

# La nueva obligación de preaviso en los despidos colectivos



Julio 2023

## ¿Hablamos?

### María Eugenia Guzmán

Socia de Derecho Laboral en  
PwC Tax & Legal  
[eugenia.guzman.lopez@pwc.com](mailto:eugenia.guzman.lopez@pwc.com)

### Miguel Rodríguez-Piñero

Senior Counselor de Derecho Laboral  
en PwC Tax & Legal  
[miguel.rodriguez\\_pinero.royo@pwc.com](mailto:miguel.rodriguez_pinero.royo@pwc.com)

### Julio Calvo

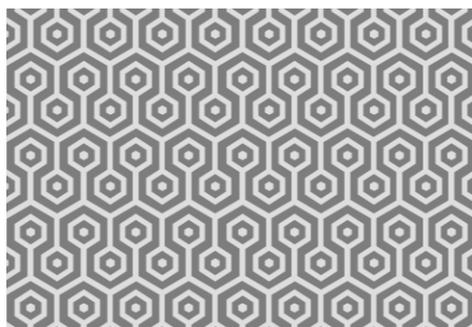
Socio de Derecho Laboral en  
PwC Tax & Legal  
[julio.calvo.eguizabal@pwc.com](mailto:julio.calvo.eguizabal@pwc.com)

A pesar de estar en un momento cercano a las elecciones, en el que se supone que poca iniciativa legislativa debe haber, en estos días se han producido algunas reformas en el Derecho del Trabajo de indudable impacto. En algunos casos la justificación es la necesidad de trasponer normas de la Unión Europea pasadas de su plazo, algo a evitar. En otros, sin embargo, han sido otros los motivos que han llevado a ello. Ha habido una en particular que ha llamado mucho la atención y que está generando una gran discusión entre los laboralistas: la imposición de un plazo de preaviso en los procedimientos de despido colectivo.

Es una reforma puntual, que podría parecer menor, pero que no lo es. Y que comparte con otras medidas legislativas del momento dos características, que podemos decir identifican la producción del Derecho del Trabajo en estos últimos momentos de la legislatura: por un lado, se produce respecto de un elemento tan central como es el despido, en particular en su modalidad más visible y de mayor impacto, el colectivo. Por otro es una medida, si se permite decirlo, “oculta”, en el sentido de que a pesar de afectar a una institución central del Derecho del Trabajo, que concentra los debates que se producen en esta rama del

ordenamiento y que genera posiciones encontradas, se ha hecho de manera disimulada, sin anuncios previos y dentro de una norma que, teóricamente, iba de otra cosa. Esta modificación se ha producido en una norma de rango inferior, un real decreto, que además tiene un contenido monográfico que nada tiene que ver con los despidos. Hablamos del Real Decreto 608/2023, de 11 de julio, por el que se desarrolla el Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo.

En la exposición de motivos de esta norma se explican cuáles son los objetivos de la disposición adicional en cuestión, que modifica el Reglamento de despidos colectivos, sin decir absolutamente nada sobre su impacto sobre la ordenación del despido. Más aún, se apunta una justificación de la medida que nada tiene que ver con ésta: *“en cuanto a la disposición final tercera, se encarga de adaptar el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, a las modificaciones operadas en el artículo 47 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores por el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre”*.



El cambio ha afectado a una de las instituciones más reguladas de nuestro Derecho laboral, armonizada a nivel unioneeuropeo, con una regulación detallada en el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores (que incluye no sólo el artículo 51 sino otros, como el 41, que se aplica por remisión) y en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. La construcción jurisprudencial al respecto es enorme, fruto tanto de la complejidad regulatoria como de la propia naturaleza de la institución.

El modelo actual de este tipo de despido se construyó durante las reformas de 2010 y 2012, que en su momento supusieron un cambio radical respecto de planteamientos anteriores. De un modelo de decisión autorizada por la administración, a la que se llegaba por medio de un procedimiento administrativo (de ahí que se hablara de “expediente de regulación de empleo” o ERE), se pasó a otro de decisión empresarial causalizada y formalizada, en la línea de los demás tipos de despido presentes en nuestro ordenamiento; y que, como en todas las decisiones de efectos colectivos, exigía el desarrollo de un procedimiento de consulta con los representantes de los trabajadores afectados.

Este modelo fue muy contestado en su momento, y lo siguió estando durante su vigencia. Pero cuando llegó el momento de plantearse en 2021 una nueva reforma, que en gran medida pretendía ser una contrarreforma respecto de lo impuesto en 2012, los interlocutores sociales acordaron no alterarla, respetándola en todos sus elementos. Ésta fue la renuncia de las organizaciones sindicales, y seguramente lo que las asociaciones empresariales lograron a cambio de aquellos aspectos que aceptaron, sobre todo en materia de contratación temporal. Lo cierto es que el tema se planteó, y se acordó no modificarlo.

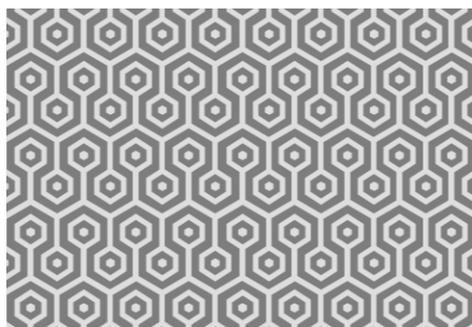
La reforma que analizamos se ha producido con la disposición final tercera

del Real Decreto, que incluye una “Modificación del Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, aprobado por el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre”. Modificación que, al decir de la exposición de motivos, resultaba instrumental para aplicar los artículos 47 y 47bis del Estatuto de los Trabajadores. Entre otros nuevos contenidos, aparece una disposición adicional sexta, titulada “obligación de notificación previa en los supuestos de cierre”.

Esta disposición obliga a las empresas que pretendan proceder al cierre de uno o varios centros de trabajo, cuando ello suponga el cese definitivo de la actividad y el despido de cincuenta o más personas trabajadoras, a notificar esta decisión a la autoridad laboral competente por razón del territorio y al Ministerio de Trabajo y Economía Social, a través de la Dirección General de Trabajo.

Se nos proporcionan varios datos normativos sobre esta nueva obligación:

- Será una obligación doble, en realidad, puesto que deberá hacerse tanto a la autoridad laboral competente por razón del territorio como al Ministerio de Trabajo y Economía Social.
- Se efectuará a través de medios electrónicos.
- Deberá ser realizadas con una antelación mínima de seis meses; este plazo se cuenta en relación con la comunicación de la apertura del periodo de consultas dirigida por el empresario a los representantes legales de los trabajadores.
- En el caso en que no sea posible observar esa antelación mínima, deberá realizarse la notificación tan pronto como lo fuese y justificando las razones por las que no se pudo respetar el plazo establecido.



- Se remitirá una copia de esta notificación a las organizaciones sindicales más representativas y a las representativas del sector al que pertenezca la empresa, tanto a nivel estatal como de la comunidad autónoma donde se ubiquen el centro o centros de trabajo que se pretenden cerrar.

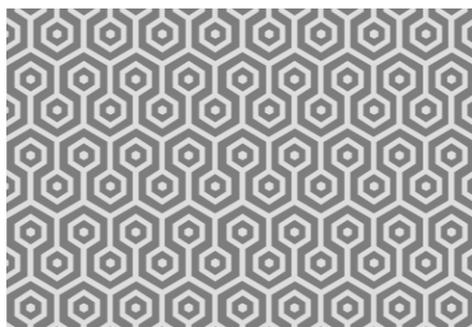
Esta obligación de información es similar a la que existe en otros países. Su justificación en estos ordenamientos es como una medida de protección para los trabajadores, asegurándole un plazo suficiente para poder organizar su transición hacia una nueva ocupación. Éste es el papel que desempeña en España el plazo de preaviso, cuya duración legal es notoriamente insuficiente a estos efectos, por lo que se suele alargar mediante pacto individual. La nueva norma española no parece ajustarse a esta finalidad, desde el momento en que no se incluyen entre los destinatarios de la información ni a los trabajadores afectados ni a sus representantes legales en las empresas afectadas. Parece que esta medida responde a una lógica diferente, la de permitir a las autoridades anticipar las actuaciones necesarias para afrontar los efectos del cierre, y la de hacer posible un control sindical de los cierres de empresas.

Su ámbito de aplicación no alcanza a todos los despidos, sino tan sólo a los que supongan un cierre y fin de actividad (de uno o varios centros de trabajo) y que afecten a un mínimo de cincuenta trabajadores. La referencia expresa a “centro de trabajo” parece impedir los tradicionales debates judiciales sobre si los umbrales para la calificación de la extinción como colectiva deben calcularse en la empresa o en el centro de trabajo, en los que han interactuado los tribunales europeos y españoles.

La medida estuvo originalmente prevista como uno de los contenidos del Anteproyecto de Ley de Industria, finalmente abandonado, aunque se ha rescatado a través de esta forma tan peculiar. Se incluía dentro de un capítulo dedicado a la ordenación de los procesos de reindustrialización. En su versión original, la empresa que tuviera previsto el cierre o reducción de la actividad en uno o más centros de trabajo debía comunicar esta circunstancia a la Secretaría General de Industria y PYME, dando cuenta de esta comunicación a la representación legal de los trabajadores. Era distinto, como se ve, el ámbito de los titulares de este derecho. El plazo previsto era también mayor (nueve meses).

No es una obligación absoluta, en efecto, ya que se admite expresamente la posibilidad de que no se observe (ésta es la expresión usada por el legislador). Este supuesto deberá estar justificado, sin que se indiquen las causas que pueden legitimarlo. Al tratarse de derechos de información tanto para la administración como para los sindicatos, es claro que las razones que puedan llevar a justificar su omisión deben tener la suficiente gravedad. No parece que el mero interés empresarial en que no se conozca la medida pueda ser suficiente a estos efectos.

Más que una posibilidad de no enviar la información, la norma prevé que la empresa pueda retrasarse en este envío, que se producirá en algún momento. Dado que todo despido exige una preparación previa bastante complicada, es evidente que la empresa tendrá la decisión tomada con antelación al inicio del procedimiento en sí, y será en cuanto exista esta decisión que se le deba dar cumplimiento.



Dados los términos en los que se recoge una posible excepción al deber de informar con esta antelación, no parece muy recomendable acogerse a esta posibilidad. El riesgo que se asume es considerable, especialmente en una primera fase en la que se carece de toda indicación jurisprudencial sobre las condiciones de ejercicio legítimo de esta habilitación para retrasar el envío de la noticia.

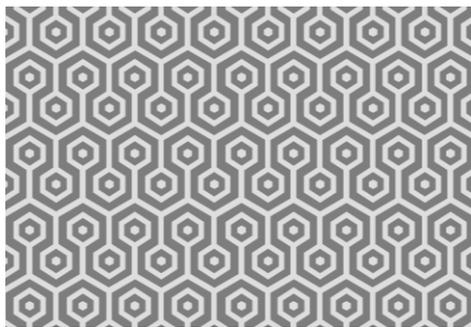
Es previsible que se genere una doble conflictividad, una sobre las razones que se alegan para justificar la ausencia de información, y otra sobre el plazo, en el caso de que se envíe con un retraso igualmente justificado (hay que enviarla “tan pronto como resulte posible”). Hay que recordar a este respecto que los sindicatos más representativos tienen derecho a recibir esta información, por lo que también lo tienen para acudir a los tribunales para contestar las alegaciones de la empresa en caso de incumplimiento o de retraso. Dos serán entonces los frentes en los que las empresas tengan que defenderse, llegado el caso, los sindicatos y las administraciones con derecho a ser informadas (que, recordemos, son dos).

Nada se dice en la norma sobre las consecuencias en caso de incumplimiento. Como se sabe, el artículo 8.3 del Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social califica como infracción laboral muy grave “*proceder al despido colectivo de trabajadores o a la aplicación de medidas de suspensión de contratos o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor o del Mecanismo RED en cualquiera de sus modalidades, sin acudir a los procedimientos establecidos en los artículos 51, 47 y 47 bis del Estatuto de los Trabajadores*”. No parece que incumplir esta obligación suponga “no

acudir” al procedimiento de despido colectivo, ya que se admiten incumplimientos de carácter formal que no llegan a anular todo el procedimiento.

¿Podríamos estar ante una infracción laboral grave del artículo 7.7 de esta norma? Éste califica como tal “la transgresión de los derechos de información, audiencia y consulta de los representantes de los trabajadores y de los delegados sindicales, en los términos en que legal o convencionalmente estuvieren establecidos”. Esto está pensando no tanto en los sindicatos como en la representación legal en la empresa. La inseguridad jurídica en que nos movemos por el momento es elevada.

¿Podría considerarse nulo un despido durante cuya tramitación se incumplió esta obligación? El artículo 124 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social califica como nulo a “*la decisión extintiva únicamente cuando el empresario no haya realizado el período de consultas o entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores o no haya respetado el procedimiento establecido en el artículo 51.7 del mismo texto legal u obtenido la autorización judicial del juez del concurso en los supuestos en que esté legalmente prevista, así como cuando la medida empresarial se haya efectuado en vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas*”. No parece que nos encontremos ante ninguno de estos supuestos. También habría dudas para calificarla como no ajustada a Derecho, pues esta calificación se limita en la ley a los supuestos en los que el empresario no haya acreditado la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación extintiva. Para que se declare ajustada a derecho la decisión extintiva se exige, por su parte, el cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 51.2 o 51.7 del



Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, y la acreditación de la causa legal esgrimida. El artículo 51.2 TRET se refiere al procedimiento de consulta, iniciado con la comunicación, sin decir nada (lógicamente) sobre este deber de información de nueva creación, que es previo a la propia consulta. Su incumplimiento no parece afectar a la validez del propio despido. La calificación de los despidos producidos con incumplimiento de este deber es en todo caso una cuestión de enorme complejidad, en la que debemos ser extremadamente prudentes hasta que dispongamos de materiales jurisprudenciales que nos puedan dar cierta seguridad jurídica.

Esta nueva obligación afecta ya a las empresas, puesto que se le da una nueva redacción a la disposición transitoria segunda del Real Decreto 1483/2012, que ahora afirma que “los despidos colectivos y expedientes de regulación temporal de empleo que se hubieran iniciado a la fecha de la entrada en vigor del Real Decreto 608/2023, de 11 de julio, por el que se desarrolla el Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo, se regirán por la normativa vigente en el momento de su inicio”. Y éste Real Decreto entró en vigor al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, esto es, el 13 de julio de 2023.

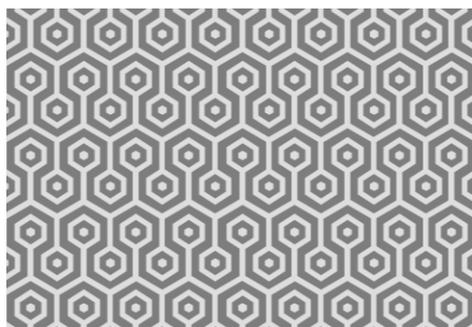
“Inicio” quiere decir, de acuerdo con el artículo 2 del Reglamento, el envío de la comunicación expresando la voluntad de la empresa de utilizar este instrumento. El artículo 2 del Reglamento dice, en efecto, que *“el procedimiento de despido colectivo se iniciará por escrito, mediante la comunicación de la apertura del periodo de consultas dirigida por el empresario a los representantes legales de los trabajadores con el contenido especificado en el artículo 3, a la que deberá acompañarse, según la causa alegada, la documentación establecida en los artículos 4 y 5”*. Éste es el momento a considerar a efectos de

determinar la aplicación de la nueva exigencia. Lo que significa que cualquier despido colectivo que se quiera plantear a partir del día 13 deberá incluir el cumplimiento de este nuevo deber. Pero este deber, como se ha visto, impone un plazo previo al inicio del procedimiento, muy dilatado además. Interpretada la norma literalmente, no sería posible empezar un procedimiento de este tipo hasta que se informara adecuadamente y pasaran seis meses. Lo que supondría tanto como obligar a todas las empresas a retrasar el inicio del período de consulta hasta que transcurra este plazo. Esta interpretación, seguramente la más adecuada en términos de seguridad jurídica, puede no resultar siempre posible, sobre todo cuando estamos ante decisiones empresariales de enorme gravedad, con causas importantes y acuciantes.

Otra cosa es que haya empresas que tuvieran prevista la medida en el momento de entrar en vigor el Real Decreto, que puedan acreditarlo y que puedan alegar razones suficientes para no poder esperar este nuevo plazo. En uno y otro caso entraríamos en el supuesto de justificación de la no observancia al que hicimos referencia, con todas sus complejidades y riesgos.

Lo que está claro es que el Gobierno, pudiendo hacerlo, no ha querido introducir un período transitorio para la aplicación de esta regla, por lo que ésta obliga a las empresas desde su misma entrada en vigor. Todas están sometidas a este mandato en estos momentos, lo que supone una manera completamente diferente de plantearse los procesos de reestructuración.

Ya hubo, no hace mucho, una reforma similar, un cambio regulatorio que se produjo en una norma que nada tenía que ver con el despido, y que también tenía su importancia: el nuevo papel que se le daba al informe de la Inspección de



Trabajo y Seguridad Social en el desarrollo del procedimiento, que se produjo en una disposición final de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo. De esta manera, la disposición final octava daba nueva reducción del apartado 2º del artículo 51 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, que pasaba a afirmar que *"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"*. Este mandato de revisar no sólo el soporte documental sino también la propia concurrencia de las causas alegadas modificaba la situación anterior, diseñada en el marco de la reforma laboral de 2012, que limitaba el papel de la administración en la decisión empresarial de despedir de manera colectiva, dándole el protagonismo a la consulta con la representación de la plantilla. Como ahora, esta novedad contenida en una Ley que nada tenía que ver con la regulación del contrato de trabajo generó reacciones una vez aprobada. Las voces que se oponían a este papel fortalecido de la Inspección alegaban que se rompía el equilibrio logrado en los acuerdos del diálogo social que dieron lugar a la reforma de 2021; y que marcaban el inicio de la transición a otro modelo, más intervenido, sin que se hubiera debatido o negociado con los interlocutores sociales.

Es cierto que la última reforma se alinea con la producida en la Ley de Empleo en el sentido de que ambas resultan coherentes con un modelo más

intervencionista, con mayor control público de las actuaciones empresariales.

Vamos, en realidad, hacia un nuevo modelo de despido, y la reforma del colectivo no es más que uno de los varios frentes abiertos sobre esta materia, que ya hemos tenido ocasión de analizar en algún periscopio anterior. Así, estamos a la espera del pronunciamiento del Comité de Derechos Económicos y Sociales del Consejo de Europa respecto de la adecuación de nuestro ordenamiento a la Carta Social Europea; nuestros tribunales discuten sobre la necesidad de imponer una indemnización compensatoria y disuasoria superior a la prevista en la ley; algunos tribunales sostienen que todo despido debe incluir un expediente contradictorio para asegurar el cumplimiento de las obligaciones de España con la Organización Internacional del Trabajo; y está abierto un debate judicial sobre la calificación que merecen los despidos de trabajadores en baja por enfermedad, a partir de la aprobación de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (la llamada "Ley Zerolo").

Es una situación compleja, con diversos niveles de debate jurídico y diferentes fuentes de regulación. Lo que parece claro es que el despido, una institución que no fue afectada por la reforma laboral de 2021, es una cuya regulación dista mucho de ser aceptada generalmente y de disfrutar de una estabilidad normativa en España. Habrá que ver los cambios que se avecinan. Mientras tanto, bastante tenemos con aplicar este último, que como hemos visto va a ser de todo menos sencillo.