



MINISTERIO  
DE TRABAJO  
E INMIGRACION



MINISTERIO  
DE TRABAJO  
E INMIGRACION



54/0000875/09

SUBSECRETARIA

DIRECCION GENERAL DE LA  
INSPECCION DE TRABAJO Y  
SEGURIDAD SOCIAL

Registro Salida

Fecha: 09/03/2009

Hora: 13:49:31

SUBSECRETARIA

DIRECCION GENERAL DE LA INSPECCION  
DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

RAB/mc

## CRITERIO OPERATIVO NÚM. 71/2009 SOBRE ACTUACIÓN Y EMISIÓN DEL INFORME DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL EN RELACIÓN CON LOS PROCEDIMIENTOS DE REGULACIÓN DE EMPLEO

---

La Inspección de Trabajo y Seguridad Social tiene asignada una importante función en los expedientes de suspensión y extinción de las relaciones laborales (en adelante ERE.s), dado que la normativa reguladora de la materia (art. 51.3 ET y art. 9 RD. 43/1996, y art. 47 ET en cuanto a suspensión del contrato de trabajo, que se remite al art. 51 ET citado en cuanto al procedimiento a seguir) establece la obligatoriedad de la Autoridad Laboral competente para dictar la resolución favorable o desfavorable de la solicitud empresarial de recabar de manera preceptiva informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, (en adelante ITSS), que ha de versar sobre "*las causas motivadoras del expediente*".

Aunque la Autoridad Laboral puede también solicitar a otros órganos los informes que considere oportunos, incluida la comunicación a la entidad gestora encargada de la prestación por desempleo, y aunque el informe de la ITSS no tiene carácter vinculante, es notoria la incidencia que suele tener el sentido del mismo sobre el contenido de la Resolución Administrativa.

La trascendencia del informe de la Inspección de Trabajo, se refleja en los pronunciamientos jurisprudenciales siguientes: STS 5-06-07 (RJ 2007/6188); TSJ de Madrid de 14-05-04 (JUR 2005/37301) y 14-03-05 (JUR 2005/160247); TSJ de Baleares de 30-09-02 (JUR 2002/266440).

Por ello, en situaciones en las que está en juego la viabilidad de las empresas por un lado y los derechos de los trabajadores por otro, sobre todo en lo relativo al mantenimiento, suspensión o extinción de la relación laboral, conscientes de la dificultad que la emisión del informe comporta y dada la enorme casuística que puede presentarse, resulta imprescindible establecer criterios operativos en cuanto a los siguientes aspectos:

1. Pautas de actuación y procedimientos de los inspectores de trabajo en el proceso de elaboración del informe.
2. Contenido de los informes.
3. Exigencias legales y jurisprudenciales acerca de los supuestos en los que se dan las causas justificativas de la suspensión o extinción de contratos solicitada.

El criterio técnico salvaguarda y pretende ser absolutamente respetuoso con las competencias de las Autoridades Laborales, a quienes corresponde en exclusiva adoptar, con los informes que consideren procedentes, la decisión sobre las solicitudes presentadas.

En su virtud, con el carácter establecido en el Art. 21 de la Ley 30/1992, de 30 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, a propuesta de la Subdirección General para la coordinación en materia de Relaciones Laborales, Prevención de Riesgos Laborales y Medidas de Igualdad, esta Dirección General, informadas las Comunidades Autónomas, en su condición de Autoridad Central de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en aplicación de lo dispuesto en el art. 18.3.7 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, dicta el presente

## CRITERIO OPERATIVO

### ÍNDICE

- I. INSPECCION COMPETENTE PARA EMITIR LOS INFORMES
- II. PLAZO PARA EMITIR EL INFORME
- III. ACTIVIDAD INSPECTORA PREVIA A LA EMISIÓN DEL INFORME
- IV. EL CONTENIDO DEL INFORME
  - IV.1 Expedientes de extinción de contratos sin acuerdo
    - A) Procedencia o improcedencia del procedimiento
    - B) Autoridad Laboral competente para resolver
    - C) Concurrencia de las causas
      - a) Criterios comunes a todas las causas
      - b) Criterios referidos a las causas económicas
      - c) Criterios referidos a las causas técnicas, organizativas y de producción
      - d) Criterios sobre los grupos de empresas.
    - D) Análisis de las causas motivadores del expediente.
      - a) De la Memoria Explicativa
      - b) De las cuentas auditadas
      - c) Justificación de las medidas propuestas por la empresa
      - d) Del Plan de Acompañamiento Social
  - IV.2 Expedientes de extinción de contratos con acuerdo
    - A) procedencia o improcedencia del procedimiento
    - B) Criterios de la Jurisprudencia sobre el contenido del informe
  - IV.3 Expedientes de suspensión temporal de contratos sin acuerdo.
  - IV.4 .Expedientes de suspensión temporal de contratos con acuerdo.
  - IV. 5 .Expedientes por fuerza mayor.
    - A) Fuerza mayor propia
    - B) Fuerza mayor impropia
- V. EL INFORME DE LA INSPECCION DE TRABAJO EN LOS PROCEDIMIENTOS CONCURSALES

### **I – INSPECCION COMPETENTE PARA EMITIR LOS INFORMES**

En los casos de EREs cuya resolución corresponda a la Dirección General de Trabajo, será competente para emitir el informe la Dirección Especial de Inspección adscrita a la Autoridad Central, aunque se instruya por una Autoridad Laboral Autónoma.

No obstante, la Dirección Especial, por iniciativa propia o porque así se le haya requerido por la Dirección General de Trabajo, podrá solicitar a las Inspecciones Provinciales afectadas los datos y antecedentes que considere necesarios para emitir su informe, de conformidad con lo previsto en el art. 35 del RD 138/2000, de 4 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la ITSS, conservando, no obstante, la exclusiva competencia para pronunciarse sobre las causas motivadoras del expediente presentado. En la petición que se formule deberá recogerse el plazo en el que debe ser remitida dicha información.

## **II – PLAZO PARA EMITIR EL INFORME**

La duración del plazo para emitir el informe está regulada en el art. 51.3, párrafo 2º del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el R.D. Leg. 1/1995, de 24 de marzo, así como en el art. 9.2 del R.D. 43/1996, de 19 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa, en materia de traslados colectivos.

Dada la calificación de improrrogable, el referido plazo para la emisión del informe ha de entenderse tanto al preceptivo sobre las causas motivadores del expediente, como a cualquier otro que resulte necesario para resolver fundadamente por la Autoridad Laboral competente y que sea solicitado por ésta.

 El cómputo del plazo para la emisión de informe, sea referido a uno u otro tipo de causas, se inicia desde que es requerido de manera formal por la Autoridad Laboral. Dicho plazo de 10 días se entiende que podrá ser agotado, aun en el caso de que la solicitud de la Autoridad Laboral para que se emita el informe se realice una vez finalizado el período de consultas, o en una fecha tan próxima a ese momento que los 10 días finalicen cuando lo haya hecho también dicho período.

## **III – ACTIVIDAD INSPECTORA PREVIA A LA EMISIÓN DEL INFORME**

El art. 51 del Estatuto de los Trabajadores y el RD. 43/1996 ya citados no establecen reglas de tipo alguno en relación con la actividad que debe desplegar el inspector de trabajo actuante para cumplimentar satisfactoriamente la función de emitir informe sobre las causas motivadoras del expediente y cuantas otras (se supone que la Ley quiere decir cuantos otros hechos, motivos o circunstancias) ayuden a la Autoridad Laboral a resolver fundadamente la solicitud.

No obstante lo anterior, y pese a que en este procedimiento administrativo se garantiza el derecho de audiencia de los interesados (art. 10 RD. 43/96), parece razonable pensar que sólo se pueda alcanzar el objetivo del informe, que es permitir a la Autoridad Laboral dictar una Resolución fundada, si el inspector actuante dispone de toda la información posible, lo que exige no sólo tomar en cuenta la documentación aportada por la empresa con la comunicación de iniciación del procedimiento o las alegaciones que ésta pueda formular posteriormente ante el inspector actuante, sino también toda aquélla que pueda provenir de otros interesados, los trabajadores o sus representantes, **considerándose que no es suficiente** tomar en consideración exclusivamente la documentación aportada por la empresa acompañando a la solicitud.

En consecuencia, esta Autoridad Central **considera que resulta obligado que por parte del inspector actuante se cite a ambas partes, ya sea de manera conjunta o separada, circunstancia que deberá valorarse en cada caso, a fin de oír a las mismas y que cada una de ellas le dé traslado de sus consideraciones y valoraciones sobre las causas alegadas y la situación real y no sólo financiera y contable de la empresa que se desprenda de la documentación aportada.** No obstante, se considera más útil y se recomienda la práctica de que la comparecencia sea conjunta, dado que de esta forma no sólo se puede obtener mayor exactitud e información sino que además, se puede contrastar la trascendencia de la misma.

Lo anterior ha de entenderse con independencia de la intervención o presencia en el período de consultas que pudiera tener el inspector encargado de realizar el informe, o la práctica seguida en algunas Comunidades Autónomas de poner en conocimiento de la Inspección las solicitudes, desde el momento de su presentación y favorecer su participación durante el proceso de consultas.

Toda la documentación complementaria de la presentada ante la Autoridad laboral, entregada por las partes al inspector, se remitirá adjunta al informe que se eleve a dicha Autoridad.

#### **IV – EL CONTENIDO DEL INFORME DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL.**

##### **IV. 1 Expedientes de extinción de contratos sin acuerdo.**

El informe de la Inspección de Trabajo debe hacer referencia a los siguientes aspectos:

##### **IV.1.A) Procedencia o improcedencia del procedimiento**

El art. 13 del RD. 43/1996 establece que *“si del examen de la solicitud completa, y cumplido en su caso el trámite de subsanación a que se refiere el apartado 2 del art. 6 de este Reglamento, se dedujera que la solicitud no reúne los requisitos establecidos en el art. 51.1 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, la Autoridad Laboral declarará la improcedencia de la misma”*. Por tanto el primer aspecto sobre el que debe emitirse el informe, si se considera que no concurren dichos requisitos, ha de ser acerca de este extremo, es decir, si realmente se trata de un despido colectivo o una suspensión de contratos de trabajo de la misma naturaleza, lo que exige comprobar que:

- Afecta al porcentaje o número de trabajadores que señala el art. 51.1 en un período de 90 días.
- Que la extinción afecta a la totalidad de la plantilla de la empresa, siempre que el número de trabajadores afectados sea superior a cinco, y haya cesación total de la actividad empresarial fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.
- Si la medida prevista se encuentra dentro de las amparadas por el art. 51 ET (Por ejemplo, un ERE presentado para convertir contratos a tiempo completo en contratos a tiempo parcial, pues aunque obviamente la medida repercute en el volumen de empleo, sin embargo la situación no se halla comprendida entre las incluidas en él.(art. 51 E.T.)

En todo caso la decisión sobre la determinación de la procedencia o improcedencia del procedimiento solicitado corresponde a la Autoridad Laboral y el inspector actuante se debe limitar a señalar la posible improcedencia, sin que ello impida que emita informe sobre las causas alegadas.

En cuanto a la **unidad de cómputo** de trabajadores *para establecer los umbrales a partir de los cuales se presume que la empresa, con los sucesivos despidos, intenta evitar de forma fraudulenta la aplicación de las previsiones legales, el artículo 51.1 del ET se refiere a empresa mientras que la Directiva 75/129/CEE, a centro de trabajo*, resolviéndose la discrepancia en favor de la norma nacional, y es por tanto la **empresa** y no el centro de trabajo, lo que debe de tenerse en cuenta (TSJ Cantabria 5 mayo 1997, AS 1550, con cita de sentencia del TSJ Castilla La Mancha de fecha 27 junio 1995, AS 2600). En el caso de **grupo de empresas**, se estará a lo indicado en el apartado del presente criterio técnico dedicado a la materia.

En relación al **número de extinciones computables**, se deben incluir en los despidos colectivos aquéllas que se produzcan «por iniciativa del empresario», si bien existen dudas interpretativas sobre la expresión «motivos no inherentes a la persona del trabajador»:

Se excluyen del cómputo las que obedezcan a causas consignadas válidamente en los contratos y la expiración del tiempo convenido o la realización de la obra y servicio (TSJ Galicia 21 noviembre 1996, AS 3876); o también al mutuo acuerdo (TSJ Cataluña 23 abril 1996, AS 2123)

La calificación de la extinción exige un análisis minucioso. Como referencia la TSJ Castilla-Mancha 24 abril 1997, AS 1640, en cuanto dispone que *“la **resolución del contrato** debe calificarse como un cese computable, porque, aunque se produce a instancia del trabajador, trae en realidad su causa de un incumplimiento del empresario. Los ceses que se produzcan en virtud de lo dispuesto en los Art. 40.1.4 y 41.3.2 del ET (traslado y modificación sustancial condiciones de trabajo) son más discutibles, esta Sala se inclina por la solución negativa, porque responden a una voluntad del trabajador ante una conducta lícita del empresario. En el **despido disciplinario** habrá que estar a la calificación, si es procedente no se computa, pero si se califica como improcedente y no hay readmisión, el cese se computará y lo mismo ocurrirá en el caso del art. 284 de la LPL para el despido nulo”*.

Por último, en relación al **período de cómputo**, la sentencia del TSJ Málaga de 21 de mayo de 1997, AS 1918, señala que *“el **período de noventa días**, juega en un doble sentido: hacia **adelante** y hacia **atrás**”*. Además, los períodos han de ser sucesivos y continuos, de este modo se romperá la unidad de cómputo cuando se rompa la serie con un intervalo de más de 90 días (TSJ Cataluña 29 marzo 1996, AS 650).

#### IV.- 1.B) Autoridad Laboral competente para resolver.

Si como consecuencia de la actividad inspectora previa a la emisión del informe, el inspector actuante obtuviera información que permitiera presumir que la Autoridad Laboral competente para resolver no es aquella que instruye el procedimiento y que ha solicitado el informe, sino otra distinta (por ejemplo, si lo instruye una Autoridad Autónoma y los centros afectados son de más de una Comunidad Autónoma, correspondiendo en ese caso la competencia a la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo) deberá hacerse constar tal circunstancia en el informe, pero se realizará también en el mismo la valoración de las causas alegadas por la empresa, en la medida que esa incompetencia o la falta de documentación no lo dificulte o lo impida.

#### IV.- 1.C) Concurrencia de las causas que justifican la adopción de las medidas propuestas por la empresa.

El art. 51.1 párrafo 2º del Estatuto de los Trabajadores establece que se entenderán que concurren las causas a que se refiere el párrafo 1º (económicas, técnicas, organizativas o de producción), *“cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya, si las aducidas son económicas, a superar una situación económica negativa de la empresa, o si son técnicas, organizativas o de producción a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos”*.

En primer lugar se debe precisar que la concreción y valoración de la causa no siempre resulta fácil de realizar, pues **en la práctica suelen aparecer interconectadas y en último extremo son reconducibles a las dificultades económicas como causa última de todo el proceso extintivo**. Por otro lado, la **calificación** de la causa puede ser relevante a la hora de la justificación, pues en el caso de que sea **económica** la medida extintiva tiene que dirigirse a *superar la situación económica negativa*, mientras que en el **resto** debe orientarse a la *garantía de la viabilidad futura de la empresa*, que en una interpretación literal no bastaría para que quedase acreditada una mejora en términos de competitividad y eficiencia de la empresa, sino que sería preciso que exista una situación de viabilidad amenazada que los despidos contribuyen a superar.

En la práctica las fronteras no son muy precisas, aunque puede afirmarse que los estados patrimoniales -en términos de balance- y los resultados de explotación -en términos de cuenta de resultados- suelen configurarse como causas económicas, mientras que las situaciones derivadas del equilibrio de producción de la empresa y su posición en el mercado tiende a relacionarse con las causas productivas.

Por otra parte, el carácter genérico de los términos empleados por el precepto legal hace necesario acudir a los criterios interpretativos de los tribunales sobre los mismos, que se recogen en los apartados siguientes.

A la hora de establecer los criterios, deben tenerse en cuenta tanto los establecidos por la Sala III del TS -orden jurisdiccional contencioso-administrativo- al interpretar el Art. 51 del ET (despidos colectivos), como los criterios establecidos por la Sala IV del TS -orden social- al interpretar el Art. 52 c) del ET (extinciones por causas objetivas), por ser éstos los originales en las definiciones jurisprudenciales, con las precisiones oportunas.

##### a) **Criterios comunes a todas las causas.**

- a.1) Hay que hacer mención en primer lugar -por su importancia- a la Sentencia dictada en unificación de doctrina por la Sala IV, STS de 14 de junio de 1996 (RJ 1996\5162), pues realiza una nueva interpretación del Art. 52 C) del ET tras la reforma operada por la Ley 11/94. Esta STS señala que, a la hora de analizar la concurrencia de las causas, el **primer elemento** que hay que tomar en consideración *“es la concurrencia de una causa o factor desencadenante que incide de manera desfavorable en la rentabilidad de la empresa («situación económica negativa») o en la eficiencia de la misma (carencia o necesidad de «una más adecuada organización de los recursos»)*.

El legislador ha querido distinguir **cuatro esferas o ámbitos de afectación** en los que puede incidir la causa o factor desencadenante de los problemas de rentabilidad o eficiencia que están en el origen del despido por motivos económicos: 1) la esfera o ámbito de los medios o instrumentos de producción («causas técnicas»); 2) la esfera o ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal («causas organizativas»); 3) la esfera o ámbito de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado («causas productivas»); y 4) la esfera o ámbito de los resultados de explotación («causas económicas», en sentido restringido.”

El **segundo elemento** es que el despido debe ser de toda o parte de la plantilla.

Y el **último elemento** *“hace referencia a la **conexión de funcionalidad o instrumentalidad** entre la extinción o extinciones de contratos de trabajo decididas por la empresa y la superación de la situación desfavorable acreditada en la misma de falta de rentabilidad de la explotación o de falta de eficiencia de los factores productivos”*; esto es en la proporcionalidad y la adecuación de las medidas extintivas para superar la dificultad que en un determinado momento experimenta la empresa.

a.2) La causa alegada debe tener una permanencia y **entidad suficiente** para incidir negativamente en el resultado económico o en la producción, de modo que la consecuente crisis no obedezca a la mera conveniencia de la empresa (STS 11 noviembre 2002, RJ 10246).

No obstante la “gravedad especial” exigida, y a diferencia de lo que ocurría con anterioridad a 1994, de la nueva redacción del Art. 51 se desprende que la extinción, en cualquiera de sus causas, **no es la última ratio**; no se tiene que dar una situación terminal de la empresa en la que el cierre es la única vía, sino que ha de referirse a situaciones superables. Otras sentencias de interés son: TS 21 Julio 2003, RJ 7165; TS 19 marzo 2002, RJ 5212; TS 16 mayo 1995, RJ 4139.

a.3) La causa invocada debe ser **real**, susceptible de ser **acreditada** y que incida **singularizadamente** en la empresa. Para ello, en el caso de causa económica, no basta como argumento determinante la generalizada crisis del sector ( STS 28 febrero 2005, RJ 4734).

En cuanto a la carga de la prueba, la STS 14 de junio de 1996 señala que *“es al **empresario** a quien corresponde **probar la realidad de las causas o factores desencadenantes de los problemas de rentabilidad o eficiencia de la empresa.**”*

a.4) En relación al **origen** de la causa, a partir de la Ley 11/1994 desaparece el requisito de la **objetividad** de la misma y la **no imputabilidad** de la misma al empresario. De este modo, la causa puede ser debida a factores externos, pero también a la mala gestión de la misma, a errores en decisiones estratégicas, a conductas irregulares de administradores o accionistas, que pueden tener relevancia penal pero no le privan de relevancia extintiva a la causa invocada. Sólo la causa deliberadamente provocada, esto es, aquellos comportamientos dirigidos a buscar la crisis, resultan ineficaces a la hora de justificar el despido (STS 11 noviembre 2002, RJ 10246; STS 7 mayo 2003, RJ 455917, 17 julio 2008, Rec. 6146/2005).

- a.5) La **existencia de un pacto previo** entre la empresa y los trabajadores no impide la apreciación de la concurrencia de las causas de un despido colectivo en un momento posterior (STS 14 febrero de 2001, RJ 2001/2869); incluso el incumplimiento de dicho pacto no es obstáculo para la apreciación de la causa (STS 23 de junio de 2003, RJ 2003/5785).
- a.6) En relación al **ámbito de apreciación** de las causas, la tesis generalizada en la causa económica es la empresa en su conjunto y no el centro de trabajo o unidad productiva autónoma, mientras que en las causas técnicas organizativas o de producción es el espacio o sector concreto de la actividad empresarial en el que ha surgido la dificultad (STS 13 febrero 2002, RJ 3787; STS 19 marzo 2002, RJ 5212; STS 21 julio 2003, RJ 7165; STS 31 de enero 2008, RJ 1899).
- a.7) En cuanto a la **selección de los trabajadores** afectados por la extinción, el Tribunal Supremo, en STS –Social- de 19 enero 1998, RJ 996, señala que **«corresponde en principio al empresario y su decisión sólo será revisable por los órganos judiciales cuando resulte apreciable fraude de ley o abuso de derecho o cuando la selección se realice por móviles discriminatorios...»**
- a.8) Si el expediente se plantea por extinción de la personalidad jurídica del empresario, no basta esta sola circunstancia para que se emita informe favorable, sino que debe concurrir alguna de las causas establecidas en el art. 51.1 ET (TSJ de Aragón 25-9-06).

#### b) Criterios referidos a las causas económicas.

- b.1) La STS de 6 de abril de 2000, RJ 2000/3285, señala que la causa económica exige siempre una **situación «negativa, exigencia que no se establece en relación con las otras causas que por ello están desvinculadas de la existencia de pérdidas o resultados económicos desfavorables»**.

La STS 13 febrero 2002 (RJ 3787) define la causa económica como **“desajuste financiero de la propia empresa, en lo que se refiere a ingresos, coste o pérdidas que hayan provocado ese desequilibrio económico”**; la STS de 24 de septiembre 2001, RJ 9334, se refiere a un **“un estado de desequilibrio en la estructura económica y financiera de la empresa”**; y la STS de 14 de junio 1996 entiende por causa económica aquella que **«opera en el ámbito de resultados de la explotación»**..

Una de las cuestiones más importantes consiste en determinar qué ha de entenderse por situación económica negativa: si por la misma ha de entenderse la existencia de pérdidas o bastaría por entender en una interpretación más amplia la caída de beneficios o disminución de rentabilidad.

Se ha defendido por la mayoría de la doctrina judicial que la causa económica debe actuar sobre su equilibrio de ingresos y gastos, de costes y beneficios, en definitiva **«pérdidas»**, y no simple disminución de beneficios empresariales, pues no se trata de proteger el lucro empresarial sino de tutelar la eficacia y competitividad de la empresa.

Otras sentencias de interés son: STS 14 de junio 1996; STS de 24 de abril 2000, RJ 2000/3285; STS de 23 de mayo de 1979 (RJ1979/2572); STS 13 febrero 2002 (RJ 2002/3787); STS 31 de octubre 2001, RJ 9913; STS 8 de febrero 2002, RJ 2623.

b.2) En todo caso, para precisar la situación económica negativa resulta más útil acudir a la doctrina de la **Sala de lo Social** del **TS** y de los **TSJ**. De este modo, se declara la **improcedencia** de la extinción si es un simple medio para lograr un incremento del beneficio empresarial (TSJ C. Valenciana 12 de septiembre de 2002, AS 2009/03); otras sentencias de interés: TSJ Murcia 13 de junio 1995, AS 2698TSJ Madrid 20 de marzo 2001, AS 1737STS 24 de abril 1996ATS 23 de abril 1997, RJ 1997/4519STS 28 de enero 1998, RJ 1148.

b.3) Se exige que la situación económica negativa sea «**objetiva, real y actual**» (STS 24 abril 1996) -la STS de 17 de julio 2008, RJ 6146/2005, añade que la crisis debe ser «objetiva, **global, sobrevenida, real, suficiente** y actual».En esa misma línea la STS de 24 de septiembre 2001, RJ 9334.

b.4) Además, es necesario que, concurriendo la citada causa, la extinción «**contribuya**» a superar la «**falta de rentabilidad de la explotación**», bastando en este caso con que el empresario aporte datos que permitan calificar su decisión de razonable, «*de acuerdo con reglas de experiencia reconocidas en la vida económica*» (STS 14 de junio 1996). En relación a la acreditación de la causa o «conexión de funcionalidad o instrumentalidad» entre la extinción pretendida y las finalidades perseguidas a que se refiere la STS de 14 junio 1996, tienen interés las siguientes sentencias: La STS –social- 24 abril 1996, RJ 5297; Sentencia TS 4ª 30 septiembre 2002 en unificación de doctrina, RJ 10679; STS de 11 de junio de 2008 (unificación de doctrina), RJ 3468.

### c) Criterios referidos a las causas técnicas, organizativas y de producción (TOP)

c.1) La primera idea que hay que poner de relieve, por la propia redacción del precepto legal, es la de mayor **flexibilidad** en la acogida de causas “TOP” en orden a calibrar la realidad y suficiencia de la causa invocada, así como si las medidas propuestas son adecuadas para mejorar un mal funcionamiento de la empresa, aunque no registrara pérdidas concretas.

EL TS ha sentado alguna pauta para medir el alcance de dichos conceptos. Así, la STS (Social) de 6 de abril de 2000 sostiene que la causa **técnica** se refiere a «*la posible vejez o inutilidad total o parcial*» de los medios de producción; la causa **organizativa**, al «*ámbito de los sistemas o métodos de trabajo que configuren la estructura de la empresa en una organización racional de las mismas*»; mientras que las causas **productivas** son las que «*inciden sobre la capacidad de producción de la empresa para ajustarlas a los eventos del mercado, y corresponden a la esfera de los servicios o productos de la empresa*».

c.2) La causa **productiva** se caracteriza por generar una alteración en el equilibrio de producción, un desajuste entre el nivel de empleo de la empresa y las exigencias de la producción, que no se traduce necesariamente en el estado patrimonial de la empresa (el activo puede seguir siendo superior al pasivo), ni en la cuenta de resultados (es

posible que no aparezcan pérdidas), pero determina que ese nivel de empleo sea excesivo en el nuevo equilibrio de producción de la empresa.

- c.3) La innovación **técnica** se traduce normalmente en los medios de producción (STS 14 de junio 1996, RJ 5162), mientras que la **organizativa** se refiere a los factores de producción dentro de la empresa, incluyendo las medidas de **descentralización productiva** a través de contrata, que puede justificar la extinción de la relación laboral *«únicamente si se demuestra que la utilización de la contrata es un medio hábil para asegurar la viabilidad de la empresa o su competitividad»*; añadiendo el Tribunal que es necesario que la *«descentralización constituya una medida racional en términos de eficacia de la organización productiva y no un simple medio para lograr un incremento del beneficio empresarial»* (STS –Social- 21 marzo 1997, RJ 1997/2615 y 30 de septiembre 1998, RJ 7586, en unificación de doctrina.

Aplicando la precedente doctrina, se ha justificado la extinción por causa **organizativa** de un puesto de trabajo de médico al haberse contratado a una Mutua para prestar los servicios que el médico prestaba, de acuerdo con las previsiones de la LPRL, al buscarse la **eficacia** en la organización productiva y no el beneficio empresarial, bastando con que contribuya a mejorar la competitividad de la empresa (STS –Social- de 4 de octubre de 2000, RJ 8291) o a una mejor organización de los recursos (STS 3 de octubre 2000, RJ 8660).

A pesar de las precisiones anteriores, con frecuencia se produce un encabalgamiento de unas causas con otras. Por ejemplo, la STS 31 enero 2008 (RJ 1899): “respecto a las empresas de servicios, la **pérdida o disminución de encargos** de actividad ha de ser considerada por su origen, como una causa productiva, en cuanto que significa una reducción del volumen de producción contratada, y por el ámbito en que se manifiesta, una causa organizativa, en cuanto a la distribución de la carga de trabajo entre los trabajadores” (con cita de STS 14 junio 1996, y 7 de junio de 2007 (RJ 2007/4648).

- c.4) Las causas TOP deberán ser probadas en el **contexto** en que se producen, y de acuerdo a su **naturaleza**: por ejemplo, la evolución de las matriculaciones de alumnos en el caso del centro educativo cuyos trabajadores van a ser despedidos, sin que se haya probado que ha aumentado la demanda en los otros centros (STS 13 febrero 2002); la descripción de las pérdidas de ventas por vendedor en el caso de una empresa que globalmente no tiene pérdidas, no considerándose causa económica en este caso la disminución de ventas correspondientes a un puesto de trabajo durante dos períodos (STS 29 de septiembre 2003, RJ 7447); la rescisión de la contrata de mantenimiento con una empresa cliente, a iniciativa de ésta, y seguida de otra contrata con menos encargo, lo que genera el exceso de personal que se considera causa productiva (STS 31 enero 2008, RJ 1899); la acreditación de la resolución del Gobierno vasco que impone la contratación obligada en ciertas farmacias de un Licenciado en Farmacia, que, manteniéndose la cifra de ventas, genera un exceso de personal, considerado causa organizativa (STS 13 noviembre 2007, RJ 703).

#### d) Criterios sobre los Grupos de empresas.

Si en el expediente que remita la Autoridad Laboral se alega por quien lo presente que se trata de un grupo de empresas, y no se cuestiona tal carácter por aquella, tampoco parece

procedente que se lleve a cabo por el inspector actuante. Si tal alegación no se ha producido ni por tanto ha habido aceptación de la Autoridad Laboral, pero es necesario pronunciarse sobre ese aspecto con carácter previo a la formulación del informe sobre las causas, se tendrán en cuenta los siguientes criterios jurisprudenciales.

d.1) El TS ha asumido como regla general que el hecho de que varias empresas se integren en un grupo económico regido por una dirección común o que establezcan relaciones de colaboración entre ellas es, en principio, irrelevante desde el punto de vista jurídico-laboral (STS 30 de enero de 1990, RJ 233; y STS 30 de junio de 1993, RJ 4.939); por tanto, cuando se trata de atribuir responsabilidades laborales hay que estar a las personalidades jurídicas diferenciadas de las empresas o sociedades que integren el grupo (STS 29 de octubre de 1997, RJ 634), respondiendo autónomamente de sus obligaciones laborales.

La jurisprudencia descarta el surgimiento de responsabilidad solidaria entre las diversas empresas que integran el grupo por la mera coincidencia de accionistas en las distintas empresas del grupo (STS 21 diciembre 2000, RJ 1870) o por la circunstancia de que el administrador único de una mercantil sea representante legal de otra (STS 26 diciembre 2001, RJ 5292).

d.2) Por tanto, no es suficiente que dos o más empresas pertenezcan a un mismo grupo empresarial para derivar una responsabilidad solidaria respecto de las obligaciones contraídas (STS 30 de junio 1993), sino que es además necesaria la presencia de unos **elementos adicionales** que se han ido elaborando por la jurisprudencia y que se establece a base de indicios (entre otras: STS 30 junio 1993; STS 26 enero 1998, RJ 1601; STS 4 abril 2002, RJ 6469, en unificación de doctrina):

**1). Confusión de plantillas** (STS 31 enero 1991, RJ 200; STS 3 mayo 1990, RJ 3946). **2) Confusión patrimonial o caja única** (STS 10 de noviembre 1987, RJ 7835; STS 19 noviembre 1990, RJ 8583; STS 30 junio 1993). **3) Dirección unitaria o actuación del grupo bajo unos mismos criterios o coordinadas, bajo un mismo poder de dirección** (STS 22 de marzo de 1991 (A/1.889). **4) Apariencia externa de unidad empresarial** (STS 22 de diciembre de 1989, RJ 9073; STS 3 mayo 1990, RJ 3946). **5) Creación de empresa aparente sin sustrato real** (STS 26 diciembre 2001, RJ 5292).

Una vez sentado el concepto de grupo de empresa y la regla general de la jurisprudencia del TS en orden a imputar responsabilidad solidaria, existe una postura **mayoritaria** a la hora de **valorar todas las causas** que considera el **grupo** como una única empresa, debiendo de observarse el mismo de forma global y nunca parcelada (STS de 30 de junio de 1993, RJ 4939, y STS 14 de mayo de 1998, RJ 4650).

En el ámbito de la jurisdicción social de los TSJ, no faltan tampoco sentencias que consideran que las causas han de ser valoradas dentro del grupo y no de la filial donde el trabajador presta servicios (TSJ Galicia 7 de febrero 2002, AS 883, y TSJ Madrid 31 mayo 2004, AS 2691); sosteniéndose la necesidad de conocer los balances del grupo para acreditar la causa justificativa del despido (TSJ Galicia 6 de febrero 1995, AS 581).

Otras sentencias de interés son: la STS de 4 diciembre 2002, RJ 2003/4144; STS 23 junio 1999, RJ 6403; STS 11 junio 2001-RJ 4399; y STS 22 octubre 2001-RJ 9153; STS 3ª de 20 octubre 2004, RJ 7155.

- d.3) Por otro lado, también existen sentencias del TS que consideran que la evaluación de la situación económica, en el caso de **causa económica**, debe referirse a la **empresa** que solicita la regulación de empleo y no al grupo (TS 23 de junio de 1999, RJ 6403, y TS 10 de julio de 2000, RJ 2001/3117). En este sentido, los casos de pertenencia de una empresa a un grupo, la jurisprudencia contenciosa es más flexible que la social a la hora de evaluar si incide la situación del grupo en la causa económica y, a la inversa, de qué manera la empresa en crisis puede extinguir sus contratos aunque el grupo al que pertenece no registre pérdidas (STS de 14 diciembre 2002, RJ 2003/4144).

Por tanto, no resulta nada fácil extraer conclusiones de su respectivo estudio. Aún con esa dificultad puede afirmarse que el **grupo** siempre se toma como una única empresa cuando concurren los elementos que la jurisprudencia ha establecido para exigir la responsabilidad solidaria a todas las empresas que integran el grupo, esto es, cuando sea posible levantar el velo y apreciar que el grupo conforma una verdadera y operativa realidad, aparente u oculta (STSJ de Castilla La Mancha, de 16 de abril de 1998 (AS 1998, 1090); STSJ de Castilla y León, de 15 de noviembre de 1999 (AS 1999, 4828); STSJ de la Comunidad Valenciana, de 15 de mayo de 1998 (AS 1998, 2294); STSJ de Madrid, de 14 de mayo de 1998 (AS 1998, 1772) y STSJ del País Vasco, de 13 de enero de 1998 (AS 1998, 739).

La respuesta está **en función de la posición del grupo**. Si el empresario real es la sociedad con la que se ha establecido el contrato será ésta la que debe operar como unidad de valoración de la situación económica. Sólo si el grupo puede calificarse como empresario real en virtud de una confusión de plantillas es posible valorar la causa económica en el marco del conjunto de las empresas que lo integran (TS 4 de diciembre de 2002, RJCA 4144).

La STS de sala de lo Contencioso-Administrativo de 23 de junio de 1999 (RJ 1999, 6403) señala que mientras en los grupos de empresas por **subordinación** (jerárquicos o holdings, en los que existe una empresa dominante que controla a las filiales o participadas) está justificada una consideración del grupo como ámbito respecto del que referir la concurrencia de causas económicas en un despido colectivo, respecto de los grupos por **coordinación** (UTES, Agrupaciones de Interés Económico.. en los que la relación se da en plano de igualdad) resultará complicada la consideración del mismo como ente relevante a estos efectos.

- d.4) 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 – Social- 13 de febrero 2002, RJ 3787, y STSJ Madrid 24 junio 2004, JUR 2004/279045).

En algunos casos es la propia política del grupo la que amenaza con deslocalizaciones y fomenta la competitividad entre sus propias empresas integrantes, justificación

suficiente de la concurrencia de causas organizativas y tecnológicas (STSJ Madrid 28 de abril 2006, RJ 2006/201239).

#### IV.- 1.D) Análisis de las causas motivadoras del Expediente

El informe que debe realizar el inspector de trabajo actuante ha de recoger el análisis de las siguientes materias:

- a) Análisis de la **Memoria Explicativa**, cuyo contenido debe ser contrastado o ampliado en las reuniones con los representantes de la empresa y de los trabajadores.
- b) Análisis de las **cuentas auditadas** de los tres últimos años, si se trata de un expediente por causas económicas:

El art. 6.1.a) del RD. 46/1996 señala como contenido mínimo de la solicitud de iniciación del procedimiento realizada por la empresa, si la causa alegada es de índole económico *“la documentación debidamente auditada acreditativa del estado y evolución de su situación económica, financiera y patrimonial en los últimos tres años”*. Dicho precepto debe ser entendido en el sentido de que las cuentas auditadas no pueden exigirse con carácter general, sino cuando exista previsión de dicha obligación en alguna disposición de carácter mercantil (ver anexo I de este criterio operativo).

No obstante lo anterior, si procediera la presentación de cuentas auditadas y no se hubiera cumplido esta exigencia por la empresa, y la Autoridad Laboral, no ha requerido el cumplimiento de lo previsto en el art. 51.3 E.T., es decir su subsanación por el empresario en un plazo de diez días, con advertencia de que, sino lo hiciese, se le tendrá por desistido de su petición, con archivo de las actuaciones (en el mismo sentido se recoge tal prescripción en el art. 6.2 del RD. 43/1996) por el inspector actuante se constata dicha circunstancia, **se hará constar en el informe la falta de ese requisito, aunque se llevará a cabo el correspondiente análisis de la documentación entregada.**

En todo caso, la presentación de cuentas auditadas, cuando no existe obligación legal de hacerlo, puede tomarse como un elemento de mayor convicción, respecto de la autenticidad de las mismas.

Y por lo que se refiere a qué cuentas deben ser presentadas, el art. 6.1 a) del Rd 46/96 debe ser entendido en el sentido de que las cuentas se refieren a tres ejercicios completos y las provisionales a los meses transcurridos del año en que se plantee la solicitud por el empresario, que son las requeridas habitualmente por la Dirección General de Trabajo.

El análisis de las cuentas auditadas cuando la empresa deba contar con las mismas, o de las que se presenten , debe comprender:

- Análisis Financiero:
  - Evolución de masas patrimoniales de Activo y Pasivo.
  - Determinación de algunos ratios: ejemplo liquidez, solvencia, autonomía, endeudamiento y estabilidad.

- Estudio del Fondo de Maniobra.
- Análisis de Rentabilidad:
  - Evolución de la Cuenta de Perdidas y Ganancias
  - Determinación de algunos ratios, en su vertiente estática: Rentabilidad de las ventas y margen sobre ventas; otros en su vertiente dinámica: Rentabilidad financiera, rentabilidad global rentabilidad de recursos propios y del capital.
- Análisis de gestión
  - Existencias/compras
  - Días de pago/proveedores
  - Días de pago/cliente
  - Rotación de tesorería
  - Productividad.

Podría añadirse, si bien en un nivel de importancia subsidiaria,

- Estudio del Flujo de caja:
  - Operativo
  - Total

El análisis conjunto de todos estos datos pondrá de manifiesto los concretos valores e indicadores financieros y económicos, cuya relación e interdependencia, permitirá al Inspector enjuiciar con objetividad y razonabilidad la situación económica negativa de la empresa motivadora de la solicitud presentada.

En todo caso, se va a proporcionar una herramienta informática que permita llevar a cabo dicho análisis, y en los cursos de formación programados para los inspectores que estén informando este tipo de accidentes, se proporcionará más precisión sobre otros aspectos relacionados con este análisis, ratios más comunes a tener en cuenta según las circunstancias económicas de la empresas, y otras cuestiones referidas a esta materia.

### c) Justificación de las **medidas propuestas** por la empresa

En los expedientes por causas económicas, el análisis de cada una de las medidas propuestas por la empresa debería confrontar:

**Memoria explicativa→Análisis económico, patrimonial y de gestión→Medida propuesta.**

Entendiendo que es muy difícil para el Inspector “juzgar” si las medidas propuestas contribuyen o no a superar una situación económica negativa de la empresa, **el análisis debería realizarse en base a la razonabilidad y coherencia** que debiera presumirse en el juego de estos tres instrumentos.

Ese juicio de razonabilidad y proporcionalidad de las medidas debe realizarse en todos los expedientes, cualquiera que sea la causa en base a la que se inicia por la empresa, poniendo en relación las alegaciones contenidas en la memoria explicativa, con la realidad constatada por el inspector en su actividad previa al informe y las medidas propuestas por aquella.

A título de ejemplo, no se entendería en principio, que una empresa con un endeudamiento externo elevado, propusiera como una medida de saneamiento solo la reducción de personal, sin otras que le acompañaran como la renegociación de la deuda, el fortalecimiento de los recursos propios, mejora en la rotación de stocks, etc.

También se debe llevar a cabo un análisis particular sobre los efectos de las medidas en el nivel de empleo. En ese sentido, la empresa deberá justificar el volumen de empleo que se pretende reducir, distribuido funcionalmente y por tipo de trabajo (mano de obra directa, administrativos, técnicos etc; departamento de compras, comercial, etc).

En todo caso, se debe proporcionar a la Autoridad Laboral que haya de resolver, cuando la medida solicitada se considere que es desproporcionada o exagerada en relación al objetivo perseguido, algún dato o elemento de juicio o propuesta en relación a la necesaria ponderación de la medida, que permita a dicha Autoridad resolver fundadamente.



d) Análisis del **Plan de Acompañamiento Social**:

El art. 6.1.c) del RD. 46/1996 establece que la solicitud de iniciación del procedimiento, en empresas de 50 o más trabajadores, debe venir acompañada de un "Plan de acompañamiento Social" con el contenido y características que figuran en dicho precepto reglamentario.

La falta de dicho Plan sólo podrá justificarse por la falta de recursos empresariales, financieros y organizativos para llevar a cabo medidas alternativas a las extinciones, correspondiendo a la empresa alegar y acreditar tales circunstancias mediante la información y documentación necesaria.

**Si como en el caso de las cuentas auditadas no se aportase por la empresa tal documentación, se pondrá en conocimiento de la Autoridad Laboral por si considera procedente requerir la subsanación del defecto por aquella y, en todo caso, se indicará su falta en el informe, aunque ello no impedirá realizar el mismo sobre las causas justificativas de las medidas.**

Para la valoración del contenido de dicho Plan, se debe tener presente que el mismo constituye uno de los elementos esenciales a tener en cuenta en el juicio de razonabilidad que debe emitir la Autoridad Laboral sobre la suficiencia de la causa extintiva y su proporcionalidad, en relación a la posibilidad de otras medidas menos traumáticas. **En consecuencia, la insuficiencia o la falta del Plan Social puede comportar la valoración de falta de proporcionalidad de las extinciones solicitadas.**

No obstante, también se tendrá en cuenta que durante el período de consultas se debe negociar en relación con las medidas contenidas en el plan y que éstas pueden verse incrementadas por la empresa como resultado de dicha negociación.

En todo caso, se debe tener en cuenta también que el Plan Social no es un requisito puramente formal, por lo tanto su contenido debe resultar suficiente y adecuado a la finalidad legal que tiene atribuida.

El art. 6.1.c) del RD. 43/96 contiene una serie de medidas, aunque no es una lista cerrada, y éstas y otras de similares características que se propongan como alternativas a las extinciones pueden ser o no tendentes a evitar o reducir los despidos o las suspensiones temporales de contratos, (como la adecuación o reconversión profesional interna de trabajadores dentro de la empresa u otra empresa del grupo, o del tipo organizativo como modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, redistribución del tiempo de trabajo, limitación de horas extras, etc), o destinadas a paliar los efectos negativos de la medida para los trabajadores afectados (como medidas de readaptación profesional mediante reeducación externa en otras empresas, ayudas para la autoocupación u otras semejantes), o tendentes a mejorar la compensación económica por la extinción de contrato respecto de trabajadores con especiales dificultades de inserción en el mercado de trabajo.

#### IV.- 2 Expedientes de extinción de contratos con acuerdo

Este apartado se refiere al supuesto en el que la petición del informe a la Inspección de Trabajo se realice aportando ya un acuerdo de la empresa y los representantes de los trabajadores. Si el expediente llegara sin acuerdo a la Inspección de Trabajo y este se alcanzara antes de emitirse el informe, o incluso si una vez emitido el informe se alcanza un acuerdo por las partes, y por la Autoridad Laboral se solicita un nuevo informe en relación con dicho acuerdo, se tendrán en cuenta también los criterios que se recogen a continuación en cuanto al contenido del informe.

##### IV.- 2. A) Procedencia o improcedencia del procedimiento.

En este apartado hemos de remitirnos a lo ya dicho en el apartado III.1 de este mismo Criterio Operativo relativo a los expedientes sin acuerdo.

##### IV.- 2. B) Criterios Jurisprudenciales sobre el contenido del informe

B.1) Del tenor literal de los arts. 51.5 ET y 11.1 del R.D. 43/96 se desprende que si la Administración considera que el acuerdo alcanzado en periodo de consultas ha sido suscrito por quienes estaban legitimados y, paralelamente, no se aprecia la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo ni causas vinculadas a la existencia de fraude de ley, debe proceder a la homologación del acuerdo o, en caso contrario, debe remitir el acuerdo, con suspensión de plazo para resolver, a la autoridad judicial a fin de que ésta se pronuncie. La jurisprudencia es abundante en este sentido siendo la mas reciente la siguiente:

- Alcanzado acuerdo en período de consultas, la autoridad laboral no entra a analizar en profundidad las causas del ERE . Contenido del informe ITSS. TS 14-02-2007, RJ 2007\2543, en el mismo sentido: TS 05-06-2007, RJ 2007/6188.

- La Autoridad Laboral se limita a homologar el acuerdo. TS 26-01-2004, RJ 2004\949.
- Alcanzado acuerdo en período de consultas, la autoridad laboral no entra a analizar en profundidad las causas del ERE. TSJ Madrid 27-10-2003, JUR 2004/182793)
- Existiendo acuerdo la Administración no puede alterar el contenido del mismo. TSJ Madrid 02-02-2006, JUR 2006\131015 .

En resumen, la Autoridad Laboral competente debe obligatoriamente autorizar la medida extintiva o suspensiva, sin que pueda entrar a valorar ni las causas ni la oportunidad de las medidas. Únicamente si la Administración observa irregularidades que afecten a la formación de la voluntad en la consecución del acuerdo o bien fraude de ley puede, con suspensión del plazo para resolver, dirigirse a la autoridad judicial para que resuelva sobre la existencia de dichos defectos en el consentimiento o la existencia de fraude de ley . La referencia al fraude de ley fue incorporada al artículo 51.1. ET por la reforma de 1994 y, sin embargo, no figura en la redacción del art. 146.b) LPL (proceso de oficio). No parece trascendente esta diferencia en la redacción de los preceptos dado que la jurisprudencia viene utilizando el concepto de fraude de ley entendiendo que las actuaciones fraudulentas encajan en el concepto amplio de abuso de derecho.

Por ello parece lógico también concluir que **el contenido del informe de la ITSS en estos casos se debe ceñir a la existencia o no de las citadas irregularidades.**

- B.2) En cuanto a la **Doctrina General** sobre qué se entiende por dolo, coacción, abuso de derecho y fraude de ley, cabe citar las siguientes sentencias que la contienen:

TS (Sala de lo Social), 15-07-1994, RJ 1994/7157, y más recientemente TSJ Madrid 30-11-2005, JUR 2006\93612 :

**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. En definitiva, el dolo presupone que uno de los contratantes, conscientemente - como se deduce de la expresión «insidiosas» del artículo 1269 del Código Civil- pretende determinar la voluntad de su contraparte en el sentido por aquel previsto y querido, de modo que sin la conducta dolosa no se hubiera llegado a alcanzar el acuerdo.*

**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.-** *El concepto del abuso de derecho, recogido en el artículo 7.2 del Código Civil, ha venido siendo configurado por la jurisprudencia como integrado por estas notas esenciales: 1.º Uso de un derecho objetiva o externamente legal; 2.º Daño a un*

*interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica, y 3.ª Inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva con la intención de perjudicar o bajo formas objetivas, cuando el daño proviene del exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho. Aunque el alcance del abuso del derecho sobre el acuerdo del empresario y representante de los trabajadores es más amplio que los vicios antes señalados de dolo y coacción, en la praxis judicial se ha mantenido concretamente, como mecanismo para obtener el consentimiento de los representantes legales de los trabajadores o para evitar convivencia entre empresarios y tales representantes legales en perjuicio de la estabilidad en el empleo de los trabajadores.*

**Fraude de ley.-** *El fraude ley hay que entenderlo, en el sentido del art.6.4. CC como los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico.*

B.3) Por último, vamos a referirnos a algunos supuestos concretos en que se ha apreciado por la jurisprudencia la existencia de dolo, coacción, abuso de derecho y/o fraude de ley en los acuerdos:

- La estimación de su existencia no se circunscribe al acuerdo de voluntades en que consiste el acuerdo sino que se extiende a la información que la empresa ha de suministrar previamente a los representantes legales de los trabajadores y a la relación con los mismos durante el periodo de consultas . Sobre la ocultación maliciosa de información a los representantes para obtener el acuerdo ver TSJ Cantabria 16-03-92, AS 1992 y TSJ Cataluña 8-10-2002, AS 2002/ 3567 y sobre ocultación de datos sobre la situación real de la empresa TSJ Madrid 20-03-01, AS 2001/1768 .
- Cuando los trabajadores afectados en el ERE son propietarios de la empresa TS La Rioja 24-04-92, AS 1992/1847.
- Cuando la empresa ha ocultado maliciosamente la existencia de grupo empresarial TSJ Cataluña 7-09-1998, AS 1998/3638.
- Cuando se ha ocultado la existencia de una sucesión de empresa, no hay dolo pero si fraude y abuso de derecho , TSJ Cataluña 24-10-2007, AS 2007/ 7280.
- Cuando la actuación empresarial de reducción de plantilla es simultanea a la prórroga de contratos temporales de la misma categoría y, todavía mas, se vuelve a contratar temporalmente a uno de los cesados mediante el acuerdo impugnado TSJ CANTABRIA 16-03-1992. AS 1992/13320.
- Cuando se ha alcanzado artificiosamente el límite legal previsto en el art.51.1 para dar lugar al expediente con acuerdo en lugar de al despido individual TSJ Cataluña 07-09-98, AS 1998/3638 TSJ Aragón AS 1993/538.
- Cuando faltaba representatividad de los firmantes del acuerdo respecto de una trabajadora, TS 15-03-02, RJ 2002/5046. TS24-10-02, RJ 10617.

- Cuando se ha omitido el periodo de consultas, TSJ Cataluña 28-11-1995, AS1995\4476.
- Cuando se pacta una obligación que excede de las posibilidades reales de la empresa, STJ Cataluña, 18-07-2007, AS 2007\2508.
- Cuando el acuerdo consiste en la simulación de la concurrencia de causas económicas, y así se desprende de la documentación obrante en el expediente, o precisamente por la carencia real, que no formal, de dicha documentación, esta circunstancia se considera fraude de ley, TSJ Cantabria, 22-06-2000, AS 2000/2454 o no existe claramente causa real, SSTSJ Cataluña 18-11-02 RJCA 2003/674 y 30-12-02 JUR 2003/101977 .

#### IV.- 3. Expedientes de suspensión temporal de contratos sin acuerdo.

El art. 47 ET establece que el contrato de trabajo podrá ser suspendido a iniciativa del empresario por las mismas causas examinadas para la extinción, es decir, económicas, técnicas, organizativas o de producción, pero en este caso se debe tener en cuenta que se establece que la autorización de la medida procederá cuando, además de darse alguna de dichas causas, de la documentación obrante en el expediente se desprenda razonablemente que tal medida temporal es necesaria para la superación de una situación de carácter coyuntural de la actividad de la empresa.

En este caso se establece que el procedimiento a seguir para solicitar la autorización es el mismo que el establecido para las extinciones en el art. 51 ET, no obstante lo cual, establece también dos especificidades: que el período de consultas se reducirá a la mitad, y que la documentación justificativa de la medida será la estrictamente necesaria en los términos que reglamentariamente se determinen.

Sin embargo, cuando se examina el Capítulo IV (art. 20) del RD 43/1996, se comprueba que en cuanto al procedimiento a seguir para solicitar la autorización se vuelve a remitir al art. 51 ET, y vuelve a señalar como especialidad la reducción a quince días del período de consultas, y en cuanto a la documentación justificativa de la causa alegada "*requerirá necesariamente la acreditación de que se trata de una situación coyuntural de la empresa*", remitiéndose en todo lo demás al Capítulo II, en que se regula el procedimiento de extinción, lo que incluiría también la presentación de idéntica documentación.

Por otra parte, al contrario de lo que ocurre con las mismas causas referidas a las extinciones, los arts. 45. 1 j) y 47.1 ET, no establecen nada que permita identificar el significado de dichas causas, o establecer cuando se dan las mismas, y cuando esa presencia justifica la medida de suspensión del contrato. Por tanto, deberá aplicarse analógicamente lo previsto, tanto en lo que se refiere a documentación, como a circunstancias que justifican la autorización solicitada, para las extinciones, sin perder de vista que la situación por la que atraviesa la empresa no ha de tener carácter definitivo sino temporal.

#### IV.- 4. Expedientes de suspensión temporal de contratos con acuerdo.

Para estos supuestos resulta de plena aplicación lo señalado respecto a las suspensiones sin acuerdo, en cuanto al procedimiento, y a las extinciones con acuerdo, en cuanto al contenido

del informe así como que el contenido de éste debe limitarse a señalar si en la formalización del acuerdo se ha constatado la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho.

#### IV.- 5. Expedientes de fuerza mayor

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 los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables*”, y se puede encontrar en las STS 23-06-03, RJ 5786/03, y la de 29-11-99, RJ 9528/99, señalándose en las mismas que la fuerza mayor es un acontecimiento externo al círculo de la empresa y del todo independiente de la voluntad del empresario, que, a su vez, sea imprevisible.

En la STS de 25-07-98 se especificó que lo que singulariza a la fuerza mayor, como causa de suspensión de los contratos de trabajo, en el supuesto de la denominada “fuerza mayor temporal”, es constituir un acaecimiento externo al círculo de la empresa, y como tal extraordinario, del todo independiente de la voluntad del empresario respecto a las consecuencias que acarrea en orden a la prestación del trabajo, e indica que el carácter de inevitable se predica sobretodo de la incidencia del suceso en la continuidad de la actividad laboral.

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.

Se considera fuerza mayor propia la que generan sucesos como los hechos catastróficos naturales, terremotos, incendios, guerras, plagas, etc y en cuanto a la fuerza mayor impropia es la que generan hechos provenientes de decisiones de las Administraciones Públicas u otros supuestos distintos de las catástrofes naturales.

#### III.- 3. A) Fuerza Mayor Propia

Los acontecimientos de carácter catastrófico se configuran normalmente como fuerza mayor, pero no siempre, 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, no se consideran fuerza mayor.

Se considera por la jurisprudencia que existe fuerza mayor en:

- Un incendio ( TS 27.02.08, RJ 2008/1375).
- Aviso colocación bomba (TSJ Navarra 15.06.06, JUR 2006/236285).
- Lluvias intensas (TSJ Madrid 10.09.04, JUR 2005/43323). No se considera que existe en otros supuestos TSJ Castilla y León 13.3.06 JUR 2006/144432).
- Una copiosa nevada (TS 25.7.89, RJ 5629/89), aunque se de por sentada la dureza del clima invernal de la zona (TS 25.7.89 y 20.7.95).

### III.- 3.B) Fuerza mayor impropia

Se considera que existe fuerza mayor en algún supuesto de expropiación forzosa por la Administración y particularmente en casos de huelga. En ese sentido debemos remitirnos a las orientaciones de esta Autoridad Central para la actuación de la Inspección de Trabajo en supuestos de expedientes de regulación de empleo basados en fuerza mayor, de fecha 13 de junio de 2008.

Pero junto a la jurisprudencia que allí se cita, se debe tener en cuenta también las siguientes Sentencias que estiman la existencia de fuerza mayor en caso de huelga: TSJ Comunidad Valenciana 5.12.2000, RJCA 2000/345; TSJ de Andalucía, Sevilla 26.06.06, JUR 297937, TSJ Andalucía, Granada 28.07.03, RJCA 2003/960.

Respecto de supuestos referidos a expropiación forzosa se puede citar las siguientes sentencias:

- TSJ de Madrid de 15-09-07 R. 34/07, que no considera que exista fuerza mayor si en la valoración de la expropiación se ha tenido en cuenta no solo el importe de terrenos, bienes y edificios expropiados, sino también una cantidad destinada a compensar los gastos para el traslado forzoso de la industria.
- TSJ Madrid 15-09-06, RJCA 2007/34

Tampoco se considera que exista fuerza mayor por un cese de relaciones con otra empresa, que afecta a un 96 % del volumen negocial, estando inserto en las causas económicas (TS 7-03-95, R.2357/95); ni la extinción del contrato de arrendamiento de un local (TS 8-7-08, RJ 2008/4455); ni el requerimiento de suspensión inmediata de la producción en evitación de riesgos para trabajadores y población (TS 03-04-2000, RJ 2000/4011); ni una orden judicial de paralización de obras (TSJ Cantabria 14-09-01, JUR 2002/3486); ni el rescate de una concesión administrativa sobre el establecimiento comercial en que radicaba el puesto de trabajo extinguido (TSJ de Madrid 17-12-03, RJCA 2004/845).

En todo caso, el informe deberá recoger expresamente, y ser tenidas en cuenta, 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 se acredite por la empresa que se ha tratado de un acontecimiento que de ser previsible era inevitable.

Por último hay que señalar que los expedientes de suspensión de contratos por fuerza mayor se regulan en cuanto a su procedimiento y documentación a aportar por el Capítulo III del RD 43/96, es decir el mismo que el relativo a las extinciones, y en cuanto al contenido del informe del inspector actuante deberá tenerse en cuenta y pronunciarse sobre si la fuerza mayor genera una imposibilidad de continuar la actividad laboral, pero en este caso de manera temporal.

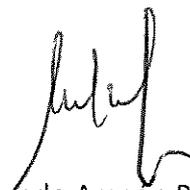
#### IV. EL INFORME DE LA INSPECCION DE TRABAJO EN LOS PROCEDIMIENTOS CONCURSALES.

El art. 64.6 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, establece que, una vez finalizado el período de consultas, y tras serle comunicado el resultado del mismo, el juez del concurso *“recabará un informe a la Autoridad Laboral sobre las medidas propuestas o el acuerdo alcanzado, que deberá ser emitido en el plazo de quince días, pudiendo ésta oír a la administración concursal y a los representantes de los trabajadores antes de su emisión”*.

Pese a dicha prescripción legal, en alguna ocasión el juez del concurso ha pedido el informe directamente a la Inspección Provincial de Trabajo, 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 de solicitar informes a peritos, expertos y otras Administraciones Públicas. 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.

En todo caso, también se realizará el informe que se solicite por la Autoridad Laboral, a fin de poder cumplimentar su obligación legal a que se ha hecho referencia anteriormente, procurando ajustar el plazo de emisión, de manera que dicha Autoridad laboral pueda presentar, a su vez, el suyo en el plazo concedido a la misma por el Juzgado correspondiente.

Madrid, 9 de marzo de 2009  
AUTORIDAD CENTRAL/DIRECTOR GENERAL  
DE LA INSPECCION DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL



Raimundo Aragón Bombín

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