

## **EL ALCANCE DEL ANÁLISIS POR PARTE DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO DE LA CONCURRENCIA DE LAS CAUSAS EMPRESARIALES EN LOS DESPIDOS COLECTIVOS TRAS LA LEY 3/2023, DE EMPLEO**

EDURNE TERRADILLOS ORMAETXEA

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de País Vasco – Euskal Herriko Unibertsitatea

Este mes, el 1 de marzo, ha entrado en vigor la recientemente aprobada Ley 3/2023, de 28 febrero, de Empleo. El objeto de este breve comentario es analizar la función encomendada a la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social (ITSS) en materia de Expedientes de Regulación de Empleo y proyectar sus posibles efectos.

En el art. 64 y en la Disp. Final 8.a Dos de la Ley 3/2023, que ha modificado el art. 51.2 del Estatuto de los Trabajadores (ET), hay un apreciable cambio respecto del informe que debe elaborar la ITSS en materia de despidos colectivos. Como es sabido, en esos expedientes, la comunicación empresarial del inicio del expediente, dirigida 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 art. 51.2 ET, así como de la documentación contable y fiscal y los informes técnicos, previstos más específicamente en el Real Decreto 1483/2012, de 28 de octubre (RD ERES).

Además, el art. 51.2 ET sigue exigiendo que la autoridad laboral dé traslado a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo y recabe informe preceptivo de la ITSS, que se evacuará en el plazo improrrogable de 15 días, contados desde la notificación a la autoridad laboral del fin de las consultas. Hasta ahora, dicho informe se pronunciaba sobre los extremos de la comunicación empresarial: el apdo. a) del art. 51.2, exigía –y exige- de la empresa consignar la especificación de las causas del despido colectivo conforme a las definiciones de las mismas contempladas en el art. 51.1 ET, así como sobre el desarrollo del período de consultas. La novedad aportada por la Ley de Empleo consiste en que ese informe, 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. Esas causas, como se sabe, son descritas en el ET de forma harto ambigua por lo que la labor jurisprudencial en este ámbito es y ha sido esencial.

La diferencia entre las tareas encomendadas a la ITSS antes y, ahora -con la Ley de Empleo-, podría haber sido de más calado pero encuentro dos efectos de esta reforma que pueden provocar un alcance más grande que el esperado. Por un lado,

es significativo el debate que se está suscitando respecto de las funciones de la ITSS. Por otro lado, creo que es interesante relacionar esta reforma con la doctrina de la STC 140/2021, por el impacto que esta doctrina ha causado sobre los posibles acuerdos pactados en período de consultas que puedan amparar causas ETOP no suficientemente constatadas o inexistentes. Hasta esa sentencia, el acuerdo de empresa pactado en período de consultas actuaba a modo de blindaje respecto de las posibles demandas individuales de los trabajadores no conformes con aquél. En efecto, tras varias sentencias de los diferentes Tribunales Superiores de Justicia, el Pleno del Tribunal Supremo (TS), en sentencia de 2 de julio de 2018 (rec. 2250/2016) decidió elevar el acuerdo de empresa logrado en el seno de período de consultas a una especie de “sancta sanctorum” que no podía ser recurrido. La STC citada, dictada con motivo de un recurso de amparo, corrigió ese criterio, alineándose con el voto particular de la mencionada sentencia del TS de 2018. La desaparición de la doctrina judicial conocida por la “inescindible” unidad del acuerdo adoptado en consultas y que impedía iniciar demandas de procesos individuales donde se pretendiera discutir la causa empresarial del despido en cuestión, representa un hito que coadyuva, sin duda alguna, en evitar procedimientos ERES sin causa o sin causa suficiente amparados por el acuerdo.

No obstante, todavía hoy, en 2023, sigue siendo aplicable el 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 de la

Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, donde se consagra la misma doctrina del TS de 2018 relativa a la “inescindible unidad del acuerdo”, entre otras pautas. En ese Criterio de 2012, ante la existencia de acuerdo entre las partes, los inspectores no deben entrar a analizar las causas, sino tan sólo la posible concurrencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo (esta realidad fue puesta de relieve por la doctrina, véase, por todos, GOÑI SEIN, “El nuevo modelo normativo de despido colectivo implantado por la Ley de reforma laboral de 2012”, Documentación Laboral, nº 95-96, 2012, p. 41). Esta pretendida conversión de los funcionarios de la ITSS en meros fedatarios de la existencia en el procedimiento correspondiente de los documentos exigidos por la norma fue reprobada por la STS (Sala 3), de lo Contencioso-administrativo, de 2 de noviembre de 2016 (Rec. 2587/2015).

Repárese, además, en que el art. 7.6 RD ERES otorga tal prioridad a la consecución del acuerdo que permite que el periodo de consultas se dé por finalizado cuando las partes alcancen un acuerdo, sin cumplir los plazos mínimos del período de consultas.

En definitiva, con la Ley 3/2023, de Empleo la actuación más intervencionista de la ITSS en los ERES, y la doctrina del TC, en tándem, pueden representar la primera piedra en una senda legislativa que evite tanto acuerdos precipitados que soslayan la realidad de la causa empresarial como períodos de consulta que se destinan y se agotan en suavizar los efectos del despido. Ciertamente es que esta reforma legal, u otra más decidida que implicara más resistencias al despido colectivo, podrían dificultar

la consecución de los acuerdos en la fase de consultas –acuerdos que, a su vez, evitan el incremento de la litigiosidad-, cuando también es éste un objetivo prioritario de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos. Sin embargo, quizás este fin loable esté siendo excesivamente promovido en detrimento de la verdadera realidad ETOP de la empresa, de la protección del empleo, y de la tutela judicial efectiva de los trabajadores disconformes con el acuerdo de empresa. Por eso, que esta Ley de Empleo obligue a la ITSS a verificar si concurre o no concurre la causa tanto si se hay acuerdo como si no lo hay en un ERE de despido, puede ser de vital importancia para la autoridad laboral -a quien la ITSS sirve como apoyo técnico- como para los trabajadores no alineados con el acuerdo logrado. Tal como ha señalado la sentencia del Pleno de la Sala Cuarta de este Tribunal de 18 de marzo de 2014 (rec. de casación núm. 114/2013), el informe puede constituir un medio probatorio para quien, en su caso, haya de juzgar la legalidad de la decisión empresarial de que se trate.

En conclusión, entiendo que con esta reforma, siquiera indirectamente, el legislador se sitúa en la línea de impulsar las medidas de flexibilidad interna sobre las actuaciones empresariales de flexibilidad “externa”; por lo menos si nos fijamos en que esta modificación del art. 51 ET persigue la protección de los trabajadores, objetivo meritorio que, aún y todo, se deduce del mínimo cambio experimentado en el art. 51.2 ET y que debería provocar un cambio en el Criterio Operativo citado de 2012. En palabras de la STS (Sala 3) de 2016, tribunal que le concedió la razón a la representación procesal del Gobierno Vasco, parte en dicho litigio, “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”.

Las causas ETOP no concurren con la misma intensidad en los casos de suspensión de empleo o de reducción de jornada (art. 47.2 ET), y en el de los despidos colectivos (art. 51.1 ET), por lo que insistir en la concurrencia de la causa, como se recoge en esta Ley de Empleo, pueda representar el inicio de una senda en el sentido de caminar hacia el despido colectivo como “ultima ratio”..

CITA: TERRADILLOS ORMAETXEA, EDURNE, “El alcance del análisis por parte de la Inspección de Trabajo de la concurrencia de las causas empresariales en los despidos colectivos tras la Ley 3/2023, de Empleo”, Briefs AEDTSS, 21, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2023.