

CRITERIO OPERATIVO N° XX/2023 SOBRE ACTUACIÓN DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL EN LOS PROCEDIMIENTOS DE DESPIDO COLECTIVO, SUSPENSIÓN DE CONTRATOS Y REDUCCIÓN DE JORNADA

El papel de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (en adelante ITSS) en materia de despidos colectivos, ha variado con el paso del tiempo conforme a la evolución de la normativa vigente en cada momento.

Así, con anterioridad a la reforma llevada a cabo por el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, se establecía que la Autoridad Laboral competente debía dictar resolución favorable o desfavorable de la solicitud empresarial de despido colectivo, previo informe de la ITSS que había de versar sobre las causas motivadoras del por entonces denominado expediente de regulación de empleo.

La citada reforma laboral del año 2012 introdujo novedades en este sentido, con una modificación importante en cuanto al papel desempeñado por la Autoridad Laboral y la ITSS en este tipo de procedimientos:

- Por una parte, suprimió la resolución administrativa de la autoridad laboral, salvo para el supuesto de fuerza mayor.
- Por otra, reforzó el periodo de consultas a fin de tratar de atenuar las consecuencias del despido colectivo, mediante el recurso a medidas sociales destinadas, en especial, a la readaptación o reconversión de las personas trabajadoras despedidas.
- Finalmente supuso una reorientación, principalmente, de las funciones inspectoras hacia una labor de apoyo, asistencia y supervisión de los procedimientos de regulación de empleo: el informe de la ITSS continuaba siendo preceptivo, si bien debía versar principalmente sobre el contenido de la comunicación y el desarrollo del periodo de consultas, sin entrar a valorar la concurrencia de las causas de despido alegadas y su justificación conforme a la documentación aportada por el empresario.

Cabe destacar que en todo momento la ITSS ha gozado de competencia para determinar la existencia de vicios de la voluntad en la conclusión del acuerdo (fraude, dolo, coacción o abuso de derecho), si bien en el marco legal configurado por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, se pretendía que dichas circunstancias se comprobasen por el inspector/a actuante de

manera independiente de la existencia de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que originaron el procedimiento

Esta configuración no estaba exenta de dificultad; sobre todo, porque, aunque en un plano teórico la función de control del fraude, dolo, coacción o abuso de derecho se entendía desvinculada de la causa de despido, la realidad muestra que, en la práctica, esta disociación no resulta tan sencilla ni sus límites se encuentran tan claramente definidos.

En este sentido, cabe destacar la STS 4887/2016 de 2 de noviembre de 2016, según la cual *“aun cuando, ciertamente, la reforma laboral ha suprimido el requisito de la autorización de la autoridad administrativa, tal circunstancia no ha convertido a los funcionarios de la Inspección de Trabajo en meros fedatarios de la existencia en el procedimiento correspondiente de los documentos exigidos por la norma. Dicho de otra forma, la Inspección de Trabajo, a tenor de aquellos preceptos, no solo debe dar fe de que el empresario ha incorporado los documentos preceptivos y de que se ha realizado el período de consultas, sino que debe emitir un informe que constate que aquella documentación es la exigida en relación con las causas del despido y a tenor de la concreta causa alegada para despedir, al punto de que ha de poner de manifiesto lo que corresponda cuando compruebe que concurre fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo adoptado en el período de consultas”*

(...)

“Asiste la razón a la representación procesal del Gobierno Vasco cuando, en el segundo motivo de casación, señala que parece difícil que la Inspección de Trabajo pueda evacuar un informe en el que tiene que pronunciarse sobre la existencia de fraude o dolo sin efectuar un análisis pormenorizado de las causas alegadas y de la concurrencia de las circunstancias aducidas por el empresario”

(...)

“A nuestro juicio, 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 (...) En definitiva, aunque la reforma laboral de continua cita ha suprimido el requisito de la autorización administrativa, no ha privado o reducido las funciones de la Inspección de Trabajo en los términos establecidos en la sentencia recurrida”

Por su parte, el Plan Estratégico del a Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2021-2023, aprobado mediante Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de noviembre de 2021 (BOE de 3 de diciembre), incluyó como uno de sus Objetivos (en concreto el 17) dirigidos a “Reforzar las capacidades de actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social”, el referido a “Reforzar el papel del informe de la ITSS en los procedimientos de despido colectivo y de suspensión y reducción de la jornada de trabajo”.

Para ello recogía la necesidad de abordar las correspondientes modificaciones normativas con el fin de ampliar el contenido del informe de la ITSS en estos procedimientos a las causas motivadoras de los mismos, dotando así de nuevo a las personas trabajadoras de un sistema de protección frente a un uso abusivo de las medidas que implican la extinción, la suspensión del contrato de trabajo o la reducción de la jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

A fin de corregir la situación preexistente y en cumplimiento del propio Plan Estratégico, la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, reconfigura nuevamente la actuación inspectora en relación con los procedimientos de despidos colectivos, modificando el artículo 51 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (en adelante ET), a través de su Disposición final octava. El procedimiento se asimila al existente hasta el momento, si bien se introduce una importante modificación, y es que se recupera en la regulación legal la competencia de la ITSS relativa a la evaluación y verificación de la realidad de la causa alegada por la empresa para justificar los despidos colectivos; así, la dicción literal del artículo 51 ET pasa a ser la siguiente: *“El informe de la inspección, además de comprobar los extremos de la comunicación y el desarrollo del periodo de consultas, se pronunciará sobre la concurrencia de las causas especificadas por la empresa en la comunicación inicial, y constatará que la documentación presentada por esta se ajusta a la exigida en función de la causa concreta alegada para despedir”*. Es decir, la nueva redacción del citado artículo 51 no solo faculta a la ITSS para que valore la realidad de la causa alegada en el procedimiento de despido colectivo, sino que establece la obligatoriedad de dicha valoración, que formará parte indefectiblemente, del contenido mínimo del informe de la ITSS en estos casos.

El presente Criterio Operativo se circunscribe a la fijación de los modos de actuar de los/as inspectores/as de trabajo y seguridad social en los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos de trabajo y reducción de jornada, con vistas a lograr una actuación uniforme y coherente de la ITSS en todo el territorio nacional.

Debido a que el procedimiento de despido colectivo, sus requisitos y ordenación del mismo se mantienen prácticamente inalterables y que el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, aprobado mediante Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, no ha sido modificado, y aunque el cambio legal introducido en cuanto al alcance de las competencias inspectoras es de suma relevancia, el contenido de este texto toma como base el anterior Criterio Operativo núm. 92/2012, de 28 de noviembre, sobre la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, adaptando el mismo al marco legal vigente, el cual es sustituido por el presente

Considerando los antecedentes descritos anteriormente, esta Dirección del Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en su condición de Autoridad Central de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en el ejercicio de las competencias reconocidas en el artículo 31.3 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social y artículo 8.3.n) de los Estatutos del Organismo Autónomo Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 192/2018 de 6 de abril, a propuesta de la Subdirección General para la Coordinación de la Inspección del Sistema de Relaciones Laborales, y una vez informado por el Consejo General y Consejo Rector del Organismo, dicta el siguiente

CRITERIO OPERATIVO

CONTENIDO

I. DETERMINACIÓN DE LA INSPECCIÓN COMPETENTE

A. Dirección Especial de la ITSS

B. Inspección de Trabajo dependiente de Comunidad Autónoma que haya recibido el traspaso de las funciones y servicios referidos a la Función Pública Inspectoras

C. Estructura territorial de la ITSS en Comunidades Autónomas que no hayan recibido el traspaso de funciones y servicios referidos a la Función Pública Inspectoras

D. Centros de trabajo afectados ubicados en la misma provincia.

II. DEL PROCEDIMIENTO DE DESPIDO COLECTIVO

- A. Inicio del procedimiento**
- B. Papel de la ITSS en el periodo de consultas**
- C. Actuación posterior a la finalización del periodo de consultas: el informe de la ITSS**
 - i. Cuestiones generales**
 - ii. Contenido del informe de la ITSS**
 - a) Extremos de la comunicación empresarial.**
 - b) Documentación acreditativa de la causa alegada para el despido colectivo y valoración de su concurrencia por la ITSS**
 - c) Periodo de consultas.**
 - d) Existencia de vicios de la voluntad en la conclusión del acuerdo (fraude, dolo, coacción o abuso de derecho).**
 - e) Impugnación por la autoridad laboral de la decisión empresarial a instancia de la Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo.**
 - f) Contenido de las medidas sociales de acompañamiento y plan de recolocación externa.**
 - g) Convenio especial**

III. DEL PROCEDIMIENTO DE REDUCCIÓN DE JORNADA Y SUSPENSIÓN DEL CONTRATO POR CAUSAS ECONÓMICAS, TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS Y/O DE PRODUCCIÓN

IV. DEL PROCEDIMIENTO DE EXTINCIÓN, SUSPENSIÓN O REDUCCIÓN DE JORNADA POR FUERZA MAYOR

A. Fuerza mayor propia

B. Fuerza mayor impropia

V. MECANISMO RED DE FLEXIBILIDAD Y ESTABILIZACIÓN DEL EMPLEO

VI. REGULACIÓN DE EMPLEO DEL PERSONAL LABORAL AL SERVICIO DE ENTES, ORGANISMOS Y ENTIDADES QUE FORMAN PARTE DEL SECTOR PÚBLICO

VII. INFORME DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL A REQUERIMIENTO DE LOS ÓRGANOS JUDICIALES

a. **Revisión de las medidas de regulación de empleo en el orden social.**

b. **Informe en los procedimientos concursales: Informe del artículo 179 de la Ley Concursal**

VIII. DESPIDOS COLECTIVOS EN EMPRESAS O GRUPOS DE EMPRESAS CON BENEFICIOS

IX. CONTROL DE CALIDAD

I. DETERMINACIÓN DE LA INSPECCIÓN COMPETENTE.

La Inspección competente para emitir los informes se determina conforme a lo establecido en 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 el Reglamento), y en el Real Decreto 138/2000, 4 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (en adelante ROFIT).

A. La Dirección Especial de la ITSS, será competente para informar en los mismos supuestos en que es autoridad laboral competente para conocer del procedimiento la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Economía Social, en adelante en adelante DGT, de acuerdo con las letras a) y d) del apartado segundo del artículo 25 del Reglamento y el apartado 3.bis) del artículo 33 del ROFIT:

a. Centros de trabajo afectados que estén ubicados en distintas Comunidades Autónomas (salvo que, al menos, el 85 por ciento de la plantilla radique en el ámbito territorial de una de ella). En estos casos, la Dirección Especial será competente para emitir el preceptivo informe, sin perjuicio de poder solicitar informe complementario o colaboración a las unidades territoriales de la ITSS, tanto a las Comunidades Autónomas que no hayan recibido el traspaso de funciones y servicios en materia de Función Pública Inspectora, como a aquéllas que sí lo hayan recibido. En este último caso, éstas tendrán capacidad para designar al inspector actuante a quien corresponda la realización de dicha función. En esta petición se deberá concretar la

índole de la colaboración requerida y el plazo para remitir la información a la Dirección Especial.

b. Departamentos, entes, organismos o entidades encuadrados en la Administración General del Estado. Administración General del Estado, incluido el sector público institucional dependiente o vinculado a la misma.

c. 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 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, 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.

d. Otros supuestos de avocación de la competencia por la DGT.

B. Inspección de Trabajo dependiente de Comunidad Autónoma que haya recibido el traspaso de las funciones y servicios referidos a la Función Pública Inspectora. Cuando el informe que deba evacuarse afecte a centros de trabajo ubicados en la misma Comunidad Autónoma, pero en distintas provincias de la misma, actuará un solo inspector de trabajo y seguridad social, designado para estas funciones por el responsable del servicio de Inspección de Trabajo –apartado 3.bis) del artículo 33 del ROFIT-. En el caso de que el informe que deba emitirse por la ITSS afecte a una empresa que cuente con centros de trabajo en otras Comunidades Autónomas, pero al menos un 85% de la plantilla radique en una Comunidad Autónoma que haya recibido el traspaso de funciones y servicios en materia de Función Pública Inspectora, el responsable del servicio de Inspección de Trabajo de esa Comunidad tendrá capacidad para designar al inspector que emitirá el preceptivo informe.

C. Estructura territorial de la ITSS en Comunidades Autónomas que no hayan recibido el traspaso de funciones y servicios referidos a la Función Pública Inspectora.

Cuando el informe que deba evacuarse afecte a centros de trabajo ubicados en la misma Comunidad Autónoma, pero en distintas provincias de la misma, actuará un solo inspector/a de trabajo y seguridad social, designado por la Autoridad Central para estas funciones –apartado 3.bis) del artículo 33 del ROFIT-.

Para el supuesto en el que el informe que deba emitirse por la ITSS afecte a una empresa que cuente con centros de trabajo en otras Comunidades Autónomas, pero al menos un 85% de la plantilla radique en una Comunidad Autónoma que no haya recibido el traspaso de funciones y servicios en materia de Función Pública Inspectora, la Dirección Territorial podrá solicitar a la Autoridad Central la habilitación de un inspector/a de trabajo y seguridad social para la emisión del preceptivo informe.

D. Centros de trabajo afectados ubicados en la misma provincia.

Será competente el inspector/a de trabajo y seguridad social designado conforme a los criterios habituales.

II. DEL PROCEDIMIENTO DE DESPIDO COLECTIVO.

La regulación de los procedimientos de despido colectivo reconoce diferentes funciones y facultades en el marco de los mismos, tanto a la autoridad laboral como a la ITSS.

Si bien el presente criterio tiene como objeto desarrollar las funciones que le corresponden a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, conviene señalar las distintas facultades que se atribuyen a las autoridades laborales en el ejercicio de sus funciones.

Conforme al artículo 51.2 ET, la autoridad laboral velará por la efectividad del periodo de consultas.

La autoridad laboral podrá formular advertencias y recomendaciones sobre estos dos aspectos:

- Los requisitos formales de la comunicación empresarial de inicio del procedimiento a los representantes de los trabajadores (artículo 6.3 del Reglamento)
- El desarrollo del periodo de consultas (artículo 10.1 del Reglamento).

La autoridad laboral deberá remitir copia a la ITSS de las advertencias y recomendaciones que realice a las partes (art. 6.4 del Reglamento).

A la autoridad laboral se le encomiendan además importantes labores dirigidas a tutelar y velar por la efectividad del periodo de consultas.

A. Inicio del procedimiento

Centrándonos en el papel de la ITSS, ésta tendrá que comenzar a desplegar sus actuaciones tan pronto como la autoridad laboral le remita la comunicación empresarial de inicio del procedimiento.

A fin de que la ITSS pueda tener conocimiento del procedimiento tan pronto como éste comience (artículo 6.3 del Reglamento), las Inspecciones Provinciales deberán contar con procedimientos de comunicación ágiles con la autoridad laboral para la transmisión de dicha información, que de esta manera podrá ser objeto de valoración y estudio por el/la actuante con carácter previo a la finalización del periodo de consultas.

Conviene advertir que la ITSS debe también comprobar, "ab initio" la propia competencia de la autoridad laboral a quien se ha dirigido la comunicación, así como la del órgano inspector requerido para hacer el informe.

En este sentido, si como consecuencia de la actividad inspectora previa a la emisión del informe, el inspector/a actuante obtuviera información que permitiera presumir que la autoridad laboral notificada para tutelar el procedimiento y que le ha solicitado el informe no resulta competente de acuerdo con los criterios del artículo 25 del Reglamento y del apartado 3.bis) del artículo 33 del ROFIT, previamente a la elaboración del informe comunicará tal circunstancia a la autoridad laboral, solicitándole que se pronuncie sobre si se prosigue en la actuación, o si ésta le va a dar traslado a la autoridad laboral que resulte competente.

Durante el periodo de consultas, y sin perjuicio de lo señalado en el apartado B, el papel a desempeñar por la ITSS, se centrará en:

- Verificación, de conformidad con el artículo 6.4 del Reglamento, de que la comunicación de inicio del procedimiento cumple con los requisitos exigidos. En caso de comprobarse incumplimientos, la ITSS deberá comunicar a la autoridad laboral las deficiencias observadas a los efectos de que ésta solicite a la empresa la subsanación de las mismas.

Debido a la limitación temporal del periodo de consultas, esta comunicación debe de hacerse con la mayor celeridad posible.

En cualquier caso, las advertencias y recomendaciones que realice la autoridad laboral, bien por propia iniciativa o a instancia de la ITSS, no supondrán la paralización ni suspensión del procedimiento.

- Verificación de si el empresario ha aportado a los representantes de los trabajadores una información y documentación completa y adecuada a la causa

alegada, garantizando así que éstos se encuentren suficientemente informados sobre la situación de la empresa y sobre las circunstancias del despido colectivo.

En este sentido, el artículo 124.11 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, de la Jurisdicción Social, establece que la decisión extintiva será declarada nula cuando el empresario no haya realizado el periodo de consultas o entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 ET.

En diversas resoluciones judiciales se considera que el despido colectivo es nulo en aquellos supuestos en los que se había obstaculizado el acceso a la información a los representantes de los trabajadores: la STS 25 de abril 2019 (rec. 204/2018), recogiendo el criterio de las SSTS 20 de julio 2016 (rec. 323/2014) y 21 de diciembre 2016 (rec. 131/2016), Seguridad Integral Canaria; y 31 de octubre de 2017 (rec. 115/2017), recoge y sintetiza el contenido de la obligación empresarial de aportar documentación al periodo de consultas, aclarando en qué casos se produciría nulidad: *“Se impone, en todo caso, reiterar el carácter instrumental del deber de información al servicio del derecho a la negociación colectiva en el seno de las consultas lo que implica que 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. Y nos referimos a la “trascendencia” de la documental, porque entendemos que a pesar de los claros términos en que se expresan los arts. 6.2 RD 801/11 y 4.2 RD 1483/12 [el empresario “deberá aportar”], así como del 124 LRJS [se “declarará nula la decisión extintiva” cuando “no se haya respetado lo previsto” en el art. 51.2 ET, conforme a la redacción del RD-Ley 3/2012; y cuando “ el empresario no haya ... entregado la documentación prevista” en el art. 51.2 ET, de acuerdo con el texto proporcionado por la Ley 3/2012], de todas formas 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 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]”.*

En consecuencia, y conforme a la dicción literal de la sentencia indicada, *“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*

representantes y que se revelan útiles y pertinentes a efectos de poder desarrollar en plenitud las negociaciones inherentes a todo período de consultas.

E) Ello aboca a examinar el cumplimiento de la obligación informativa desde una óptica 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 (STS de 18 de julio de 2014, rec. 288/2013)”.

- De forma complementaria a lo anterior, en el ejercicio de la función de asistencia técnica prevista en el artículo 12.2 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, el inspector/a actuante podrá informar directamente a la empresa de las deficiencias formales e informar de las posibles consecuencias jurídicas que en vía judicial pueden tener estas deficiencias en caso de ser impugnada la decisión extintiva del empresario por cualquiera de los legitimados para ello. Esta circunstancia se comunicará a la autoridad laboral y se hará constar en el informe a emitir por la ITSS.

B. Papel de la ITSS en el periodo de consultas.

El periodo de consultas tiene como objeto el llegar a un acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, y por lo tanto debe estar sujeto al principio de buena fe en la negociación (artículo 7.1 del Reglamento). Es por ello que la labor inspectora debe verificar también este hecho, conforme al artículo 11.6 del Reglamento. Cabe destacar, en este sentido, la Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional 33/2022, de 17 de abril, que expresa como causa de nulidad de un despido colectivo la ausencia de voluntad negociadora de la empresa durante el periodo de consultas: *“la Sala considera necesario destacar la total falta de consideración por parte de la representación empresarial hacia los representantes de los trabajadores que evidenciada en los diferentes términos en los que la decisión empresarial es comunicada a la Autoridad Laboral, y que no hace sino ratificar la conclusión que a lo largo de este*

fundamento de derecho viene exponiendo la Sala, esto es, que la empresa acudió al periodo de consultas con una decisión predeterminada e irrevocable, y que en ningún momento tuvo intención de abordar una negociación en los términos del art. 51.2 del E.T”.

Durante el período de consultas la ITSS puede desempeñar un papel de mediación cuando las partes se lo soliciten directamente. En este sentido, y con la finalidad de potenciar la labor de mediación que legamente se encomienda a la ITSS, el Director Territorial o el Jefe de Inspección Provincial podrán ofrecer a las partes la mediación de un inspector/a de trabajo y seguridad social cuando del contenido de la comunicación y en atención al conocimiento previo que existiera de la empresa, resulte previsible que la intervención inspectora pudiera facilitar la consecución de un acuerdo. En todo caso, este ofrecimiento de mediación será comunicado, con carácter previo, a la autoridad laboral.

La posible labor específica de mediación realizada por el inspector de trabajo y seguridad social será compatible con el ejercicio del resto de la función inspectora.

C. Actuación posterior a la finalización del periodo de consultas: el informe de la ITSS

i. Cuestiones generales

La actuación de la ITSS posterior a la finalización del periodo de consultas se concreta en la emisión del preceptivo informe, que deberá ser evacuado en el improrrogable plazo de 15 días hábiles desde que la empresa comunica a la autoridad laboral la finalización del periodo de consultas.

Una vez recibida la anterior comunicación, la autoridad laboral dará traslado de la misma a la ITSS.

Esta comunicación irá acompañada de la copia del acuerdo alcanzado o de la decisión empresarial de despido colectivo, de las actas de las reuniones del periodo de consultas y de la documentación pertinente (tanto la justificativa de la causa de despido alegada, como la referida a las medidas sociales de acompañamiento, si existen) debiendo adjuntar, además, las recomendaciones y advertencias que la autoridad laboral hubiera efectuado a las partes.

Téngase en cuenta que el plazo real de emisión del informe de la ITSS puede ser inferior a 15 días, resultando necesario que por la persona titular de la Dirección Territorial o

Jefatura de la Inspección Provincial se solicite a la autoridad laboral la remisión urgente de esta documentación, con la finalidad de que el inspector pueda disponer de un plazo adecuado para la elaboración del informe.

La no remisión en su totalidad de la referida documentación no prorrogará el plazo de emisión del informe, haciéndose constar esta circunstancia en el mismo.

En esta fase del procedimiento, el inspector/a de trabajo debe elaborar un informe en los términos establecidos en el artículo 51.2 ET y artículo 11 del Reglamento, que deberá ser interpretado a la luz de la modificación operada en el artículo 51 por la disposición final octava de la Ley 3/2023, de 28 de febrero.

Con vistas a obtener la adecuada información para la elaboración del informe, resulta imprescindible que el inspector/a actuante se reúna con ambas partes, mediante visita o comparecencia y de manera conjunta o separada.

Para la realización del informe, el inspector/a dispondrá, además de la información que pueda recoger en la visita o comparecencia, la que le haya remitido la autoridad laboral, tanto al inicio del procedimiento, como una vez finalizado el periodo de consultas.

El informe de la inspección, además de comprobar los extremos de la comunicación y el desarrollo del periodo de consultas, se pronunciará obligatoriamente 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. Ello en base a la modificación operada en el artículo 51 ET por la disposición final octava de la LGE.

El Reglamento no exige una diferenciación en el contenido del informe según que el periodo de consultas haya concluido o no con acuerdo (salvo lo relativo a la comprobación de los supuestos de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho), razón por la que el informe deberá tener el mismo contenido para ambos casos.

Antes de exponer estos extremos, debe recordarse que, en ningún supuesto, el informe que se emita debe ser trasladado a las partes por la ITSS. La normativa indica que el informe quedará incorporado al procedimiento, esto es, al expediente que haya formado la autoridad laboral a consecuencia de la comunicación empresarial que, en su caso, podrá reclamar el órgano judicial en el trámite procesal correspondiente (artículo 124 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora la jurisdicción social).

Se procede a desarrollar, a continuación, cada uno de ellos.

ii. Contenido del informe de la ITSS

El informe de la ITSS deberá abordar las siguientes cuestiones:

- a) Extremos de la comunicación empresarial.
- b) Documentación acreditativa de la causa alegada para el despido colectivo y valoración de su concurrencia por la ITSS.
- c) Periodo de consultas.
- d) Existencia de vicios de la voluntad en la conclusión del acuerdo (fraude, dolo, coacción o abuso de derecho).
- e) Impugnación por la autoridad laboral de la decisión empresarial a instancia de la Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo.
- f) Contenido de las medidas sociales de acompañamiento y plan de recolocación externa.
- g) Convenio especial

A continuación, se desarrolla cada una de ellas:

a) Extremos de la comunicación empresarial.

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. En dicho escrito se consignarán los siguientes extremos, debiendo verificarse en el informe de la ITSS que todos ellos han sido incluidos:

- La especificación de las causas del despido colectivo conforme a lo establecido en el apartado 1 del artículo 51 ET y en el artículo 3 del Reglamento.
- Número y clasificación profesional de los trabajadores y trabajadoras afectados por el despido.
- Número y clasificación profesional de las personas trabajadoras empleadas habitualmente en el último año.
- Periodo previsto para la realización de los despidos.
- Criterios tenidos en cuenta para la designación de las personas trabajadoras afectadas por los despidos.
- Copia de la comunicación dirigida a las personas trabajadoras o a sus representantes por la dirección de la empresa de su intención de iniciar el procedimiento de despido colectivo.

- 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.

b) Documentación acreditativa de la causa alegada para el despido colectivo y valoración de su concurrencia por la ITSS

La comunicación a los representantes legales de los trabajadores y a la autoridad laboral deberá ir acompañada de una memoria explicativa de las causas del despido colectivo y de los restantes aspectos señalados en el párrafo anterior, así como de la documentación contable y fiscal y los informes técnicos, todo ello en los términos que reglamentariamente se establezcan. Así:

b.1) Si la causa alegada es **económica** (se entiende que concurre causa económica en casos tales como pérdidas actuales o previstas, o disminución persistente del nivel de ingresos ordinarios o ventas) se comprobará, de conformidad con el artículo 4 del Reglamento:

- La memoria explicativa que acredite los resultados de la empresa de los que se desprenda una situación económica negativa.
- Las cuentas anuales de los dos últimos ejercicios económicos completos, integradas por balance de situación, cuentas de pérdidas y ganancias, estado de cambios en el patrimonio neto, estado de flujos de efectivos, memoria del ejercicio e informe de gestión, en su caso, cuenta de pérdidas y ganancias abreviada y balance y estado de cambios en el patrimonio neto abreviados.
- En su caso, que las cuentas estén debidamente auditadas cuando ello sea preceptivo, en los términos establecidos en el Anexo de este Criterio. Si se tratase de una empresa no sujeta a la obligación de auditoría de las cuentas, comprobará que se ha aportado declaración de la representación de la empresa sobre la exención de la auditoría.
- Las cuentas provisionales al inicio del procedimiento, firmadas por los administradores o representantes de la empresa que inicia el procedimiento.

Cuando la situación económica negativa alegada consista en una previsión de pérdidas, el inspector actuante, además de comprobar que se ha aportado la documentación antes indicada, deberá constatar que se ha incluido entre la documentación los criterios utilizados para su estimación y 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.

En relación con esta obligación cabe hacer dos precisiones:

- Que se trata de un informe técnico interno de la empresa y, por tanto, no es necesario que estemos ante un informe de una empresa auditora o de un profesional externo, y lo mismo cabe decir del informe técnico a que se refiere el artículo 5 del Reglamento cuando se aleguen causas técnicas, organizativas o de producción.
- Que no parece necesario exigir que se trate de un informe separado, sino que podría formar parte de la Memoria Explicativa.

Cuando la situación económica negativa alegada consista en la disminución persistente del nivel de ingresos ordinarios o ventas, el inspector debe comprobar que se ha aportado, además de la documentación prevista en el apartado 2 del artículo 4, 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 por la que se inicia el 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.

El Reglamento no concreta qué tipo de documentación fiscal o contable pueda aportar la empresa a los efectos de acreditar los datos, para evitar que la referencia a relaciones de documentos concretos se entienda restrictivamente, esto es, que la única manera de acreditar estos extremos sea la que la norma recoge. Por el contrario, debe entenderse que los datos pueden probarse mediante múltiples documentos empresariales.

La jurisprudencia relativa a los despidos colectivos fundados en causas económicas es abundante, si bien cabe destacar la STS 30 de noviembre 2022 (rec. 156/2022), que recogiendo el criterio de la STS\Pleno 14 de noviembre 2017 (rec. 17/2017), delimita el alcance de los despidos con causa económica señalando que *“La justificación del despido económico tiene que realizarse a través de tres pasos:*

- 1º) *Acreditar la existencia de una situación económica negativa;*

2º) Establecer el efecto de esa situación sobre los contratos de trabajo, en la medida en que aquélla provoca la necesidad de amortización total o parcial de los puestos de trabajo y

3º) Mostrar la adecuada proporcionalidad de las medidas extintivas adoptadas para responder a esa necesidad”.

A modo de ejemplo, se han considerado ajustados a derecho los despidos colectivos motivados por causas económicas en los siguientes casos:

- Cuando se aprecia y prueba que la cifra de negocios de la empresa se ha deteriorado, produciéndose también un incremento de las pérdidas, aunque precisamente en el año en que se produce el despido el resultado de la cuenta de pérdidas y ganancias no es tan negativo como en años anteriores. Impedir el despido por este motivo tendría un efecto disuasorio sobre las empresas que intentan superar la situación económica negativa sin recurrir al despido desde el inicio (STS de 14 enero de 2021).
- Cuando se advierte una importante reducción de ventas y de volumen de negocio, resultados negativos de explotación y un sostenimiento económico a costa del endeudamiento con otras empresas del grupo (STS de 25 febrero de 2015).
- Cuando se produce la pérdida de los principales clientes (STS de 25 junio de 2014).
- Aunque referidas a despido objetivo, podría ser válida para el despido colectivo la doctrina judicial conforme a la cual, una vez constatada la existencia de pérdidas actuales, el hecho de que la empresa cuente con fondos de reserva voluntarios no impide la apreciación de la causa económica, aunque con el fondo pudiera solventarse la deuda empresarial (STS de 2 junio de 2014).

b.2) Cuando las **causas alegadas sean de carácter técnico, organizativo o de producción**, el inspector actuante debe comprobar que se ha aportado la siguiente documentación:

- Una memoria explicativa de las causas técnicas, organizativas o de producción que justifican el despido colectivo, que acredite, en la forma señalada en el siguiente apartado, la concurrencia de alguna de las causas señaladas.

- Los informes técnicos que acrediten, en su caso, la concurrencia de las causas técnicas, derivadas de los cambios, entre otros, en los medios e instrumentos de producción; la concurrencia de las causas organizativas derivadas de 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 la concurrencia de las causas productivas derivadas de los cambios, entre otros, en la demanda de los productos y servicios que la empresa pretende colocar en el mercado.

Al igual que se indicó anteriormente, no parece necesario exigir que se trate de un informe separado, sino que podría formar parte de la Memoria Explicativa.

En relación con este tipo de despidos, resulta conveniente efectuar determinadas precisiones conceptuales a fin de distinguir correctamente las causas técnicas, organizativas y de producción:

- o Causas técnicas o tecnológicas: son las que están referidas a los medios de producción, con posible vejez o inutilidad total o parcial de los mismos. Así, se consideran causas tecnológicas las innovaciones científicas que llevan a cambios en los aspectos organizativos o productivos de la empresa (STS de 16 diciembre de 1999). Sin embargo, se ha entendido que la implantación de un sistema informático para optimizar los procesos administrativos no justifica la procedencia del despido por causas organizativas si no se cumple el requisito de la razonabilidad (STSJ Cantabria de 31 octubre de 2018).
- o Causas organizativas: se encuadran en el ámbito de los sistemas o métodos de trabajo que configuren la estructura de la empresa en una organización racional de las mismas. Por ejemplo, se considera que concurren causas organizativas cuando, tras la fusión de dos entidades, se produce duplicidad de puestos haciendo necesaria la simplificación y reordenación de los diversos departamentos que integran los servicios centrales (SAN de 18 enero de 2016). Sin embargo, el mero hecho de resolverse el contrato de arrendamiento del local a la expiración de las prórrogas pactadas no es causa organizativa suficiente para justificar el despido objetivo (STSJ Canarias (sede de Santa Cruz) de 13 mayo de 2021).
- o Causas productivas son las que inciden sobre la capacidad de producción de la empresa para ajustarla a los eventos del mercado. La pérdida y la reducción de una contrata es causa productiva que puede justificar el despido (STS de 1 febrero de 2017). También es causa productiva la pérdida del único cliente relacionado con los trabajadores y trabajadoras afectados por la extinción (STS

de 13 octubre de 2016). No obstante, si concurre un supuesto de sucesión de empresas o si, en aplicación del convenio colectivo, la nueva contratista debe subrogarse en los contratos de trabajo, no concurre causa productiva que justifique el despido (STS de 31 de mayo de 2019).

En ocasiones, varias causas de este tipo se mezclan, por ejemplo, se ha apreciado la concurrencia de causas técnicas y organizativas cuando se produce la implantación de nuevos equipos industriales que hacen necesario una reorganización de personal para ajustarla al nuevo sistema de producción (STS de 22 febrero de 2018).

Por último, la jurisprudencia advierte de que la disolución de la empresa por la sola voluntad de sus socios, sin concurrir causa legal de disolución, no justifica la extinción de los contratos a través de un despido colectivo, sino que se debían haber probado las causas económicas y productivas invocadas (STSJ País Vasco de 27 septiembre de 2016).

En definitiva, considerando la documentación aportada, el inspector/a actuante deberá analizar si la causa alegada por la parte empresarial para justificar los despidos concurre de manera efectiva y plasmar la conclusión alcanzada en el informe que se remita a la Autoridad Laboral competente: en todo caso la causa invocada debe ser real, susceptible de ser acreditada e incidir de manera específica en la empresa (no basta con alegar una situación desfavorable en un sector económico).

✓ Actuación en el caso de que se trate de un grupo de empresas.

El artículo 4.5 del Reglamento recoge la documentación que debe presentar la empresa solicitante cuando forme parte de un grupo de empresas. Se trata de una exigencia que ya contemplaba el anterior Reglamento aprobado por Real Decreto 801/2011, de 10 de junio, para que, en algunos supuestos en los que la empresa que presenta el procedimiento forme parte de un grupo de empresa, deba ser tenida en cuenta no sólo la situación económica de la misma, sino también la de otras empresas del grupo.

Esta documentación permite a los representantes de los trabajadores disponer de una información fidedigna de la situación de la empresa en estos supuestos, para contrastar su estado patrimonial y contable con el resto de las empresas del grupo, y así evitar que el análisis aislado de la situación contable de la empresa que inicia el procedimiento pudiera encontrarse distorsionado por la realidad de las otras. La aportación de esa documentación posibilita un mejor conocimiento de las realidades económicas complejas como son las de los grupos de empresas. No obstante, el precepto aquilata

debidamente la entidad de la documentación que se exige, estableciendo una serie de parámetros cuya concurrencia pone de manifiesto una relación relevante entre la situación de las empresas del grupo y la de la empresa que pretende realizar el despido colectivo.

Cuando la empresa haya declarado pertenecer a un grupo de empresas, la ITSS deberá comprobar si la documentación oportuna se ha aportado o no, teniendo en cuenta lo siguiente:

- En el supuesto en el que la empresa que inicie el procedimiento forme parte de un grupo empresarial con obligación de formular cuentas consolidadas, se deberá comprobar si se han presentado o no las cuentas anuales e informe de gestión consolidados de la sociedad dominante del grupo debidamente auditadas. Ello resultará obligatorio cuando existan saldos deudores y acreedores de la empresa que inicia el procedimiento con el resto de las empresas del mismo grupo. En todo caso, la circunstancia de pertenecer la empresa a un grupo que tiene la obligación de formular cuentas consolidadas habrá podido comprobarse durante el periodo de consultas y se habrá podido efectuar la correspondiente advertencia por la autoridad laboral (o a instancias de la ITSS) en caso de que no se haya presentado la documentación.
- En el supuesto de que se trate de grupo de empresas pero no exista obligación de formular cuentas consolidadas, es obligatorio presentar la documentación del resto de las empresas del grupo, debidamente auditadas, en su caso, cuando se den conjuntamente tres requisitos, tal y como establece el artículo 4.5 del Reglamento: que dichas empresas tengan su domicilio social en España; que tengan la misma actividad o pertenezcan al mismo sector de actividad y que tengan saldos deudores o acreedores con la empresa que inicia el procedimiento.

Igualmente, el inspector/a actuante habrá podido obtener indicios de la existencia de grupo de empresas durante el desarrollo del periodo de consultas o con anterioridad, como consecuencia del conocimiento que tenga de la empresa por la actividad inspectora previa.

En estos casos, como ya se ha indicado anteriormente, se deberá efectuar una observación a la autoridad laboral para que advierta a la empresa sobre la necesidad de completar la documentación, sin perjuicio de las observaciones que pueda efectuar el/la actuante en los términos ya expresados.

En el informe se precisará si la empresa ha cumplido o no la advertencia y, en este último caso, señalará lo que proceda respecto a los indicios que puedan acreditar la posible vinculación con otras empresas que pudieran pertenecer al mismo grupo.

Cuando el inspector/a actuante obtuviese indicios de que la empresa forma parte de un grupo de empresas a efectos laborales, además de informar a la autoridad laboral, revisará la situación de cotización de todas las empresas que pudiesen conformar el grupo e informará, de existir deudas por impago de cuotas, a la Jefatura de Inspección, que valorará la necesidad de realizar nuevas actuaciones de comprobación sobre la totalidad de las empresas.

Estas nuevas actuaciones se realizarán, bien por el inspector/a actuante, o por quien expresamente designe el Jefe de Inspección (en las Inspecciones Provinciales que dispongan de unidad especializada de la Oficina Nacional de Lucha contra el Fraude, las nuevas comprobaciones se podrán asignar a inspectores/as integrados en las mismas).

Además de lo previsto respecto a la documentación que se debe aportar en los supuestos señalados, deben tenerse en cuenta los criterios jurisprudenciales en torno a la figura del grupo de empresas:

1) Sobre la cuestión de la responsabilidad de las distintas empresas del grupo en el marco de un despido, inicialmente la jurisprudencia consideraba que la dirección unitaria de varias entidades empresariales no es suficiente para extender a todas ellas la responsabilidad, y que solo resultaba exigible responsabilidad solidaria del grupo cuando concurría alguno de estos elementos (STS de 20 marzo de 2013):

- a) Funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo;
- b) Prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, en favor de varias de las empresas del grupo;
- c) Creación de empresas aparentes sin sustento real, determinantes de una exclusión de responsabilidades laborales;
- d) Confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección.

Atendiendo a la STS de 20 noviembre de 2014, no es necesario que concurra la totalidad de las notas señaladas, sino que basta con que concurra alguna de ellas.

No obstante, en la STS de 27 de julio de 2017, el alto tribunal reconoce que existe un desfase entre la normativa vigente en materia de sociedades mercantiles y la realidad económica en materia de grupos de sociedades. El concepto de grupo patológico (que es el que reúne los elementos ya señalados e implica responsabilidad solidaria de las empresas del grupo), se debe reservar a los casos de ocultación o fraude que impliquen, precisamente, esa responsabilidad solidaria, pero en los supuestos que no exista fraude u ocultación, se debe hablar de empresa grupo o empresa de grupo. Y eso es precisamente lo que ocurre en la Sentencia, que considera que el verdadero empresario es el grupo mercantil porque la trabajadora en cuestión prestaba servicio de manera indistinta para dos empresas del grupo, y por consiguiente, la inexistencia de causa económica acreditada en una o varias empresas del grupo vicia la justificación de la causa alegada por la empleadora, al estar 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 y trabajadoras, que no pueden diferenciar a cuál de las empresas aportan su actividad. En este caso el grupo no es patológico, pero responde solidariamente ante el despido porque actúa como empleador global.

Por otro lado, la doctrina del TS advierte que la notificación sorpresiva de la existencia del grupo al inicio del procedimiento no es causa de la ilicitud del mismo, ni menos aún de la nulidad del despido colectivo (STS de 26 marzo de 2014).

2) En el caso de que el despido colectivo se produzca por causas económicas en un grupo mercantil de empresas, es necesario que en el periodo de consultas la representación de los trabajadores tenga a su disposición las cuentas consolidadas del grupo, cuando existe esa obligación legal, o las cuentas auditadas de ellas, y no solo las de la que lleva a cabo el despido. La ausencia de esta documentación conlleva la nulidad del despido, pues es trascendente y relevante para que la información aportada sea la imprescindible a efectos de conformar el periodo de consultas (STS de 19 julio de 2017). Por otra parte, como ya hemos dicho, cuando la causa alegada es económica y el grupo de

empresas ha sido considerado como un único y verdadero empresario a efectos laborales, es preciso que dicha situación económica negativa concorra en el grupo en su conjunto y no aisladamente en una u otra empresa componente del mismo (STS, Sala de lo Social, de 23 de marzo de 2022).

3) Respecto de la concurrencia de causa técnica, organizativa y de producción existe jurisprudencia que establece que pueden acreditarse sólo en relación con una de las empresas del grupo, bastando con que se acredite exclusivamente en el espacio o “unidad” en que se ha manifestado la necesidad de suprimir un puesto de trabajo (STS de 13 mayo de 2019).

✓ Otros extremos de la comunicación empresarial.

El artículo 11.5 del Reglamento señala que "el informe constatará la inclusión del resto de los extremos contemplados en el artículo 3.1 y en especial, verificará que los criterios utilizados para la designación de las personas trabajadoras afectadas por el despido no resultan discriminatorios por los motivos contemplados en el artículo 17.1 ET, sin perjuicio del cumplimiento de las prioridades de permanencia en la empresa a que se refiere el artículo 13 del Reglamento".

Téngase en cuenta la jurisprudencia relativa a la consideración de la edad como elemento determinante en la selección de las personas trabajadoras afectadas. Así, la STC de 13 de abril de 2015 admite que el criterio de selección de las personas trabajadoras afectadas por un despido colectivo, que haya sido cerrado con acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, sea la edad. Argumenta el Tribunal Constitucional que la selección llevada a cabo atendiendo a edad próxima a la jubilación es un criterio adecuado y proporcionado, y por tanto no discriminatorio, siempre que se adopten medidas para evitar o minimizar los daños que la extinción de los contratos de trabajo produce en los afectados.

Más recientemente, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en sentencia de 24 de enero de 2023, considera *“razonable y proporcionado que contemple 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”*. Debe tenerse también en cuenta que se trata de

una indemnización menor acordada en sede judicial, entre la empresa y la representación de las personas trabajadoras, para los afectados por el despido colectivo de 60 o más años.

En relación con este apartado han de tenerse en cuenta los siguientes aspectos:

- Artículo 3.1, b) del Reglamento: *"Número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por el despido."*

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."

En el informe se comprobará que esta información se ha recogido en la comunicación y que está debidamente desglosada como exige el Reglamento.

Puede suceder que, del examen de esta circunstancia, se desprenda que no estamos en presencia de un despido colectivo por no llegar a los umbrales a que se refiere el artículo 51 del ET y 1 y 35 del Reglamento.

En estos casos, si ya en las actuaciones inspectoras previas se tuviera la sospecha de esta circunstancia, se deberá informar lo antes posible (teléfono, medios electrónicos, etc.) a la autoridad laboral, sin esperar a que lo conozca por el propio informe final, si bien se continuará con las actuaciones pertinentes para la elaboración de dicho informe a expensas de lo que decida la autoridad laboral.

Se informará a la autoridad laboral, en todo caso, si el despido afecta al porcentaje o número de personas trabajadoras que señala el artículo 51.1 del ET o a la totalidad de la plantilla de la empresa, siempre que el número de personas trabajadoras afectadas sea superior a cinco y haya cesación total de la actividad empresarial fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

En relación con la unidad de cómputo de los trabajadores y trabajadoras en los despidos colectivos, para establecer los umbrales del artículo 51.1 ET, este artículo se refiere a la "empresa" mientras que 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 remite "al centro de trabajo". La discrepancia queda resuelta en la STS 848/2016, de 17 de octubre de 2016, que aplica por primera vez la sentencia del TJUE de 13 de mayo de 2015 (Rabal Cañas) y declara que debe considerarse como despido colectivo el que en un mismo centro

de trabajo supere los umbrales del art. 51.1 ET, sin necesidad de tomar a la empresa como unidad de referencia (“...*deben calificarse como despido colectivo y respetar por consiguiente el régimen legal aplicable en esta materia, tanto las situaciones en las que las extinciones de contratos computables superen los umbrales del art. 51.1º ET tomando la totalidad de la empresa como unidad de referencia, como aquellas otras en las que se excedan esos mismos umbrales afectando a un único centro de trabajo que emplee habitualmente a más de 20 trabajadores*”).

- Artículo 3.1, c) del Reglamento: *Número y clasificación profesional de los trabajadores empleados habitualmente en el último año. 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.*

En el informe se comprobará igualmente que esta información se ha recogido y que está debidamente desglosada como exige el Reglamento.

- Artículo 3.1, d) del Reglamento: *Periodo previsto para la realización de los despidos.*

El informe comprobará la existencia de previsión empresarial sobre el periodo previsto para efectuar los despidos.

- Artículo 3.1, e) del Reglamento: *Criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos.*

En este punto exige el Reglamento que el inspector de trabajo y seguridad social verifique que estos criterios no resultan discriminatorios por los motivos contemplados en el artículo 17.1 ET, sin perjuicio del cumplimiento de las prioridades de permanencia en la empresa a que se refiere el artículo 13 del Reglamento.

Por tanto, el inspector actuante debe efectuar aquí no solo una comprobación de hecho, esto es, que existen los criterios, sino también una apreciación, en su caso, sobre si esos criterios resultan discriminatorios en función de los motivos establecidos en el artículo 17.1 ET.

Si se prevé o se pacta que sean los propios trabajadores y trabajadoras quienes voluntariamente se acojan a las medidas extintivas o de otro tipo propuestas, el criterio selectivo es el número de extinciones, y es posible que la empresa se

reserve el derecho a aceptar o rechazar las solicitudes para ajustarlas a sus necesidades productivas (STS de 24 noviembre de 2015).

Debe indicarse que los extremos contemplados en este apartado habrán podido variar como consecuencia del desarrollo del periodo de consultas por lo que el informe deberá reflejar la evolución o cambios que se hayan podido producir a resultas de la negociación.

• Artículo 3.3) del Reglamento: *Solicitud a los representantes legales de los trabajadores del informe del artículo 64.5 a) y b) del ET.*

c) Desarrollo del periodo de consultas

En este punto el informe del inspector/a actuante versará sobre los siguientes aspectos:

- 1) Calendario de reuniones.
- 2) Realización efectiva y actas de las reuniones.
- 3) Negociación de buena fe.
- 4) Recomendaciones y advertencias de la autoridad laboral.
- 5) Comprobación de la legitimación de la representación legal de los trabajadores.

Esta información la ITSS la obtendrá de la documentación que le remita la autoridad laboral al finalizar el periodo de consultas (actas de las reuniones del periodo de consultas, etc.) y de la visita o comparecencia realizada por el/la actuante a la finalización del periodo de consultas.

1) Calendario de reuniones. Se reflejará en el informe el desarrollo del calendario de reuniones, esto es, número de reuniones celebradas y los intervalos entre las mismas y se indicará si se han respetado las reglas fijadas para el calendario de reuniones. Sobre este apartado debe destacarse lo siguiente:

- Las partes pueden fijar de común acuerdo un calendario de reuniones a desarrollar durante el periodo de consultas. De existir acuerdo, se indicará en el informe la existencia del mismo y el cumplimiento del calendario así prefijado.

- De no existir acuerdo sobre el calendario, el Reglamento establece la necesidad de realizar un número mínimo de reuniones con intervalos mínimos de tiempo entre las mismas:

- La primera reunión del periodo de consultas se celebrará en un plazo no inferior a tres días desde la fecha de la entrega de la comunicación empresarial que inicia el periodo de consultas (artículo 7.3).
- En empresas de menos de cincuenta trabajadores/as, 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. En este caso, el periodo de consultas ha de tener una duración máxima de quince días naturales (artículo 7.4).
- En empresas de cincuenta o más trabajadores/as, 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. En este caso, el periodo de consultas ha de tener una duración máxima de treinta días naturales (artículo 7.5).

Cuando las partes hayan alcanzado un acuerdo, el periodo de consultas puede darse por finalizado en todo caso, por lo que no será preciso agotar las reuniones prefijadas en el calendario (artículo 7.6). 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. *A sensu contrario, el no haber alcanzado acuerdo obliga a agotar las reuniones previstas en el calendario de reuniones.* Estas circunstancias se deben reflejar expresamente en el informe.

Además, conforme al 28.2 del Reglamento, el empresario y la representación de los trabajadores podrán acordar, en cualquier momento del periodo de consultas, la sustitución del mismo por los procedimientos de mediación o de arbitraje que sean de aplicación en el ámbito de la empresa, en particular los regulados en los acuerdos sobre solución extrajudicial de conflictos laborales de nivel estatal o de nivel autonómico.

2) Realización efectiva y actas de las reuniones. El informe deberá reflejar que se han levantado actas de las reuniones y que éstas están firmadas, tal y como exige el artículo 7.7 del Reglamento. Se trata de una comprobación importante porque es la que permite aseverar que el periodo de consultas se ha realizado efectivamente. Puede suceder que alguna de las partes indique que ha habido negativa de la otra parte a la firma de las actas a pesar de haberse realizado las reuniones o que las reuniones no se han realizado pese a estar debidamente convocadas por inasistencia de los representantes de los trabajadores. Sobre este aspecto, el inspector deberá desplegar la actividad probatoria oportuna a los efectos de aclarar lo sucedido y exponerlo en el informe. Este asunto está relacionado con el deber de negociar de buena fe al que se alude en el siguiente apartado.

3) Negociación de buena fe. Tanto la Ley como el Reglamento señalan que las partes deben negociar de buena fe durante el desarrollo del periodo de consultas. En este punto el inspector reflejará las incidencias que haya comprobado que puedan afectar al deber de negociar de buena fe.

4) Advertencias y recomendaciones de la autoridad laboral. Se hará constar en el informe el contenido de esas advertencias y si ha existido o no respuesta por escrito del empresario y traslado de la misma a los representantes de los trabajadores, así como si éstas se han cumplido.

5) Comprobación de la legitimación de la representación legal de los trabajadores y de la validez de los acuerdos en los términos previstos en los artículos 26, 27 y 28 del Reglamento.

d) Existencia de vicios de la voluntad en la conclusión del acuerdo (fraude, dolo, coacción o abuso de derecho).

A fin de detectar la posible existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho, deberá desplegarse una actividad probatoria suficiente que acredite mediante pruebas directas o indirectas los hechos en cuestión.

- **Fraude:** Es criterio compartido con la Dirección General de Trabajo, que no puede identificarse la mera inexistencia de la causa del procedimiento con la existencia de fraude. El inspector no deberá afirmar que existe fraude si no funda su aseveración en pruebas que demuestren que el acuerdo alcanzado persigue una finalidad prohibida por el ordenamiento jurídico (lo que no deberá confundirse con la

puesta en marcha de las medidas laborales para las que el ordenamiento jurídico faculta al empresario). En este sentido, la STS (Social) de 27 enero de 2022, citando doctrina previa y jurisprudencia del propio Tribunal Supremo, señala en su fundamento de derecho segundo que “(...) *mayoritariamente, la doctrina de esta Sala se inclina por afirmar que en materia de fraude de ley , el elemento fundamental consiste en la intención maliciosa de violar la norma pues en la concepción de nuestro Derecho, el fraude es algo integrado por un elemento subjetivo o de intención, de manera que para que pueda hablarse de fraude es necesario que la utilización de determinada norma del ordenamiento jurídico, persiga, pretenda, o muestre el propósito, de eludir otra norma del propio ordenamiento*”.

- **Dolo:** Consiste el dolo, como vicio de la voluntad en la formación del contrato, en la conducta voluntaria e intencionada de una parte que provoca, con maquinaciones insidiosas, que otra parte suscriba un acuerdo que, de no haber mediado aquella conducta antijurídica no se hubiera producido (STS Sala de lo Civil, 2 de marzo de 2020)

- **Coacción:** La intimidación, definida en el artículo 1267 del Código Civil, requiere, a efectos de provocar la nulidad del acto jurídico, que uno de los contratantes valiéndose de un acto injusto -y no, por tanto, del ejercicio correcto y no abusivo de un derecho- ejerza sobre el otro una coacción o fuerza moral (vis compulsiva) de tal entidad que, por la inminencia del daño que pueda producir y por el perjuicio que hubiera de originar, sea capaz de influir sobre su ánimo, induciéndole a omitir una declaración de voluntad no deseada y contraria a sus propios intereses.

- **Abuso de derecho:** En lo que atañe al abuso de derecho el inspector/a actuante deberá acreditar, según establece el artículo 7.2 del Código Civil, que el acuerdo por el que se deciden las medidas extintivas, suspensivas o de reducción de jornada, se ha alcanzado de un modo que manifiestamente sobrepasa los límites normales del ejercicio del derecho y, además, que se produce un daño para un tercero, requisitos éstos, que no pueden identificarse, al igual que cuando nos referíamos al fraude, con la mera inexistencia de la causa que permite el procedimiento de regulación de empleo, puesto que para que podamos hablar de abuso de derecho debe constatarse de manera notoria por el inspector actuante, que el ejercicio del derecho se realiza de un modo anormal y que no va dirigido a la satisfacción de un interés legítimo del titular del derecho, como pueda ser la necesidad de adoptar medidas de extinción, suspensión o reducción de jornada, sino que se pretende otra cosa distinta que además conlleva un daño a un tercero.

Con la aprobación de la nueva Ley 3/2003, de 28 de febrero, de Empleo, y el reconocimiento de la capacidad inspectora para valorar la causa alegada para el despido colectivo, el análisis de la posible existencia de vicios de la voluntad en la conclusión del acuerdo resulta más consistente al permitir tomar en consideración elementos que antes debían dejarse al margen; la propia STS 4887/2016 de 2 de noviembre de 2016 a la que ya se ha hecho referencia, incidía en que *“parece difícil que la Inspección de Trabajo pueda evacuar un informe en el que tiene que pronunciarse sobre la existencia de fraude o dolo sin efectuar un análisis pormenorizado de las causas alegadas y de la concurrencia de las circunstancias aducidas por el empresario”*.

A continuación, se relacionan a modo de ejemplo, una serie de sentencias en las que se alude al fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en los acuerdos alcanzados, y otras situaciones o hechos conexos con estas circunstancias:

- STSJ Cataluña 9684/2021, de 27 octubre de 2021: estimación de despido colectivo en fraude de ley cuando se utiliza esta vía para evitar las consecuencias de una sucesión de empresas y la consiguiente subrogación de plantilla: *“de los hechos anteriormente expuestos, también se derivan indicios claros para apreciar la existencia de fraude de ley en el despido colectivo efectuado. Pues se evidencia que se ha acudido al despido colectivo para encubrir una real sucesión empresarial entre las sociedades cooperativas, y eludiendo las obligaciones derivadas de dicha sucesión previstas en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, como la subrogación de los trabajadores que componían la plantilla de Tundra SCCL, por la sociedad Teb Verd, SCCL, con el mantenimiento de sus derechos. Y, todo ello, nos debe llevar a declarar la nulidad del despido del demandante, por la existencia del fraude de ley”*
- STS 3490/2014, de 11 de abril de 2014: Se aprecia dolo y mala fe cuando la empresa no cumple con su deber de negociar de buena fe con los trabajadores y se limita a enunciarles la situación económica de la empresa (*“la negociación que en este caso no puede declararse existente en cuanto el dolo empresarial la convirtió en meramente ritual, en una simulación absoluta y como tal exteriorización de un acto inexistente en derecho”*). Conclusión que, por cierto, es plenamente coincidente con la del Informe de la Inspección de Trabajo (hecho probado séptimo), según el cual: *“Se constata, por tanto, que no ha habido una verdadera negociación durante el período de consultas sobre la posibilidad de evitar o reducir los efectos del expediente, limitándose la empresa a señalar la*

imposibilidad de hacer frente al pago de salarios adeudados y de las indemnizaciones que deriven del expediente y la imposibilidad de la continuidad empresarial")

- SAN 109/2012, de 25 de julio de 2012: cuando la empresa negocia de forma paralela con los trabajadores afectados durante la fase de negociación colectiva, en vez de hacerlo al concluir esta e iniciarse la fase de negociación individual, vacía de contenido el período de consultas y el derecho a la acción colectiva de la representación legal de trabajadores, lo que provoca la determinación de existencia de fraude de ley en la decisión extintiva por mala fe de la parte empresarial. *“La tesis expuesta se reafirma por la propia ordenación del art. 124 LRJS, que distingue la fase colectiva, regulada en los apartados 1 a 10, de la fase individual, regulada en el apartado 11, que solo se activa cuando ha concluido la fase colectiva, cuya negociación corresponde única y exclusivamente a los representantes de los trabajadores, sin que dicha negociación pueda condicionarse de ningún modo, aunque lo promuevan los trabajadores afectados, porque dicha actuación devalúa totalmente la negociación colectiva, no existiendo riesgo alguno para la autonomía individual, que puede desplegarse, sin problema alguno, al concluir la fase colectiva del despido colectivo, donde nada impide que los trabajadores afectados alcancen acuerdos extintivos de mutuo acuerdo con la empresa”.*

e) Impugnación por la autoridad laboral de la decisión empresarial a instancia de la Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo.

De conformidad con el artículo 51.6 ET la autoridad laboral podrá impugnar los acuerdos adoptados en el periodo de consultas cuando estime que estos se han alcanzado mediante fraude, dolo, coacción o abuso de derecho a efectos de su posible declaración de nulidad, así como cuando la entidad gestora de las prestaciones por desempleo hubiese informado de que la decisión extintiva empresarial pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de las personas trabajadoras afectadas por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo.

De esta forma, el informe de la ITSS deberá pronunciarse, cuando exista acuerdo, sobre si éste tiene por finalidad el acceso indebido de las personas trabajadoras a prestaciones por desempleo; para ello no solo es relevante la valoración sobre la existencia o no de la causa alegada, sino que, incluso independientemente de ella se

trata de acreditar la existencia de posibles falsedades o simulaciones en la situación pretendida. Así, el inspector/a deberá incorporar en su informe las pruebas que haya podido obtener y que avalen que la finalidad del procedimiento no es otra que la obtención indebida de prestaciones por desempleo: la norma pretende impedir que puedan percibirse prestaciones por desempleo en supuestos no previstos en la ley y aclara que la simulación de situaciones por desempleo ficticias (inexistentes) no permiten el acceso a dichas prestaciones. Esta circunstancia es en realidad un supuesto específico de fraude de ley (artículo 6.4 del Código Civil) consistente en utilizar el procedimiento de despido colectivo como vehículo para la obtención de un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, y para ello se simula por ambas partes una situación legal de desempleo con la finalidad de que los trabajadores y trabajadoras puedan obtener -indebidamente, por tanto- prestaciones por desempleo.

A este respecto, debe tenerse en cuenta que al igual que la entidad gestora no puede denegar las prestaciones al trabajador que es despedido improcedentemente de manera individual (la opción de reingreso es de la empresa), tampoco puede denegarse la prestación al trabajador que resulta despedido tras una decisión colectiva, y ello a pesar de que judicialmente sea declarada la decisión empresarial no ajustada a derecho, o cuando habiéndose impugnado judicialmente el despido el trabajador obtiene una declaración judicial de improcedencia; por lo que en ambos casos (impugnación del despido colectivo e impugnación individual) no resulta cuestionable la legalidad de su situación de desempleo a los efectos del cobro de prestaciones.

En los supuestos en los que no se haya alcanzado acuerdo, y con la finalidad de prevenir el acceso indebido a prestaciones en las que se finge desacuerdo por las partes, el inspector de trabajo y seguridad social deberá, igualmente, remitir su informe al Servicio Público de Empleo, para que la entidad gestora valore si el objeto de la decisión extintiva permite un acceso indebido a prestaciones.

Todo ello en base a las facultades previstas en el artículo 22.8 de la Ley 23/2015, de 21 de julio y en virtud de la colaboración con las entidades gestoras prevista en el artículo 17.1 de la misma norma legal.

En este trámite de informe, resultará difícil que la ITSS pueda detectar este tipo de situaciones, pues la decisión de las partes de fingir un desacuerdo también se mantendrá, en la mayoría de las ocasiones, durante la comparecencia en la sede de la ITSS. No obstante, cuando, aun no habiéndose alcanzado acuerdo entre las partes, la decisión extintiva incluya medidas sociales de acompañamiento – ofrecidas unilateralmente por la empresa o que respeten acuerdos parciales previos alcanzados

durante el periodo de consultas – que atenúen notablemente las consecuencias en las personas trabajadoras afectadas, y el inspector/a actuante presuma fundadamente que ello puede tener por objeto la obtención indebida de prestaciones por desempleo, así se hará constar en el informe para su valoración por la Agencia Española de Empleo.

Presumiblemente será en una fase posterior cuando la ITSS pueda detectar la situación de fraude, por lo que los/as Directores/as Territoriales y Jefes/as de Inspección incluirán en la planificación ordinaria de control a las empresas en las que hayan podido detectarse indicios (por leves que fueran) de conducta fraudulenta (puesta en marcha, mediando sucesión no transparente, de nuevas empresas -buscando para ello el pago capitalizado de prestaciones-, desacuerdos pactados que puedan permitir el pago de las vacaciones con cargo a prestaciones,....).

f) Contenido de las medidas sociales de acompañamiento y plan de recolocación externa.

a. Medidas sociales de acompañamiento.

La negociación de medidas sociales de acompañamiento forma parte del periodo de consultas con la finalidad de evitar, reducir o atenuar las consecuencias del despido colectivo.

En el artículo 51.2 ET y en el 8 del Reglamento aparecen ejemplos de estas medidas. No es preceptivo su acuerdo, si bien, una vez asumidas por el empresario su incumplimiento tiene como consecuencia la comisión de una infracción tipificada como muy grave en el artículo 8.14 del Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de agosto (en adelante LISOS).

En el informe deberá contemplarse si se han negociado o no y, en su caso, una descripción de las mismas, así como cualquier otra observación que se considere oportuna.

El recurso a las medidas sociales de acompañamiento previstas en el artículo 8 del Reglamento también es aplicable a las Administraciones Públicas, si bien, siempre que sean compatibles con la naturaleza y régimen jurídico de la Administración de que se trate. La normativa también podría contener limitaciones aplicables a sociedades, fundaciones o consorcios del sector público que pueden afectar a algunas de estas medidas o a la forma en la que se materialicen.

b. Plan de recolocación externa.

A diferencia de las medidas sociales de acompañamiento, el plan de recolocación externa tiene carácter preceptivo para aquellos despidos colectivos que afecten a más de cincuenta personas trabajadoras.

De acuerdo con el artículo 9.1 del Reglamento, las empresas están obligadas a presentar este plan en la documentación que inicia el procedimiento y que se traslada tanto a los representantes de los trabajadores como a la autoridad laboral. De esta manera, se garantiza que los representantes de los trabajadores son informados y consultados sobre este plan en el periodo de consultas.

Según el Reglamento, el fin del plan es garantizar una atención continuada, por un periodo mínimo de 6 meses, a las personas trabajadoras afectadas por el despido colectivo. Además, dentro de éste, se prevé expresamente que los trabajadores/as de mayor edad deberán recibir una atención especial tanto en intensidad como en extensión dadas las mayores dificultades de este colectivo para la reinserción laboral.

El apartado 3 del artículo 9 del Reglamento recoge cuatro grupos de acciones que deberán constituir el contenido mínimo del plan, y que deberán ser objeto de verificación en por el inspector/a actuante: a) acciones de intermediación laboral o puesta en contacto de las ofertas de trabajo en otras empresas con las personas trabajadoras afectadas; b) acciones de orientación profesional para identificar los perfiles profesionales de las personas trabajadoras; c) acciones de formación profesional para adecuar las capacidades de los trabajadores y trabajadoras a los puestos de trabajo demandados; y d) acciones de atención personalizada para asesorar a las personas trabajadoras respecto de todos los aspectos relacionados con su recolocación, en especial, respecto de la búsqueda activa de empleo por parte de las mismas.

Asimismo, el propio artículo 51.10 ET establece los siguientes requisitos del plan de recolocación.

- Debe ser diseñado para un periodo mínimo de 6 meses
- Debe incluir medidas de formación y orientación profesional
- Debe prever medidas de atención de atención personalizada a la persona trabajadora afectada
- Debe impulsar la búsqueda activa de empleo

Hay que tener en cuenta que el plan de recolocación será uno de los aspectos que podrá ser negociado durante el periodo de consultas y que al final del mismo normalmente la empresa presentará una versión del plan más depurada que la ofrecida al inicio de dicho

periodo. Por tanto, el análisis que se haga por el inspector/a de trabajo en el informe irá dirigido a valorar el contenido y suficiencia del plan de recolocación externa en su versión final.

Para evitar que las empresas eludan el cumplimiento de la elaboración del plan de recolocación externa, despidiendo a personas trabajadoras de forma individual antes de iniciar el procedimiento de despido colectivo, el apartado 5 del artículo 9 del Reglamento establece que a los efectos del cómputo de los 50 trabajadores/as se tendrán en cuenta aquellos 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) ET, siempre que dichas extinciones de contratos se hayan producido dentro de los noventa días inmediatamente anteriores al inicio del despido colectivo.

Téngase en cuenta, además, aun cuando no está dentro de las atribuciones del a ITSS en el marco de los procedimientos de regulación de empleo, que el incumplimiento de la obligación establecida en el apartado 10 del artículo 51 ET constituye una infracción muy grave del artículo 8.14 LISOS. Corresponde, de conformidad con el citado artículo a la autoridad laboral, a través del servicio público de empleo competente, verificar la acreditación del cumplimiento de esta obligación requiriendo, en su caso, a la empresa para que proceda a su cumplimiento. Por tanto, podrá ser previa comunicación de la autoridad laboral, y sin perjuicio de otras formas de iniciación del expediente, cuando se tenga conocimiento del incumplimiento del plan de recolocación y se exijan por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social las responsabilidades pertinentes.

Finalmente, debe recordarse que el coste de la elaboración e implantación de dicho plan no recaerá en ningún caso sobre los trabajadores y trabajadoras.

g) Convenio Especial.

El artículo 51.9 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores señala que, en caso de procedimientos de despido colectivo, que afecten a empresas no concursas en procedimiento concursal, que incluyan a personas trabajadoras con cincuenta y cinco o más años de edad que no tuvieran la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967, existirá la obligación de abonar las cuotas destinadas a la financiación de un convenio especial respecto de los trabajadores anteriormente señalados en los términos previstos en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Este convenio será suscrito por el empresario y la persona trabajadora, por un lado, y la Tesorería General de la Seguridad Social, por otro. La solicitud del Convenio Especial se efectuará durante la tramitación del procedimiento de despido colectivo y, en todo caso, hasta la fecha en que el empresario notifique individualmente el despido a cada persona trabajadora afectada.

En el caso de que la empresa no proceda a la solicitud, la persona trabajadora afectada podrá solicitar el Convenio dentro de los seis meses naturales siguientes a la fecha en que el empresario notifique individualmente el despido.

El incumplimiento constituye infracción en materia de Seguridad Social tipificada y calificada como muy grave en el artículo 23.1.i) LISOS, consistente en *“incumplir la obligación de suscribir el convenio especial en los supuestos establecidos en el artículo 51.9 del Estatuto de los Trabajadores”*.

Es posible que en el momento de emitir el informe por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social no se tenga constancia fehaciente de que vayan a ser afectadas personas de cincuenta y cinco o más años de edad. También es posible que, constatado que hay personas de más de cincuenta y cinco años afectadas, no se haya suscrito aún el citado convenio especial, puesto que éste puede celebrarse hasta la notificación del despido a la persona afectada.

En estos casos, el inspector o inspectora de trabajo actuante podrá advertir o requerir a la empresa el cumplimiento de la obligación de suscribir el convenio y abonar las cuotas destinadas a su financiación, debiendo dejarse constancia de esta advertencia o del requerimiento efectuado en el informe a remitir a la Autoridad Laboral.

Asimismo, se planificarán actuaciones en la Inspección Provincial destinadas a la posterior comprobación del cumplimiento de este requisito.

III. DEL PROCEDIMIENTO DE REDUCCIÓN DE JORNADA Y SUSPENSIÓN DEL CONTRATO POR CAUSAS ECONÓMICAS, TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS Y/O DE PRODUCCIÓN

El artículo 47 ET establece que el contrato de trabajo podrá ser objeto de reducción de jornada o ser suspendido por el empresario por las mismas causas examinadas para la extinción.

La medida suspensiva o reducción de jornada la decide el empresario sin necesidad de autorización administrativa previa, sin perjuicio de la revisión judicial prevista a través

de lo dispuesto en el artículo 148 de la Ley 36/2011, de 1 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social.

El procedimiento a seguir para aplicar medidas de suspensión de contratos o reducción de jornada es similar al del despido colectivo.

Las particularidades previstas en la regulación respecto de los procedimientos de despido colectivo se pueden resumir en:

1) El procedimiento será aplicable cualquiera que sea el número de trabajadores/as de la empresa y el número de afectados por la suspensión de contratos o la reducción de la jornada.

2) El periodo de consultas tendrá una duración máxima de:

- Siete días si la empresa tiene menos de cincuenta personas trabajadoras.
- Quince días si la empresa tiene más de cincuenta personas trabajadoras.

Al igual que en los procedimientos de despido colectivo, es posible que las partes pacten un calendario de reuniones que regirá con carácter prioritario. En defecto de acuerdo, se establece un régimen supletorio consistente en la celebración de un mínimo de, al menos, dos reuniones, separadas por un intervalo no superior a siete días ni inferior a tres (artículo 20.3 del Reglamento). La primera de las reuniones debe celebrarse en plazo no inferior a un día desde la fecha de la entrega de la comunicación empresarial que inicia el procedimiento, salvo que haya un calendario de reuniones acordado (artículo 20.2).

Del mismo modo, cabe la posibilidad de sustituir el periodo de consultas, en cualquier momento, por procedimientos de mediación o arbitraje, mediante acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

3) Se mantiene la obligación de la ITSS de emitir informe en estos procedimientos en el plazo de quince días.

En cuanto a los criterios a tener en cuenta en la actuación inspectora referida a procedimientos de suspensión de contratos y de reducción de jornada, resultan aplicables, con carácter general, los ya establecidos para los procedimientos de despido colectivo. Sin embargo, es necesario tener en cuenta las particularidades de este tipo

de procedimientos por lo que a continuación se efectuarán una serie de consideraciones:

- Conforme a lo establecido en el artículo 47.7 ET, la reducción de jornada podrá ser de entre un diez y un setenta por ciento.
- En la medida en que ello sea viable, se priorizará la adopción de medidas de reducción de jornada frente a las de suspensión de contratos.
- La empresa comunicará a la autoridad laboral, no solo su decisión de reducir la jornada de trabajo o suspender los contratos de trabajo, sino que también deberá informar sobre:
 - 1.º El período dentro del cual se va a llevar a cabo la aplicación de la suspensión del contrato o la reducción de jornada.
 - 2.º La identificación de las personas trabajadoras incluidas en el expediente de regulación temporal de empleo.
 - 3.º El tipo de medida a aplicar respecto de cada una de las personas trabajadoras y el porcentaje máximo de reducción de jornada o el número máximo de días de suspensión de contrato a aplicar.
- La flexibilidad de este tipo de medidas se refleja, entre otros aspectos, en la posibilidad que asiste a la empresa de poder desafectar y afectar a las personas trabajadoras en función de las alteraciones de las circunstancias señaladas como causa justificativa de las medidas, informando previamente de ello a la representación legal de las personas trabajadoras y previa comunicación a la entidad gestora de las prestaciones sociales y, conforme a los plazos establecidos reglamentariamente, a la Tesorería General de la Seguridad Social, a través de los procedimientos automatizados que establezcan dichas entidades.
- No obstante, la flexibilidad que caracteriza a este tipo de procedimientos, también existen limitaciones a tener en cuenta, y así dentro del periodo de aplicación del expediente no podrán realizarse horas extraordinarias, establecerse nuevas externalizaciones de actividad ni concertarse nuevas contrataciones laborales. Esta prohibición no resultará de aplicación en el supuesto en que las personas en suspensión contractual o reducción de jornada que presten servicios en el centro de trabajo afectado por nuevas contrataciones o externalizaciones no puedan, por formación, capacitación u otras razones objetivas y justificadas, desarrollar las funciones encomendadas a aquellas, previa información al respecto por parte de la empresa a la representación legal de las personas trabajadoras.

Informe de la ITSS.

a) Plazo (artículo 22.2 del Reglamento): Quince días a contar desde la notificación a la autoridad laboral de la finalización del periodo de consultas, con independencia del número de personas trabajadoras afectadas.

b) Contenido: Extremos de la comunicación empresarial a que se refiere el artículo 17.1 y el desarrollo del periodo de consultas. Según dispone el artículo 22.2 del Reglamento, en la elaboración del informe deben seguirse los criterios tenidos en cuenta para el artículo 11. Por ello, para la elaboración del informe se tendrá en cuenta lo ya indicado a este respecto, incluido lo relativo al informe sobre la causa, con las siguientes salvedades:

— Documentación que ha de acompañar a la comunicación empresarial.

Se comprobará que la empresa ha presentado la documentación referida en el artículo 18 del Reglamento que indica que la documentación será la necesaria para acreditar la concurrencia de la causa y que se trata de una situación coyuntural de la actividad de la empresa.

— Para el caso de causas económicas, el artículo 18 del Reglamento hace una remisión al artículo 4 del mismo, con ciertas particularidades:

- Para todos los casos, la documentación a aportar será la prevista en el artículo 18.2 a) del Reglamento (último ejercicio económico completo y las cuentas provisionales del ejercicio vigente al de la presentación de la comunicación).
- Previsión de pérdidas. Se presentará la documentación a la que se refiere el artículo 4.3 del Reglamento.
- En el supuesto de grupo de empresas se presentará la documentación del artículo 4.5 del Reglamento (último ejercicio económico completo y cuentas provisionales del vigente).
- Disminución persistente del nivel de ingresos. Se ha de presentar la documentación fiscal o contable acreditativa de la disminución persistente del nivel de ingresos ordinarios o ventas durante, al menos, los dos trimestres consecutivos (en los despidos colectivos se exigen tres trimestres) inmediatamente

anteriores a la fecha de la comunicación de inicio del procedimiento de suspensión de contratos o reducción de jornada, así como la documentación fiscal o contable acreditativa de los ingresos ordinarios o ventas registrados en los mismos trimestres del año inmediatamente anterior.

— Para el resto de las causas (técnicas, organizativas o de producción) existe una remisión total al artículo 5.2 respecto de la documentación a presentar.

Al igual que en el caso de los procedimientos de despido colectivo, habrá que determinar si el procedimiento se desarrolla sin que se aprecie dolo, coacción, fraude o abuso de derecho. A continuación, se exponen ejemplos jurisprudenciales de supuestos en los que se concluyó que el procedimiento de ERTE era fraudulento:

- STS 843/2018, de 18 septiembre de 2018: existe fraude en un ERTE cuando la situación económica de la empresa es tan insostenible que la suspensión colectiva de contratos se utiliza con la pretensión de eludir de manera torticera la extinción mercantil (*“la empresa actúa en fraude de ley al pretender una suspensión de las relaciones laborales en una situación económica absolutamente insostenible que impide su viabilidad y que necesariamente conduciría por ese motivo a la extinción definitiva de los contratos de trabajo, ya que una hipotética suspensión temporal carecería de la más mínima eficacia para enderezar la irreversible situación económica que necesariamente aboca al cierre de su actividad”*)
- STS de 25 mayo de 2015: también concurre fraude si el ERTE se adopta en relación a la situación que existe en el centro de trabajo concreto, cuando lo que subyace es una pérdida económica a enjuiciar respecto de la totalidad de la empresa.
- STS de 14 febrero de 2019: se estima también fraudulento el ERTE cuando se pretende mantener a los trabajadores y trabajadoras en estado de suspensión y, al mismo tiempo, se autoriza en el acuerdo, de manera genérica e indeterminada, a la empresa a recurrir a la contratación temporal
- STS 1390/2014, de 12 marzo de 2014: mientras que se encuentra en vigor una suspensión de contratos o reducción temporal de jornada no cabe, si no hay alteración de las circunstancias, proceder a despidos individuales o colectivos por las mismas causas económicas; en tales casos, estando vigente una

suspensión de contratos amparada en el artículo 47 ET, para que el despido pueda realizarse es preciso que la causa alegada sea distinta y sobrevenida de la tenida en cuenta para la suspensión y que si se trata de la misma causa, se haya producido un cambio sustancial y relevante respecto a las circunstancias que motivaron que la suspensión. Lo contrario supone una vulneración de la buena fe y abuso de derecho por parte de la empresa.

c) El artículo 17.2, d) establece que la comunicación de la apertura del periodo de consultas contendrá la concreción y detalle de las medidas de suspensión de contratos o reducción de jornada, por lo que deberá verificarse que este extremo queda suficientemente detallado en la comunicación empresarial.

Debemos reiterar una vez más que los extremos contemplados en este apartado habrán podido variar como consecuencia del desarrollo del periodo de consultas por lo que el informe deberá reflejar la evolución o cambios que se hayan podido producir a resultas de la negociación.

La ITSS, respecto de este extremo, debe efectuar comprobaciones minuciosas con vistas al cumplimiento de lo indicado en el artículo 20.6 del Reglamento que señala que la comunicación final que haga la empresa sobre las medidas de suspensión de contratos o de reducción de jornada *“deberá contemplar el calendario con los días concretos de suspensión de contratos o reducción de jornada individualizados por cada uno de los trabajadores afectados. En el supuesto de reducción de la jornada, se determinará el porcentaje de disminución temporal, computada sobre la base diaria, semanal, mensual o anual, los periodos concretos en los que se va a producir la reducción así como el horario de trabajo afectado por la misma, durante todo el periodo que se extienda su vigencia”*.

La necesidad de fijar un calendario para las suspensiones o reducciones de jornada indicando los trabajadores y trabajadoras afectados por dichas medidas día por día obedece a la necesidad de garantizar una adecuada utilización de estas medidas de flexibilidad interna por parte de las empresas y evitar así la compatibilización indebida de prestaciones por desempleo con el trabajo por cuenta ajena durante su aplicación.

En este sentido debemos subrayar la importancia de los siguientes tipos sancionadores en la LISOS:

- Infracción grave del apartado 13 del artículo 22 en su segunda parte: *“(…) así como la no comunicación, con antelación a que se produzcan, de las variaciones*

que se originen sobre el calendario inicialmente dispuesto, en relación con la concreción e individualización por trabajador de los días de suspensión o reducción de jornada, así como en este último caso, el horario de trabajo afectado por la reducción”.

- *Infracción muy grave de la letra j) del apartado primero del artículo 23: “Dar ocupación a los trabajadores afectados por la suspensión de contratos o reducción de jornada, en el período de aplicación de las medidas de suspensión de contratos o en el horario de reducción de jornada comunicado a la autoridad laboral o a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo, en su caso”.*

Finalmente, de acuerdo con lo que se expondrá para aquellos supuestos de revisión judicial de las regulaciones de empleo en el marco del artículo 47 ET, cuando se solicite informe ex artículo 138 de la Ley 36/2011, de 1 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, deberá remitirse por el Jefe de Inspección Provincial el informe practicado, salvo para aquellos supuestos en los que se solicite una colaboración pericial.

IV. DEL PROCEDIMIENTO DE EXTINCIÓN, SUSPENSIÓN O REDUCCIÓN DE JORNADA POR FUERZA MAYOR.

Para analizar estos supuestos es necesario distinguir tres supuestos:

- Procedimiento de extinción de contratos por fuerza mayor, regulado en el artículo 51.7 ET.
- Procedimientos de reducción de jornada y suspensión de contratos por fuerza mayor temporal, dentro de los cuales cabe distinguir dos supuestos:
 - El regulado en el apartado cinco del artículo 47 ET. El informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social es preceptivo, debiendo pronunciarse sobre la concurrencia de la fuerza mayor.
 - El procedimiento de reducción de jornada y suspensión de contratos por fuerza mayor temporal determinada por impedimentos o limitaciones en la actividad normalizada de la empresa que sean consecuencia de decisiones adoptadas por la autoridad pública competente, incluidas aquellas orientadas a la protección de la salud pública, regulado en el apartado 6 del artículo 47 ET. En este supuesto la solicitud de informe por parte de la autoridad laboral a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social no es preceptiva.

Común a los supuestos regulados en los artículos 47 y 51 ET es la necesidad de que la fuerza mayor sea constatada por la autoridad laboral.

No corresponde a la autoridad laboral autorizar las medidas regulatorias correspondientes, sino que su competencia se circunscribe a comprobar que los hechos que motivan su aplicación integran verdaderamente un supuesto de fuerza mayor. Así, el citado artículo 51.7 ET resalta que la autoridad laboral en estos casos deberá limitarse, en su caso, a constatar la fuerza mayor alegada por la empresa (sea cual sea el número de personas trabajadoras afectadas), correspondiendo a ésta la decisión sobre la extinción de los contratos.

Tanto la Ley como el Reglamento (artículo 33) establecen un procedimiento sumamente abreviado que debe concluir mediante resolución de la autoridad laboral en el plazo de cinco días desde la presentación de la solicitud.

El procedimiento incluye el informe de la ITSS, que podrá servir para fundamentar la resolución de la autoridad laboral que se circunscribe a constatar (o no) el elemento de fuerza mayor alegado por la empresa. Por tanto, el inspector/a actuante deberá, en estos casos, desplegar las actuaciones de comprobación correspondientes y emitir informe a la mayor brevedad teniendo en cuenta el plazo de cinco días que la Ley dispone.

En todo caso, el informe deberá recoger expresamente las medidas que se adoptaron por la empresa para evitar los efectos de la causa generadora de la fuerza mayor, teniendo en cuenta que resulta necesario que la empresa acredite que se ha tratado de un acontecimiento que de ser previsible era inevitable.

Por último, hay que señalar que los expedientes de extinción y suspensión de contratos y de reducción de jornada de trabajo por fuerza mayor se regulan en cuanto a su procedimiento y documentación a aportar por el Título II del Reglamento.

Se reiteran a continuación algunas indicaciones conceptuales sobre la fuerza mayor ya recogidas en el Criterio operativo anterior y que siguen siendo válidas.

La doctrina general acerca de la fuerza mayor utiliza como base fundamental lo previsto en el art. 1105 del Código Civil, en el que se señala que *“Fuera de los casos mencionados en la Ley y en los que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables”*; en este sentido, la STS 22 de noviembre 2018 (rec. 2/2018), siguiendo el criterio de la STS 22 de julio 2015 (rec. 4/2012), establece que *«La fuerza mayor equivale, desde luego, a un acontecimiento externo al círculo de la empresa,*

absolutamente independiente de la voluntad de ésta que sea imprevisible o, siendo previsible, sea inevitable», y añade que «Ha de entenderse por fuerza mayor, y por ende, por ‘situación extraordinaria’, un acontecimiento externo al círculo de la empresa, absolutamente independiente de la voluntad de ésta que sea imprevisible o, siendo previsible, sea inevitable, requisitos éstos, que no concurren en el presente caso».

Como es conocido, se viene distinguiendo por la doctrina laboral y la jurisprudencia entre la fuerza mayor propia y la impropia, y a efectos de la casuística que se puede encontrar en la actividad inspectora vamos a distinguir entre ambos tipos.

A. Fuerza mayor propia

Los acontecimientos de carácter catastrófico se configuran normalmente como fuerza mayor. No obstante, no tiene esta consideración cuando estos acontecimientos son previsibles en atención a la naturaleza de la actividad, de la zona geográfica en la que se producen o si pueden evitarse con las oportunas medidas de seguridad.

Se considera por la jurisprudencia, y así lo determina la STS de 16 de diciembre de 2021, que existe fuerza mayor propia en casos de incendios, inundaciones, terremotos, explosiones, plagas del campo... Así, en el año 2021 el fenómeno atmosférico de La Filomena también provocó la suspensión temporal de contratos en múltiples empresas (STS 648/2022 y también STSJ Madrid 8649/2022)

B. Fuerza mayor impropia

Tiene lugar en aquellos supuestos que, no siendo técnicamente causas constitutivas de la fuerza mayor propia, por asimilación legal pueden provocar de igual forma la extinción o suspensión del contrato de trabajo, no tanto por la semejanza del hecho causante sino por la de sus efectos. Se considera que existe fuerza mayor impropia cuando interviene de algún modo la voluntad de un tercero, por ejemplo, en algún supuesto de expropiación forzosa por la Administración y en algunos casos de huelga, siempre con matices.

En ese sentido, debemos remitirnos a las orientaciones que en su momento elaboró la Dirección General de la ITSS en supuestos de expedientes de regulación de empleo basados en fuerza mayor en empresas afectadas en su actividad por la huelga de transporte de mercancías por carretera (Nota Informativa de 13 de junio de 2008, de la Dirección General de la ITSS, sobre orientaciones para la actuación de la Inspección de Trabajo en supuestos de expedientes de regulación de empleo basados en fuerza mayor)

Se trataría en definitiva de que la empresa solicitante acreditara la realización, o al menos, el intento de realización, de acciones conducentes a evitar los perjuicios para su producción de una situación que le es ajena, pero que conoce con antelación suficiente, que no es nueva, pues ya se han producido otras huelgas, y respecto a la cual podría tener capacidad de adoptar medidas alternativas y provisionales que garantizaran el suministro de materiales o la salida de la producción.

Evidentemente, ello debe examinarse caso por caso y teniendo en cuenta las peculiaridades productivas de cada empresa.

La jurisprudencia varía en cuanto al sentido del pronunciamiento sobre la existencia o no de fuerza mayor en caso de huelga, dependiendo de las particularidades de cada supuesto. Así, existen, por un lado, sentencias favorables a esta consideración, pero también sentencias que se pronuncian de manera contraria, es decir, determinando que la huelga de por sí no supone una causa que justifique la existencia de fuerza mayor impropia. Por ejemplo, en la SAN 108/2023 se indica que *“Tras el análisis de la jurisprudencia existente en la materia se puede concluir que la consideración del paro de transportistas como fuerza mayor temporal depende de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto: solo en el caso de que se trate de un suceso imprevisto o, aún previsible, inevitable, insuperable e irresistible, de forma que la diligencia debida con la que actúe la empresa para revertir los efectos no sea suficiente (diligencia que debe quedar debidamente acreditada), el suceso podrá ser calificado como fuerza mayor.”*

V. MECANISMO RED DE FLEXIBILIDAD Y ESTABILIZACIÓN DEL EMPLEO.

Una novedad en nuestra legislación reciente es el Mecanismo RED, introducido en nuestra legislación 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, con el objeto de establecer un mecanismo de flexibilidad interna, estabilidad en el empleo y apoyo a la transición, en supuestos de crisis económicas y dificultades del mercado y para acompañar los procesos de cambio estructural con el fin de evitar un impacto macroeconómico negativo del que resulte la pérdida del capital humano, del crecimiento potencial y del bienestar del conjunto de la sociedad.

Regulado en el artículo 47 bis ET, y desarrollado de forma transitoria, hasta su regulación reglamentaria por la disposición transitoria 2ª del Real Decreto-ley 4/2022,

de 15 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes de apoyo al sector agrario por causa de la sequía, se configura como un instrumento dirigido al mantenimiento del empleo cuando, ante circunstancias coyunturales generales de carácter macroeconómico o específicas de un determinado sector, sea necesario adoptar por parte de las empresas medidas de flexibilización del empleo.

Su principal característica radica en su previa activación por acuerdo del Consejo de Ministros, permitiendo a partir de ese momento, que las empresas que cumplan los requisitos y dentro del periodo, fijados ambos en el citado acuerdo, puedan solicitar de manera voluntaria a la autoridad laboral la reducción de la jornada de trabajo o la suspensión de los contratos de trabajo, en cualquiera de sus centros de trabajo, con condiciones especiales en materia de cotización a la Seguridad Social para las empresas, así como protección social y medidas de formación y recualificación profesional para las personas trabajadoras.

Este mecanismo tendrá dos modalidades:

- Cíclica, cuando se aprecie una coyuntura macroeconómica general que aconseje la adopción de instrumentos adicionales de estabilización, con una duración máxima de un año;
- Sectorial, cuando en un determinado sector o sectores de actividad se aprecien cambios permanentes que generen necesidades de recualificación y de procesos de transición profesional de las personas trabajadoras, con una duración máxima inicial de un año y la posibilidad de dos prórrogas de seis meses cada una.

Una vez activado el Mecanismo, el procedimiento por el cual las empresas pueden solicitar la aplicación de medidas de reducción de jornada o suspensión de contratos de trabajo, tiene las mismas fases esenciales que los demás procedimientos de suspensión de contratos o reducción de jornada previstos por el artículo 47 ET, debiendo iniciarse mediante solicitud de la empresa dirigida a la autoridad laboral competente y comunicación simultánea a la representación de las personas trabajadoras, con vistas al desarrollo de un periodo de consultas. Aunque en el artículo 47 bis ET se establece un contenido mínimo sobre el procedimiento, se prevé un desarrollo reglamentario específico para el mismo.

Ahora bien, como se ha señalado, de manera transitoria y hasta que se apruebe el citado desarrollo, en la disposición transitoria 2ª del Real Decreto-ley 4/2022, de 15 de marzo, se prevé que resultan de aplicación con carácter general las previsiones recogidas en los capítulos II y III del Reglamento de los procedimientos de despido

colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, con algunas especialidades que más adelante se indicarán y siempre que no resulten incompatibles con lo recogido en el propio artículo 47 bis ET.

No resultarán, sin embargo, aplicables los artículos 17, 18, 19 y 22 ni los porcentajes de reducción de jornada previstos en el artículo 16.2, del citado Reglamento. Es decir, no se aplica a este procedimiento los preceptos reglamentarios generales en procedimientos de reducción de jornada o suspensión de contratos, en materia de iniciación del procedimiento, documentación a aportar, comunicación a la autoridad laboral, informe de la Inspección de Trabajo o porcentaje de reducción de jornada a aplicar.

En cuanto al papel de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en este tipo de procedimientos, se debe tener en cuenta que el apartado 4 del artículo 47 bis ET establece que: *“La autoridad laboral deberá remitir el contenido de la solicitud empresarial a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y recabar informe preceptivo de esta sobre la concurrencia de los requisitos correspondientes.”*

No existiendo más regulación acerca del informe que debe emitir la Inspección de Trabajo, resulta oportuno facilitar las siguientes indicaciones a los/las actuantes:

I. Particularidades del procedimiento del Mecanismo RED

Las particularidades previstas en la regulación se pueden resumir en:

- La activación del Mecanismo Red requiere el previo acuerdo del Consejo de Ministros, en el que se determinará la modalidad de aquel (cíclica o sectorial), el periodo de aplicación, y los requisitos de las empresas que pueden solicitarlo. Dicho acuerdo será la base de la que deberá partir el inspector/a actuante a la hora de llevar a cabo las actuaciones pertinentes.
- La intervención de la ITSS se circunscribe únicamente a la fase inicial del procedimiento, pues el plazo para la emisión del preceptivo informe es de siete días desde la notificación de inicio por parte de la empresa a la autoridad laboral. En consecuencia, no se efectuarán comprobaciones sobre el desarrollo del periodo de consultas.
- En su resolución, la autoridad laboral debe autorizar o no la medida solicitada por la empresa, estableciéndose como reglas la autorización del Mecanismo cuando exista acuerdo o cuando la autoridad no resuelva en plazo

(silencio positivo). Sin embargo, cuando el período de consultas concluya sin acuerdo, la autoridad laboral deberá dictar resolución estimando o desestimando la solicitud empresarial, estimándola en caso de entender que de la documentación aportada se deduce que la situación cíclica o sectorial temporal concurre en la empresa (para lo cual contará con el informe de la Inspección de Trabajo).

II. Determinación de la Inspección competente.

El apartado 3 del artículo 47 bis ET contempla expresamente que la empresa puede solicitar a la autoridad laboral competente la aplicación de medidas de reducción de jornada o suspensión de contratos, en “cualquiera de sus centros de trabajo”.

En función de la ubicación de estos, se determinará tanto la autoridad laboral competente, según lo previsto en el artículo 25 del Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada y en el apartado 2.f) de la disposición transitoria 2ª del Real Decreto-ley 4/2022, de 15 de marzo, como la inspección competente, resultando de aplicación las consideraciones efectuadas anteriormente en el presente criterio, a efectos de comunicar tal circunstancia a la autoridad laboral, solicitándole que se pronuncie sobre si se prosigue en la actuación, o si ésta le va a dar traslado a la autoridad laboral que resulte competente o, en su caso, al órgano inspector competente. También deberá reflejarse en el informe.

III. Papel de la ITSS en el procedimiento

La ITSS tendrá conocimiento del inicio del procedimiento, una vez la autoridad laboral competente le remita el expediente. Dado que el improrrogable plazo de emisión del informe es de siete días hábiles desde la notificación por parte de la empresa a la autoridad laboral, se estima oportuna una comunicación fluida entre las Jefaturas de Inspección y las autoridades laborales para la remisión de los expedientes con la mayor premura posible.

La no remisión en su totalidad de la documentación que integra el expediente no prorrogará el plazo de emisión del informe, haciéndose constar esta circunstancia en el mismo.

El contenido que ha de tener el informe, según lo previsto en la norma, deberá entenderse referido a los requisitos específicos del acuerdo de activación del Consejo

de Ministros, así como a la concurrencia en la empresa la situación temporal, cíclica o sectorial, descrita en el correspondiente acuerdo de activación del Mecanismo RED, que la empresa tiene la obligación de acreditar, y por último, a los requisitos generales formales previstos en la normativa. En consecuencia, el informe de la ITSS, en estos procedimientos debe versar sobre:

- Requisitos establecidos en el acuerdo de activación del Consejo de Ministros:

Dichos requisitos, no pueden determinarse de antemano, pues su determinación se realizará, en cada caso, mediante el correspondiente Acuerdo del Consejo de Ministros.

Asimismo, podrán variar en función de que se trate de la modalidad cíclica o sectorial, si bien, en ambos casos se deberá examinar el citado acuerdo y contrastar que la empresa cumple con las características y requisitos en él establecidos.

En principio, en la mayoría de expedientes, estos requisitos se habrán cumplido, pues según lo previsto en el apartado 2.e) de la DT 2ª del Real Decreto-ley 4/2022, de 15 de marzo, para la admisión a trámite de la solicitud empresarial, se exige el cumplimiento de los requisitos que al respecto se fijen en el acuerdo de activación del Consejo de Ministros, por lo que se entiende un previo control por parte de la autoridad laboral. Sin embargo, el informe de la ITSS también debe pronunciarse al respecto.

Hasta la fecha, solamente se cuenta con la experiencia de la Orden PCM/250/2022, de 31 de marzo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de marzo de 2022, por el que se declara la activación del Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo, para el sector de las agencias de viaje, el cual únicamente exigía como requisito que la actividad de las empresas se encuadrara en unos determinados códigos de la Clasificación Nacional de Actividades Económicas –CNAE-2009–, específicamente previstos en el acuerdo.

- Concurrencia en la empresa la situación temporal, cíclica o sectorial, descrita en el correspondiente acuerdo de activación del Mecanismo RED según lo acreditado en la documentación aportada.

Dicha valoración resultará fundamental para la autoridad laboral cuando el periodo de consultas finalice sin acuerdo.

En todo caso la situación invocada debe ser real, susceptible de ser acreditada e incidir de manera específica en la empresa.

- Requisitos formales establecidos en la normativa de aplicación:

El apartado 2 de la DT 2ª del Real Decreto-ley 4/2022, de 15 de marzo, establece la documentación que debe aportar la empresa a la autoridad laboral en la comunicación inicial, debiendo comprobarse la aportación de los siguientes documentos:

1.º Copia de la comunicación a las personas trabajadoras o a sus representantes de la intención de iniciar la tramitación del Mecanismo RED inicio.

2.º Copia de la comunicación de inicio del periodo de consultas.

3.º Copia de la documentación aportada a la comisión negociadora:

a) Documentación acreditativa de que la situación temporal, cíclica o sectorial, descrita en el correspondiente acuerdo de activación del Mecanismo RED concurre en la empresa.

b) Período dentro del cual se va a llevar a cabo la aplicación de las medidas de reducción de jornada o suspensión de contratos de trabajo, el cual no podrá superar los límites del periodo establecido en el propio acuerdo del Consejo de Ministros.

c) Identificación de las personas trabajadoras incluidas en el procedimiento y que van a resultar afectadas por las medidas de regulación temporal de empleo.

d) Tipo de medida a aplicar respecto de cada una de las personas trabajadoras y el porcentaje máximo de reducción de jornada o el número máximo de días de suspensión de contrato a aplicar.

Debe tenerse en cuenta que cada persona trabajadora solo podrá verse afectada por una reducción de su jornada o por una suspensión de su contrato, sin que quepa una combinación de ambas, y sin perjuicio de una posterior afectación o desafectación o de la variación en el porcentaje de reducción de jornada, ante la alteración de las circunstancias alegadas como causa justificativa de las medidas.

De la misma manera, debe tenerse en cuenta que el artículo 47 bis del ET prevé la aplicación del artículo 47.7 de la misma norma al Mecanismo

RED. Dicho artículo 47.7, en su párrafo a), prevé que *“La reducción de jornada podrá ser de entre un diez y un setenta por ciento y computarse sobre la base de la jornada diaria, semanal, mensual o anual.*

En la medida en que ello sea viable, se priorizará la adopción de medidas de reducción de jornada frente a las de suspensión de contratos.”

No obstante, el Real Decreto-ley 4/2022, de 15 de marzo, parece omitir la concreción de estos límites, al excluir expresamente en una norma con rango de ley la aplicación del artículo 16.2 del Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, el cual prevé estos límites de reducción de jornada.

Por lo tanto, y hasta el desarrollo reglamentario, no se tendrán en cuenta los límites de reducción de jornada previstos por el artículo 47.7.a) del ET.

e) En el caso de la modalidad sectorial, además, esta comunicación deberá ir acompañada de un plan de recualificación de las personas afectadas.

4.º Identificación de las personas que integrarán la comisión negociadora y la comisión representativa de las personas trabajadoras o, en su caso, indicación de la falta de constitución de esta última en los plazos legales.

En caso de comprobarse incumplimientos o deficiencias en la aportación de la documentación exigida al inicio del procedimiento se hará constar en el informe.

VI. REGULACIÓN DE EMPLEO DEL PERSONAL LABORAL AL SERVICIO DE ENTES, ORGANISMOS Y ENTIDADES QUE FORMAN PARTE DEL SECTOR PÚBLICO.

El RD-ley 32/2021 derogó la disposición adicional decimosexta ET que regulaba a la aplicación del despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el sector público; de este modo, se eliminan las disposiciones que regulaban de forma específica estas situaciones, y con ello desaparecen también las especialidades previstas para este tipo de procedimientos.

Tengamos en cuenta que Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, en su artículo 7 establece que: *“El personal laboral al servicio de las Administraciones públicas se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan”*, lo que significa que el EBEP, en cuanto a la normativa aplicable al personal laboral al servicio de la Administración Pública, se remite expresamente al ET. En consecuencia, sería aplicable el artículo 51 ET sobre despido colectivo a estos trabajadores y trabajadoras, ya que, además no existe ninguna disposición que los excluya de manera expresa.

VII. INFORME DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL A REQUERIMIENTO DE LOS ÓRGANOS JUDICIALES.

A. Revisión de las medidas de regulación de empleo en el orden social.

En primer lugar, debe indicarse que, en la posible revisión judicial de las decisiones empresariales en materia de despido colectivo, suspensión de contratos o reducción de jornada, el órgano judicial ya dispondrá del informe de la ITSS, que obrará en el expediente, por lo que en la mayoría de los supuestos no debería ser necesario la solicitud de un nuevo informe.

De hecho, el artículo 124 de la Ley 36/2011, de 1 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, al contemplar la tramitación del procedimiento de impugnación de los despidos colectivos no prevé expresamente esta posibilidad.

Sin embargo, el artículo 138 de la Ley 36/2011, de 1 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, prevé para los procedimientos de movilidad geográfica, modificación sustancial de condiciones de trabajo, suspensión del contrato de trabajo y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción que *“el órgano jurisdiccional podrá recabar informe de la ITSS sobre los hechos invocados como justificativos de la decisión empresarial en relación con la modificación acordada”*. Con la aprobación de la nueva Ley de Empleo, este artículo, por lo que se refiere al informe de la ITSS en un ERTE, quedaría vacío de contenido, toda vez que el análisis de causas ya se incluye en el informe de la ITSS a disposición del órgano judicial; pero, si aun así, a instancia judicial se solicitase información adicional a la Inspección, ésta se facilitará en virtud del deber de colaboración del

artículo 12.2 e) de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

B. Informe en los procedimientos concursales.

En el marco de un procedimiento concursal, es posible que se solicite el informe referido en el artículo 179 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, que establece que, una vez finalizado el periodo de consultas, y tras serle comunicado el resultado de este, *“el Letrado de la Administración de Justicia recabará informe de la autoridad laboral sobre las medidas propuestas o el acuerdo alcanzado. 2.El informe de la autoridad laboral deberá ser emitido en el plazo de quince días, pudiendo esta oír a la administración concursal y a los representantes de los trabajadores antes de su emisión”*. La autoridad laboral podrá recabar a su vez informe a la ITSS en los mismos términos para dar cumplimiento a esta obligación legal, aunque en ocasiones el juez del concurso ha solicitado el mismo directamente a este organismo, por lo que si se presentase esta situación, el Jefe de la Inspección Provincial de que se trate se dirigirá al Juzgado Mercantil en cuestión para que aclare si el informe que se pretende es el previsto en dicha Ley, o bien otro que se solicita en base a las facultades que asisten a Juzgados y Tribunales; si se tratase del segundo supuesto, se cumplimentará el informe en los términos que se soliciten por el Juzgado, y si se tratase del primero, se remitirá la solicitud a la autoridad laboral competente dando cuenta de tal circunstancia al propio Juzgado.

VIII. DESPIDOS COLECTIVOS EN EMPRESAS O GRUPOS DE EMPRESAS CON BENEFICIOS.

El Real Decreto 1484/2012, de 29 de octubre, sobre las aportaciones económicas a realizar por las empresas con beneficios que realicen despidos colectivos que afecten a trabajadores y trabajadoras de cincuenta o más años, establece que su ámbito de aplicación se extiende a aquellas empresas que realicen despidos colectivos cumpliendo las siguientes condiciones:

a) Que sean realizados por empresas de más de 100 personas trabajadoras o por empresas que formen parte de grupos de empresas que empleen a ese número de personas trabajadoras.

b) Que el porcentaje de trabajadores/as despedidos de cincuenta o más años de edad sobre el total de los/as despedidos/as sea superior al porcentaje de trabajadores/as de cincuenta o más años sobre el total de la plantilla de la empresa.

A los efectos del cálculo del porcentaje de trabajadores/as despedidos de cincuenta o más años sobre el total de los que son despedidos, se incluirán los trabajadores y trabajadoras 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) ET, 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.

A los efectos del cálculo del porcentaje de personas trabajadoras de cincuenta o más años sobre el total de trabajadores/as de la empresa, se tendrá en cuenta la plantilla de la empresa en el momento de inicio del procedimiento de despido colectivo.

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:

1.^a 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.

2.^a 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.

A estos efectos, se considera que una empresa ha tenido beneficios cuando el resultado del ejercicio, tal y como se define en los modelos de cuentas anuales de pérdidas y ganancias, tanto normal como abreviada, recogidos en el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad, o en la normativa contable que sea de aplicación, sea positivo.

En cuanto al requisito de la edad, se considerarán:

- A las personas trabajadoras afectadas por el despido colectivo que tengan cumplida la edad de 50 años o más a la fecha de la extinción del contrato.

- A las personas trabajadoras que tengan cumplidos 50 años o más, cuyo contrato haya sido extinguido por iniciativa empresarial en los 3 años anteriores o posteriores al inicio del despido colectivo
- A las personas trabajadoras que cumplan 50 años o más en el período de aplicación de las medidas temporales de regulación de empleo que hayan sido aplicadas previamente al despido colectivo.

En estos supuestos, el inspector/a actuante habrá de comprobar que la empresa aporta la documentación adicional (a la recogida en el artículo 6º) relacionada en la disposición adicional primera del Reglamento:

- a) Relación de códigos de cuenta de cotización de la empresa que inicia el procedimiento y, en su caso, del resto de las empresas que conforman el grupo, con mención del número de personas trabajadoras afectadas adscritas a cada uno de ellos al momento de la comunicación del inicio del procedimiento, y con independencia del tipo de contrato y de si es a tiempo completo o parcial.
- b) Relación de los contratos de trabajo que se hayan extinguido en los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de la comunicación del inicio del procedimiento por iniciativa de la empresa o empresas del grupo, por motivos no inherentes a la persona de la persona trabajadora distintos de los previstos en el artículo 49.1.c) ET.
- c) La documentación a que se refieren los apartados 2 y 5 del artículo 4 del Reglamento.

Téngase en cuenta que esta Disposición adicional fue suprimida por la disposición final octava del Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas urgentes para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores y trabajadoras de mayor edad y promover el envejecimiento activo. No obstante, el Tribunal Constitucional declaró nulo dicho Real Decreto-ley por no concurrir en su aprobación los requisitos de extraordinaria y urgente necesidad (STC 61/2018, de 7 de junio). Ante dicha declaración de nulidad se mantiene en vigor la disposición adicional primera del Reglamento.

IX. CONTROL DE CALIDAD.-

Los Directores Territoriales y Jefes de Inspección extremarán los controles de calidad en relación con el informe preceptivo que debe emitir la ITSS, rechazando aquéllos que no incorporen pruebas suficientes para fundar la demanda de oficio que debe

interponer la autoridad laboral. Especialmente, serán devueltos para su corrección los informes que contengan meras suposiciones, no resulten debidamente motivados sus razonamientos o éstos vayan más allá de las previsiones legales establecidas, contengan insuficiencia del relato fáctico o realicen calificaciones jurídicas o juicios de razonabilidad para los que no resulta competente la ITSS.

Madrid, xx de marzo de 2023

LA DIRECTORA DEL ORGANISMO ESTATAL INSPECCIÓN DE TRABAJO Y
SEGURIDAD SOCIAL

AUTORIDAD CENTRAL DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

CARMEN COLLADO ROSIQUE

SRES. SUBDIRECTORES GENERALES, DIRECTOR ESPECIAL, DIRECTOR DE
ESCUELA DE INSPECCIÓN, DIRECTORES TERRITORIALES Y JEFES DE
INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

ANEXO: EMPRESAS OBLIGADAS A HACER AUDITORÍA.-

La información que se recoge a continuación tiene carácter orientativo y no exhaustivo, por cuanto existen diversos supuestos particulares de obligación de realizar auditoría de cuentas anuales y de exclusión de dicha obligación que no se han recogido:

PENDIENTE DE ACTUALIZACIÓN