falta de suscripción del plan por parte de las organizaciones sindicales, el empresario deberá de pagar la contribución *NASPI* según el art. 2.35 de la *Legge 92/2012*, aumentado en un 500 por ciento<sup>1400</sup>. Con todos estos incrementos del coste del despido colectivo lo que se persigue es que o bien se presente efectivamente el plan y este reúna los contenidos necesarios, o bien que se suscriba el plan con el acuerdo del banco social.

En definitiva, el nuevo procedimiento de despido colectivo destinado a grandes empresas que tengan la intención de cerrar y cesar en la actividad de una unidad productiva autónoma se sitúa en la línea de lo que se viene entendiendo como reestructuración socialmente responsable<sup>1401</sup>. Es así que es necesario dotar a las empresas y a los trabajadores de instrumentos de *flexiseguridad* que sean de corte garantista y ofensiva para hacer frente a los nuevos retos que plantea la globalización, la Cuarta Revolución Industrial o la transición ecológica, sobre la base de gestionar operaciones de reestructuración empresarial donde intervengan todos los actores implicados (empresarios, trabajadores y Administración competente, sobre todo de las regiones afectadas<sup>1402</sup>) de forma preventiva y proactiva.

El “pre-procedimiento” de despido colectivo que regula la Ley de Presupuestos italiana para el año 2022 no solo concede protagonismo directo a todos los sujetos implicados en la reestructuración de la empresa, sino que, además, obliga al empresario a entregar un plan social que limite los efectos ocupacionales y económicos de la decisión del despido colectivo<sup>1403</sup>, teniendo en cuenta medidas alternativas o complementarias que

---

<sup>1399</sup> Ibidem, p. 44.

<sup>1400</sup> BOFFI, D. y DE MENECH, L.: “Misure più stringenti per evitare la chiusura di aziende e licenziamenti collettivi”, op. cit., versión digital, con este incremento del ticket de licenciamiento, que antes era del 50%, lo que se busca es penalizar la falta de acuerdo en el procedimiento de despido colectivo.

<sup>1401</sup> Para una visión de la reestructuración responsable, véase, el Libro Verde “Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas”, COM(2001) 366 final, concretado en la Comunicación de la Comisión “Reestructuraciones y empleo. Anticipar y acompañar las reestructuraciones para desarrollar el empleo: el papel de la Unión Europea”, COM(2005) 120 final. Un interesante estudio en RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C.: “Responsabilidad social empresarial, derecho del trabajo y crisis económica”, en VV.AA.: La responsabilidad social empresarial: un nuevo reto para el Derecho, Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 53-83.

<sup>1402</sup> Sobre el papel que debe de desempeñar la Administración laboral en el despido colectivo, cfr., MONEREO PÉREZ, J.L.: “La intervención administrativa en los despidos colectivos”, Temas laborales, N.º 125, 2014.

<sup>1403</sup> El despido focalizado en una determinada área geográfica puede provocar no solo pérdidas masivas de empleo, sino destrucción del tejido productivo local, descapitalización social o riesgo de despoblación. A

no se basen en exclusiva sobre el incremento de la indemnización o sobre la expulsión de trabajadores maduros a través de prejubilaciones. Además, el legislador italiano pone a disposición del cumplimiento de la norma una amplia gama de medios para que se respete el procedimiento, se presente un plan adecuado o se alcance efectivamente el acuerdo en torno al plan social bajo la penalización de los despidos efectuados fuera del consenso con el banco social. Todo ello se traduce en un endurecimiento del recurso al despido colectivo, que parece situarlo como medida de *ultima ratio*<sup>1404</sup>.

---

ello hace referencia MOLINA NAVARRETE, C.: “La gestión pública de los “ERTE” (regulación temporal de empleo) y de los “ERE” (regulación extintiva) en el autogobierno andaluz: balance y perspectivas pospandemia”, *Temas Laborales*, N.º 160, 2021, p. 179.

<sup>1404</sup> En contra, muy crítico se muestra ROMEI, R.: “La nuova procedura in caso di cessazione di una attività produttiva”, *op. cit.*, pp. 48-53 que plantea sus dudas en cuanto a que el nuevo “pre-procedimiento” sea compatible con la Constitución italiana y el Derecho de la Unión Europea.

## CONCLUSIONES CRÍTICAS Y PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA* DESDE EL ENFOQUE DEL GARANTISMO JURÍDICO

La responsabilidad “social” en las reestructuraciones empresariales se debe de construir partiendo de la premisa de la garantía legal de la responsabilidad empresarial en los procesos de reestructuración de las empresas<sup>1405</sup>. Así, en materia de despido colectivo el sistema internacional de garantías multinivel (Convenio 158 OIT, Carta Social Europea revisada y Directiva 98/59/CE) ordena la “procedimentalización” del despido colectivo como requisito previo y necesario.

En este sentido, si bien el despido colectivo se debe a una decisión del empresario, también es cierto que se prevé un procedimiento específico, conformado por un derecho de información y de consultas con los representantes de los trabajadores, dirigido a la negociación y el acuerdo sobre medidas alternativas o complementarias al despido colectivo. Con estos instrumentos normativos internacionales lo que se pretende es, por tanto, limitar la decisión empresarial, pues se impone el deber del empresario de negociar no solo el número de extinciones que propone sino, lo que es más importante, aquellas medidas sociales que tiendan a evitar o reducir la entidad del despido colectivo o, cuanto menos, mitigar sus efectos negativos sobre los trabajadores despedidos<sup>1406</sup>.

Por ello, siguiendo los planteamientos de la reestructuración jurídica y socialmente responsable, la empresa debe de tener en cuenta una serie de intereses sociales, más allá de sus legítimos intereses económicos, para acomodar la plantilla de trabajadores a las necesidades del mercado. En las operaciones de reestructuración el empresario debe de hacerse responsable de las posibles externalidades negativas que pueda ocasionar su decisión tanto a los mismos trabajadores, al territorio o a la sociedad en general, en especial en la sostenibilidad de las finanzas públicas. Con ello no se pretende limitar la libertad de empresa en su búsqueda del máximo beneficio empresarial, sino hacerla compatible con los intereses y derechos en conflicto.

En la regulación de los despidos colectivos, considerados como la extinción de contratos de trabajo más traumática, confluyen precisamente numerosos intereses: el derecho a la libre actividad económica o de reorganización productiva; el derecho al

---

<sup>1405</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: *Empresa en reestructuración y ordenamiento laboral*, Granada, Comares, 2006, *passim*.

<sup>1406</sup> SERRANO GARCÍA, J.M.: “El plan social obligatorio para las reestructuraciones socialmente responsables”, *op. cit.*, pp. 208 y 209.



trabajo, en su modalidad del derecho a la estabilidad en el empleo; así como una serie de intereses generales que son tutelados por la Administración Pública. De este modo, el coste del despido colectivo no solo se proyecta sobre los trabajadores que ven extinguidos sus contratos de trabajo (por su pérdida de sustento y por la falta de posibilidad de reinserción en el mercado laboral), sino que ello también se traslada a la sociedad en general en forma de pérdida de capacidad productiva o industrial y de competitividad, al igual que en forma del incremento del coste para las arcas públicas (por pérdida de cotizaciones y aumento del gasto en prestaciones por desempleo).

Un cumplimiento riguroso de la normativa internacional como requisito y condición *sine que non* para articular la reestructuración socialmente responsable es más necesario que nunca para no incurrir en los errores y las medidas “anti-crisis” ineficientes del pasado: la facilitación del despido frente a otro tipo de medidas de flexibilidad interna consensuadas. Este enfoque del garantismo jurídico es esencial para ofrecer nuevas respuestas a los retos que se plantean en un futuro casi inmediato y, a la vez, para garantizar la competitividad empresarial y el progreso económico y social.

Al margen de las distintas crisis que estén por llegar, los cambios que va a traer consigo la Cuarta Revolución Industrial debido a la transformación, la robotización, la brecha digital y la automatización del trabajo, sobre todo en el corto-medio plazo, unido a la urgente transición verde hacia modelos más sostenibles, hacen necesario que se replanteen los modelos de flexibilidad orientados hacia el máximo rendimiento empresarial. Además, el avance tecnológico ha reavivado “conocidos” problemas de la globalización, como las deslocalizaciones, que ahora se hacen potencialmente extensibles a otros sectores no industrializados, como el sector servicios (en concreto, de las TIC). Por último, el sostenimiento del empleo en la población madura se ha convertido en los últimos años en un objetivo absolutamente prioritario si se quiere hacer frente al progresivo envejecimiento poblacional, que pone en riesgo la misma sostenibilidad del sistema de pensiones. De lo que se trata es, en definitiva, de compatibilizar el desarrollo tecnológico y económico con el trabajo decente o “con derechos” de la OIT.

Ante estos retos, no queda más que ofrecer un planteamiento de la reestructuración empresarial desde un enfoque de flexiseguridad garantista y ofensivo en el sentido ya

defendido por la Comisión Europea<sup>1407</sup>. De este modo, si bien las reestructuraciones empresariales pueden ser positivas (y muchas veces necesarias), es también cierto que suelen conllevar los efectos negativos apuntados. Para su mitigación es necesario que todos los agentes implicados en el conflicto (empresa, trabajadores y Administración) intervengan para negociar y encontrar soluciones preventivas, proactivas y ofensivas, en el sentido de que exista una programación y acompañamiento, en especial desde lo público, para que la medida más traumática, en este caso el despido colectivo, sea la medida a adoptar en última instancia.

Se trata, así, de instaurar un sistema jurídicamente articulado de reestructuraciones en función de las necesidades empresariales y sociales, con apoyo de la Administración, a través de un diálogo continuo, activo, permanente y preventivo orientado hacia la maximización de los intereses de las partes que permita, por un lado, el sostenimiento del empleo (en la misma o distinta empresa) y, por otro lado, la adaptación de la empresa al mercado competitivo. Lo contrario ocurre, en cambio, cuando el empresario puede optar preferentemente por medidas de flexibilidad externa, sin tener en cuenta otras “vías de salida” negociadas con los trabajadores; o bien si el empresario no ha previsto medidas de reestructuración ofensivas con anterioridad, que incluso puede darse por falta de mecanismos legales o de fomento público, y la única solución que resta ante la dramática situación es el despido.

Con base en lo anterior, cabe preguntarse si la regulación española en materia de reestructuración laboral y, en concreto, en materia de despido colectivo aporta las garantías reforzadas o resortes jurídicos suficientes para que trabajadores, empresa y Estado negocien y acuerden soluciones alternativas o complementarias al despido, tal y como ordena la normativa internacional. Se trata, así, de averiguar si el Derecho nacional garantiza, sobre todo desde el control judicial y administrativo, el cumplimiento del

---

<sup>1407</sup> Según indica la Comisión Europea en el Libro Verde *Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas* (Bruselas, 18.7.2001 COM(2001) 366 final): “reestructurar desde un punto de vista socialmente responsable significa equilibrar y tener en cuenta los intereses y preocupaciones de todos los afectados por los cambios y las decisiones. En la práctica, la forma es a menudo tan importante como el fondo para el éxito de las reestructuraciones. En particular, conviene buscar la participación y la implicación de todos los afectados mediante una información y una consulta abiertas. Además, la reestructuración debe prepararse bien identificando los riesgos más importantes, calculando todos los costes directos e indirectos de las estrategias y medidas alternativas, y evaluando todas las opciones que permitirían reducir los despidos necesarios”.

procedimiento de consulta-negociación, el cual tiende a configurar al despido colectivo como una medida de *ultima ratio*.

Como ya se ha indicado, en la regulación internacional el contenido mínimo de las consultas, precedido por un deber de información, se destina a la negociación de medidas sociales que busquen evitar o reducir los despidos, así como mitigar los efectos del despido colectivo. En esta línea, la Directiva 98/59/CE no solo destina a las medidas sociales de acompañamiento un papel esencial en la consulta-negociación, sino que, además, concede un especial protagonismo a la autoridad pública durante el procedimiento, en el sentido de que le concede una función proactiva en la búsqueda de soluciones a los problemas planteados por el despido.

Teniendo en cuenta el marco internacional podría llegar a decirse que la regulación nacional del despido colectivo es respetuosa con el sistema de garantías multinivel, ya que el empresario y los trabajadores afectados tienen que negociar medidas alternativas o complementarias al despido colectivo y la Administración laboral aparentemente interviene como mediadora o “buscadora” de soluciones. No obstante, a raíz del proceso de flexibilización al que se ha visto sometido la regulación del despido en los últimos tiempos, en una idea no demostrada de que la protección frente al despido es la causante de las deficiencias del mercado, la doctrina científica más autorizada afirma que el modelo actual del despido colectivo acaba por favorecer en la práctica preferentemente la “expulsión” de los trabajadores en supuestos de crisis y de reorganización del sistema productivo<sup>1408</sup>.

Tras las últimas reformas laborales, especialmente con la de 2012, la ordenación normativa se encuentra descompensada pues se favorece más los intereses de la empresa y se promociona menos el propio contenido de las consultas: la negociación de medidas que eviten, reduzcan o amortigüen los efectos del despido. Si bien no se puede llegar a decir, al menos en el plano formal, que la regulación española de despido colectivo incumple la normativa internacional, sí que se puede afirmar que se limita a un cumplimiento de mínimos (en algunos supuestos dudoso), que impide configurar al despido colectivo como una medida de reestructuración jurídica y socialmente responsable.

---

<sup>1408</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “El despido colectivo tras las sucesivas reformas laborales”, op. cit., pp. 204 y ss.

La primera de las razones que refuerza lo anterior es que el Derecho español no prevé una preferencia legal de medidas de flexibilidad interna frente al despido y, en concreto, frente al despido colectivo. En otras palabras, la norma laboral no ordena u otorga expresamente prioridad entre las distintas medidas de reestructuración empresarial externas e internas, ya que la elección entre unas u otras se sitúa en la discrecionalidad del empresario, siempre que concurran las causas respectivas, las cuales son ciertamente parecidas y amplias. Así lo ha venido interpretando la jurisprudencia, con pequeños matices. En efecto, a pesar de que la Reforma laboral de 2021 ha reformulado los ERTE, sobre la base de la exitosa experiencia de la COVID-19, y ha regulado el mecanismo RED, en una vocación de promocionar y fomentar la adopción anticipada de este tipo de medidas frente al despido, en el Estatuto de los Trabajadores no se ha introducido finalmente una referencia clara y explícita que configure al régimen del despido como medida de *ultima ratio*.

En segundo lugar, con la Reforma laboral de 2012 se ha sustituido el antiguo plan de acompañamiento social para empresas de al menos 50 trabajadores, que debía de entregarse junto con la comunicación inicial, por un plan de recolocación externa que ahora solo opera para los despidos colectivos que afecten a más de 50 trabajadores. Sorprende que el contenido mínimo de las consultas sea la negociación de medidas sociales de acompañamiento, pero no se obligue al empresario a entregar una propuesta de medidas alternativas o complementarias al despido en la documentación inicial, sobre todo si esta obligación se ha sustituido por un plan de recolocación externa a contratar con una empresa privada, en el que existe cierto consenso científico de su mero cumplimiento formal.

Entre las críticas más frecuentes al plan de recolocación externa se encuentra su escasa o nula negociación; el carácter genérico o ambiguo del mismo; la falta de mecanismos de control y supervisión en la implementación del plan; la “guerra de precios” existente en el mercado de los servicios de recolocación habida cuenta de los laxos controles para operar como agencia de recolocación, etc. Todo ello redundando en una absoluta desconfianza de los trabajadores afectados y de sus representantes en el plan de recolocación externa y, lo más importante, en la escasa eficacia de esta medida. El marco normativo no impone las garantías suficientes para impedir que se produzca el cumplimiento aparente, y a un menor coste, de esta obligación legal, sin importarles el

objetivo final: la recolocación de los trabajadores afectados por procedimiento de despido colectivo.

Por otro lado, la excesiva flexibilización de las causas, posibilitando despidos colectivos por pérdidas previstas o por disminuciones de ingresos o ventas, no ha hecho sino incrementar el poder unilateral del empleador en su decisión de despedir. Debilitando, a su vez, el poder de negociación de los trabajadores y desincentivando la adopción de acuerdos a favor de verdaderas fórmulas de flexibilidad negociada o consensuada. La opción del art. 41.4 ET por las comisiones *ad hoc* integradas por los propios trabajadores también coadyuva a la disminución del poder de negociación del banco social. Por no hablar de la mayor dificultad con la que cuentan los representantes de los trabajadores en aquellos despidos colectivos encuadrados en el grupo empresarial, a pesar de los esfuerzos que ha hecho la jurisprudencia por elaborar la doctrina del grupo empresarial a efectos laborales.

La última de las razones que podría explicar el actual modelo descompensado de despido colectivo, es el escaso papel que asume la Administración laboral en el procedimiento de despido colectivo. En efecto, la Reforma laboral de 2012 suprimió la autorización administrativa y aparentemente concedió a la autoridad laboral unas facultades más amplias en materia de advertencia, recomendación, asistencia o mediación durante el período de consultas, aunque ello no ha sido trasladado a la práctica, salvo en algunas ocasiones. La norma tampoco contiene las suficientes garantías reforzadas para la intervención administrativa: las advertencias carecen de carácter vinculante; no se obliga necesariamente a que la autoridad laboral realice propuestas o recomendaciones durante la consulta-negociación; solo posibilita la mediación por petición conjunta; o bien no puede impugnar el acuerdo si este no contiene medidas sociales de acompañamiento. Además, la labor de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social durante el despido colectivo no es muy incisiva<sup>1409</sup>, aunque también es cierto que cuenta con unos medios humanos y materiales insuficientes. A su vez, la ITSS elabora su informe cuando ya ha finalizado el procedimiento de consultas y solo lo remite a la autoridad laboral y no a los

---

<sup>1409</sup> Del Informe anual de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de 2021 se desprende que, de 1078 actuaciones, no se ha levantado ninguna infracción en acta, se han elevado 6 requerimientos y solo se han realizado 5 mediaciones y consultas. Los datos para el año 2020 no difieren: ninguna infracción en acta, 11 requerimientos y 4 mediaciones y consultas de 1027 actuaciones.

trabajadores afectados, sin que pueda, a su vez, sancionar administrativamente al empresario para el caso de que no negocie ninguna medida social de acompañamiento.

Con base en todo lo anterior, se puede llegar a concluir que nos encontramos ante un modelo descompensado, orientado hacia la maximización del beneficio empresarial y la extinción del contrato de trabajo con una mínima garantía, cuando no inexistente, sobre la negociación de las medidas sociales de acompañamiento. Buena prueba de ello es que parece haber un sentir mayoritario en la jurisprudencia y doctrina judicial, por el cual la ausencia de negociación de medidas alternativas o complementarias al despido colectivo o bien la falta de presentación del plan de recolocación externa no conllevan la nulidad del despido colectivo, ya que estos, a pesar de ser el contenido mínimo de las consultas, no se encuentran dentro del deber de información del art. 51.2 ET. Cuestión distinta es que esto suponga un indicio de mala fe negocial que, junto con otros hechos, acarree la nulidad del despido colectivo.

Ha sido una crítica reiterada por la doctrina científica la escasa atención que se le ha prestado por parte de los sujetos negociadores a otras medidas alternativas o paliativas del despido colectivo que no sean el incremento de la indemnización legal de despido y la negociación de bajas voluntarias incentivadas, sobre todo a través de prejubilaciones. Si bien sería necesario un cambio cultural de calado en la sociedad española para que se opte por otro tipo de soluciones, también es cierto que la actual regulación del despido colectivo no favorece ni incentiva la adopción de acuerdos sobre medidas de flexibilidad interna o de acompañamiento durante las consultas del despido colectivo.

Por todo ello, es necesario articular una serie de cambios legislativos en la regulación del despido colectivo para que se cumpla verdaderamente con la normativa internacional y, a su vez, se fomente la reestructuración jurídica y socialmente responsable. Así, resulta obligado reforzar la implicación preventiva y proactiva que tienen que desempeñar los trabajadores y el Estado en la búsqueda de soluciones en las reestructuraciones empresariales en general y en el despido colectivo en particular, para que este último deje de ser una medida empresarial plenamente normalizada. En esta labor propositiva, también resulta necesario acudir a experiencias normativas de otros ordenamientos jurídicos, como aquí es el caso italiano, para comprobar de qué otros modos se pueden equilibrar los intereses en conflicto, aunque siempre con las debidas cautelas cuando se pretende trasladar la norma extranjera al Derecho nacional.

De este modo, a continuación, se recogen las siguientes propuestas de *lege ferenda*:

Sería recomendable proceder a una reorganización de las distintas medidas de reestructuración empresarial o de flexibilidad, tanto internas como externas, en la idea de que se ordenen y prioricen los distintos instrumentos entre sí con base en la gravedad de las causas o su carácter estructural o coyuntural (no se olvide que la Reforma laboral de 2021 no ha trastocado el modelo general de despido colectivo). Con ello se persigue introducir una suerte de preferencia legal de medidas de flexibilidad interna ante situaciones coyunturales e impedir en estas situaciones del recurso al despido, que estaría justificado por causas estructurales. Lo mismo debería de ocurrir respecto a la eliminación de la regulación del despido colectivo de las causas económicas por pérdidas previstas o por disminución persistente del nivel de ingresos o ventas, ya que estas causas deberían de dirigirse al resto de medidas de flexibilidad interna (movilidad funcional, movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, ERTE, etc.). Respecto a las causas técnicas, organizativas o productivas también sería oportuno que el empresario tuviera que justificar por qué en estas situaciones debe de acudir al despido colectivo y no a medidas de flexibilidad interna, basándose en la situación estructural que justifica el despido.

En concreto, ello podría ser útil respecto a la ordenación de las causas técnicas para despedir. Como se ha analizado en el presente trabajo, la actual configuración legal podría permitir un despido colectivo por causas técnicas ajustado a derecho sobre la base del mero ahorro de costes y el aumento del beneficio empresarial, siempre que quede demostrada la sustitución del puesto de trabajo por la máquina o el algoritmo en cuestión. Hecho último que no parece nada descabellado ante los últimos avances en materia de automatización e inteligencia artificial.

En este sentido, durante la negociación de la Reforma laboral de 2021 en uno de sus borradores se introdujo la preferencia del Mecanismo RED sobre las extinciones por causas empresariales (despidos colectivos y objetivos individuales o plurales), en el sentido de que para acudir al despido el empresario debía de “motivar suficientemente” que el citado mecanismo era “inviabile para resolver de modo proporcionado y razonable la situación” en la que se encontraba la empresa. A pesar de que al final no se optó por su incorporación, esta previsión normativa puede suponer un adecuado modelo para emprender futuras modificaciones legales que vayan en la línea del fomento de la

flexibilidad interna frente al despido, aunque siempre teniendo en cuenta los intereses de la conservación y viabilidad de la organización empresarial.

Respecto al estudio comparado con la regulación italiana, si bien es cierto que la obligación de *repechâge* en el Derecho italiano en principio está pensada para el *licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, lo cual sitúa a este como una medida de *extrema ratio*<sup>1410</sup>; la regulación itálica del despido colectivo sí que contiene otras referencias que hacen pensar en una adopción cuasi obligatoria o reforzada con carácter previo al procedimiento de despido colectivo de medidas de flexibilidad interna. Así, se prevé que el empresario tenga que justificar en la comunicación inicial los motivos técnicos, organizativos y productivos por los que no es posible adoptar medidas idóneas que remedien la situación y eviten, en todo o en parte, el despido colectivo (art. 4.3 *Legge* 223/1991).

En segundo lugar, también sería necesario reformular la negociación de las medidas sociales de acompañamiento durante la consulta-negociación. Como ya se ha comentado, la ordenación normativa no cuenta con los resortes jurídicos suficientes para garantizar una verdadera negociación de medidas sociales de acompañamiento durante la fase de consulta-negociación del despido colectivo, sobre todo en las pequeñas y medianas empresas que quedan excluidas de la aplicación del plan de recolocación externa obligatorio<sup>1411</sup> (aun cuando este tampoco funciona adecuadamente).

Por ello, en la idea de reforzar la obligada negociación de medidas alternativas o complementarias al despido colectivo sería necesario que se obligara al empresario a presentar una propuesta de medidas sociales de acompañamiento junto con la comunicación inicial. Ello resulta obligado ya que, si el contenido mínimo de las consultas debe de versar sobre la negociación de tales medidas, no se entiende por qué no se obliga al empresario a entregar una propuesta de medidas sociales de acompañamiento, siendo este documento el que marcará el camino de las propuestas y contrapropuestas durante la consulta-negociación (al igual que será controlado por la autoridad laboral y la ITSS al pertenecer a la comunicación inicial). Si se acude a la legislación italiana de

---

<sup>1410</sup> Sobre esta consideración, cfr., CARINCI, M.T.: “L’obbligo di «ripescaggio» nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo di tipo economico alla luce del *Jobs Act*”, *Rivista Italiana di Diritto del lavoro*, N.º 2, 2017, pp. 203-240.

<sup>1411</sup> En este mismo sentido se pronuncia B.M. LÓPEZ INSUA, *Quiebra, concurso y medidas laborales de supervivencia empresarial*, cit., p. 199.



despido colectivo, el art. art. 4.3 *Legge 223/1991* prevé como contenido de la comunicación inicial que debe de entregar el empresario a los representantes de los trabajadores una serie de medidas programadas para afrontar las consecuencias sobre el plano social de la decisión empresarial.

Asimismo, también se propone ampliar la duración del período de consulta-negociación, de forma escalonada tanto para empresas de menos de 50 trabajadores como de más, ya que ello supone un adecuado mecanismo para negociar verdaderas medidas sociales de acompañamiento, sobre todo cuando se trata de despidos por causas técnicas, organizativas o productivas<sup>1412</sup>. Las consultas que se pueden producir en 15 o 30 días naturales, con un número reducido de encuentros entre la patronal y el banco social, no parecen coadyubar a que se encuentren soluciones alternativas o complementarias al despido colectivo. Basta como ejemplo acudir a la legislación italiana que prevé un período de 75 días —comprendiendo la fase sindical y administrativa de las consultas—, que se reduce a la mitad en caso de despidos de menos de 10 trabajadores. En efecto, la duración de las consultas en el despido colectivo español puede resultar insuficiente para la negociación de verdaderas medidas sociales de acompañamiento, siempre que las partes no opten voluntariamente por ampliar el plazo de consultas-negociación (o el empresario renuncie al plazo máximo establecido por ley).

Junto con lo anterior, también resultaría adecuado introducir en la regulación española mayores pasarelas entre la figura del ERTE o el Mecanismo RED (arts. 47 y 47.bis ET) y el despido colectivo. Esto es, a diferencia de lo que ocurre en la ley italiana, que en todo momento mantiene una relación directa entre la *cassa integrazione guadagni* y el despido colectivo —ya sea como vía de acceso<sup>1413</sup> a este último o como medida alternativa al despido con la negociación, por ejemplo, de un contrato de solidaridad—, en la norma laboral española ambas figuras suspensivas y extintivas aparecen como dos compartimentos estancos, ya que no existen referencias cruzadas en la ordenación

---

<sup>1412</sup> La doctrina ya ha indicado que no parece adecuado que se deriven las mismas consecuencias para los despidos por causas económicas que para los despidos por causas técnicas, organizativas o productivas. Vid., DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “El despido por causas empresariales”, op. cit., p. 181.

<sup>1413</sup> La jurisprudencia del Tribunal Supremo español se ha limitado a reconocer la posibilidad de que un ERTE venga sucedido por un despido colectivo en el caso de que la causa justificativa sea diferente o si es la misma haya habido un agravamiento. Cfr., MONZÓN PÉREZ, H.: “Del ERTE al despido colectivo: análisis práctico”, en ORTEGA LOZANO, P.G. y GUINDO MORALES, S. (Dirs. y Coords.), *Viabilidad de las empresas, mantenimiento del empleo y medidas de flexibilidad externa en la reestructuración empresarial*, Granada, Comares, 2022, pp. 271-285.

normativa de sendos mecanismos. De hecho, el art. 8 RPDC cuando detalla las medidas sociales de acompañamiento ni siquiera contiene una mención específica respecto a la posibilidad de suspender el contrato o reducir la jornada como una medida curativa del despido colectivo. Por ello, desde la perspectiva de la reestructuración socialmente responsable y el fomento de la negociación de medidas sociales de acompañamiento podría ser aconsejable introducir mayores referencias cruzadas entre estas figuras, incluso recogiendo mayores beneficios en materia de bonificación de cuotas a la Seguridad Social si se negocia un ERTE o Mecanismo RED con el objetivo de recolocar a los trabajadores afectados por el procedimiento de despido colectivo, reconociendo, a su vez, la debida excepción al compromiso de mantenimiento del empleo en la D.A. 44ª TRLGSS si efectivamente se produce la recolocación en una tercera empresa<sup>1414</sup>. También podría estudiarse introducir en la regulación española una posibilidad de cesión temporal de trabajadores entre empresas, al estilo del *distacco* italiano, para favorecer medidas alternativas a la extinción colectiva de los contratos de trabajo y, en concreto, la recolocación de los trabajadores afectados.

En cuanto al papel que debe de desempeñar la autoridad laboral en el procedimiento de despido colectivo y, en concreto, respecto a la búsqueda de soluciones a los problemas planteados por los despidos colectivos, sería necesario que se posibilitara que dicho poder público pudiera prorrogar el plazo en el que no pueden surtir efecto los despidos. En efecto, el art. 4.3 de la Directiva 98/59/CE abre la posibilidad de que la autoridad laboral prorrogue este plazo y lo amplíe hasta 60 días en total (e incluso facultades de prórroga más amplias). Ello puede resultar útil para que la Administración laboral puede presentar y negociar medidas sociales en aquellos despidos colectivos que, por su entidad, puedan afectar a un número considerable de trabajadores o afectar gravemente a una determinada zona geográfica. Además, también se estima oportuno que se posibilite la mediación de la autoridad laboral por petición de una de las partes, y no por petición conjunta, para así poder evitar los vetos y que la Administración pueda desempeñar de forma más fácil su función de “buscadora” de soluciones.

---

<sup>1414</sup> La disposición adicional 44ª TRLGSS no reconoce como excepción al compromiso de mantenimiento del empleo por exoneración de cuotas a la Seguridad Social durante el ERTE o el Mecanismo RED la extinción del contrato y la recolocación del trabajador en una tercera empresa. GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P.: “La respuesta anticipada del legislador al riesgo de crisis de empleo: el nuevo mecanismo red de flexibilidad y estabilización del empleo”, *Labos*, N.º extraordinario “La reforma laboral de 2021”, 2022, pp. 105 y 106.

Respecto al plan de recolocación externa, ya se han comentado sus deficiencias, las cuales lo han convertido en una “recolocación de papel”. Para atajar esta situación se deberían de introducir las siguientes especificaciones en la normativa laboral: indicar expresamente la obligación de negociar en las consultas el plan; detallar qué contenido debe de contener el plan de recolocación externa propuesto por el empresario, sin incurrir en definiciones genéricas o vagas; exigir que el empresario incluya el coste del plan en la información; crear comisiones *ad hoc* para que se vigile el cumplimiento y la implementación del plan de recolocación externa; integrar garantías reforzadas en la recolocación de los trabajadores maduros; incrementar los requisitos para las agencias de recolocación, sobre todo en materia de personal cualificado, con el fin de depurar el mercado y profesionalizar el sector; perseguir aquellas prácticas de competencia desleal entre agencias de recolocación, en especial respecto a las ETT; o intensificar el control por parte del servicio público de empleo, así como la colaboración público-privada en la recolocación de las personas afectadas por despido colectivo de una vez. También podría resultar acertado que se atenúen las exigencias para acudir al plan de recolocación externa, para lo cual se podría tomar como referencia el tamaño de la plantilla y no tanto el número de despidos (se podría retomar el límite de 50 trabajadores en plantilla).

Resulta coherente con los planteamientos de la reestructuración socialmente responsable y con el cumplimiento del fin de la consulta-negociación que se conceda mayor protagonismo a los planes de recolocación externa en los despidos colectivos. Así, los planes de recolocación externa, siempre que se basen en un servicio de calidad, que no venga marcado por el mero cumplimiento formal y la búsqueda del menor coste, podrían suponer una herramienta adecuada para gestionar con éxito las recualificaciones o transiciones profesionales. Los planes de recolocación externa pueden ayudar a afrontar los retos que plantea la transición digital (y verde), para los cuales se hace necesario basar las respuestas en la formación, sobre todo en competencias digitales, para acceder a los empleos del mañana.

La función de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social resulta clave en la vigilancia y control del cumplimiento del procedimiento de despido colectivo. Así, el informe que este organismo elabora es de suma importancia para la valoración judicial posterior del despido, habida cuenta de la importante especialización y cualificación técnica de quienes lo redactan y de su intermediación tanto con el procedimiento como con los agentes intervinientes. Es por ello que debería de potenciarse el informe de la ITSS,

en el sentido de que sea este quien constate si concurre la causa alegada por el empresario, si se ha entregado la documentación pertinente, si se han negociado o no medidas sociales de acompañamiento durante las consultas o, del mismo modo, si se ha negociado plan de recolocación externa cuando resulte obligatorio. En este sentido de revalorización del papel que debe de asumir la ITSS en el procedimiento de despido colectivo se encuentra la modificación introducida por la Ley 3/2023 de Empleo, la cual hace un llamamiento a recuperar la importancia del control causal y, en última instancia, de legalidad. Es más, se estima como propuesta que el informe debería de ser notificado a las partes para que tenga la mayor repercusión posible. Además, debería de introducirse una infracción administrativa específica en el TRLISOS ante casos de ausencia de negociación de medidas alternativas o complementarias al despido colectivo.

En cuanto al control judicial, en la línea de potenciar la reestructuración jurídica y socialmente responsable, debería de incluirse una referencia expresa en el art. 124 LRJS por la que se establezca la nulidad del procedimiento de despido colectivo en casos de falta de información en materia de medidas sociales de acompañamiento o falta de presentación del plan de recolocación externa obligatorio en la comunicación inicial, así como en casos de ausencia de verdadera negociación de medidas sociales de acompañamiento e incluso del plan. No se trata de que en cualquier caso el despido sea declarado nulo si no se negocian medidas alternativas o complementarias al despido, de lo que se trata es de que el empresario justifique muy bien por qué ello no ha sido posible, como puede ocurrir a causa de la situación económica de la empresa o si estas medidas ya se han llevado a cabo con anterioridad en la empresa y el despido colectivo es inevitable.

De forma complementaria a todo lo anterior, resulta obligado establecer un sistema integrado de garantías legales en la negociación colectiva de las reestructuraciones empresariales. La procedimentalización del proceso decisorio con participación de los trabajadores se presenta como la manera más idónea de objetivar las necesidades de reestructuración empresarial<sup>1415</sup>, para lo cual es necesario implantar un esquema propio de la *democracia deliberativa* en la empresa, conducente al establecimiento de relaciones que otorguen más prioridad a la cooperación que al conflicto abierto, generalmente a

---

<sup>1415</sup>MONEREO PÉREZ, J.L y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo...* op. cit., p. 152.

través de procesos de “negociación de gestión empresarial” y con un ambiente renovado de lo conocido como “democracia industrial”<sup>1416</sup>.

Sin embargo, una de las medidas más criticadas que redundan en el menoscabo del poder de negociación de los trabajadores durante las consultas-negociación del despido colectivo (o de cualquier otra medida de flexibilidad) es la posibilidad que reconoce el art. 41.4 ET de constituir comisiones *ad hoc* por los propios trabajadores en defecto de representación legal o sindical. Por ello, se propone reformar la norma para que se otorgue prioridad a las comisiones *ad hoc* sindicales, esto es, las integradas por los sindicatos más representativos<sup>1417</sup>, frente a las formadas por los trabajadores de la empresa, las cuales solo se podrán conformar en defecto de las primeras.

Respecto a la problemática de los grupos de empresa, se propone que se aborde jurídicamente una configuración del despido colectivo en los grupos de empresas a efectos laborales, más allá de la obligación documental que ya existe respecto a los grupos empresariales “mercantiles”. Sería necesario que se incluyeran los criterios jurisprudenciales, los denominados elementos esenciales, para conformar el grupo empresarial laboral en la norma (como ya se hizo con los criterios de la cesión ilegal incluidos en el art. 43 ET). Asimismo, debería de especificarse cuál debería de ser el ámbito de afectación de la causa, que deberá de ser a nivel del grupo en su conjunto si se trata de causa económica; quiénes son los sujetos negociadores; qué procedimiento específico habría que seguir; cómo debería de articularse la recolocación interna de los trabajadores en otras empresas del grupo, etc. No obstante, se trata de una cuestión que por su envergadura y posible afectación a empresas que tengan su sede en otros países quizá debería de quedar resuelta a nivel comunitario.

Otro ámbito o centro de imputación normativa del régimen jurídico del despido colectivo que no ha sido adecuadamente regulado es el centro de trabajo. En efecto, este es uno de los extremos que no ha sido correctamente traspuesto de la Directiva 98/59/CE por el legislador español. Tras la sentencia *Rabal Cañas* del TJUE que admitió el doble

---

<sup>1416</sup>MONEREO PÉREZ, J.L.: *Empresa en reestructuración ... op. cit.*, p. 248.

<sup>1417</sup> Artículo 23 del RD-ley 8/2020: “En el supuesto de que no exista representación legal de las personas trabajadoras, la comisión representativa de estas para la negociación del periodo de consultas estará integrada por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y con legitimación para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación. La comisión estará conformada por una persona por cada uno de los sindicatos que cumplan dichos requisitos, tomándose las decisiones por las mayorías representativas correspondientes”.

cómputo entre centro de trabajo o empresa según beneficie al efecto útil de la Directiva, la jurisprudencia española ha tenido que realizar un esfuerzo interpretativo a través del principio de interpretación conforme para incluir la opción del centro de trabajo en los requisitos del art. 51.1 ET. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha reducido esta opción a que el centro de trabajo tenga 20 trabajadores, algo que no casa con la sentencia del Tribunal de Luxemburgo. Por ello, una eventual intervención legislativa debería de clarificar este aspecto, incluyendo el doble cómputo empresa/centro de trabajo sin exigir este límite de 20 trabajadores empleados en el centro de trabajo.

Al hilo de ampliar el ámbito de aplicación del despido colectivo, la exigencia de un mínimo de 10 despidos excluye *de facto* a las pymes, que son mayoría en nuestro país, salvo que se trate de un cierre de empresa de más de 5 trabajadores. Podría estudiarse implantar una especie de procedimiento de consulta-negociación a través de la gestión del conflicto de manera conjunta por parte de los trabajadores en estas organizaciones. Eso sí, debería de tratarse de un procedimiento mucho menos riguroso, flexible y con menos exigencias.

Otro de los elementos que deben de figurar dentro de lo que debe de entenderse como reestructuración jurídica y socialmente responsable es la selección adecuada de los trabajadores afectados por el despido colectivo, en el sentido de intentar seleccionar a aquellos tienen menos dificultades en su reinserción laboral. Así, la política de expulsión de trabajadores maduros a través de jubilaciones anticipadas incentivadas, prejubilaciones o generalmente la fijación de criterios de selección en función de la edad complementados con mejoras voluntarias de Seguridad Social no supone un mecanismo de reestructuración responsable pues ello va en contra de la misma sostenibilidad de las pensiones públicas, al margen de que sea puedan dar situaciones de discriminación por razón de la edad. Además, la Seguridad Social no puede estar al servicio de las operaciones de reestructuración empresarial, mucho menos de empresas con altos beneficios que expulsan del mercado laboral a trabajadores maduros, ya que esta debe de quedar para cubrir verdaderas situaciones de necesidad originadas en los ciudadanos.

En este sentido, sería necesario introducir criterios legales en la selección de trabajadores afectados por procedimiento de despido colectivo, más allá del colectivo de trabajadores con prioridad de permanencia en la empresa (los representantes de los trabajadores) y, al menos, en defecto de criterios acordados en la negociación colectiva o en el acuerdo del despido colectivo. En efecto, por mucho que los tribunales hayan venido

interpretando qué requisitos deben de reunir los criterios de selección aportados por el empresario en la comunicación inicial, también es cierto que la norma es excesivamente parca ya que no recoge ninguna referencia más allá de su aportación en la comunicación inicial y de los colectivos con prioridad de permanencia. En este sentido, se podría optar por el modelo italiano que incluye la ancianidad como un “criterio social” a tener en cuenta en la designación de los trabajadores (favoreciendo la permanencia en la empresa), de carácter subsidiario a lo que se haya establecido en la negociación colectivo o en el acuerdo colectivo de las consultas.

También es necesario que se mejoren los instrumentos normativos que desincentivan la selección de trabajadores maduros en el despido colectivo, como es el convenio especial con la Seguridad Social (art. 51.9 ET) o la aportación al Tesoro Público (art. 51.11 ET). Por un lado, la aportación económica al Tesoro Público debería de simplificarse y agilizarse; debería de dirigirse a todas las empresas que tengan un mínimo de 50 trabajadores, habida cuenta del exiguo número de empresas que en España tienen más de 100 trabajadores en plantilla; y deberían de destinarse todos los fondos obtenidos con esta medida a sufragar los gastos de políticas activas de empleo dirigidas a la recolocación de los trabajadores maduros. En cuanto al convenio especial con la Seguridad Social del art. 51.9 ET sería necesario que se aclare su naturaleza jurídica, en tanto que crédito laboral o de Seguridad Social, en beneficio de facilitar la exigencia del cumplimiento por parte del empresario. Lo adecuado sería que una vez que el convenio especial queda suscrito se trate de una obligación de Seguridad Social y que, por tanto, pueda ser susceptible de reclamación de deuda por la TGSS, incluso por la vía de apremio. Además, también es necesario converger las edades de fin de aportación empresarial con las edades de la jubilación anticipada involuntaria, para que el empresario contribuya, al menos, hasta que el trabajador pueda acceder a la jubilación anticipada.

A la espera de la decisión sobre el fondo del CEDS en cuanto a las reclamaciones colectivas presentadas por UGT y CCOO, todo hace pensar que el sistema indemnizatorio español por despido improcedente será declarado incompatible con la Carta Social Europea revisada. En este sentido, podría ser justo y actuar además como mecanismo disuasorio, que se atribuyera la facultad de decidir entre la indemnización o la readmisión al propio trabajador ante el caso de que un despido sea declarado improcedente. También podría parecer adecuado desarticular el sistema indemnizatorio por despido hacia uno más equitativo, que fije la cuantía en función de las circunstancias personales del

trabajador, teniendo en cuenta una serie de parámetros objetivos, con el fin de resarcir efectivamente el perjuicio causado. No obstante, la solución más factible podría ser la recuperar la nulidad en caso de despido “injusto” o “sin causa” manifiesta, ya que así se huiría de un sistema tasado indemnizatorio o de una interpretación más o menos abierta de la indemnización adecuada por parte del juez.

Sin embargo, cabe preguntarse cómo puede afectar esta eventual decisión sobre el fondo del CEDS de las reclamaciones colectivas presentadas por los sindicatos españoles al despido colectivo. Si finalmente la decisión estima que la indemnización por despido improcedente vulnera el art. 24 CSEr, los tribunales españoles aplicarán la doctrina del CEDS con mayor fuerza a través del control de convencionalidad, reconociendo indemnizaciones adecuadas según los parámetros que se vayan conformando en sede judicial, a la espera de la modificación legal. En este caso, los trabajadores afectados por un despido colectivo declarado como no ajustado a derecho por impugnación colectiva podrán reclamar ante los tribunales dicha indemnización adecuada. Pero lo más relevante es que los trabajadores podrán impugnar de forma individual las causas del despido para conseguir la indemnización del art. 24 CSEr, aunque se haya alcanzado acuerdo en el procedimiento de despido colectivo. En efecto, la sentencia del Tribunal Constitucional 140/2021, de 12 de julio, ha invalidado que el acuerdo blinde una posterior impugnación judicial a nivel individual sobre la concurrencia de las causas.

Por otro lado, el Derecho del trabajo español no prevé un procedimiento específico de despido colectivo en caso de deslocalizaciones de empresas<sup>1418</sup>, al contrario de lo que sí regula el legislador italiano (aunque ya se ha comentado que dicho procedimiento no se circunscribe a procesos de deslocalización, ya que no se exige la transferencia de la unidad productiva autónoma al extranjero, sino *grosso modo* un despido colectivo con cese de actividad en una gran empresa). Por ello, al margen del Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización (FEAG) y aunque nuestra norma nacional recoge ciertas penalizaciones en materia de devolución de ayudas públicas en determinados sectores<sup>1419</sup>

---

<sup>1418</sup> Es algo de lo que ya se ha ocupado de resaltar la mejor doctrina BAYLOS GRAU, A.: *Deslocalizaciones de empresas y despidos colectivos*, op. cit., *passim*.

<sup>1419</sup> Para la industria electrointensiva véase el art. 5 del Real Decreto-ley 20/2018, de 7 de diciembre, de medidas urgentes para el impulso de la competitividad económica en el sector de la industria y el comercio en España.



y de devolución de incentivos a la contratación<sup>1420</sup> en casos de deslocalizaciones de empresas, el procedimiento italiano “anti-deslocalizaciones” podría hacernos reflexionar en torno a si el Derecho del trabajo español cuenta con los suficientes mecanismos para proteger a los trabajadores afectados por estos procesos de reestructuración.

Basta mirar a la regulación italiana para comprobar las mayores garantías de las que nuestra ordenación normativa adolece, como el amplio lapso de tiempo que debe de transcurrir para las consultas y, por ende, para buscar soluciones al despido colectivo (180 días en total<sup>1421</sup> si se tiene en cuenta el plazo de 60 días para la presentación del plan y el plazo de 120 días para su discusión); el bloqueo de despidos hasta que se agote este procedimiento previo al despido colectivo “común” (con la sanción de nulidad); y, lo más importante, la obligatoriedad de presentar un plan social que limite las pérdidas ocupacionales y económicas que pueda causar el cierre y traslado de la empresa al extranjero, en la línea de lo que viene siendo la responsabilidad social corporativa y la reestructuración responsable. Último elemento, el del plan social, que viene reforzado por las importantes sanciones que se imponen por la vía del *ticket di licenziamento* en caso de falta de presentación o presentación defectuosa.

Respecto a esta última consideración, debe de valorarse positivamente el nuevo “proceso de reindustrialización” que se pretende introducir en el ordenamiento jurídico español con el Anteproyecto de Ley de Industria<sup>1422</sup>. En efecto, dicha ley pendiente de tramitación parlamentaria regula en su capítulo IV del título II un proceso de reindustrialización que se destina a los supuestos de pérdida significativa de capacidad industrial, cuando la autoridad laboral competente en caso de expediente de regulación de empleo sea la Administración General del Estado; o bien exista afectación a recursos que sean considerados de primera necesidad y/o de carácter estratégico. Dicho proceso

---

<sup>1420</sup> Cfr., disposición adicional segunda del Real Decreto-ley 1/2023, de 10 de enero, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas.

<sup>1421</sup> Un período de tiempo que puede ascender a los 255 días si se tiene en cuenta la duración del procedimiento “anti-deslocalizaciones” y la duración del procedimiento de despido colectivo común.

<sup>1422</sup> No obstante, el CES en su dictamen 2/2023 sobre el Anteproyecto de la Ley de Industria expone que, a pesar de que la Mesa de Reindustrialización puede suponer un mecanismo adecuado para encontrar soluciones que no impliquen automáticamente deslocalizaciones o pérdida de empleos, “el CES opina que la futura ley debería incorporar mejor las líneas generales para el ulterior desarrollo del procedimiento, donde además la redacción actual podría generar controversias con algunos procedimientos laborales”. Además, el CES reivindica el importante papel que debe de jugar en la nueva regulación el impacto de las reestructuraciones sobre el territorio (para evitar la “desertización industrial”) y la necesidad de que las medidas de ayuda a la implantación de empresas industriales españolas en el extranjero se compatibilicen con el mantenimiento de la actividad y el empleo en España.

tendrá como fin analizar, evaluar y articular medidas que permitan decidir, en su caso, y realizar el seguimiento sobre un potencial Plan de reindustrialización de la actividad de producción destinado a la prevención, corrección o mitigación de los efectos del procedimiento de reestructuración. En resumen, se trata de un proceso que se inicia por parte de una comunicación de la empresa a la Secretaría General de Industria y PYME del Gobierno en un plazo previo al cierre o la reducción de la actividad de 9 meses, para que esta acuerde, si se cumplen los supuestos, la constitución de la Mesa de Reindustrialización, con participación de las CC.AA. afectadas, cuya función esencial será la de elaborar un plan de reindustrialización.

En definitiva, el legislador español, siguiendo los pasos del italiano, pretende introducir en el ordenamiento jurídico un mecanismo de reindustrialización (y de amortiguación del correspondiente despido colectivo) en supuestos de pérdida de capacidad industrial nacional y de afectación a sectores estratégicos. Se puede llegar a decir que se trata de un procedimiento específico, donde la intervención de la Administración juega un papel fundamental, que se añade al procedimiento común del despido colectivo con el objetivo de paliar los importantes efectos nocivos que estos procesos de reestructuración tienen sobre la población y la economía española en general y sobre el territorio afectado en particular. No obstante, habrá que estar atentos a la tramitación parlamentaria y a la promulgación final de la ley para un análisis más exhaustivo y crítico de este proceso de reindustrialización, esperando que se introduzcan los debidos resortes jurídicos o medidas sancionatorias suficientes para que se produzca su efectivo cumplimiento y, por ende, el nuevo procedimiento no se convierta en “papel mojado”.

Los nuevos retos que plantea la Cuarta Revolución Industrial y el cambio climático, acrecentados en un mundo globalizado o interconectado, hacen necesario que se deba promover una implicación ofensiva, proactiva y preventiva de todos los agentes implicados en el conflicto (trabajadores, empresarios y Estado), con el fin de encontrar soluciones alternativas o complementarias al despido colectivo. Soluciones que radiquen en una mejora de la productividad, la innovación y el trabajo decente, para garantizar una transición digital y verde que sea justa. De lo contrario, los potenciales efectos de una regulación del despido colectivo que principalmente permita incrementar la indemnización o expulsar a trabajadores maduros del mercado de trabajo, aunque incrementando los costes (apartados 9 y 11, art. 51 ET), podrán ser devastadores, sobre

todo si se focaliza la destrucción de empleo en determinadas zonas locales, ahondando en el problema de la despoblación. En este sentido, la adaptación permanente de las empresas a través de la formación deberá de jugar un papel fundamental para garantizar las transiciones ocupacionales y no dejar a nadie atrás, actuando el mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo (art. 47-*bis* ET) como una medida adecuada alternativa al despido colectivo.

Para finalizar, es necesario que el plan de acompañamiento social se inserte en una lógica de “negociación colectiva gestional” o “participativa”, por medio de la cual se trate de conciliar la racionalidad económica y la racionalidad social en una dirección de codecisión negocial de los procesos de reestructuración y crisis empresariales<sup>1423</sup>. Para ello es igualmente necesario un cambio de modelo que supere la competencia basada en reducción de costes del factor trabajo y se centre en una competitividad por el conocimiento, la calidad y la innovación en la empresa. A ello contribuye la conocida como “flexibilidad ofensiva”, que busca la implicación de los trabajadores en la productividad y calidad del producto a cambio de diversas garantías y ventajas laborales; persigue la participación proactiva y preventiva de todos los agentes implicados en el conflicto (empresa, trabajadores y Estado); otorga preferencia a la estabilidad laboral, la modernización de la tecnología y la formación profesional; así como se construye sobre la negociación colectiva supraempresarial, sin excluir la concertación social ni el convenio de empresa, este último como vía de singularización de las condiciones y de la organización del trabajo.

---

<sup>1423</sup> Una propuesta elaborada originalmente por J.L. MONEREO PÉREZ, *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, cit., p. 101 ss. y explícitamente pp. 106-114.

## **CONCLUSIONI CRITICHE E PROPOSTE LEGE FERENDA DALL'APPROCCIO DEL GARANTISMO GIURIDICO**

La responsabilità “sociale” nelle ristrutturazioni aziendali va costruita partendo dal presupposto della garanzia legale della responsabilità d'impresa nei processi di ristrutturazione aziendale. Pertanto, in tema di licenziamento collettivo, il sistema internazionale di garanzie multilivello (Convenzione ILO 158, Carta Sociale Europea riveduta e Direttiva 98/59/CE) dispone la “procedura” del licenziamento collettivo come presupposto necessario.

In tal senso, sebbene il licenziamento collettivo sia dovuto ad una decisione del datore di lavoro, è pur vero che è prevista una procedura specifica, costituita da un diritto all'informazione e alla consultazione dei rappresentanti dei lavoratori, finalizzata alla negoziazione e all'intesa su alternative o misure complementari al licenziamento collettivo. Con questi strumenti normativi internazionali si intende, quindi, limitare la decisione aziendale, poiché si impone all'imprenditore il dovere di negoziare non solo il numero di estinzioni che propone ma, quel che più conta, quelle misure sociali che tendono evitare o ridurre l'entità del licenziamento collettivo o, almeno, mitigarne gli effetti negativi sui lavoratori licenziati.

Per questo, seguendo gli approcci della ristrutturazione legale e socialmente responsabile, l'azienda deve tener conto di una serie di interessi sociali, al di là dei legittimi interessi economici, per adeguare la forza lavoro alle esigenze del mercato. Nelle operazioni di ristrutturazione, il datore di lavoro deve essere responsabile delle possibili esternalità negative che la sua decisione può causare sia ai lavoratori stessi, sia al territorio o alla società in generale, soprattutto nella sostenibilità dei conti pubblici. Ciò non ha lo scopo di limitare la libertà dell'impresa nella ricerca del massimo beneficio commerciale, ma di renderla compatibile con interessi e diritti contrastanti.

Numerosi interessi convergono proprio nella disciplina dei licenziamenti collettivi, considerati la cessazione più traumatica dei contratti di lavoro: il diritto alla libera attività economica o alla riorganizzazione produttiva; il diritto al lavoro, nella sua modalità di diritto alla stabilità occupazionale; nonché una serie di interessi generali tutelati dalla Pubblica Amministrazione. In questo modo, il costo del licenziamento collettivo non viene proiettato solo sui lavoratori che vedono terminare il proprio contratto di lavoro (per la perdita dei mezzi di sussistenza e per la mancata possibilità di reinserimento nel mercato del lavoro), ma viene trasferito anche alla società in generale sotto forma di

perdita di capacità produttiva o industriale e di competitività, nonché sotto forma di aumento dei costi per le casse pubbliche (dovuto alla perdita dei contributi e all'aumento della spesa per sussidi di disoccupazione).

Il rigoroso rispetto delle normative internazionali come requisito e condizione sine qua non per articolare ristrutturazioni socialmente responsabili è più che mai necessario per evitare di commettere gli errori e le inefficienti misure "anticrisi" del passato: agevolare i licenziamenti a fronte di un altro tipo di misure di flessibilità interna concordate. Questo approccio di garanzia legale è essenziale per offrire nuove risposte alle sfide che si presentano nel prossimo futuro e, allo stesso tempo, per garantire la competitività delle imprese e il progresso economico e sociale.

Al di là delle diverse crisi che devono ancora arrivare, i cambiamenti che la Quarta Rivoluzione Industriale porterà con sé dovuti alla trasformazione, alla robotizzazione, al digital divide e all'automazione del lavoro, soprattutto nel breve-medio periodo, insieme all'urgenza del verde la transizione verso modelli più sostenibili rende necessario riconsiderare i modelli di flessibilità orientati alla massima performance aziendale. Inoltre, il progresso tecnologico ha riproposto problemi "noti" della globalizzazione, come le delocalizzazioni, oggi potenzialmente estensibili ad altri settori non industrializzati, come quello dei servizi (nello specifico, ICT). Infine, sostenere l'occupazione della popolazione matura è diventato negli ultimi anni un obiettivo prioritario assoluto se si vuole far fronte al progressivo invecchiamento della popolazione, che mette a rischio la sostenibilità stessa del sistema pensionistico. Si tratta, in definitiva, di rendere lo sviluppo tecnologico ed economico compatibile con il lavoro dignitoso o "con diritti" dell'ILO.

Di fronte a queste sfide, non resta che offrire un approccio alla ristrutturazione aziendale da un approccio garantista e offensivo di flexicurity nel senso già difeso dalla Commissione Europea. In questo modo, sebbene la ristrutturazione aziendale possa essere positiva (e spesso necessaria), è anche vero che solitamente comporta i suddetti effetti negativi. Per la sua mitigazione è necessario che tutti gli attori coinvolti nel conflitto (azienda, lavoratori e Amministrazione) intervengano per negoziare e trovare soluzioni preventive, proattive e offensive, nel senso che vi sia una programmazione e un accompagnamento, soprattutto da parte della sfera pubblica, per cui la misura più traumatica, in questo caso il licenziamento collettivo, è quella da adottare in ultima istanza.

Si tratta, quindi, di istituire un sistema giuridicamente articolato di ristrutturazione basato sulle esigenze imprenditoriali e sociali, con il supporto dell'Amministrazione, attraverso un dialogo continuo, attivo, permanente e preventivo orientato alla massimizzazione degli interessi delle parti, che consenta, sulla da un lato, il mantenimento dell'occupazione (nella stessa o in un'altra azienda) e, dall'altro, l'adeguamento dell'azienda al mercato concorrenziale. Il contrario si verifica, invece, quando il datore di lavoro può optare preferenzialmente per misure di flessibilità esterna, senza tener conto di altre "vie di uscita" negoziate con i lavoratori; oppure se il datore di lavoro non ha preventivamente previsto misure offensive di ristrutturazione, che possono verificarsi anche per mancanza di meccanismi legali o di promozione pubblica, e l'unica soluzione rimasta alla drammatica situazione è il licenziamento.

Sulla base di quanto precede, vale la pena chiedersi se la normativa spagnola sulla ristrutturazione del lavoro e, nello specifico, sul licenziamento collettivo, preveda maggiori garanzie o risorse legali sufficienti per i lavoratori, le imprese e lo Stato per negoziare e concordare soluzioni alternative o complementari al licenziamento, come disposto dalla normativa internazionale. Si tratta, quindi, di verificare se la normativa nazionale garantisca, soprattutto dal controllo giudiziario e amministrativo, il rispetto della procedura di concertazione-negoziazione, che tende a configurare il licenziamento collettivo come misura di ultima ratio.

Come già indicato, nella normativa internazionale il contenuto minimo delle consultazioni, precedute da un obbligo di informazione, è destinato alla negoziazione di misure sociali volte ad evitare o ridurre i licenziamenti, nonché a mitigare gli effetti dei licenziamenti collettivi. In tal senso, la direttiva 98/59/CE non solo assegna un ruolo essenziale alle misure sociali di accompagnamento nella consultazione-negoziazione, ma attribuisce anche un ruolo speciale all'autorità pubblica nel corso del procedimento, nel senso che le attribuisce un ruolo propositivo nel trovare soluzioni ai problemi sollevati dal licenziamento.

Tenendo conto del quadro internazionale, si potrebbe affermare che la disciplina nazionale del licenziamento collettivo è rispettosa del sistema di garanzie multilivello, poiché il datore di lavoro e i lavoratori interessati devono negoziare misure alternative o complementari al licenziamento collettivo e l'Amministrazione del lavoro apparentemente interviene come mediatore o "cercatore" di soluzioni. Tuttavia, a seguito del processo di allentamento a cui è stata sottoposta negli ultimi tempi la disciplina del

licenziamento, nell'idea non provata che la tutela dal licenziamento sia causa delle carenze del mercato, la più autorevole dottrina scientifica afferma che l'attuale modello di licenziamento collettivo il licenziamento finisce per favorire, in pratica, preferenzialmente l'“espulsione” dei lavoratori nei casi di crisi e riorganizzazione del sistema produttivo.

Dopo le ultime riforme del lavoro, in particolare quella del 2012, il quadro normativo risulta sbilanciato in quanto vengono privilegiati di più gli interessi dell'azienda e viene promosso meno il contenuto delle consultazioni: la negoziazione di misure che evitino, riducano o attenuino gli effetti del licenziamento. Sebbene non si possa dire, almeno sul piano formale, che la disciplina spagnola del licenziamento collettivo non sia conforme alle norme internazionali, si può affermare che essa si limita al rispetto di minimi (in alcuni casi dubbi), che impediscono di configurare i licenziamenti collettivi licenziamento come misura di ristrutturazione legale e socialmente responsabile.

Il primo dei motivi che rafforza quanto sopra è che la legge spagnola non prevede una preferenza legale per misure di flessibilità interna rispetto al licenziamento e, in particolare, rispetto al licenziamento collettivo. In altri termini, la normativa giuslavoristica non dispone né concede espressamente priorità tra le diverse misure di ristrutturazione aziendale esterne ed interne, essendo la scelta tra l'una o l'altra rimessa alla discrezionalità del datore di lavoro, purché concorrano le rispettive cause, che sono certamente simile e ampio. Così l'ha interpretata la giurisprudenza, con piccole sfumature. Infatti, nonostante la Riforma del Lavoro del 2021 abbia riformulato l'ERTE, sulla base dell'esperienza di successo del COVID-19, e abbia regolamentato il meccanismo RED, nell'intento di promuovere e incoraggiare la tempestiva adozione di questo tipo di misure contro il licenziamento, lo Statuto dei lavoratori non ha infine introdotto un riferimento chiaro ed esplicito che configuri il regime del licenziamento come misura di ultima ratio.

In secondo luogo, con la Riforma del lavoro del 2012, il vecchio piano di sostegno sociale alle imprese con almeno 50 lavoratori, che doveva essere consegnato contestualmente alla comunicazione iniziale, è stato sostituito da un piano di ricollocamento esterno per licenziamenti superiori a 50 lavoratori. Sorprende che il contenuto minimo delle consultazioni sia la negoziazione di misure sociali di accompagnamento, ma il datore di lavoro non è obbligato a presentare una proposta di misure alternative o complementari al licenziamento nella documentazione iniziale,

soprattutto se tale obbligo è stato sostituito da un piano di ricollocamento esterno al contratto con una società privata, in cui esiste un certo consenso scientifico sulla sua mera conformità formale.

Tra le critiche più frequenti al piano di ricollocamento esterno c'è la sua scarsa o nessuna negoziazione; la sua natura generica o ambigua; la mancanza di meccanismi di controllo e supervisione nell'attuazione del piano; l'attuale "guerra dei prezzi" nel mercato dei servizi di outplacement dati i controlli lassisti per operare come agenzia di outplacement, ecc. Tutto ciò si traduce in un'assoluta sfiducia dei lavoratori interessati e dei loro rappresentanti nel piano di ricollocamento esterno e, soprattutto, nell'inefficacia di questa misura. Il quadro normativo non impone garanzie sufficienti per impedire il rispetto apparente, ea costi inferiori, di tale obbligo legale, a prescindere dall'obiettivo finale: la ricollocazione dei lavoratori interessati dalla procedura di licenziamento collettivo.

D'altro canto, l'eccessiva flessibilità delle cause, consentendo licenziamenti collettivi per prevedibili perdite o diminuzioni di reddito o fatturato, non ha fatto altro che accrescere il potere unilaterale del datore di lavoro nella decisione di licenziare. A sua volta, indebolendo il potere contrattuale dei lavoratori e scoraggiando l'adozione di accordi a favore di vere formule di flessibilità negoziata o consensuale. L'opzione dell'art. 41.4 dello Statuto dei lavoratori da parte delle commissioni ad hoc costituite dagli stessi lavoratori contribuisce anche alla riduzione del potere contrattuale della banca sociale. Per non parlare della maggiore difficoltà che hanno le rappresentanze dei lavoratori in quei licenziamenti collettivi inquadrati nel gruppo aziendale, nonostante gli sforzi che la giurisprudenza ha compiuto per sviluppare la dottrina del gruppo aziendale ai fini del lavoro.

L'ultimo dei motivi che potrebbero spiegare l'attuale modello squilibrato di licenziamento collettivo è lo scarso ruolo che l'Amministrazione del lavoro assume nella procedura di licenziamento collettivo. La riforma del lavoro del 2012, infatti, ha abolito l'autorizzazione amministrativa e apparentemente ha concesso all'autorità del lavoro poteri più ampi in termini di ammonimento, raccomandazione, assistenza o mediazione durante il periodo di consultazione, anche se ciò non si è tradotto nella pratica, se non talvolta. Né la norma contiene sufficienti garanzie rafforzate per l'intervento amministrativo: le diffide non sono vincolanti; L'autorità del lavoro non è necessariamente obbligata a fare proposte o raccomandazioni durante la consultazione-



negoziatore; ammette la mediazione solo su domanda congiunta; oppure non puoi contestare l'accordo se non contiene misure sociali di accompagnamento. Inoltre, l'operato dell'Ispettorato del lavoro e della previdenza sociale durante il licenziamento collettivo è poco incisivo, anche se è vero che dispone di risorse umane e materiali insufficienti. A sua volta, l'Ispettorato nazionale del lavoro predispose il proprio verbale quando la procedura di consultazione è stata completata e lo invia solo all'autorità del lavoro e non ai lavoratori interessati, senza poter, a sua volta, sanzionare amministrativamente il datore di lavoro nel caso in cui non negozia eventuali misure sociali di accompagnamento.

Sulla base di tutto quanto sopra, si può concludere che siamo di fronte a un modello squilibrato, orientato alla massimizzazione del profitto aziendale e alla risoluzione del contratto di lavoro con una garanzia minima, se non inesistente, sulla negoziazione di misure sociali di accompagnamento. Ne è buona riprova il fatto che sembra esistere un sentimento maggioritario nella giurisprudenza e nella dottrina giudiziaria, per cui l'assenza di negoziazione di misure alternative o complementari al licenziamento collettivo o la mancata presentazione del piano di ricollocazione esterna non comportano la nullità del provvedimento licenziamento collettivo, poiché questi, pur costituendo il contenuto minimo delle consultazioni, non rientrano nell'obbligo di informazione di cui all'art. 51.2 dello Statuto dei lavoratori. Diverso è il fatto che ciò presuppone un indizio di malafede negoziale che, insieme ad altri fatti, porta all'annullamento del licenziamento collettivo.

La scarsa attenzione che è stata prestata dai soggetti negoziali ad altre misure alternative o palliative di licenziamento collettivo che non siano l'aumento dell'indennizzo e la negoziazione di licenziamenti volontari incentivati è stata una critica reiterata da parte della dottrina scientifica, soprattutto attraverso il prepensionamento. Anche se sarebbe necessario un profondo cambiamento culturale nella società spagnola per optare per altri tipi di soluzioni, è anche vero che l'attuale disciplina del licenziamento collettivo non favorisce o incoraggia l'adozione di accordi su misure di flessibilità interna o di sostegno durante il licenziamento collettivo consultazioni.

Per tutte queste ragioni, è necessario articolare una serie di modifiche legislative nella disciplina del licenziamento collettivo in modo che le norme internazionali siano realmente rispettate e, a sua volta, sia promossa una ristrutturazione legale e socialmente responsabile. Pertanto, è necessario rafforzare il coinvolgimento preventivo e proattivo

che i lavoratori e lo Stato devono svolgere nella ricerca di soluzioni nella ristrutturazione aziendale in generale e nel licenziamento collettivo in particolare, affinché quest'ultimo cessi di essere una misura aziendale pienamente standardizzata. In questo lavoro propositivo è necessario fare riferimento anche alle esperienze normative di altri ordinamenti giuridici, come avviene qui in Italia, per verificare in quali altri modi si possano bilanciare interessi contrastanti, pur sempre con le dovute cautele quando si cerca di trasferire la norma estranea al diritto nazionale.

Pertanto, si raccolgono di seguito le seguenti proposte di legge ferenda:

Sarebbe opportuno procedere ad una riorganizzazione delle diverse misure di ristrutturazione aziendale o di flessibilità, sia interne che esterne, con l'idea che i diversi strumenti siano ordinati e ordinati in base alla gravità delle cause o alla loro natura strutturale o congiunturale. non dimentichiamo che la Riforma del Lavoro del 2021 non ha stravolto il modello generale di licenziamento collettivo). Ciò al fine di introdurre una sorta di preferenza legale per misure di flessibilità interna in situazioni congiunturali e per impedire il ricorso al licenziamento in tali situazioni, che sarebbe giustificato da cause strutturali. Lo stesso dovrebbe avvenire per quanto riguarda l'eliminazione della disciplina del licenziamento collettivo delle cause economiche dovute a perdite previste o a una persistente diminuzione del livello del reddito o delle vendite, poiché tali cause dovrebbero essere indirizzate al resto delle misure di flessibilità interna (funzionale mobilità, mobilità geografica, cambiamenti sostanziali delle condizioni di lavoro, ERTE, ecc.). Riguardo a cause tecniche, organizzative o produttive, sarebbe anche opportuno che il datore di lavoro debba giustificare perché in tali situazioni debba ricorrere a licenziamenti collettivi e non a misure di flessibilità interna, sulla base della situazione strutturale che giustifica il licenziamento.

In particolare, ciò potrebbe essere utile per quanto riguarda l'ordinamento delle cause tecniche di licenziamento. Come è stato analizzato in questo lavoro, l'attuale configurazione giuridica potrebbe consentire un licenziamento collettivo regolato legalmente per motivi tecnici sulla base di un mero risparmio di costi e di un aumento del profitto aziendale, a condizione che la sostituzione del lavoro con la macchina o l'algoritmo in questione. Ultimo fatto che non sembra irragionevole di fronte agli ultimi progressi nell'automazione e nell'intelligenza artificiale.

In tal senso, durante la trattativa della Riforma del Lavoro 2021, in una sua bozza, è stata introdotta la preferenza del Meccanismo RED rispetto alle cessazioni per motivi di lavoro (licenziamenti collettivi e finalità individuali o plurali), nel senso che ricorrere al licenziamento il datore di lavoro doveva “motivare sufficientemente” che il predetto meccanismo era “impossibile a risolvere la situazione” in cui si trovava l'azienda in modo proporzionato e ragionevole. Nonostante alla fine non si sia deciso di recepirlo, tale previsione normativa può costituire un modello adeguato per intraprendere future modifiche normative che vadano nella direzione di favorire la flessibilità interna a fronte del licenziamento, pur sempre tenendo conto degli interessi della società conservazione e vitalità dell'organizzazione aziendale.

Quanto allo studio comparativo con la disciplina italiana, se è vero che l'obbligo di *ripechâge* nell'ordinamento italiano è in linea di principio inteso al licenziamento per giustificato motivo oggettivo, il che lo pone come misura di *extrema ratio*; la disciplina in corso del licenziamento collettivo contiene invece altri riferimenti che suggeriscono un'adozione quasi obbligatoria o rafforzata di misure di flessibilità interna propedeutiche alla procedura di licenziamento collettivo. Pertanto, è previsto che il datore di lavoro dovrà motivare nella comunicazione iniziale le ragioni tecniche, organizzative e produttive per le quali non è possibile adottare misure idonee a porre rimedio alla situazione ed evitare, in tutto o in parte, il licenziamento collettivo (art. 4.3 Legge 223/1991).

In secondo luogo, sarebbe anche necessario riformulare la negoziazione delle misure sociali di accompagnamento durante la consultazione-negoziazione. Come già accennato, il quadro normativo non dispone di sufficienti risorse giuridiche per garantire una vera negoziazione delle misure sociali di accompagnamento nella fase consultativa-negoziale del licenziamento collettivo, soprattutto nelle piccole e medie imprese che sono escluse dall'applicazione della norma esterna obbligatoria piano di trasferimento (anche se anche questo non funziona correttamente).

Per questo motivo, al fine di rafforzare la contrattazione obbligatoria di misure alternative o complementari al licenziamento collettivo, sarebbe necessario che il datore di lavoro fosse obbligato a presentare una proposta di misure sociali di accompagnamento unitamente alla comunicazione iniziale. Ciò è obbligatorio poiché, se il contenuto minimo delle consultazioni deve riguardare la negoziazione di tali misure, non si comprende perché il datore di lavoro non sia obbligato a presentare una proposta di misure sociali di

accompagnamento, essendo questo documento che segnerà il percorso di proposte e controproposte durante la consultazione-negoziazione (come sarà verificato dall'autorità del lavoro e dall'Ispettorato nazionale del lavoro nell'ambito della comunicazione iniziale). Se si utilizza la normativa italiana sui licenziamenti collettivi, l'art. 4.3 La Legge 223/1991 prevede come contenuto della comunicazione iniziale che il datore di lavoro deve consegnare ai rappresentanti dei lavoratori una serie di misure programmate per far fronte alle conseguenze sul piano sociale della decisione aziendale.

Allo stesso modo, si propone anche di estendere la durata del periodo di consultazione-negoziazione, in modo scaglionato sia per le imprese con meno di 50 lavoratori che per quelle superiori, poiché ciò presuppone un meccanismo adeguato per negoziare vere e proprie misure sociali di accompagnamento, soprattutto quando si tratta di licenziamenti per motivi tecnici, organizzativi o produttivi. Le consultazioni che possono avvenire in 15 o 30 giorni di calendario, con un numero ridotto di incontri tra associazione datoriale e banca sociale, non sembrano contribuire alla ricerca di soluzioni alternative o complementari al licenziamento collettivo. Basti pensare, ad esempio, alla normativa italiana che prevede un termine di 75 giorni —comprensivo della fase sindacale e amministrativa delle consultazioni—, ridotto della metà in caso di licenziamento inferiore a 10 lavoratori. In effetti, la durata delle consultazioni nel licenziamento collettivo spagnolo può essere insufficiente per la negoziazione di vere misure sociali di accompagnamento, purché le parti non scelgano volontariamente di prolungare il periodo di consultazione-negoziazione (o il datore di lavoro rinunci al periodo massimo stabilito per legge).

Insieme a quanto sopra, sarebbe anche opportuno introdurre nella normativa spagnola più varchi tra la figura dell'ERTE o del Meccanismo RED (artt. 47 e 47.bis dello Statuto dei lavoratori) e il licenziamento collettivo. Si tratta, a differenza di quanto avviene nell'ordinamento italiano, che mantiene sempre un rapporto diretto tra cassa integrazione guadagni e licenziamento collettivo — o come modalità di accesso a quest'ultimo o come misura alternativa al licenziamento con negoziazione, ad esempio, di un contratto di solidarietà —, nel diritto del lavoro spagnolo sia la figura sospensiva che quella estintiva appaiono come due compartimenti stagni, non essendoci riferimenti incrociati nell'assetto normativo di entrambi i meccanismi. Infatti, l'art. 8 del regolamento del licenziamento collettivo, nel dettagliare le misure sociali di accompagnamento, non contiene neppure uno specifico cenno circa la possibilità di sospensione del contratto o

di riduzione della giornata lavorativa quale misura curativa del licenziamento collettivo. Per questo, in un'ottica di ristrutturazione socialmente responsabile e di promozione della contrattazione delle misure sociali di accompagnamento, potrebbe essere opportuno introdurre maggiori riferimenti incrociati tra queste figure, riscuotendo anche maggiori benefici in termini di bonus per contributi previdenziali se negoziati un Meccanismo ERTE o RED con l'obiettivo di ricollocare i lavoratori interessati dalla procedura di licenziamento collettivo, riconoscendo, a sua volta, la dovuta deroga all'impegno al mantenimento del rapporto di lavoro in disposizione aggiuntiva 44° della Legge spagnola sulla previdenza sociale se effettivamente avviene il trasferimento in azienda terza. Si potrebbe anche studiare di introdurre nella normativa spagnola una possibilità di trasferimento temporaneo di lavoratori tra aziende, sullo stile del distacco italiano, per favorire misure alternative alla risoluzione collettiva dei contratti di lavoro e, nello specifico, la ricollocazione dei lavoratori interessati.

Per quanto riguarda il ruolo che l'autorità del lavoro deve svolgere nella procedura di licenziamento collettivo e, in particolare, rispetto alla ricerca di soluzioni ai problemi sollevati dai licenziamenti collettivi, sarebbe necessario che detta autorità pubblica possa prorogare il termine in cui i licenziamenti non possono avere effetto. Infatti, l'art. 4.3 della Direttiva 98/59/CE apre la possibilità per l'autorità del lavoro di prorogare tale termine e prorogarlo fino a 60 giorni complessivi (e poteri di proroga ancora più ampi). Ciò può essere utile affinché l'Amministrazione del lavoro possa presentare e negoziare misure sociali in quei licenziamenti collettivi che, per la loro entità, possono colpire un numero considerevole di lavoratori o pregiudicare gravemente una determinata area geografica. Si ritiene, inoltre, opportuno che la mediazione da parte dell'autorità del lavoro sia resa possibile su richiesta di una delle parti, e non su richiesta congiunta, al fine di evitare veti e che l'Amministrazione possa svolgere più agevolmente la sua funzione di "cercatore" di soluzioni.

Per quanto riguarda il piano di ricollocazione esterna, sono già state commentate le sue carenze, che lo hanno trasformato in una "ricollocazione cartacea". Per far fronte a questa situazione occorre introdurre nella disciplina del lavoro le seguenti precisazioni: indicare espressamente l'obbligo di negoziare il piano in consultazione; precisare quale contenuto deve contenere il piano di ricollocazione esterno proposto dal datore di lavoro, senza incorrere in definizioni generiche o vaghe; richiedere al datore di lavoro di includere il costo del piano nelle informazioni; creare commissioni ad hoc per monitorare

il rispetto e l'attuazione del piano di ricollocazione esterna; integrare garanzie rafforzate nella delocalizzazione dei lavoratori maturi; aumentare i requisiti per le agenzie di outplacement, soprattutto in termini di personale qualificato, al fine di depurare il mercato e professionalizzare il settore; perseguire pratiche di concorrenza sleale tra le agenzie di outplacement, con particolare riguardo alle agenzie interinali; o intensificare il controllo da parte del Servizio pubblico per l'impiego, nonché la collaborazione pubblico-privato nella ricollocazione delle persone colpite da licenziamento collettivo immediato. Potrebbe anche essere opportuno che vengano attenuati i requisiti per ricorrere al piano di ricollocazione esterno, per il quale si potrebbe prendere a riferimento la dimensione dell'organico e non tanto il numero dei licenziamenti (il limite di 50 lavoratori in organico potrebbe essere ripreso).

È coerente con le proposte di ristrutturazione socialmente responsabile e con il raggiungimento della finalità della consultazione-negoziazione che nei licenziamenti collettivi venga dato maggior rilievo ai piani di delocalizzazione esterna. Pertanto, i piani di ricollocazione esterno, purché basati su un servizio di qualità non improntato al mero adempimento formale e alla ricerca del minor costo, potrebbero essere uno strumento adeguato per gestire con successo riqualificazioni o transizioni professionali. I piani di ricollocazione esterno possono aiutare ad affrontare le sfide poste dalla transizione digitale (e verde), per la quale è necessario basare le risposte sulla formazione, soprattutto nelle competenze digitali, per accedere ai posti di lavoro di domani.

Il ruolo dell'Ispettorato del lavoro e della previdenza sociale è fondamentale nel monitorare e controllare il rispetto della procedura di licenziamento collettivo. Pertanto, la relazione che questo organismo predispose è estremamente importante per la successiva valutazione giudiziale del licenziamento, tenuto conto della notevole specializzazione e qualificazione tecnica di coloro che la redigono e della loro immediatezza sia con il procedimento che con gli agenti coinvolti. Per questo va rafforzato il verbale dell'Ispettorato nazionale del lavoro, nel senso che è colui che verifica se sussiste la causa addotta dal datore di lavoro, se è stata consegnata la relativa documentazione, se sono state negoziate o meno misure sociali di accompagnamento durante le consultazioni o, allo stesso modo, se è stato negoziato un piano di ricollocazione esterna quando è obbligatorio. In questo senso di rivalutazione del ruolo che l'Ispettorato nazionale del lavoro deve assumere nella procedura di licenziamento collettivo è la modifica introdotta dalla Legge 3/2023 che chiede di recuperare

l'importanza del controllo causale e, in definitiva, della legalità. Inoltre, si valuta come proposta che la relazione sia notificata alle parti in modo che abbia il maggior impatto possibile. Inoltre, nella Legge spagnola sulle infrazioni e sanzioni nell'ordine sociale dovrebbe essere introdotto uno specifico illecito amministrativo nei casi di mancata negoziazione di misure alternative o complementari al licenziamento collettivo.

Per quanto riguarda il controllo giurisdizionale, in linea con la promozione della ristrutturazione legale e socialmente responsabile, va inserito un espresso riferimento all'art. 124 della Legge spagnola del processo sociale, che sancisce la nullità della procedura di licenziamento collettivo nei casi di mancata informativa sulle misure previdenziali di accompagnamento o di mancata presentazione del piano di ricollocazione esterno obbligatorio nella comunicazione iniziale, nonché nei casi di mancata vera negoziazione delle misure previdenziali di accompagnamento e anche il piano. Non è che comunque il licenziamento sia dichiarato nullo se non si negoziano misure alternative o complementari al licenziamento, si tratta che il datore di lavoro giustifica benissimo perché ciò non sia stato possibile, come può accadere a causa della situazione economica situazione dell'azienda o se tali misure sono già state eseguite in precedenza in azienda e il licenziamento collettivo è inevitabile.

Oltre a tutto quanto sopra, è obbligatorio istituire un sistema integrato di garanzie legali nella contrattazione collettiva delle ristrutturazioni aziendali. La proceduralizzazione del processo decisionale con la partecipazione dei lavoratori si presenta come la modalità più idonea per oggettivare le esigenze di ristrutturazione aziendale, per le quali è necessario attuare uno schema di democrazia deliberativa in azienda, che porti all'instaurazione di rapporti che danno maggiore priorità alla cooperazione rispetto al conflitto aperto, generalmente attraverso processi di "negoziato di gestione aziendale" e con un rinnovato ambiente di quella che è nota come "democrazia industriale".

Tuttavia, una delle misure più criticate che comportano un indebolimento del potere contrattuale dei lavoratori durante le consultazioni-negoziato del licenziamento collettivo (o di qualsiasi altra misura di flessibilità) è la possibilità riconosciuta dall'art. 41.4 dello Statuto dei lavoratori istituire commissioni ad hoc da parte dei lavoratori stessi in assenza di rappresentanza legale o sindacale. Per questo motivo si propone di riformare la norma in modo da dare priorità alle commissioni sindacali ad hoc, cioè quelle formate

dai sindacati più rappresentativi, rispetto a quelle formate dai lavoratori dell'azienda, che possono essere costituite solo in predefinito. del primo

Per quanto riguarda il problema dei gruppi di imprese, si propone di affrontare giuridicamente una configurazione di licenziamento collettivo nei gruppi di imprese per motivi di lavoro, al di là dell'obbligo documentale già esistente nei confronti dei gruppi di imprese "mercantili". Bisognerebbe inserire nella norma i criteri giurisprudenziali, i cd elementi essenziali, per formare il gruppo di lavoro aziendale (come già fatto con i criteri di trasferimento illegale inclusi nell'articolo 43 dello Statuto dei lavoratori). Allo stesso modo, dovrebbe essere specificato quale dovrebbe essere l'ambito della causa, che dovrebbe essere a livello di gruppo nel suo insieme se si tratta di una causa economica; chi sono i soggetti negoziali; quale procedura specifica dovrebbe essere seguita; come dovrebbe essere articolata la ricollocazione interna dei lavoratori in altre società del gruppo, ecc. Si tratta però di una questione che, per la sua portata e per il possibile impatto sulle aziende che hanno sede in altri Paesi, andrebbe forse risolta a livello comunitario.

Un altro ambito o centro di imputazione normativa del regime giuridico del licenziamento collettivo che non è stato adeguatamente regolamentato è quello lavorativo. In effetti, questo è uno degli estremi che non è stato correttamente recepito dalla direttiva 98/59/CE dal legislatore spagnolo. Dopo la sentenza della CGUE Rabal Cañas, che ha ammesso il doppio computo tra luogo di lavoro o impresa a seconda che beneficiasse dell'effetto utile della direttiva, la giurisprudenza spagnola ha dovuto compiere uno sforzo interpretativo attraverso il principio di interpretazione conforme per includere l'opzione del centro di lavoro nei requisiti di cui all'art. 51.1 dello Statuto dei lavoratori. Tuttavia, la Corte Suprema ha ridotto questa opzione al fatto che il posto di lavoro ha 20 lavoratori, cosa che non corrisponde alla sentenza della Corte di Lussemburgo. Per questo un eventuale intervento legislativo dovrebbe chiarire questo aspetto, includendo il doppio conteggio dell'azienda/centro di lavoro senza imporre questo limite di 20 lavoratori occupati sul posto di lavoro.

In linea con l'ampliamento dell'ambito di applicazione dei licenziamenti collettivi, il requisito di un minimo di 10 licenziamenti esclude di fatto le PMI, che sono la maggioranza nel nostro Paese, salvo il caso di chiusura di un'azienda con più di 5 lavoratori. Potrebbe essere studiata l'attuazione di una sorta di procedura di consultazione-negoziazione attraverso la gestione dei conflitti congiuntamente da parte



dei lavoratori di queste organizzazioni. Certo, dovrebbe essere una procedura molto meno rigorosa, flessibile e meno impegnativa.

Un altro degli elementi che deve figurare all'interno di quella che deve essere intesa come ristrutturazione legale e socialmente responsabile è l'adeguata selezione dei lavoratori interessati dal licenziamento collettivo, nel senso di cercare di selezionare coloro che hanno minori difficoltà nel loro reinserimento lavorativo. Pertanto, la politica di espulsione dei lavoratori maturi attraverso il pensionamento anticipato incentivato, il prepensionamento o in generale la fissazione di criteri di selezione basati sull'età integrati da miglioramenti volontari della previdenza sociale non implica un meccanismo di ristrutturazione responsabile, in quanto ciò va contro la stessa sostenibilità delle pensioni pubbliche, indipendentemente dal fatto che possano dar luogo a situazioni di discriminazione basate sull'età. Inoltre, la Previdenza Sociale non può essere al servizio di operazioni di ristrutturazione aziendale, tanto meno di aziende ad alte prestazioni che escludono dal mercato del lavoro i lavoratori maturi, poiché deve restare a copertura di vere situazioni di bisogno originate dai cittadini.

In tal senso, sarebbe necessario introdurre criteri giuridici nella selezione dei lavoratori interessati dalla procedura di licenziamento collettivo, al di là del gruppo di lavoratori con priorità di permanenza in azienda (i rappresentanti dei lavoratori) e, almeno, in assenza di criteri concordati nella contrattazione collettiva o nel contratto collettivo di licenziamento. Infatti, per quanto i tribunali abbiano interpretato quali requisiti debbano soddisfare i criteri di selezione forniti dal datore di lavoro nella comunicazione iniziale, è anche vero che la norma è eccessivamente parsimoniosa in quanto non prevede alcun riferimento oltre il loro contributo nella comunicazione iniziale e dei gruppi con priorità di permanenza. In tal senso si potrebbe optare per il modello italiano che prevede la vecchiaia come "criterio sociale" da tenere in considerazione nella nomina dei lavoratori (favorendo la permanenza in azienda), di carattere sussidiario rispetto a quanto stabilito nella contrattazione collettiva o nel contratto collettivo di consultazioni.

Occorre inoltre migliorare gli strumenti normativi che scoraggiano la selezione di lavoratori maturi in licenziamento collettivo, come la convenzione speciale con la Previdenza Sociale (art. 51.9 dello Statuto dei lavoratori) o il contributo all'Erario (art. 51.11 dello Statuto dei lavoratori). Da un lato, il contributo economico al Tesoro pubblico dovrebbe essere semplificato e accelerato; dovrebbe essere rivolto a tutte le aziende che

hanno un minimo di 50 lavoratori, tenendo conto del numero esiguo di aziende in Spagna che hanno più di 100 lavoratori a libro paga; e tutti i fondi ottenuti con questa misura dovrebbero essere utilizzati per coprire i costi delle politiche attive del lavoro finalizzate alla ricollocazione dei lavoratori maturi. In merito alla convenzione speciale con la Previdenza Sociale di cui all'art. 51.9 dello Statuto dei lavoratori sarebbe necessario chiarirne la natura giuridica, come credito di lavoro o previdenziale, al fine di agevolare l'obbligo di adempimento da parte del datore di lavoro. Sarebbe opportuno che, una volta stipulata la convenzione speciale, essa costituisca un'obbligazione previdenziale e che, pertanto, possa essere suscettibile di pretesa debitoria da parte della Tesorería General de la Seguridad Social, anche in via esecutiva. Inoltre, è necessario anche far convergere le età di fine contribuzione con le età di pensionamento anticipato involontario, in modo che il datore di lavoro contribuisca, almeno, fino a quando il lavoratore possa accedere al pensionamento anticipato.

In attesa della decisione nel merito della CEDS in merito alle istanze collettive presentate da UGT e CCOO, tutto fa pensare che il sistema spagnolo di indennizzo per licenziamento senza giusta causa sarà dichiarato incompatibile con la Carta sociale europea riveduta. In tal senso, potrebbe essere giusto e fungere anche da meccanismo dissuasivo, che il potere di decidere tra indennizzo o reintegrazione sia attribuito al lavoratore stesso nel caso in cui un licenziamento sia dichiarato illegittimo. Potrebbe anche sembrare opportuno smantellare il sistema di indennizzo del licenziamento verso uno più equo, che stabilisca l'importo in base alla situazione personale del lavoratore, tenendo conto di una serie di parametri oggettivi, al fine di risarcire efficacemente il danno causato. Tuttavia, la soluzione più percorribile potrebbe essere quella di recuperare l'annullamento in caso di licenziamento "ingiusto" o "senza causa evidente", poiché ciò eviterebbe un sistema risarcitorio o un'interpretazione più o meno aperta dell'adeguato compenso per parte del giudice

Tuttavia, vale la pena chiedersi come questa eventuale decisione nel merito del CEDS delle domande collettive presentate dai sindacati spagnoli possa incidere sul licenziamento collettivo. Se infine la sentenza ritiene che l'indennità per licenziamento senza giusta causa violi l'art. 24 CSEr, i giudici spagnoli applicheranno con maggior forza la dottrina della CEDS attraverso il controllo della convenzionalità, riconoscendo un adeguato indennizzo secondo i parametri che saranno stabiliti in giudizio, in attesa della modifica legale. In tal caso, i lavoratori interessati da un licenziamento collettivo

dichiarato non conforme alla legge con impugnazione collettiva possono richiedere tale congruo indennizzo in sede giudiziaria. Ma la cosa più importante è che i lavoratori potranno impugnare individualmente le cause del licenziamento per ottenere l'indennità di cui all'art. 24 CSEr, anche se è stato raggiunto un accordo sulla procedura di licenziamento collettivo. Infatti, la sentenza della Corte Costituzionale 140/2021, del 12 luglio, ha invalidato che l'intesa tuteli una successiva contestazione giudiziale in sede individuale sul concorso delle cause.

Il diritto del lavoro spagnolo, invece, non prevede una specifica procedura di licenziamento collettivo in caso di delocalizzazione aziendale, contrariamente a quanto disciplina il legislatore italiano (sebbene sia stato già commentato che tale procedura non si limita ai processi di delocalizzazione), poiché non è richiesto il trasferimento dell'unità produttiva autonoma all'estero, ma grosso modo un licenziamento collettivo con cessazione dell'attività in una grande azienda). Per questo motivo, al di là del Fondo europeo di adeguamento alla globalizzazione (FEG) e sebbene la nostra norma nazionale preveda alcune sanzioni relative al rimborso degli aiuti pubblici in alcuni settori e al rimborso degli incentivi all'assunzione in caso di delocalizzazione aziendale, l'"antidelocalizzazione" italiana procedura potrebbe farci riflettere se il diritto del lavoro spagnolo disponga di meccanismi sufficienti per proteggere i lavoratori interessati da questi processi di ristrutturazione.

Basta guardare alla normativa italiana per verificare le maggiori garanzie che mancano al nostro ordinamento giuridico, come il lungo periodo di tempo che deve trascorrere per i consulti e, quindi, per ricercare soluzioni al licenziamento collettivo (180 giorni complessivi se si tiene conto tenere conto del termine di 60 giorni per la presentazione del piano e di 120 giorni per la sua discussione); il blocco dei licenziamenti fino all'esaurimento di tale procedura prima del licenziamento collettivo "comune" (con sanzione della nullità); e, soprattutto, l'obbligo di presentare un piano sociale che limiti le perdite occupazionali ed economiche che possono essere causate dalla chiusura e dal trasferimento dell'azienda all'estero, in linea con quella che è stata la responsabilità sociale d'impresa e la ristrutturazione responsabile. Ultimo elemento, quello del piano sociale, che viene rafforzato dalle importanti sanzioni che vengono comminate tramite il ticket di licenziamento in caso di mancata o errata presentazione.

Rispetto a quest'ultima considerazione, va valutato positivamente il nuovo "processo di reindustrializzazione" che si intende introdurre nell'ordinamento spagnolo

con il Ddl Industria. Infatti, detta legge in attesa di elaborazione parlamentare disciplina nel suo capo IV del titolo II un processo di reindustrializzazione che è destinato ai casi di perdita significativa di capacità industriale, quando l'autorità del lavoro competente in caso di fascicolo di regolamentazione del lavoro è l'Amministrazione generale dello Stato; oppure vi è il coinvolgimento di risorse ritenute essenziali e/o di natura strategica. Tale processo avrà la finalità di analizzare, valutare ed articolare misure che consentano di decidere, ove opportuno, e monitorare un eventuale Piano di reindustrializzazione dell'attività produttiva volto a prevenire, correggere o mitigare gli effetti del procedimento di ristrutturazione. Si tratta, in sintesi, di un processo che viene avviato da una comunicazione dell'azienda alla Segreteria Generale per l'Industria e le Pmi del Governo in un periodo precedente alla chiusura o riduzione dell'attività di 9 mesi, affinché acconsenta, se i presupposti sono incontrati, la costituzione del Consiglio per la reindustrializzazione, con la partecipazione delle Comunità autonome interessate, la cui funzione essenziale sarà quella di predisporre un piano di reindustrializzazione.

Insomma, il legislatore spagnolo, seguendo le orme di quello italiano, intende introdurre nell'ordinamento un meccanismo di reindustrializzazione (e ammortizzazione del corrispondente licenziamento collettivo) nei casi di perdita di capacità industriale nazionale e di lesione di settori strategici. Si può dire che si tratta di una procedura specifica, dove gioca un ruolo fondamentale l'intervento dell'Amministrazione, che si aggiunge alla procedura comune di licenziamento collettivo con l'obiettivo di alleviare i rilevanti effetti dannosi che questi processi di ristrutturazione hanno sulla popolazione e l'economia spagnola in generale e nel territorio interessato in particolare. Occorrerà, tuttavia, prestare attenzione all'iter parlamentare e alla definitiva promulgazione della legge per un'analisi più esaustiva e critica di tale processo di reindustrializzazione, in attesa dell'introduzione di adeguati strumenti giuridici o di sufficienti misure sanzionatorie per la sua effettiva ottemperanza alle e, quindi, la nuova procedura non diventa "carta straccia".

Le nuove sfide poste dalla Quarta Rivoluzione Industriale e dai cambiamenti climatici, accresciuti in un mondo globalizzato o interconnesso, rendono necessario promuovere un coinvolgimento offensivo, propositivo e preventivo di tutti gli attori coinvolti nel conflitto (lavoratori, imprenditori e Stato), al fine di trovare soluzioni alternative o complementari al licenziamento collettivo. Soluzioni che si basano su un miglioramento della produttività, innovazione e lavoro dignitoso, per garantire una

transizione digitale e verde equa. Diversamente, gli effetti potenziali di una disciplina del licenziamento collettivo che consenta principalmente di aumentare la retribuzione o di espellere dal mercato del lavoro i lavoratori maturi, pur con costi crescenti (sezioni 9 e 11, art. 51 dello Statuto dei lavoratori), potrebbero essere devastanti, soprattutto se la distruzione dell'occupazione si concentra su alcune aree locali, approfondendo il problema dello spopolamento. In tal senso, l'adeguamento permanente delle imprese attraverso la formazione deve svolgere un ruolo fondamentale per garantire le transizioni occupazionali e non lasciare indietro nessuno, agendo sul meccanismo di RETE per la Flessibilità e Stabilizzazione del Lavoro (art. 47-bis dello Statuto dei lavoratori) come adeguata misura alternativa al licenziamento collettivo.

Occorre infine che il piano di accompagnamento sociale si inserisca in una logica di “gestione collettiva” o di “negoziato partecipata”, mediante la quale si tenti di conciliare razionalità economica e razionalità sociale in una direzione di codecisione negoziale dei processi di ristrutturazione e crisi aziendali. Per questo è necessario cambiare anche il modello che supera la concorrenza basata sulla riduzione del costo del lavoro e punta sulla competitività basata su conoscenza, qualità e innovazione in azienda. A ciò contribuisce la cosiddetta “flessibilità offensiva”, che cerca il coinvolgimento dei lavoratori nella produttività e nella qualità del prodotto in cambio di varie garanzie e benefici lavorativi; persegue la partecipazione propositiva e preventiva di tutti gli attori coinvolti nel conflitto (impresa, lavoratori e Stato); privilegia la stabilità del posto di lavoro, l'ammodernamento della tecnologia e la formazione professionale; così come si costruisce sulla contrattazione collettiva settoriale, senza escludere la consultazione sociale o il patto aziendale, quest'ultimo come modalità di individuazione delle condizioni e dell'organizzazione del lavoro.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABRIL LARRÁINZAR, M.P.: *Información, consulta y negociación en el despido colectivo*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2016.
- AGUSTÍ MARAGALL, J.: “La mayor exigencia informativa en la comunicación de despido por causas objetivas y en la justificación de la concreta afectación individual (ex art. 53.4 et)”, *Jurisdicción social: Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, N.º 207, 2020, pp. 26-35.
- AIBAR BERNAD, J.: “Las medidas de naturaleza socio-laboral comprendidas en el Plan Nacional de Recuperación y Resiliencia de Italia”, *Trabajo y Derecho*, N.º 98, 2023.
- ALBI, P.: “La reforma Monti-Fonero e i licenziamenti collettivi”, *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT*, N.º 161, 2012.
- ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, Navarra, Aranzadi, 2015.
- ALES, E. y D'AVINO, E.: “Italy”, en VV.AA.: *Restatement of Labour Law in Europe Volume III: Dismissal Protection*, edición a cargo de WAAS, B., publicada por C.H.Beck, Hart y Nomos, 2023, pp. 565-621.
- ALFONSO MELLADO, C.L. y FABREGAT MONFORT, G.: *Negociación en la empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A.: “Negociación colectiva y flexibilidad interna: la flexibilidad interna negociada”, en VV.AA.: *El sistema de negociación colectiva en España: estudio de su régimen jurídico*, MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, M.N. y TOMÁS JIMÉNEZ, N. (Coords.), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2013.
- “El papel de otras agencias y entidades en la colocación”, en VV.AA.: *La política y el Derecho del empleo en la nueva sociedad del trabajo. Libro homenaje a la profesora Rosa Quesada Segura*, Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2016.
- ALTÉS TÁRREGA, J.A., BLASCO PELLICER, Á. y NORES TORRES, L.E.: *El despido objetivo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.
- ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A.: “Los acuerdos de reestructuración en empresas sin representantes unitarios de los trabajadores”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, N.º 67, 2002, pp. 111-127.
- “Informe sobre la regulación del despido colectivo en Europa”, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, N.º 99, 2009.
- ANCOS FRANCO, H. y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “Marco normativo de la responsabilidad social empresarial”, en VV.AA.: *La responsabilidad social de las organizaciones*, SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. (Dir.) y GRAU RUIZ, M.A. (Coord.), Madrid, Editorial Grupo 5, 2013.

- ANDIÓN JIMÉNEZ, C.: “Sindicatos, representantes y comisiones en la adopción de medidas laborales de flexibilidad externa”, en ORTEGA LOZANO, P.G. y GUINDO MORALES, S. (Dir. y Coords.), *Viabilidad de las empresas, mantenimiento del empleo y medidas de flexibilidad externa en la reestructuración empresarial*, Granada, Comares, 2022.
- APARICIO ALDANA, R.K. y UBILLÚS BRACAMONTE, R.E.: “El despido ad nutum como medida inconstitucional de reestructuración laboral”, *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, N.º 10, 2014.
- ARAGÓN GÓMEZ, C.: “El convenio especial con la seguridad social en los despidos colectivos que afecten a trabajadores maduros”, en VV.AA.: *Reestructuraciones empresariales. Comunicaciones del XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2021.
- ARAGÓN MEDINA, J.; ROCHA SÁNCHEZ, F.; FUENTE SANZ, L. DE LA.: *Los planes sociales en los procesos de reestructuración de empresas en España*, Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2010.
- ARAGÜEZ VALENZUELA, L.: “El papel de los representantes de los trabajadores y la negociación colectiva ante la toma automatizada de decisiones empresariales mediante algoritmos digitales”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, N.º 1, 2023, pp. 127-153.
- ARELLANO ORTÍZ, P.A.: “Trabajo decente”, en VV.AA.: *Diccionario Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, BAYLOS GRAU, A.P., FLORENCIO THOMÉ, C. y GARCÍA SCHWARZ, R. (Coords.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 2065-2067.
- ARIAS DOMÍNGUEZ, Á.: “Tres años de reforma del despido colectivo: ¿ha conseguido su propósito el legislador?”, Madrid, Dykinson, 2014.
- AUVERGNON, P.: “De Declaración en Declaración de la OIT: El trabajo decente, lema de acompañamiento social de la globalización (1)”, en *Relaciones Laborales*, núm. 15, 2012, pp. 121-139.
- BARROS GARCÍA, M.: “¿Continúa vigente la “doctrina del vínculo” tras la modificación de la Ley de Sociedades de Capital?”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, N.º 41, 2015.
- BAYLOS GRAU, A.P.: “La desconstitucionalización del trabajo en la reforma laboral del 2012”, en VV.AA.: *La flexibilidad interna y los despidos colectivos en el sistema español de relaciones laborales*, Barcelona, Huygens, 2014.
- *Deslocalizaciones de empresas y despidos colectivos*, Albacete, Bomarzo, 2022.
- BAZ RODRÍGUEZ, J.: “El despido colectivo en las empresas de grupo. Viejos y nuevos problemas, tras el cambio de modelo normativo (2012-2014)”, *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, N.º 1, 2015.

- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Reformas laborales y “asiatización” de las condiciones de trabajo: el tránsito (inacabado) hacia el nuevo paradigma de las relaciones laborales”, *IUSLabor*, N.º 3, 2014, versión digital.
- “Valor social del trabajo y el despido injustificado “agravado”: la indemnización complementaria a la legal tasada como instrumento de “disuasión marginal”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, N.º 1, 2022.
- BENAVENTE TORRES, M.I.: “Las comisiones *ad hoc* en los períodos de consulta/negociación”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, N.º 124, 2014, pp. 121-156.
- BINI, S.: “Contributo allo studio del demansionamento del lavoratore in Italia”, *Diritto delle Relazioni Industriali*, N.º 1, 2016, pp. 211-238.
- BLASCO PELLICER, A.: *Los expedientes de regulación de empleo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.
- *La extinción del contrato de trabajo en la reforma laboral de 2012*, Valencia, Tirant lo Blanch. 2013.
- BONOMO, M.; D’ONOFRIO, E.; MARESCA, A. y ORLANDO, A.: “Crisi occupazionali e misure alternative ai licenziamenti collettivi”, *Lavoro Diritti Europa. Rivista nuova di Diritto del lavoro*, N.º 3, 2021, versión digital.
- BRUN, S.: “Trasformazione dei tempi di lavoro ed esigenze organizzative dell’impresa”, *Rivista italiana di Diritto del lavoro*, N.º 2, 2011, pp. 1-27, versión digital.
- CABEZA PEREIRO, J.: “La flexibilidad interna y su regulación en España, una reflexión en clave crítica de la Reforma Laboral del 2012”, en VV.AA.: *Flexibilidad interna e innovación en la empresa*, LANDA ZAPIRAIN, J.P. (Coord.), Madrid, Dykinson, 2013.
- “La última jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en torno a la Directiva de despidos colectivos: un problema de conceptos y de políticas legislativas”, *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, N.º 10, 2015, pp. 81-96.
  - “El concepto de trabajador en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Documentación laboral*, N.º 113, 2018, pp. 45-58.
- CARINCI, M.T.: “L’obbligo di «ripescaggio» nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo di tipo economico alla luce del *Jobs Act*”, *Rivista Italiana di Diritto del lavoro*, N.º 2, 2017, pp. 203-240.
- “El rediseño constitucional de la tutela contra el despido individual en Italia”, *Trabajo y Derecho*, N.º 60, 2019, pp. 14-30.
- CASAS BAAMONDE, M.<sup>a</sup> E.: “Causalidad del despido colectivo, autorización administrativa y negociación colectiva”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, N.º 19, 1996.



- “Mediación, arbitraje y períodos de consultas”, *Relaciones Laborales*, N.º 4, 2013, versión electrónica.
- “Unidades de cálculo de los umbrales numéricos del despido colectivo, el centro de trabajo y la empresa y extinciones contractuales computables. Los efectos de la sentencia del Tribunal de Justicia Rabal Cañas en la regulación del despido colectivo por el Estatuto de los Trabajadores”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, N.º 4, 2015.

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

CAVAS MARTÍNEZ, F. y SEMPERE NAVARRO, A.V.: “La delimitación del contrato de trabajo en la jurisprudencia unificada del Tribunal Supremo”, en VV.AA.: *Las fronteras del contrato de trabajo en la jurisprudencia*, SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir.) y MALDONADO MONTOYA, J.P. (Coord.), Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2020, pp. 109-205.

CAVAS MARTÍNEZ, F.: “La legitimación en el proceso de impugnación del despido colectivo del art. 124 LRJS”, *Revista Derecho Social y Empresa*, N.º 9, 2018.

CEGARRA CERVANTES, F.: “El convenio especial de la seguridad social en los despidos colectivos que afecten a personas trabajadoras de cincuenta y cinco o más años: un examen de su procedencia en los casos de situación preconcursal”, en VV.AA.: *Reestructuraciones empresariales. Comunicaciones del XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2021.

CERVERA SOTO, T. y CID BABARRO, C.: *El despido colectivo. Claves prácticas y análisis jurisprudencial*, Valladolid, Lex Nova, 2016.

CHARRO BAENA, P. Y GUERRERO JAREÑO, R.: “La jubilación forzosa y la gestión de la diversidad generacional en la empresa: ¿dos conceptos antagónicos?”, en VVAA: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible: III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, ORTIZ CASTILLO, F. (Ed.), Tomo II, Murcia, Laborum, 2019.

COLOMBO, D.: “Licenziamento collettivo dei manager”, *Diritto & Pratica del Lavoro*, N.º 5, 2015, pp. 285-289.

COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA: Libro Verde. Reestructuración y previsión del cambio: ¿qué lecciones sacar de la experiencia reciente? De 2012 [Bruselas, 17.1.2012. COM (2012) 7 final. SEC (2012) 59 final).

CORTI, M. y SARTORI, A.: “La riforma delle politiche passive e attive del lavoro. La nuova CIG, l’avvio di gol e il lancio del piano nuove competenze”, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, N.º 2, 2022, pp. 65-79.

CRUZ VILLALÓN, J.: “La aplicación de la Directiva sobre despidos colectivos”, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, N.º 44, 1997, pp. 27-71.

- “Hacia una nueva concepción de la legislación laboral”, *Temas laborales*, N.º 115, 2012, pp. 13-53.
- CUESTA, J.: “El Ministerio de Trabajo en la II República Española (1931-1939)”, *Sociología del Trabajo*, N.º 99, 2021, pp. 185-203.
- DE CASTRO MARÍN, E.: *Despido colectivo “de hecho”. Aspectos controvertidos en la aplicación práctica del art. 51.1 ET*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2018.
- DE LA CASA QUESADA, S.: “Las empresas de recolocación (“outplacement”) y nuevos derechos del trabajador a la prevención del desempleo”, *Trabajo: Revista iberoamericana de relaciones laborales*, N.º 20, 2007, pp. 137-168.
- DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “El despido por causas empresariales”, en VV.AA.: *Reestructuraciones empresariales. XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2021.
- DE LA VILLA GIL, L.E.: “Comisiones laborales y comisiones sindicales. Una sorpresa escondida en la reforma laboral de 2010”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, N.º 23, 2011, pp. 1-27.
- “El acuerdo de finalización del periodo de consultas. Naturaleza y contenido posible”, en GODINO REYES, M. (Dir.), *Tratado de despido colectivo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- DEL REY GUANTER, S.: “La fase previa al periodo de consultas: La comunicación de la intención de iniciar un proceso de despido colectivo y la solicitud de designación de la comisión representativa de los trabajadores”, en VV.AA.: *Tratado de despido colectivo*, GODINO REYES, M. (Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- DE MOZZI, B.: “Questioni introduttive in tema di licenziamento collettivo nel c.d. Jobs Act”, *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT*, N.º 353, 2018.
- DESDENTADO BONETE, A. y DESDENTADO DAROCA, E.: *Grupos de empresas y despidos económicos*, Valladolid, Thomson-Reuters-Lex Nova, 2014.
- DESDENTADO BONETE, A.: “Los despidos económicos tras la reforma de la Ley 3/2012. Reflexiones sobre algunos problemas sustantivos y procesales”, *Actualidad Laboral*, N.º 17, 2012.
- “Marked by invalidations. The consultation period in collective redundancies”, *Spanish Labour Law and Employment Relations Journal*, N.º 1-2, 2015.
  - “La delimitación legal del despido colectivo. El despido colectivo de hecho”, en VV.AA.: *Tratado de despido colectivo*, GODINO REYES, M. (Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- DÍAZ AZNARTE, M.T.: “La mediación y el arbitraje como vías de gestión de la conflictividad laboral”, *Temas Laborales*, N.º 140, 2017.

- ESPOSITO, M.; GAETA, L.; ZOPPOLI, A. y ZOPPOLI, L.: *Diritto del lavoro e sindacale*, Turín, Giappichelli, 2021.
- FALGUERA BARÓ, M.A.: “El acuerdo en el periodo de consultas”, en VV.AA., *XXVI Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva organizadas por la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos*, Madrid, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2013.
- *El procedimiento del despido colectivo y el desarrollo del período de consultas: criterios judiciales*, Albacete, Bomarzo, 2015.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: “Capítulo IX. Procedimientos de regulación temporal de empleo (art. 47 ET)”, en VV.AA.: *La reforma laboral de 2021: estudio técnico de su régimen jurídico*, Murcia, Laborum, 2022.
- “La flexibilidad interna en el contexto del despido colectivo”, en VV.AA.: *Medidas de flexibilidad interna como alternativa y solución en un nuevo derecho del trabajo garantista: estudio de flexibilidad funcional, temporal, espacial, sustancial y suspensiva en un marco de reformas laborales*, MONEREO PÉREZ, J.L.; GORELLI HERNÁNDEZ, J. y ALMENDROS GONZÁLEZ, M.Á. (Dir.), Granada, Comares, 2022, pp. 757-780.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: “Fallecimiento del empresario sin sucesión hereditaria y despido colectivo a la luz de la Directiva 98/59/CE (STJCE 323/08, Asunto Rodríguez Mayor)”, *Noticias de la Unión Europea*, N.º 321, 2011.
- FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: *El convenio especial. Una respuesta al futuro de las prestaciones de la Seguridad Social*, Navarra, Lex Nova. Thomson Reuters, 2013.
- FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A.: “Evolución histórica de la exigencia de autorización administrativa en los despidos colectivos”, *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, N.º 33, 1994.
- JURADO SEGOVIA, Á.: “Robotización/automatización y despido objetivo por causas técnicas (Art. 52 c ET)”, *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, N.º 3, 2020.
- GAMBACCIANI, M.: *Impresa e lavoro: il nuovo bilanciamento nei licenziamenti collettivi*, Roma, Roma Tre Press, 2017.
- GARCÍA FERNÁNDEZ, M., “La extinción de la relación laboral en la Ley 11/1994, de 19 de mayo”, *Actualidad Laboral*, N.º 30, 1994.
- GARCÍA MURCIA, J.: “Las causas de despido colectivo: causas técnicas, organizativas y de producción”, en VV.AA.: *Tratado de despido colectivo*, GODINO REYES, M. (Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- GARCÍA-NEBLE NEBLE, A.: *La forma de los despidos por crisis: desde la Ley de Jurados Mixtos de 1931 hasta la Ley del Estatuto de los Trabajadores de 1980*, Tesis doctoral leída el 9 de febrero de 2016 en la Universidad de Huelva, bajo la dirección de la Profesora María Fernanda Fernández López.

- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “El principio de correspondencia representativa como límite en la negociación de empresa”, en VV.AA.: *Anuario laboral 2015: doctrina científica, casos prácticos y doctrina administrativa*, Valladolid, Lex Nova, 2015.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., y MERCADER UGUINA, J.R.: “La iniciación del procedimiento de despido colectivo por los grupos patológicos: algunos extraños efectos”, *Revista de Información Laboral*, N.º 1, 2015.
- “La reformulación jurisprudencial del art. 51 ET: la STS 17 de octubre de 2016 fija que un despido es colectivo si supera el umbral legal en un único centro con más de 20 de trabajadores”, *Revista de Información Laboral*, N.º 11, 2016.
  - “La protección de los trabajadores frente al despido en la historia de la OIT”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, N.º 147, 2020, pp. 325-351.
- GARCÍA RODRÍGUEZ, B.: “La fase previa al periodo de consultas. La designación de la comisión representativa de los trabajadores”, en VV.AA.: *Tratado de despido colectivo*, GODINO REYES, M. (Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- GARCÍA ROMERO, B.: “La menor indemnización pactada para los trabajadores mayores de 60 años afectados por un despido colectivo no constituye una discriminación por razón de edad”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, N.º 2, 2023, versión digital.
- GIL ALBURQUERQUE, R.: “La fase previa al periodo de consultas: la comunicación de inicio del periodo de consultas a la representación de los trabajadores y a la autoridad laboral”, en VV.AA.: *Tratado de despido colectivo*, GODINO REYES, M. (Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- GIL Y GIL, J.L.: “El trabajo decente como objetivo de desarrollo sostenible”, en *Revista jurídica de los derechos sociales. Lex Social*, núm. 1, 2020.
- GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P.: “La respuesta anticipada del legislador al riesgo de crisis de empleo: el nuevo mecanismo red de flexibilidad y estabilización del empleo”, *Labos*, N.º extraordinario “La reforma laboral de 2021”, 2022, pp. 97-110.
- GODINO REYES, M.: “El periodo de consultas. El valor de las propuestas de las partes durante el periodo de consultas y la eventual vinculación a las mismas para la decisión final en caso de finalización sin acuerdo”, en GODINO REYES, M. (Dir.), *Tratado de despido colectivo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 350-370.
- GOERLICH PESET, J.M.: *La extinción del contrato de trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994.
- “La reforma de la extinción del contrato de trabajo”, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, N.º 107, 2010.
  - “Los grupos de sociedades en la jurisprudencia social reciente: puntos críticos”, *Revista de información laboral*, N.º 5, 2014.

- GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.: “La intervención de la Inspección de Trabajo en los despidos colectivos”, en VV.AA.: *Tratado de despido colectivo*, MARTÍN GODINO, R. (Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 483-514.
- GÓMEZ ABELLEIRA, F.J. y DÍAZ ZAFORAS, D.: “La construcción judicial del concepto de despido colectivo por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Europeo*, N.º 57, 2016.
- GONZÁLEZ DE PATTO, R.M<sup>a</sup>.: “El modelo español de despido colectivo: puntos críticos a la luz de la jurisprudencia comunitaria y su contradictoria recepción en la doctrina judicial”, *Estudios financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, N.º 401-402, 2016, pp. 71-100.
- “El TJUE y el proceso de revisión del régimen jurídico de despido colectivo: ¿“héroe” o “villano”?”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, N.º 5, 2019.
  - “El impacto de la reciente jurisprudencia comunitaria en el régimen jurídico español de despido colectivo”, en VV.AA.: *Impacto sobre la legislación laboral española de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: XXXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, MOLINA NAVARRETE, C. (Coord.), Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2019, pp. 165-206.
- GONZALEZ-POSADA MARTINEZ, E.: “La configuración del despido colectivo en el Estatuto de los Trabajadores”, *Actualidad Laboral*, N.º 2, 1995.
- GOÑI SEIN, J.L.: “El nuevo modelo normativo de despido colectivo implantado por la Ley de reforma laboral de 2012”, *Documentación Laboral*, N.º 95-96, 2012.
- GUALDA ALCALÁ, F.J. y GUALDA ALCALÁ, M.: *La aplicación del despido colectivo por la doctrina judicial*, Albacete, Bomarzo, 2016.
- GUINDO MORALES, S.: *Caracterización jurídica y causas del despido objetivo en la normativa, doctrina y jurisprudencia tras las recientes reformas laborales*, Granada, Comares, 2020.
- GUTIÉRREZ COLOMINAS, D.: “El centro de trabajo como unidad de referencia física subsidiaria para el cálculo de las extinciones de los despidos colectivos”, *IUSlabor*, N.º 2, 2015.
- GUTIÉRREZ VELASCO, I.: “El “trabajador europeo” se pone en forma”, *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, N.º 19, 2016.
- HERRERA DUQUE, M.J.: “El período de consultas: el contenido y valor de las actas elaboradas durante el periodo de consultas”, en GODINO REYES, M. (Dir.), *Tratado de despido colectivo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- LARENZ, K.: *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, edición al cuidado de J.L. MONEREO PÉREZ, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2002.
- LILLO PÉREZ, E.: “Consideraciones sobre la prioridad aplicativa del convenio de empresa y medidas de flexibilidad interna frente a los despidos colectivos”, en

- VV.AA.: *Balance crítico de la reforma laboral*, GUTIÉRREZ VELASCO, I. (Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 75-94.
- LÓPEZ BALAGUER, M.: “Las agencias de colocación”, en VV.AA.: *Medidas de protección y políticas de formación y contratación para los desempleados*, ROQUETA BUJ, R. (Dir.) y TATAY PUCHADES, C. (Coord.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 657-692.
- LÓPEZ CABALLERO, Á: *Reestructuraciones socialmente responsables*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.
- LÓPEZ CUMBRE, L.: *La prejubilación*, Madrid, Civitas, 1998.
- “Capítulo 9. La prejubilación”, en VV.AA.: *Tratado de Derecho de la Seguridad Social. Tomo II*, MONEREO PÉREZ, J.L. et al. (Dirs.), Murcia, Laborum, 2017, pp. 37-60.
- LÓPEZ INSUA, B.M: “El despido colectivo y los trabajadores de edad avanzada”, en VV.AA.: *Envejecimiento activo y vida laboral*, MONEREO PÉREZ, J.L. y MALDONADO MOLINA, J.A (Dirs.), Granada, Comares, 2019, págs. 409-437.
- “La protección frente al despido de los trabajadores mayores como elemento para la sostenibilidad de las pensiones”, *e-Revista Internacional de la Protección Social*, N.º 1, Vol. 3, 2018, pp. 74-108.
  - “El plan de recolocación externa para los trabajadores afectados en despidos colectivos”, en VV.AA.: *Viabilidad de las empresas, mantenimiento del empleo y medidas de flexibilidad externa en la reestructuración empresarial*, ORTEGA LOZANO, P.G. y GUINDO MORALES, S. (Dirs. y Coords.), Granada, Comares, 2022, pp. 89-110.
- LOREA, L.: *Licenziamento collettivo, gruppi di imprese e tutele dei lavoratori*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2021.
- MALDONADO MOLINA, J.A.: “Trabajadores maduros y pensionistas productivos. El envejecimiento activo laboral”, en: VVAA: *Envejecimiento activo y vida laboral*, MONEREO PÉREZ, J.L., Y MALDONADO MOLINA, J.A. (Dirs.), Granada, Comares, 2019.
- “La reforma de la Pensión de Jubilación en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, N.º 30, 2022, pp. 63-89.
- MAMMONE, G.: “Capitolo V. La regolazione dei licenziamenti collettivi: itinerari legislativi ed orientamenti giurisprudenziali”, en VV.AA.: *Il licenziamento collettivo in Italia nel quadro del Diritto dell’Unione Europea*, a cargo de COSIO, R; CURCURUTO, F y FOGLIA, R., Milán, Giuffrè Editore, 2016, pp. 111-149.
- MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: “El régimen del despido colectivo en el ordenamiento europeo: contrastes y fricciones con el ordenamiento español”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, N.º 127, 2017.

- MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, Madrid, Tecnos, 2017.
- MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: “El derecho social de la Unión Europea. Reflexiones a propósito del sistema de fuentes”, *LA LEY Unión Europea*, N.º 8, 2013.
- “Despidos colectivos de trabajadores de edad avanzada y protección social: entre la discriminación y la eficiencia”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, N.º 430, 2019, pp. 15-51.
- MARTÍNEZ MOYA, J.: “Legitimación activa de los sindicatos para impugnar un despido colectivo de hecho en empresa de reparto a través de plataformas digitales: interpretación de la legitimación procesal en clave constitucional y como presupuesto del proceso”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, N.º 8, 2022.
- MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornadas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- MERCADER UGUINA, J.R.: “El desconcertante mundo de los grupos “laborales” de empresas y sus nuevas formulaciones jurisprudenciales”, en AA.VV.: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, 2015.
- “El periodo de consultas: la intervención de la autoridad laboral durante el período de consultas”, en VV.AA.: *Tratado de despido colectivo*, MARTÍN GODINO, R. (Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 401-434.
  - *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.
- MILLÁN MORO, L.: “Tribunal de Justicia de la Unión Europea -- TJUE - Sentencia del Tribunal de Justicia de 15.1.2014 (Gran Sala) - Association de médiation sociale, asunto C-176/12, "Política social - Directiva 2002/14/CE - Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea - Artículo 27 - Sujeción de la constitución de órganos representativos del personal a ciertos umbrales de trabajadores empleados - Cálculo del número de trabajadores empleados - Normativa nacional contraria al derecho de la Unión - Función del juez nacional". Eficacia directa versus primacía”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, N.º 49, 2014.
- MIMMO, G.: “Il licenziamento collettivo”, en VV.AA.: *Il licenziamento, a cargo de DI PAOLA, L.*, Milán, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, pp. 327-388.
- MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL; MINISTERIO DE INCLUSIÓN, SEGURIDAD SOCIAL Y MIGRACIONES; SUBDIRECCIÓN GENERAL DE ESTADÍSTICA Y ANÁLISIS SOCIOLABORAL: Estadística de regulación de empleo. Diciembre 2019.
- Estadística de regulación de empleo. Febrero 2020.
  - Estadística de regulación de empleo. Junio 2020.
- MOLERO MARAÑÓN, M.L.: “La ineludible reforma del despido colectivo en su ámbito de referencia”, *Documento laboral*, N.º 111, 2017.

MOLINA HERMOSILLA, O.: *La conformación del nuevo sector para la prestación de servicios de recolocación. Balance y análisis de experiencias surgidas en el ámbito de los planes de recolocación externa*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2014.

MOLINA NAVARRETE, C.: “«Grupo de empresas» y despidos colectivos: disfunciones prácticas de la distinción entre usos «patológicos» y «fisiológicos»”, *Actualidad Laboral*, N.º 7, 2014.

- “Despido colectivo y derecho de huelga. La invención judicial del "esquirolaje interno indirecto" [Diálogo con la Sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de abril de 2015, rec. núm. 354/2014 (Grupo Coca-Cola)]”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, N.º 388, 2015, pp. 189-195.
- “La cuestión prejudicial y ¿El fin de los tribunales de “última palabra”? Experiencias de tutela del contratante débil”, *La Ley*, N.º 9008, 2017.
- “Actualidades y críticas del Convenio OIT n. 158 en los derechos europeos: ¿el renacer del sentido del límite jurídico a la libertad (de empresa) en favor de la seguridad (en el empleo)?”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, N.º especial de conmemoración del Centenario de la OIT, 2019, pp. 124-180.
- “La gestión pública de los “ERTE” (regulación temporal de empleo) y de los “ERE” (regulación extintiva) en el autogobierno andaluz: balance y perspectivas pospandemia”, *Temas Laborales*, N.º 160, 2021, pp. 151-188.
- “Protección contra el despido injusto en la Carta Social Europea: nueva aurora de su sinergia con el Convenio 158 OIT”, en SALCEDO BELTRÁN, C. (Dir.), *La Carta Social Europea. Pilar de recuperación y sostenibilidad del modelo social europeo. Homenaje al Profesor José Vida Soria*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 145-196.

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

MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.) *et al.*: *Manual de Derecho administrativo laboral*, Madrid, Tecnos, 2016.

MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dirs. y Coords.): *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Ed. Comares, 2012.

MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C.: *El modelo de regulación jurídico laboral de los grupos de empresas. Una propuesta de reforma*, Granada, Comares, 2002.

MONEREO PÉREZ, J.L. y CASTILLO BLANCO, F.A. (Dirs. y Coords.): *Reestructuración de las Administraciones Públicas: Aspectos Administrativos y Laborales*, Granada, Ed. Comares, 2015.



- MONEREO PÉREZ, J.L. y DE VAL TENA, Á.L.: “Configuración jurídica de la relación especial del personal de alta dirección”, en VV.AA.: *El régimen jurídico del personal de alta dirección (aspectos laborales y de Seguridad Social)*, MONEREO PÉREZ, J.L. y DE VAL TENA, Á.L. (Dirs.), Granada, Comares, 2010.
- MONEREO PÉREZ, J. L. y GUINDO MORALES, S.: “El despido colectivo fundado en causas económicas”, *Derecho de las relaciones laborales*, N.º 9, 2018.
- MONEREO PÉREZ, J.L y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, Cizur Menor (Navarra), Ed. Aranzadi, 1997.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: *La sostenibilidad de las pensiones públicas: Análisis de la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del factor de sostenibilidad y del índice de revalorización del sistema de pensiones de la seguridad social*, Madrid, Tecnos, 2014.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y LÓPEZ INSUA, B.M.: “Las fronteras del contrato de trabajo en el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada)”, en VV.AA.: *Las fronteras del contrato de trabajo en la jurisprudencia*, SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir.) y MALDONADO MONTOYA, J.P. (Coord.), Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2020, pp. 207-242.
- MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M<sup>a</sup>. N.: “Despido nulo”, en VV.AA.: *Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), Granada, Comares, 2014.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G.: “Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y su cómputo para el despido colectivo en caso de posterior extinción contractual (Sentencias del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 2017, asunto C-429/16: Ciupa y otros y, C-149/16: Socha y otros)”, *LA LEY Unión Europea*, N.º 54, 2017.
- “Despido colectivo y Derecho Social Comunitario: La reinterpretación en el método del cómputo del factor temporal de los despidos colectivos: criterio amplio a través del período continuo anterior/posterior”, *LA LEY Unión Europea*, N.º 89, 2021.
  - “Los modelos de flexibilidad empresarial y jurídico-laboral”, en MONEREO PÉREZ, J.L.; GORELLI HERNÁNDEZ, J. y ALMENDROS GONZÁLEZ, M.Á. (Dirs.), *Medidas de flexibilidad interna como alternativa y solución en un nuevo Derecho del trabajo garantista. Estudio de la flexibilidad funcional, temporal, espacial, sustancial y suspensiva en un marco de reformas laborales*, Granada, Comares, 2022, pp. 1-31.
  - “El despido colectivo y el Derecho social comunitario”, en ORTEGA LOZANO, P.G. y GUINDO MORALES, S. (Dirs. y Coords.), *Viabilidad de las empresas, mantenimiento del empleo y medidas de flexibilidad externa en la reestructuración empresarial*, Granada, Comares, 2022, pp. 165-248.

- *Fundamentos del derecho social de la Unión Europea. Configuración técnica y estudio sistemático del marco normativo regulador*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2022.

MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “La protección social en la emergencia. Entre el ensayo, precipitación y búsqueda de soluciones en tiempos de incertidumbre”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, N.º 23, 2020.

- *La pensión de jubilación*, Murcia, Laborum, 2020.
- “El Pacto de Toledo 25 años después (A propósito del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2020)”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, N.º 25, 2020.

MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M.N. y VILA TIERNO, F.: *Manual de Derecho del Trabajo*, Granada, Ed. Comares, 2022.

MONEREO PÉREZ, J.L.; FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.; MALDONADO MOLINA, J.A.; GARCÍA VALVERDE, M.D.: *La participación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas. Estudio sistemático y crítico de la Ley 31/2006, de 18 de octubre*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2007.

MONEREO PÉREZ, J.L.; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Aproximación al contenido laboral de la ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la ley concursal: apostando por la lógica “preventiva”, “reestructuradora” y “conservativa” de la empresa y del empleo”, *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, N.º 5, 2022, pp. 11-35.

MONEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, M.N.: “Forma y procedimiento del despido disciplinario. El despido nulo”, en AA.VV.: *Comentarios a las Leyes laborales. La Reforma del Estatuto de los Trabajadores*, BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.), Tomo II, Madrid, Edersa, 1994.

MONEREO PÉREZ, J.L. y MUROS POLO, A.: “La función jurídica e institucional de los procedimientos autónomos de solución de conflictos colectivos laborales: especial referencia a la mediación en el VI ASAC”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, N.º 9, 2021, versión digital.

MONEREO PÉREZ, J.L.: “Aspectos laborales de los grupos de empresas”, *Revista española de derecho del trabajo*, N.º 21, 1985.

- “La Carta Comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores”, *Revista española de derecho del trabajo*, N.º 56, 1992.
- *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Madrid, Civitas, 1992.
- *El despido colectivo en el ordenamiento interno y comunitario*, Madrid, Civitas, 1994.
- *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico jurídica del Derecho del Trabajo*, Madrid, Ed. Civitas, 1996.

- *El Nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica del Derecho Flexible del Trabajo*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1996.
- *Teoría jurídica de los grupos de empresas y derecho del trabajo*, Granada, Comares, 1997.
- “Capítulo I. Protección contributiva. Configuración jurídica general”, en VV.AA.: *Comentario sistemático a la legislación reguladora de las pensiones*, MONEREO PÉREZ, J.L. y GARCÍA NINET, J.I. (Dir.), Granada, Comares, 2004.
- *Empresa en reestructuración y ordenamiento laboral*, Granada, Comares, 2006.
- “Ciclos vitales y Seguridad Social: trabajo y protección social en una realidad cambiante”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, N.º Extra 74, 2008, pp. 49-134.
- “ERES, prolongación de la vida activa y edad de jubilación”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, N.º 1 Extra, 2010.
- “Nuevas formas de organización de la empresa, entre centralización y descentralización (I). La empresa en transformación permanente”, *Relaciones laborales*, N.º 1, 2011.
- “La protección frente al despido injustificado (Artículo 30 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea)”, en VV.AA.: *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, MONEREO PÉREZ, J.L. y MONEREO ATIENZA, C. (Dir. y Coords.), Ed. Comares, 2012.
- *El despido colectivo y sus elementos configuradores tras las recientes reformas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.
- “El régimen jurídico de los despidos colectivos después de la reforma de 2012”, *Temas laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social*, N.º 115, 2012.
- *Ciudadanía y derechos de las personas mayores*, Granada, Comares, 2013.
- “La intervención administrativa en los despidos colectivos”, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, N.º 125, 2014.
- “El despido colectivo tras las sucesivas reformas laborales”, en MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.), *Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, Granada, Comares, 2014.
- “El despido colectivo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su incidencia en el Derecho Interno”, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, N.º 130, 2015.
- “Derecho a la protección en caso de despido (Artículo 24 de la Carta Social Europea Revisada)”, en VV.AA.: *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos*

*Humanos y la Carta Social Europea*, MONEREO PÉREZ, J.L. y MONEREO ATIENZA, C. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2017.

- “Derechos de información y consulta en los procedimientos de despido colectivo (Artículo 29 de la Carta Social Europea Revisada)”, en VV.AA.: *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, MONEREO PÉREZ, J.L. y MONEREO ATIENZA, C. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2017.
- “Tratamiento jurídico-laboral de la transmisión de empresa: funciones y disfunciones ante los «casos difíciles» en la jurisprudencia reciente”, *Trabajo y Derecho*, N.º extra 5, 2017, versión digital.
- “Los principios del sistema jurídico internacional multinivel de garantía de los derechos fundamentales”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, N.º 45, 2017.
- *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2017.
- *La dignidad del trabajador: dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*, Murcia, Laborum, 2019.
- “La garantía de los derechos fundamentales de los trabajadores maduros”, en: VV.AA.: *Envejecimiento activo y vida laboral*, MONEREO PÉREZ, J. L. Y MALDONADO MOLINA, J. A. (Dirs.), Granada, Comares, 2019, pp. 197-286.
- “Francisco Largo Caballero (1869-1946): Ministro de trabajo y previsión en la IIª República Española”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, N.º 28, 2021.

MONZÓN PÉREZ, H.: “Del ERTE al despido colectivo: análisis práctico”, en ORTEGA LOZANO, P.G. y GUINDO MORALES, S. (Dirs. y Coords.), *Viabilidad de las empresas, mantenimiento del empleo y medidas de flexibilidad externa en la reestructuración empresarial*, Granada, Comares, 2022, pp. 271-285.

MORENO GENÉ, J.: “El nuevo Estatuto del personal investigador predoctoral en formación: aspectos jurídico-laborales y de Seguridad Social”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, N.º 147, 2019, pp. 77-114.

MORENO ROMERO, F.: *Trabajadores de mayor edad en la política institucional de la Unión Europea: entre políticas de empleo, pensiones y sistema productivo*, Granada, Comares, 2016.

MORENO VIDA, M.N.: “Del contrato eventual por circunstancias de la producción al contrato temporal por razones productivas”, en VV.AA.: *La reforma laboral de 2021. Estudio técnico de su régimen jurídico*, MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Dirs.) y ORTIZ CASTILLO, F. (Coord.), Murcia, Laborum, 2022, pp. 55-90.

MUROS POLO, A.: “Medidas sociales de acompañamiento alternativas o complementarias al despido colectivo: sus deficiencias y potencialidades en el

ordenamiento jurídico español”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, N.º 1, 2023, pp. 221-267.

NATULLO, G.: *Il licenziamento collettivo. Interessi procedure tutele*, Milán, F. Angeli, 2004.

NAVARRO NIETO, F.: *Los despidos colectivos*, Madrid, Civitas, 1996.

- “El despido colectivo, novedades normativas y balance jurisprudencial”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, N.º 7, 2013.
- “Medidas sociales de acompañamiento y mantenimiento del empleo”, en VV.AA.: *Reestructuraciones empresariales. XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2021.

NIETO ROJAS, P.: “La adopción de acuerdos por la representación legal. Tensiones derivadas de la pluralidad de sujetos legitimados”, *Documentación Laboral*, N.º 109, 2017, pp. 197-211.

NORES TORRES, L.E.: *El período de consultas en la reorganización productiva empresarial*, Madrid, CES, 2000.

OLIVERA MASSÓ, P.: “Un seísmo llamado Balkaya. Su impacto en el régimen jurídico de los Administradores de las sociedades de capital”, *Diario La Ley*, N.º 8966, Sección Tribuna, 2017.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Nota sobre el Convenio núm. 158 y la Recomendación núm. 166 sobre la terminación de la relación de trabajo*. 2009.

ORTEGA LOZANO, P.G.: “El despido colectivo en el ordenamiento interno y comunitario. Interpretación valorativa y discrecional en el juicio de razonabilidad: los conceptos jurídicos indeterminados”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, N.º 7, 2017.

- “Racionalidad económica, rentabilidad empresarial y funciones no jurisdiccionales del intérprete de la norma en el actual modelo extintivo: críticas y propuestas a la luz de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”, *Revista de Información Laboral*, N.º 5, 2018.
- *Poderes empresariales y resolución del contrato de trabajo por incumplimiento del trabajador. España e Italia*, Granada, Comares, 2020.
- *Medidas de flexibilidad externa colectiva en la reestructuración de empresas consecuencia del covid-19. Cuestiones prácticas a propósito del despido colectivo*, Granada, Comares, 2021.
- “Criterios delimitadores del personal directivo como relación laboral de carácter especial: la recíproca confianza en el vínculo”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, N.º 4, 2022.

- ORTIZ GONZÁLEZ-CONDE, F.M.: “Seguridad Social y despidos colectivos”, en VV.AA.: *Viabilidad de las empresas, mantenimiento del empleo y medidas de flexibilidad externa en la reestructuración empresarial*, ORTEGA LOZANO, P.G. y GUINDO MORALES, S. (Dir.), Granada, Comares, 2022, pp. 403-422.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: “El Derecho del trabajo frente a las transformaciones de la empresa”, en VV.AA.: *Impacto laboral de las redes empresariales*, SANGUINETI RAYMOND, W. y VIVERO SERRANO, J.B. (Dir.), Granada, Comares, 2018.
- PAZ ARES, C.: “Ad impossibilia nemo tenetur (o por qué recelar de la novísima jurisprudencia sobre retribución de administradores”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, N.º 2, 2009.
- PENSABENE LIONTI, G.: “El despido colectivo ante el proceso de reforma en Italia y España”, en VV.AA., *El estatuto de los trabajadores 40 años después. XXX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2020, pp. 1557-1574.
- PÉREZ CAPITÁN, L.: *El despido colectivo y las medidas de suspensión y reducción temporal de jornada*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2020.
- PETRONE, I.: “Riformate le norme “anti-delocalizzazione”: sanzioni più gravose e procedura più lunga. Intanto il Tribunale di Trieste blocca la delocalizzazione”, *Diritti & Lavoro Flash*, N.º 6, 2022, pp. 17-20.
- PONS CARMENA, M.: *Derecho administrativo laboral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.
- POQUET CATALÁ, R.: *Análisis de la actual configuración del despido colectivo*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2021.
- PRECIADO DOMÈNECH, C.H.: *El despido en la Carta Social Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Albacete, Bomarzo, 2023.
- RAMOS QUINTANA, M.I.: “La flexibilidad interna en la reforma laboral: medidas temporales y permanentes para apoyar a las empresas y sostener el empleo ¿una opción prioritaria frente al despido?”, *Trabajo y Derecho*, N.º 87, 2022, versión digital.
- QUARANTA, M.: “Il nuovo tabù ai tempi del Covid: dallo Statuto dei Lavoratori al blocco dei licenziamenti”, en VV.AA.: *Mezzo secolo dallo statuto dei lavoratori. Politiche del diritto e cultura giuridica II*, a cargo de ESPOSITO, M; LUCIANI, V. y ZOPPOLI, A., Nápoles, Editoriale Scientifica, 2021, pp. 133-142.
- RENGA, S.: *La tutela del reddito*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022.
- RÍOS MESTRE, J.M.: *Despido colectivo y concurso de acreedores*, Madrid, Civitas, 2012.
- RIVAS VALLEJO, P. (Dir.): *Discriminación algorítmica en el ámbito laboral*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2022.

- RIVERO LAMAS, J.: “La crisis económica y los despidos colectivos por causas de funcionamiento de la empresa”, en VV.AA.: *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la década de los 80*, Zaragoza, Universidad de Zaragoza, 1983.
- RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: “Gestión laboral algorítmica y poder de dirección: ¿hacia una participación de los trabajadores más intensa?”, *Revista Jurídica de Asturias*, N.º 45, 2022, pp. 157-172.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *La intermediación en el mercado de trabajo: análisis y propuestas*, Madrid, La Ley, 2012.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: “La reforma de las directivas sobre reestructuración empresarial”, *Relaciones laborales: revista crítica de teoría y práctica*, N.º 1, 1999.
- “Responsabilidad social empresarial, derecho del trabajo y crisis económica”, en VV.AA.: *La responsabilidad social empresarial: un nuevo reto para el Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 53-83.
  - “Entre el Mal menor y el daño insostenible: el despido colectivo y los trabajadores de edad”, en VVAA.: *Personas de edad avanzada y mercado de trabajo: entre el envejecimiento activo y la estabilidad presupuestaria*, ÁLVAREZ CORTÉS, J.C. y CALVO GALLEGO, F.J.; Dir. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. (Coords.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “La calificación como trabajador y el concepto de despido en la Directiva 98/59”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, N.º 1, 2016.
- RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P.: “El despido por motivos económico-productivos en el ordenamiento italiano: funciones y disfunciones”, en VV.AA.: *La regulación del despido en Europa. Régimen formal y efectividad práctica*, CRUZ VILLALÓN, J. (Ed.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 167-227.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E.: “La eficacia de las medidas de acompañamiento en la gestión del cambio: el ejemplo “Coca Cola España”, *Documentación Laboral*, N.º 109, 2017.
- “El despido colectivo frente a la flexibilidad interna”, *Revista de derecho social*, N.º 79, 2017, pp. 37-62.
- ROJO TORRECILLA, E.: “El impacto de la jurisprudencia del tribunal de justicia de la UE en la regulación de los despidos colectivos: sobre el concepto de trabajador, los derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores, y la intervención, y límites de la autoridad administrativa laboral”, *Documentación laboral*, N.º 111, 2017, pp. 11-39.
- “Caso Alcoa Inespal. Un conflicto social explicado a través de una sentencia y dos autos, que son algo más que resoluciones judiciales”, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, N.º 2, 2021.
- ROQUETA BUJ, R.: *La selección de los trabajadores afectados por los despidos colectivos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

- “Problemas vinculados a la extinción de contratos de trabajo en las administraciones públicas”, *Labos*, N.º 1, 2023, pp. 112-129.
- ROMEI, R.: “La nuova procedura in caso di cessazione di una attività produttiva”, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, N.º 1, 2022, pp. 29-53.
- ROMERO SÁNCHEZ, I.: *El despido colectivo. Evolución normativa y régimen jurídico*, Granada, Ed. Comares, 2017.
- RUESGA BENITO, S.M. y FUJII GAMBERO, G.: *El trabajo en un mundo globalizado*, Madrid, Pirámide, 2004.
- SÁEZ LARA, C.: “Espacios y funciones de las empresas de recolocación”, *Temas laborales*, N.º 107, 2010, pp. 337-373.
- *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, Valencia, E. Tirant lo Blanch, 2015.
- SALCEDO BELTRÁN, C.: “La supervisión de la Carta Social Europea mediante el sistema de informes: Su idoneidad para la determinación de un estándar común de protección de los derechos sociales”, en HOLGADO GONZÁLEZ, M. y PÉREZ ALBERDI, M.R. (Dirs.), *Descentralización, poder y derechos sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.
- “La Carta Social Europea y el procedimiento de reclamaciones colectivas: un nuevo y excepcional escenario en el marco legislativo laboral”, *Trabajo y Derecho*, N.º 91, 2022, pp. 1-36, versión digital.
- SALGUERO MOLINA, P.: *La responsabilidad social en la crisis y reestructuración de empresas*, Gramada, Comares, 2016.
- SÁNCHEZ TORRES, E.; BEL ANTAKI, J.; GINÈS I FABRELLAS, A. y ZELICH, M.: *Informe sobre planes de recolocación. Los servicios de recolocación en la práctica: ¿cómo mejorar su efectividad?*, ESADE (IEL) – LHH, 2015.
- SAN MARTÍN MAZZUCONI, C.: *El nuevo reglamento de los despidos colectivos*, Cizur Menor (Navarra), Ed. Civitas, 2012.
- SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “El concepto de trabajador en el contexto de la protección flexible del derecho del trabajo en la Unión Europea (1)”, *La ley Unión Europea*, N.º 50, 2017.
- “Hacia el concepto de trabajador en el Derecho de la Unión Europea, en especial, en la política propiamente dicha”, *Foro Nueva Época*, N.º 1, 2017.
  - “Concepto comunitario de trabajador, subordinación y normas de competencia judicial. STJUE (Sala Primera) de 11 de abril de 2019 (asunto C-603/17)”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, N.º 3, 2019.
- SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. y DE FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, C.: “Despido colectivo y unidad de referencia (I). La transposición de la Directiva 98/59/CE y el margen de apreciación de los derechos nacionales”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, N.º 194, 2017.



- “Despido colectivo y unidad de referencia (II). La transposición de la Directiva 98/59/CE y el margen de apreciación de los derechos nacionales”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, N.º 196, 2017.
- “Nulidad de despido colectivo por vulneración de la libertad sindical: ausencia de negociación real de medidas de flexibilidad interna y oferta individual en masa”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, N.º 2, 2019.

SANZ SÁEZ, C.: “¿Cabe suscribir un Convenio Especial con la Seguridad Social cuando la empresa que tramita un expediente de regulación de empleo está incurso en procedimiento concursal? (Con ocasión STS, Sala de lo Contencioso, de 15 de febrero de 2018)”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, N.º 16, 2018.

SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Una primera reflexión sobre la jubilación “flexible”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, N.º 12, 2002.

- “Control individual de la causa del despido colectivo pactado (Caso Ayuntamiento de Ciempozuelos)”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, N.º 8, 2021.

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

- “El plan social obligatorio para las reestructuraciones empresariales socialmente responsables”, *Temas laborales*, N.º 99, 2009, pp. 205-236.

SERRANO FALCÓN, C.: “Colocación e intermediación: el modelo legal vigente en España”, en VV.AA.: *La política y el Derecho del empleo en la nueva sociedad del trabajo. Libro homenaje a la profesora Rosa Quesada Segura*, Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2016.

SERRANO OLIVARES, R.: “Grupos de empresas a efectos laborales y cash pooling”, *IUSLabor*, N.º 1, 2014.

SOBRINO GONZÁLEZ, G.M.: “Régimen jurídico de las agencias de colocación”, *Temas laborales*, N.º 110, 2011, pp. 43-72.

SOLÀ I MONELLS, X., “La conformación de la comisión representativa del periodo de consultas. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2015 (Recurso 139/2014)”, *IUSLabor*, N.º 3, 2015.

- “La afectación prioritaria de los trabajadores de mayor edad en el despido colectivo”, *Anuario IET*, Vol. 3, 2016.

SOLANS LATRE, M.: *El ejercicio de la legitimación para negociar convenios colectivos*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2004.

SPEZIALE, V.: “La nueva regulación en Italia del contrato indefinido a “tutela creciente” entre el Derecho y el Economicismo y los imperativos constitucionales”, *Temas laborales*, N.º 131, 2015, pp. 13-64.

TATARELLI, M.: *Il licenziamento individuale e collettivo*, Padova, Cedam, 2006.

- TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: “Las medidas de acompañamiento social y los planes de recolocación externa en los despidos colectivos tras la reforma de 2012”, *Revista de Derecho Social*, N.º 64, 2013, pp. 61-86.
- “Las medidas de acompañamiento social en los procesos de reestructuraciones de empresas”, en VV.AA.: *Reestructuraciones empresariales. XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2021.
- TORMOS PÉREZ, J.A.: “Impugnación jurisdiccional del despido colectivo: especial referencia a los criterios de selección”, *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, N.º 1, 2021, pp. 275-278.
- *Los criterios de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.
- TRILLO GARCÍA, A.R.: “El convenio especial con la seguridad social por el despido de mayores de 55 años”, en VV.AA.: *Tratado de despido colectivo*, GODINO REYES, M. (Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 967-1014.
- UBILLÚS BRACAMONTE, R.E.: *Grupos de empresas en el ámbito laboral: delimitación conceptual y reestructuraciones*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2017.
- USHAKOVA, T.: “El despido colectivo en el derecho de la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, N.º 162, 2014.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Los despidos por causa económica”, en VV.AA.: *La reforma del mercado laboral*, VALDÉS DAL-RÉ, F. (Dir.), Valladolid, Lex Nova, 1994.
- “La reforma de la intermediación laboral”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, N.º 2, 2010, pp. 221-249.
- VARESI, P.A.: “Una nuova stagione per le politiche attive del lavoro. Le prospettive tra azioni dell’Unione europea e riforme nazionali”, *Diritto delle Relazioni Industriali*, N.º 1, 2022, pp. 75-113.
- VENDITTI, L.: “Il licenziamento collettivo riformato”, en VV.AA.: *Il regime dei licenziamenti in Italia e Spagna: ordinamenti a confronto. El régimen de despidos en Italia y España: una comparación de los ordenamientos jurídicos*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017, pp. 391-422.
- VIDA FERNÁNDEZ, R.: “Despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el sector público”, en VV.AA.: *La reforma laboral de 2021: Estudio técnico de su régimen jurídico*, MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Dirs.) y ORTIZ CASTILLO, F. (Coord.), Murcia, Laborum, 2022, pp. 431-448.
- VILA TIERNO, F.: *La negociación colectiva como instrumento de flexibilidad interna en la empresa. Reflexiones tras cinco años de la última Reforma Laboral*, Granada, Comares, 2017.

- VILA TIERNO, F. y MONTES ADALID, G.M.: “Cómputo bidireccional del número de trabajadores afectados en supuestos de extinción. A propósito de la sentencia del TJUE de 11 de noviembre de 2020”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, N.º 58, 2021.
- VV.AA.: *La aplicación práctica de la reforma laboral. Un estudio de la ley 3/2012 y de los reales decretos-leyes 4/2013 y 5/2013*, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R. (Dirs.), Valladolid, Ed. Lex Nova, 2013.
- VV.AA.: *Información algorítmica en el ámbito laboral. Guía práctica y herramienta sobre la obligación empresarial de información sobre el uso de algoritmos en el ámbito laboral*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, mayo de 2022.
- WEBER, M.: *Economía y sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1977.
- ZUMALACÁRREGUI PITA, L.: “El periodo de consultas: la constitución de la comisión negociadora”, en VV.AA.: *Tratado de despido colectivo*, GODINO REYES, M. (Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 232-258.

## WEBGRAFÍA

- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “(Más) ‘Precisiones’ sobre concepto de ‘despido colectivo’ a la luz del TJUE (STJUE 11.11.15)”, Blog: *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, entrada de 11 de noviembre de 2015, disponible en: <https://ignasibeltran.com/2015/11/11/mas-precisiones-sobre-concepto-de-despido-colectivo-a-la-luz-del-tjue-stjue-11-11-15/> visitada en 15/08/2020.
- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Despido colectivo y trabajadoras embarazadas (caso Porrás Guisado)”, en Blog: *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, entrada de 24 de febrero de 2018, disponible en: <https://ignasibeltran.com/2018/02/24/despido-colectivo-y-trabajadoras-embarazadas/> (consultada el 15/12/2022).
- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “¿Un ERTE es una ‘modificación sustancial’ computable a los efectos del despido colectivo?”, en Blog: *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, entrada de 8 de junio de 2020, disponible en: <https://ignasibeltran.com/2020/06/08/un-erte-es-una-modificacion-sustancial-computable-a-los-efectos-del-despido-colectivo/> visitada el día 28/08/2020.
- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Despido colectivo y cómputo de afectados: (posibles nuevos) desajustes internos con la Directiva 98/59”, Blog: *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, entrada de 12 de junio de 2017, disponible en: <https://ignasibeltran.com/2017/06/12/despido-colectivo-y-computo-de-afectados-posibles-nuevos-desajustes-internos-con-la-directiva-9859/> visitada el día 2/09/2020.
- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Despido colectivo, cómputo del período de 90 días y la regla del compás (y, ¿el fin de la caducidad de 20 días?): a propósito de la STJUE 11/11/20 (C-300/19), Marclean Technologies”, Blog: *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, entrada de 16 de noviembre de 2020, disponible en: <https://ignasibeltran.com/2020/11/16/despido-colectivo-computo-del-periodo-de-90-dias-y-la-regla-del-compas-y-el-fin-de-la-caducidad-de-20-dias-a-proposito-de-la-stjue-11-11-20-c-%e2%80%91300-19-marclean-technologies/> visitada el 4/08/2022
- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Método de cómputo del plazo de 90 días en el despido colectivo: ¿es plenamente compatible con la Directiva 98/59?”, Blog: *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, entrada de 14 de febrero de 2017, disponible en: <https://ignasibeltran.com/2017/02/14/metodo-de-computo-del-plazo-de-90-dias-en-el-despido-colectivo-es-plenamente-compatible-con-la-directiva-9859/> visitado el 2/09/2020.
- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Despido disciplinario, audiencia previa ex art. 7 Convenio 158 OIT y ampliación de la demanda”, Blog: *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, entrada de 27 de marzo de 2023, disponible en: <https://ignasibeltran.com/2023/03/27/despido-disciplinario-audiencia-previa-ex-art-7-convenio-158-oit-y-ampliacion-de-la-demanda/> (visitada el 10 de abril de 2023).

- BOFFI, D. y DE MENECH, L.: “Misure più stringenti per evitare la chiusura di aziende e licenziamenti collettivi”, *JD Supra*, entrada de 29 de septiembre de 2022, disponible en: <https://www.jdsupra.com/legalnews/misure-piu-stringenti-per-evitare-la-6178858/> (visitada el 18 de febrero de 2023).
- COMO, E.: “Italia: “¡Sublevémonos!”. GKN, un conflicto ejemplar”, *Sinpermiso. República y socialismo, también para el siglo XXI*, entrada de 29 de septiembre de 2021, disponible en: <https://www.sinpermiso.info/textos/italia-sublevemonos-gkn-un-conflicto-ejemplar> (visitada el 20 de febrero de 2023).
- CONCLUSIONES ADOPTADAS POR EL CONSEJO EUROPEO durante los días 17, 18, 19, 20 y 21 de julio de 2020, presupuesto 2021-2027 y fondo de recuperación Unión Europea: <https://www.consilium.europa.eu/media/45124/210720-euco-final-conclusions-es.pdf>
- GOERLICH PESET, J.M.: “¿Crisis de la “teoría del vínculo”? STJUE de 5 de mayo de 2022”, Blog: *El foro de labos*, entrada de 25 de mayo de 2022, disponible en: <https://www.elforodelabos.es/2022/05/crisis-de-la-teoria-del-vinculo-stjue-de-5-de-mayo-de-2022/> visitada el 8 de agosto de 2022.
- LÓPEZ CARBONELL, M.C.: “Las bajas voluntarias incentivadas”, *Tribuna*, entrada 11 de noviembre de 2016, disponible en: <https://elderecho.com/las-bajas-voluntarias-incentivadas> visitada el 1/09/2020.
- LÓPEZ CUMBRE, L.: “El despido colectivo de hecho”, en *Análisis GA&P*, Septiembre 2015, disponible en <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2018/03/despido-colectivo-de-hecho.pdf> visitada 12/06/2019.
- LÓPEZ CUMBRE, L.: “Intervención de la autoridad laboral en los despidos colectivos. Criterio europeo”, *Análisis GA&P*, diciembre de 2016, disponible en: <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2018/03/intervencion-de-la-autoridad-laboral-en-despidos-colectivos-criterio-europeo.pdf> (visitada el 2 de noviembre de 2022).
- LÓPEZ CUMBRE, L.: “Negociación «en masa» y de forma individualizada con los trabajadores afectados por un despido colectivo”, en *Publicaciones* de Gómez-Acebo & Pombo, entrada de 26 de noviembre de 2020, disponible en: <https://www.ga-p.com/publicaciones/negociacion-en-masa-y-de-forma-individualizada-con-los-trabajadores-afectados-por-un-despido-colectivo/> (visitada el 25 de octubre de 2022).
- MARTÍNEZ ASO, M. y PARRA NÚÑEZ, S.: “El control del despido colectivo y la ineludible función social de la ITSS. Hablan las Inspectoras Mercedes Martínez Aso y Silvia Parra Núñez”, en Blog: *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, entrada de 13 de marzo de 2023, disponible en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2023/03/el-control-del-despido-colectivo-y-la.html> (visitada el 30 de marzo de 2023).
- MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “La Reforma Laboral de 2021: elogio de la sensatez”. Blog: *El Foro de Labos*, entrada de 30 de diciembre de 2021, disponible en: <https://www.elforodelabos.es/la-reforma-laboral-de-2021->

[elocio-de-la-sensatez/?utm\\_source=mailpoet&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=las-ultimas-newsletter-total-entradas-de-nuestro-blog\\_5](mailto:mailto:elocio-de-la-sensatez/?utm_source=mailpoet&utm_medium=email&utm_campaign=las-ultimas-newsletter-total-entradas-de-nuestro-blog_5)

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Las normas de la OIT y la COVID-19. Preguntas frecuentes. Disposiciones fundamentales de las normas internacionales del trabajo pertinentes en el contexto de brote de COVID-19.* Disponible en: [https://www.ilo.org/global/standards/WCMS\\_739939/lang-es/index.htm](https://www.ilo.org/global/standards/WCMS_739939/lang-es/index.htm)

RETTORI, A.: “Delocalizzazioni: i numeri e le leggi. Collettivo GKN vs Stato”, *Paginauno. Rivista di approfondimento politico e culturale*, entrada de 20 de abril de 2022, disponible en: <https://rivistapaginauno.it/delocalizzazioni-numeri-leggi-collettivo-gkn-stato/> (visitada el 15/02/2023).

ROJO TORRECILLA, E.: “Despidos colectivos y TJUE. Cómputo de las extinciones no inherentes a la persona del trabajador. La relación entre los arts. 40, 41, 50 y 51 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Nota a la sentencia de 11 de noviembre (asunto C-422/14). Aplicación de la doctrina del TJUE por el TS”, Blog: *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, entrada de 14 de noviembre de 2015, disponible en: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/11/despidos-colectivos-y-tjue-computo-de.html> visitada en 16/08/2020.

ROJO TORRECILLA, E.: “Despidos colectivos. Computo bidireccional de los 90 días: ni hacia atrás, ni hacia delante, sino ambos. Examen del litigio que ha dado lugar a la sentencia del TJUE de 11 de noviembre de 2020 (asunto C-300/19)”, Blog: *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, entrada de 13 de noviembre de 2020, disponible en: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2020/11/despidos-colectivos-computo.html> visitada el 4/08/2022.

ROJO TORRECILLA, E.: “Responsabilidad de las entidades gestoras de la Seguridad Social por el incumplimiento empresarial de abono de cuotas en convenio especial tras despido colectivo. Una nota a la sentencia del TSJ de Galicia de 15 de febrero de 2019”, en su blog: *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, entrada de 20 de febrero de 2019, consultada el 15 de julio de 2017 y disponible en: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2019/02/responsabilidad-de-las-entidades.html>

TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: “El alcance del análisis por parte de la Inspección de Trabajo de la concurrencia de las causas empresariales en los despidos colectivos tras la Ley 3/2023, de Empleo”, *Briefs AEDTSS*, 21, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2023. Disponible en: <https://www.aedtss.com/el-alcance-del-analisis-por-parte-de-la-inspeccion-de-trabajo-de-la-concurrencia-de-las-causas-empresariales-en-los-despidos-colectivos-tras-la-ley-3-2023-de-empleo/> (visitada el 15 de marzo de 2023).

