Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

Dictamen nº **115/2022**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 25 de mayo de 2022, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por la Ilma. Sra. Secretaria General de la Consejería de Empresa, Empleo, Universidades y Portavocía (por delegación de la Excma. Sra. Consejera), mediante oficio registrado el día 28 de enero de 2022 (COMINTER 21363 2022 01 28-10 11), sobre responsabilidad patrimonial instada por D. X y otros, en representación de D. Y y otros, por anormal funcionamiento de la Administración en el expediente de regulación de empleo 83-2009 (exp. 2022_028), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 19 de febrero de 2020, dos Letrados y dos Graduados Sociales que dicen actuar en nombre y representación de D. Y y 26 más presentan reclamación de responsabilidad patrimonial frente a la Administración regional por los daños que dicen haber sufrido como consecuencia de la indebida autorización de un expediente de regulación de empleo instado por la empresa para la que trabajaban, ante la Dirección General de Trabajo de la Comunidad Autónoma. Los interesados en ella son los siguientes:

(…)

En esa fecha y por los mismos profesionales se presenta otra reclamación con idéntico objeto y causa de pedir, si bien, los actores son D. Z y 119 personas más, cuyos nombres, apellidos y número de DNI se detallan en la solicitud. Entre ellos se incluía a los promotores de la reclamación primeramente detallada.

Ambos escritos se presentaron acompañados de los formularios y de las reclamaciones propiamente dichas, sin firmar, y se adjuntaba documentación para acreditar la representación con la que decían actuar los solicitantes.

Relatan los reclamantes que todos ellos han sido trabajadores de la mercantil "--" (en adelante, la empresa), que incoó en su día (el 5 de febrero de 2009) un expediente de regulación de empleo para proceder al despido colectivo de 118 trabajadores. Dicho expediente se tramitó con el número 18/2009 (en adelante ERE 18/09). Durante su sustanciación, se detectaron graves deficiencias, incluidos actos de coacción sobre los trabajadores, que fueron puestas de manifiesto en informe de la Inspección de Trabajo de 6 de abril de 2009. Dicho informe concluía que, junto a diversos defectos formales, existían indicios de dolo, coacción y abuso de derecho. A la luz del referido informe la empresa desistió del ERE el 29 de abril de 2009.

Pocos días después, el 5 de mayo, la empresa promueve un nuevo expediente de regulación de empleo idéntico al anterior y afectante a los mismos trabajadores, que ahora se tramita con número de expediente 83/2009 (en adelante ERE 83/09). De nuevo, algunos trabajadores "volvieron a advertir en este segundo expediente de la existencia de las coacciones recibidas, poniendo de manifiesto la existencia de dolo, coacción, abuso de derecho

en que había incurrido la empresa a la tramitación del ERE y el fraude de ley que se estaba cometiendo a través de este segundo expediente", detallando el proceso de selección de los trabajadores incluidos en el ERE y que no era otro que elegir a quienes no se plegaban a las reducciones salariales que planteaba la empresa.

A pesar de tales denuncias y advertencias, la Dirección General de Trabajo dictó resolución el 11 de mayo de 2009 por la que se autorizaba la extinción de 118 contratos de trabajo con efectos de dicha fecha.

La resolución se fundamenta en un nuevo informe de la Inspección de Trabajo, elaborado el 7 de mayo de 2009 (por error se dice 7 de mayo de 2011) por una inspectora diferente del autor del informe obrante en el ERE 18/09, que a diferencia de éste no aprecia indicios de dolo, coacción, abuso de derecho o fraude, concluyendo la "procedencia del procedimiento iniciado" y manifestaba que "no compete a esta Inspección conocer de unos hechos que de ser ciertos podrían ser constitutivos de delito".

Entienden los reclamantes que esta actitud es elusiva de sus responsabilidades como autoridad laboral supervisora y que la obligación legal tanto de la Inspección de Trabajo como de la Dirección General de Trabajo de Murcia, a la vista de los indicios de irregularidades aportados por los trabajadores, era la de remitir el expediente a la Autoridad Laboral (sic, en realidad Judicial) para que ésta decidiera -con carácter previo a la aprobación del ERE- si concurría o no de forma efectiva una actuación dolosa, coactiva o de abuso de derecho por parte de la empresa promotora del expediente. Así lo exigía el artículo 51.5 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, en la redacción vigente a la fecha de aprobación del ERE, en cuya virtud, "si la autoridad laboral apreciase, de oficio o a instancia de parte, la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo, lo r emitirá, con suspensión del plazo para dictar resolución, a la autoridad judicial, a efectos de su posible declaración de nulidad".

La indicada resolución autorizatoria de los despidos fue recurrida en alzada por algunos trabajadores, quienes tras ver desestimadas sus pretensiones interpusieron recurso contencioso-administrativo, que sería estimado por Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, número 953/2015, de 6 de noviembre, que anula tanto la resolución autorizatoria del ERE 83/09 como la desestimatoria del recurso de alzada contra la misma, pues "resultando indicios racionales de la concurrencia de fraude de ley, abuso del derecho y coacciones en la tramitación del ERE, procede estimar el recurso, anulando los actos administrativos impugnados, debiendo la Autoridad Laboral remitir el expediente a la Jurisdicción Social para que ésta con plenitud de Jurisdicción pueda en su caso declarar la nulidad del expediente".

Esta sentencia es objeto de recurso de casación por parte de la empresa, que es desestimado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo número 179/2019, de 14 de febrero.

Presentada demanda por la Dirección General de Relaciones Laborales y Economía Social de la Comunidad Autónoma, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia dicta sentencia 1386/2019, de 27 de noviembre, por la que con estimación de la demanda declara la nulidad del acuerdo alcanzado por las partes negociadoras en el ERE 83/09, al apreciar la existencia de fraude, abuso de derecho y coacciones en la negociación.

La anulación supone dejar sin efecto la extinción de los contratos de trabajo decidida por la empresa, si bien aquéllos no han podido ser rehabilitados dada la situación concursal de la mercantil (desde el 9 de enero de 2014), que se encuentra en fase de liquidación, y la ausencia de actividad productiva de la misma. Afirman los reclamantes que han tenido que demandar a la empresa por despido, si bien no han podido cobrar las percepciones salariales e indemnizatorias que les corresponden, habida cuenta de que el patrimonio existente en la empresa resulta muy inferior al importe de las deudas existentes. Insuficiencia de masa que va a impedir el cobro efectivo por parte de los trabajadores.

Entienden los reclamantes que han sufrido un perjuicio evidente al haberse visto privados del cobro de los salarios devengados durante el periodo que ha transcurrido entre la autorización del ERE y su anulación, así como del cobro total de la indemnización por despido improcedente, al encontrarse la empresa empleadora en una situación de insuficiencia de masa que no concurría en el momento en el que se aprobó el ERE. De esta forma, de no haberse autorizado el ERE, los trabajadores habrían podido cobrar el total de la indemnización y de los salarios, a los que hoy no tienen acceso dada la iliquidez de la empresa.

Durante los 11 años que ha durado la tramitación relatada, se ha producido la jubilación de los 27 interesados

antes del dictado de la sentencia nº 1386/2019, de 27 de noviembre, de la Sala de lo Social. De lo anterior deriva que no hayan percibido los salarios de tramitación y que, una vez concluido el procedimiento ni siquiera hayan tenido derecho a la indemnización por despido improcedente que sí ha correspondido a sus compañeros incluidos en el ERE 83/09, de modo que mientras estos últimos han accedido a las indemnizaciones satisfechas por el FOGASA, a ellos no les ha correspondido al estar extinguida la relación laboral a la fecha de la sentencia que declara la nulidad del despido, siendo notorio el perjuicio sufrido por la pérdida tanto de los salarios como de las indemnizaciones.

Se reclama para cada uno de los actores la cantidad diferente en atención a las circunstancias laborales de cada uno de ellos. La evaluación económica del daño sufrido se hace en atención a los siguientes conceptos:

a) Indemnización por despido improcedente. Se reclama un total de 974.382,26 euros, suma de los parciales de la siguiente relación, y calculadas por las *"cantidades no cobradas por los trabajadores en relación a la indemnización correspondiente a la improcedencia del despido, previa deducción de las cantidades cobradas directamente de la empresa en su momento (despido objetivo) y aquellas otras percibidas del Fondo de Garantía Salarial* (sic)*"*.

Las cuantías reclamadas son las que figuran en la siguiente relación:

(…)

b) Salarios de tramitación. Se reclama un total de 2.015.150,98 euros, suma de los parciales de la siguiente relación, y calculadas por los *"salarios dejados de percibir indebidamente como consecuencia de la efectividad del acto administrativo anulado; previa deducción de las cantidades percibidas por los trabajadores durante dicho periodo como consecuencia del cobro de prestaciones de desempleo u obtención de otros empleos"*. Como *dies ad quem* se consigna la fecha de jubilación.

(…)

Junto a las reclamaciones se aportaban copias de los documentos de apoderamiento a los profesionales (Letrados y Graduados Sociales) actuantes, edicto por el que se publica la declaración de concurso de la empresa con efectos de 9 de enero de 2014 y copia de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia 1386/2019, de 27 de noviembre, por la que se estima la demanda de oficio formulada por la Comunidad Autónoma y se declara la nulidad del acuerdo alcanzado entre las partes negociadoras del ERE 83/09.

SEGUNDO.- El 29 de junio de 2020 se ordena el inicio del procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración y se designa instructor. El acuerdo de inicio se refiere a las dos reclamaciones formuladas.

Por el instructor se procede a comunicar a los interesados la información prescrita por el artículo 21.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), al tiempo que se les requiere para que subsanen diversos defectos advertidos en sus solicitudes, en particular la carencia de firma y la inexistente acreditación de la representación que el Letrado actuante dice ostentar respecto de algunos de los reclamantes.

TERCERO.- En contestación al requerimiento recibido, el 29 de julio de 2020 se remitieron los apoderamientos, un ejemplar del modelo normalizado de reclamación de responsabilidad y copia de las dos reclamaciones presentadas el 19 de febrero de 2020, ahora ya firmadas.

Como ya dijimos, una de esas reclamaciones contaba con 120 afectados y otra solo con 27, estando estos últimos incluidos entre los 120 primeros. Requeridos los Letrados de los interesados para precisar si se trata de una sola reclamación o de dos, se explica que la diferencia entre ambas reclamaciones nacía del hecho de que 27 de los afectados inicialmente por el ERE 83/2009 habían sido jubilados en distintas fechas anteriores a la presentación de la reclamación de responsabilidad patrimonial, razón por la cual se encontraban en una situación distinta desde esos momentos, propiciando así un tratamiento diferenciado del resto de afectados.

Por otra parte, de los 120 afectados, tres de ellos (D. P, D. Q y Dª R) habían desistido de sus pretensiones por

despido improcedente por la empresa en el acto de conciliación celebrado el día 3 de febrero de 2020 en el Juzgado de lo Social número 3 de Murcia.

CUARTO.- El 24 de septiembre de 2020 el instructor recaba de la Dirección General de Diálogo Social y Bienestar Laboral copia de la documentación obrante en los expedientes de regulación de empleo 18/09 y 83/09 y la relativa a los recursos de alzada presentados frente a la resolución autorizadora del último de dichos expedientes.

A la luz de dicha documentación, cabe precisar la relación de antecedentes consignada en la reclamación y que se ha sintetizado en el Antecedente primero de este Dictamen, señalando que, contra la Resolución de 11 de mayo de 2009, de la Dirección General de Trabajo, por la que se aprueba el ERE 83/09 se presentan sendos recursos de alzada por dos grupos de trabajadores. Tras su desestimación expresa por Orden de 16 de octubre de 2009, de la entonces Consejería de Educación, Formación y Empleo, se interponen contra ella dos recursos contencioso-administrativos, que se resuelven por el Tribunal Superior de Justicia de Murcia mediante las Sentencias núm. 953/2015, de 6 de noviembre (citada por los reclamantes), y 486/2016, de 10 de junio.

Dichas sentencias son objeto de sendos recursos de casación, que se desestiman por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en Sentencias número 179/2019 (citada por los reclamantes) y 180/2019, ambas de 14 de febrero.

QUINTO.- El 7 de octubre de 2020 el instructor requiere a los actores para que acrediten la fecha en la que les fue notificada la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo núm. 179/2019, de 14 de febrero, para que manifiesten si siguen algún otro procedimiento con efectos resarcitorios por los mismos hechos reclamados y si han recibido alguna indemnización por aquéllos, así como para que presenten prueba acerca de las cantidades reclamadas.

En relación con la notificación de la indicada resolución judicial, manifiestan que ninguno de los ahora reclamantes fue parte en el procedimiento contencioso-administrativo, por lo que no se les notificó de forma oficial la resolución recaída, habiendo tenido conocimiento de la misma a través del Administrador concursal de la empresa que se la comunicó vía e-mail el 20 de febrero de 2019. En cualquier caso, la notificación oficial de la referida resolución no tuvo lugar hasta que la causa fue devuelta al Tribunal Superior de Justicia (donde sí se encontraban personados los trabajadores) y comunicada la Sentencia de la Sala Tercera; notificación que tuvo lugar el 25 de marzo de 2019.

Manifiestan, asimismo, que por los mismos hechos y en atención a la relevante participación en la producción del daño de la Inspección de Trabajo, se formuló una reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Aportan, asimismo, diversa documentación que a su juicio resulta acreditativa de los daños reclamados: copia del expediente de regulación de empleo declarado nulo, vidas laborales de los trabajadores, conciliaciones judiciales por despido, certificados de la administración concursal, resoluciones del Fondo de Garantía Salarial, resoluciones relativas a la jubilación de algunos trabajadores y convenio colectivo aplicable a los interesados.

SEXTO.- Solicitada información al Ministerio de Trabajo y Economía Social acerca de la intervención de dicho Departamento en el ERE 83/09 y sobre la reclamación presentada ante dicho órgano, la Subdirección General de Informes, Recursos y Publicaciones remite oficio de 9 de diciembre de 2020 en el que se confirma la presentación de sendas reclamaciones de responsabilidad patrimonial similares a las dirigidas a la Administración regional.

Se centra el informe en determinar cuál es la intervención de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el ERE en cuestión, en los siguientes términos:

"En el año 2009, el procedimiento de despido colectivo se hallaba regulado en el artículo 51 del entonces vigente Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, el cual era desarrollado reglamentariamente por el Real Decreto 43/1996, de 19 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos.

Tanto en el apartado 3 del citado artículo 51 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, como en el artículo 9 del Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo, se disponía el papel de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el procedimiento, estableciéndose la obligación de la autoridad laboral de recabar informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre las causas motivadoras del expediente, determinándose que el contenido de dicho informe "deberá, en todo caso, ser comprensivo de las causas motivadoras del expediente de regulación de empleo en los términos previstos en el artículo 51.1 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y de cuantos otros extremos resulten necesarios para resolver fundadamente". Se trataba de un informe preceptivo, aunque no vinculante.

Por otro lado, la competencia para resolver y autorizar los procedimientos de despido colectivo, estaba atribuida a la autoridad laboral, determinándose que en caso de finalización del periodo de consultas con acuerdo entre las partes, la autoridad laboral procedería a dictar resolución autorizando la extinción de las relaciones laborales, salvo que apreciase, de oficio o a instancia de parte, la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo, debiendo en este caso remitirlo a la autoridad judicial, a efectos de su posible declaración de nulidad, y habiéndose suspendido el plazo para dictar resolución.

En cumplimiento de la citada normativa la Inspectora de Trabajo y Seguridad Social actuante emitió el correspondiente informe solicitado por la autoridad laboral, durante la tramitación del procedimiento de despido colectivo nº 83/2009, reflejando en él cada uno de los hechos acaecidos desde el inicio del procedimiento y durante el transcurso del periodo de consultas, dejando claro que respecto al acuerdo que se formalizó en las dependencias de la Inspección provincial de Trabajo y Seguridad Social de Murcia y ante la funcionaria actuante, no pudo constatar la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión.

Por lo que respecta a la dependencia funcional de la Inspectora de Trabajo en cuestión en este proceso, el mencionado informe señala que el artículo 19.2 de la entonces vigente Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, establecía (de manera análoga a la actual Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social), que "Las Inspecciones de Trabajo y Seguridad Social, en el desarrollo de su actividad, actuarán en dependencia funcional de la Administración General del Estado o, de la respectiva Comunidad Autónoma, según la titularidad competencial que cada una posea en función de la materia sobre la que recaiga cada actuación".

*La actuación inspectora durante la intervención en la tramitación de un procedimiento de despido colectivo, supone la actuación en una materia competencia de la Administración Autonómica de la Región de Murcia, al tener atribuido en el artículo 12.10 de la Ley Orgánica 4/1982, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia, la función ejecutiva en materia laboral, correspondiendo la competencia para resolver los citados procedimientos de despido colectivo a la entonces Dirección General de Trabajo de la Consejería de Educación, Formación y Empleo de la Región de Murcia, centro directivo al que corresponden en general todas las competencias en materia de fomento del empleo y de la economía social y de ejecución de la legislación laboral, por lo que cabe concluir la existencia de dependencia funcional autonómica en ese supuesto"***.**

En atención a lo expuesto, considera que la competencia para resolver las reclamaciones interpuestas ante el Departamento ministerial corresponde en realidad a la Comunidad Autónoma, por lo que se remiten los antecedentes relativos a ellas para su tramitación y posterior resolución, declarando el archivo definitivo del expediente en el indicado Ministerio por falta de competencia.

Consta, asimismo, entre la documentación remitida por la Administración General del Estado informe del Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que analiza la actuación de la Inspectora que informó en el ERE 83/09 en los siguientes términos:

"… Durante la tramitación de este procedimiento de despido colectivo se emitió informe por la Inspectora de Trabajo y Seguridad Social, Sra. G, en el que se constata el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 6.1 del Real Decreto 43/1996, de 19 de enero, en lo relativo a la aportación de la documentación exigida, mientras que respecto a la conclusión del acuerdo, se señala que éste "se llevó a cabo, como ya se ha señalado anteriormente, en las dependencias de esta Inspección y ante la funcionaria que suscribe. Todos los miembros del Comité de empresa pertenecientes a UGT presentes en la reunión final y el vocal de CCOO indicado en este informe, prestaron libre y voluntariamente su conformidad con las causas de la extinción, con los trabajadores afectados y

con la indemnización; no apreciándose en la conclusión del acuerdo dolo, coacción, fraude de ley o abuso de derecho”.

(…)

En cumplimiento de la citada normativa la Inspectora de Trabajo y Seguridad Social actuante emitió el correspondiente informe solicitado por la autoridad laboral, durante la tramitación del procedimiento de despido colectivo nº 83/2009, reflejando en él cada uno de los hechos acaecidos desde el inicio del procedimiento y durante el transcurso del periodo de consultas, dejando claro que respecto al acuerdo que se formalizó en las dependencias de la Inspección provincial de Trabajo y Seguridad Social de Murcia y ante la funcionaria actuante, no pudo constatar la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión. Debe además aclararse un hecho que se hace constar en el oficio remitido por la Subdirección General de Informes, Recursos y Publicaciones, en el que se señala que en la reclamación de responsabilidad patrimonial , los reclamantes alegan que la inspectora en su informe se pronunció acerca de la “procedencia del despido colectivo”, a firmación, que sin embargo, está sacada de contexto, pues la Inspectora en ningún momento se pronunció sobre la procedencia de la medida, sino que se limitó a indicar en el punto 2º de su informe “…la procedencia del procedimiento iniciado, dado que el número de trabajadores afectados se ajusta a los umbrales establecidos en el artículo 51.1 ET, y se alegan como causas que justifican la extinción las previstas en dicho artículo”, lo que claramente se refiere a la procedencia de tramitación del procedimiento regulado en el artículo 51 del Texto refundido del Estatuto de los Trabajadores y no a la procedencia de la medida en cuestión.

Asimismo, debe indicarse que en todo momento la funcionaria actuante dejó constancia en el informe de los hechos expuestos por CCOO, relativos a las razones por las que no suscribieron el acuerdo alcanzado en el periodo de consultas, mencionando un acuerdo suscrito, con anterioridad al inicio del anterior expediente de regulación de empleo entre la empresa y la representación de UGT, que según su opinión vulneraba claramente los derechos de los trabajadores. A este respecto la actuante en todo momento deja claro que tal acuerdo al que hace referencia CCOO, no figura en el expediente, desconociendo en consecuencia su contenido exacto y su naturaleza jurídica”.

SÉPTIMO.- Solicitado al Servicio Normas Laborales y Sanciones de la Dirección General de Diálogo Social y Bienestar Laboral el preceptivo informe del Servicio causante de la presunta lesión indemnizable (art. 81.1 LPACAP), se evacua el 3 de junio de 2021.

Advierte el informe que dos de los reclamantes (D.ª S y D. T), no se vieron afectados por el ERE 83/09, sino que la extinción de su relación laboral se produjo como consecuencia de un incidente concursal laboral en 2014.

En relación con el daño reclamado en concepto de despido improcedente y salarios de tramitación, apunta que a la fecha de la reclamación no consta que haya recaído sentencia declarando el despido como improcedente y el derecho al cobro de salarios de tramitación, por lo que *“no existe declaración alguna sobre el reconocimiento del derecho de los mismos a una indemnización por despido, ni por salarios de trámite, difícilmente pueden argumentar que ha resultado imposible el cobro de cantidad alguna por parte de los mismos, cuando no existe reconocido un derecho a favor de los mismos”*, faltando el requisito de efectividad del daño, pues éste sería eventual o futuro.

Por otra parte, señala que una consolidada línea jurisprudencial iniciada tras la STS, Social, de 31 de mayo de 2006, es contraria al reconocimiento de indemnización a los trabajadores afectados por un despido colectivo durante el período comprendido entre el despido autorizado y la revocación de dicha autorización, por lo que si en el ámbito laboral no procedería condenar a la empresa a abonar indemnización por despido ni salarios de tramitación, tampoco pueden reclamarse esas cantidades a la Administración alegando la imposibilidad de su cobro efectivo. Y es que la imposibilidad del cobro no deriva tanto de la situación concursal de la empresa como del hecho de que tales cantidades no les corresponden en derecho a los trabajadores.

En cualquier caso, si los trabajadores afectados por el ERE vieran reconocidos sus derechos indemnizatorios en la jurisdicción social, la situación de insolvencia empresarial determinaría que el pago sería asumido por el Fondo de Garantía Salarial. Por otra parte, los salarios de trámite, cuando superen los 90 días hábiles entre la fecha de presentación de la demanda una vez declarada la nulidad de la autorización administrativa y hasta la fecha en la que se dicte la sentencia declarando la improcedencia del despido, habrán de ser abonados por el Estado ex artículo 56.5 del Estatuto de los Trabajadores. Es decir, los obligados al pago de las eventuales indemnizaciones por despido y salarios de trámite serían la empresa, el FOGASA o la Administración del Estado, pero nunca la autoridad laboral, que carece de legitimación pasiva para soportar la reclamación.

Considera, asimismo, el informe, que el daño reclamado en buena medida se debe al anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, que ha tardado diez años en resolver el litigio, por lo que, en su caso, concurriría también a la producción del daño junto a la Inspección de Trabajo y a la autoridad laboral.

Combate, asimismo, el informe la alegación de que si la extinción de las relaciones de trabajo se hubiera producido en el 2009 y se hubieran declarado entonces como despidos improcedentes, habrían podido cobrar las correspondientes indemnizaciones y salarios de trámite porque en aquel momento la empresa no estaba en situación concursal. Señala el informe que la situación de la empresa en el momento en que se autoriza el ERE en el 2009 ya era límite y muy próxima a la quiebra. Difícil situación económica de la empresa e, incluso, inviabilidad, que en ningún caso resultan imputables a la Administración regional y que ya estaban presentes en 2009, de donde infiere que la posibilidad de cobro efectivo de las eventuales indemnizaciones en aquellos momentos también habría sido muy difícil.

Finalmente, y en relación a la concreta imputación de funcionamiento anormal que la reclamación atribuye a la Autoridad laboral al no haber remitido el asunto a la Autoridad judicial antes de la aprobar el ERE, el informe tras extractar la normativa aplicable al procedimiento de despido colectivo y a la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, se expresa como sigue:

"…de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 51 del ET la finalidad de los despidos colectivos es superar una situación económica negativa de la empresa y/o asegurar la viabilidad futura de la misma. En caso de acuerdo de las partes en el periodo de consultas, como así ocurrió en el caso que nos ocupa, el Estatuto de los Trabajadores determina que la Autoridad laboral "… procederá a dictar resolución en el plazo de quince días naturales autorizando la extinción de las relaciones laborales…". Solo podrá apartarse de ese mandato legal: "…si la autoridad laboral apreciase, de oficio o a instancia de parte, la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo …"

La Inspección de Trabajo y Seguridad Social en este expediente, en cumplimiento del mandato legal que le compete de: "Informar, asistir y colaborar con otros órganos de las Administraciones Públicas respecto a la aplicación de normas del orden social", no solo emitió su preceptivo informe, si no que para garantizar que el periodo de consultas entre la empresa y la representación de los trabajadores se producía con pleno respeto de la legalidad y que no se producía fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo, o en el periodo de consulta, participó en las sesiones del periodo de consulta, informando que era procedente el despido colectivo solicitado por la empresa y que no había observado que se hubiera producido fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo o en el periodo de consultas.

En base a esa participación directa, a la documentación aportada por la empresa, la Inspectora de Trabajo y Seguridad Social emite un informe, en el que:

- Considera que la situación económica de la empresa es negativa, de no revertir la misma, ésta será inviable.

- Considera adecuada la medida propuesta por la empresa de despido colectivo de 118 trabajadores para intentar

hacer viable la misma.

- El Comité de empresa, prácticamente en su totalidad, como representación legal de los trabajadores, competentes para ello, libremente, después de un periodo de consultas, en los términos legalmente establecidos, con el refrendo de 281 trabajadores de la plantilla, llegan a un acuerdo con la empresa en el expediente. En la tramitación de éste y el periodo de consultas, participó la Inspectora de Trabajo y Seguridad Social, con el fin de garantizar que no se producía fraude, dolo, coacción o abuso de derecho alguno. Como conclusión no aprecia ninguna irregularidad que justifique la impugnación por parte de la Autoridad laboral del acuerdo suscrito por las partes en el expediente de despido colectivo.

La Autoridad laboral una vez concluida la tramitación del expediente, con la emisión del informe por parte de la ITSS, estaba obligada legalmente:

- A dictar resolución en el plazo de quince días naturales autorizando la extinción de las relaciones laborales. Si transcurrido dicho plazo no hubiera recaído pronunciamiento expreso, se entenderá autorizada la medida extintiva en los términos contemplados en el acuerdo.

- O bien remitir de oficio a la Autoridad Judicial el acuerdo suscrito por las partes si apreciase, de oficio o a instancia de parte, la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo, …"

¿En base a qué podría haber impugnado el acuerdo la Autoridad Laboral? ¿En base al contenido del informe de la ITSS (que goza de presunción de veracidad) que considera el acuerdo entre las partes ajustado totalmente a la legalidad y sin que haya advertido ninguna causa de impugnación?

Como conclusión, a la Autoridad laboral le cabían dos opciones: dictar resolución autorizando la extinción de las relaciones laborales como hizo, lo que ha dado como resultado la reclamación por responsabilidad patrimonial de la CARM. O bien, haber suspendido el plazo para dictar resolución e impugnar de oficio ante la autoridad judicial el acuerdo entre las partes, lo que implicaba la obligación de la empresa de dar ocupación, abonar retribuciones y cuotas de la Seguridad Social a los 118 trabajadores objeto del despido colectivo, lo que habría agravado la ya catastrófica situación de la empresa. No se habría producido la adquisición de la empresa por otro grupo empresarial. Todo ello habría supuesto el cierre de la misma y el despido del resto de la plantilla, otros 400 trabajadores. En este segundo caso, si no se hubiera estimado la impugnación de la Autoridad laboral del acuerdo entr e la empresa y los representantes de los trabajadores, nos encontraríamos hoy con la reclamación de responsabilidad patrimonial de la empresa por haber propiciado su cierre y de los otros 400 trabajadores de la misma por haber perdido su puesto de trabajo y no haber podido cobrar la totalidad de la indemnización por despido y sus salarios de tramitación.

En todo caso, la Dirección General de Trabajo se encontró ante lo calificado en el ámbito civil, como un vicio en el consentimiento o en un error invencible. Su decisión se basa en unos hechos que han resultado erróneos. Quien tenía que calificar éstos, no entendió que existieran los motivos de nulidad después declarados por los tribunales; y, por tanto, causa para impugnar el acuerdo entre la empresa y la representación de los trabajadores.

(…)

*…La resolución a dictar por la Autoridad laboral, en caso de acuerdo en periodo de consultas entre las partes en un expediente un despido colectivo, no podía ser otra que aprobando el acuerdo, salvo la existencia de una irregularidad manifiesta grave, hecho que no fue apreciado por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en ese expediente concreto. Tampoco el hecho de que en un expediente de despido colectivo se informara de la existencia de dolo, coacción y abuso de derecho, supone que todos los expedientes de regulación de empleo que se tramiten por la empresa de futuro queden vinculados por ese posible vicio de nulidad…"***.**

OCTAVO.- Conferido el preceptivo trámite de audiencia a los interesados, comparecen el 16 de septiembre de 2021 ante el instructor y obtienen vista del expediente y copia de los documentos obrantes en el mismo que estiman oportunos.

No consta que se haya presentado escrito de alegaciones.

NOVENO.- El 17 de noviembre de 2021 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación al considerar que no concurren todos los elementos determinantes de la responsabilidad patrimonial. A tal efecto, reitera la fundamentación jurídica del informe del Servicio de Normas y Sanciones Laborales e invoca la teoría jurisprudencial que excluye la responsabilidad patrimonial de la Administración en los supuestos de anulación de actos administrativos cuando el dictado de éstos se realizó en unos márgenes de razonabilidad que impide calificar de antijurídico el daño reclamado.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remite el expediente al Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen mediante comunicación interior del pasado 3 de diciembre de 2021.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen**.**

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones que, en concepto de responsabilidad patrimonial, se formulen ante la Administración regional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico, y 81.2 LPACAP, y con dicho carácter preceptivo se ha recabado y se emite este Dictamen.

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

I. La reclamación ha sido presentada por quien sufre en su patrimonio los efectos dañosos de la actividad administrativa, que identifica con la pérdida de haberes económicos de los que se vio privada por el anormal funcionamiento del servicio público. Resulta obligado, en consecuencia, reconocer a los actores la condición de interesados en el procedimiento en los términos establecidos en los artículos 4 LPACAP y 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), y su legitimación para pretender el resarcimiento de aquel daño.

La legitimación pasiva corresponde a la Administración titular del servicio causante de la presunta lesión indemnizable, en este supuesto la Administración regional en su calidad de Autoridad laboral en la aprobación del expediente de regulación de empleo.

II. La reclamación se ha presentado dentro del plazo anual que para la prescripción del derecho a reclamar establece el artículo 67.1 LPACAP, para los supuestos en que la reclamación se fundamente en la anulación en vía administrativa o contenciosa de un previo acto administrativo. Plazo que se computará a partir de la notificación de la resolución administrativa o la sentencia definitiva.

En el supuesto sometido a consulta, la solicitud de indemnización parte de la anulación de la resolución por la que la Autoridad laboral (Dirección General de Trabajo) autorizaba el ERE 83/09. Dicha resolución, que data de 11 de mayo de 2009, fue impugnada sucesivamente en vía administrativa y contencioso-administrativa, recayendo dos

sentencias que cabe considerar definitivas en los términos del artículo 67.1 LPACAP (Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo números 179 y 180/2019) el 14 de abril de 2019.

Manifiesta el Letrado de los actores que “ninguno de los trabajadores aquí reclamantes se encontraba personado en el citado recurso de casación ante el Tribunal Supremo, de forma que no puede aportarse copia auténtica de la citada notificación, ya que ésta se notificó exclusivamente a las partes personadas ante el Alto Tribunal”. Debe advertirse que esta manifestación es cierta respecto de los interesados en esta reclamación, pero no para los incluidos en el ERE 83/09, del que trae causa, dado que entre los personados en el procedimiento contencioso y que se citan expresamente como tales en la Sentencia constan trabajadores ahora parte en la otra reclamación presentada, si bien su representación y defensa en juicio ante el Alto Tribunal fue asumida por otros profesionales. En efecto, la Sentencia 179/2019 recoge textualmente que “se han personado, como recurridos, de una parte, la Comunidad Autónoma de Murcia, representada y defendida por la letrada de dicha Comuni dad, y, de otra, don V, don Y, don W, don B y don C, representados por el procurador don E y asistidos por el letrado don F”.

Respecto de los trabajadores personados en el recurso de casación no se ha llegado a acreditar la fecha en la que les fue notificada la referida sentencia a pesar del requerimiento efectuado en tal sentido por la instrucción, por lo que su derecho a reclamar podría haber prescrito a la fecha en que ejercitaron la acción resarcitoria frente a la Administración regional.

Por último debemos señalar que tal como indicamos en nuestro Dictamen 65/22, de 24 de marzo *“Es preciso señalar que respecto a 27 interesados, aquellos que se jubilaron antes de la anulación judicial de la resolución autorizatoria del ERE, se da una duplicidad de reclamaciones, pues dichos trabajadores están incluidos en la relación de interesados que presentan la reclamación sobre la que versa este Dictamen, es decir, la formulada por todos los trabajadores afectados por el ERE, y, al mismo tiempo, formularon una reclamación diferente, con fundamento en los mismos hechos y con unas pretensiones indemnizatorias en su mayor parte coincidentes con las efectuadas en la primera de las citadas. Entiende el Consejo Jurídico que aun cuando los interesados solicitaron un tratamiento diferente dada las peculiaridades que la jubilación suponía para estos 27 trabajadores frente a los restantes afectados por el ERE, ello no habría obstado a la tramitación de un único proce dimiento de responsabilidad patrimonial previa acumulación de las dos reclamaciones formuladas, conforme a lo establecido en el artículo 57 LPACAP”*.

TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.

La reclamación sobre la que ahora nos pronunciamos presenta, como hemos avanzado, duplicidad con respecto a la que fue objeto de análisis en nuestro Dictamen 65/22, de 24 de marzo, razón por la que nuestro juicio ha de ser necesariamente el mismo que el emitido en él. Razones de economía procesal nos relevan de reiterar íntegramente lo allí expuesto. Nos limitaremos a exponer aquellos párrafos en los que se concentra la síntesis de los fundamentos de nuestra opinión. Tales son los siguientes:

I. En cuanto a las consideraciones generales realizadas sobre la responsabilidad patrimonial derivada de la anulación de un acto administrativo, baste señalar que el artículo 106.4 LPACAP (incardinado en el título V donde se regula la revisión de los actos administrativos) establece: “Las Administraciones públicas, al declarar la nulidad de una disposición o acto, podrán establecer, en la misma resolución, las indemnizaciones que proceda reconocer a los interesados, si se dan las circunstancias previstas en los artículos 32.2 y 34.1 LRJSP, sin perjuicio de que, tratándose de una disposición, subsistan los actos firmes dictados en aplicación de la misma”. Por su parte el artículo 32.1, segundo párrafo LRJSP, al regular la responsabilidad patrimonial, dispone: “La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone, por sí misma, derecho a la indemnización”. Ambos preceptos deben interpretarse en el sentido de que el efecto indemnizatorio no se asocia automáticamente a la anulación de una resolución administrativa, de suerte que tal anulación se erija en título por sí suficiente para que surja el derecho a indemnización.

II. Respecto al daño reclamado y su relación causal con la autorización del ERE indebidamente concedida a la empresa por la autoridad laboral, hacemos las siguientes precisiones:

1. Dijimos en nuestro Dictamen que “[…] *se reclama a la Administración por vía de responsabilidad patrimonial lo que constituiría el contenido de las obligaciones salariales de la empresa para con sus trabajadores como consecuencia de la extinción de la relación de trabajo, en la convicción de que tales obligaciones económicas no van a ser atendidas por el empleador a la luz de la situación concursal en*

que está inmersa y la insuficiencia de masa que sufre". Ello obliga con carácter previo a determinar "[…] *en qué medida aquél pudo ser el resultado de la actuación administrativa autorizatoria del expediente de regulación de empleo, parece necesario sentar cuál es la naturaleza y alcance de la resolución a la que se pretende imputar el daño, que no es otra que el acto por el que la autoridad laboral autorizó un expediente de regulación de empleo, de acuerdo con las condiciones previamente pactadas por la empresa y los trabajadores".* A tenor del régimen establecido en el artículo 51 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en la versión aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y de la interpretación que de él ha hecho la jurisprudencia indicando que "la autorización administrativa no extingue "per se" los contratos laborales, sino que se limita a autorizar al empresario a hacerlo por sí mismo mediante un ulterior acto de carácter ejecutivo, otorgando, por tanto, una especie de habilitación que remueve el obstáculo legal existente al ejercicio libre del poder organizativo del empresario" (STS, Contencioso, Sección Sexta, de 12 de septiembre de 2008), y con cita de diversos Dictámenes del Consejo de Estado se concluye en este apartado que *"En consecuencia, las indemnizaciones por despi do improcedente y los salarios de tramitación objeto de la reclamación son responsabilidad del empresario, que es quien decide extinguir las relaciones laborales una vez removido el obstáculo que para ello le impone la normativa reguladora de los despidos colectivos. De modo que será a la empresa a la que hayan de dirigirse las pretensiones indemnizatorias"*.

2. Respecto a que la afirmación de que reclamación del abono de las indicadas cantidades a los actores por parte de la empresa es imposible en este momento dada la situación concursal en que está inmersa (ya en fase de liquidación) y la insuficiencia de masa existente, considerando que, de no haberse autorizado el despido colectivo en el 2009 los trabajadores podrían haber obtenido sus indemnizaciones pues en aquel momento la situación de la empresa era distinta, toda vez que la situación concursal de ésta no se declaró hasta 2014, señalábamos en el Dictamen que "Es cierto que la situación concursal de la empresa y la apertura de la fase de liquidación de la misma han quedado acreditadas en el expediente, pero no que los créditos salariales reconocidos a los interesados por la Administración concursal no se hayan podido hacer efectivos, total o parcialmente, ni que se haya declarado la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa ex artículo 473 del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo (TRLC). De ahí que no puedan considerarse todavía como imposibles de cobrar los créditos integrados en la masa pasiva del concurso, entre los cuales se clasifican como créditos privilegiados los créditos por salarios, en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago, y las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos, en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo interprofesional (art. 280,1º TRLC) y que en la pretendida situación de insuficiencia de masa activa del concursado conlleva una preferencia en el pago de la s cantidades adeudadas. De ahí que para considerar acreditada la imposibilidad de cobrar en su integridad los créditos reconocidos por la Administración concursal debería aportarse el auto judicial de declaración de la conclusión del concurso, junto con el informe final de liquidación del administrador concursal (art. 468.1, si se trata de conclusión por liquidación, o, en el caso de conclusión por insuficiencia de masa activa, 474 TRLC), en el que deben constar los pagos realizados, o bien un certificado de aquél en el que indique qué cantidades se han abonado a cada uno de los interesados y la situación de conclusión del concurso. En ausencia de tal acreditación, se desconoce si el concurso ha concluido, lo que podría dar lugar incluso a una situación de reclamación de responsabilidad patrimonial anticipada […]"

3. En cuanto a la imposibilidad de abonar los salarios de tramitación se hace distintas consideraciones partiendo de los dicho por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 4ª) de la Audiencia Nacional, en la Sentencia de 4 de diciembre de 2013, afirma que *"[…] si no se tiene derecho a salario o indemnización alguna en el orden laboral, no parece que dicha ausencia deba resarcirse por la vía de la responsabilidad de la Administración".* Así resulta que, en el supuesto sometido a consulta cabe advertir que ni en los actos de conciliación en los que se fijaron las consecuencias indemnizatorias de los despidos tras la anulación de la resolución autorizatoria del ERE ni en las resoluciones del FOGASA por las que se establecen las prestaciones de garantía salarial en favor de los trabajadores afe ctados, se contemplan cantidades en concepto de salarios de tramitación, lo que confirma que en el ámbito laboral tales cantidades no se computaban entre las obligaciones a satisfacer por la empresa tras la extinción de las relaciones laborales.

Y, en cuanto a las indemnizaciones por despido improcedente de los interesados, ha de advertirse que incurren en una contradicción. En efecto, se afirma en la reclamación que las cantidades que se solicitan por este concepto para cada trabajador son las resultantes de sustraer a las indemnizaciones que proceden por despido

improcedente las indemnizaciones ya abonadas a los trabajadores como consecuencia del despido colectivo del que fueron objeto en el año 2009 y otras percepciones abonadas por el FOGASA. Sin embargo, si se comparan las pretensiones indemnizatorias contenidas en la reclamación con las actas de conciliación, se advierte que las cantidades ahora reclamadas coinciden con las correspondientes a la indemnización por despido improcedente sin reducción de los abonos previos, por lo que se produciría un inaceptable enriquecimiento injusto o sin causa de los reclamantes.

Concluye este apartado indicando que "*Corolario de lo expuesto es que el daño reclamado, con las precisiones y modulaciones que en cuanto a su alcance y extensión se han realizado en la presente consideración, no tendría el necesario carácter de real y efectivo que exige el artículo 32 LRJSP ni sería imputable en rigor a la actuación administrativa, sino antes al contrario a la empresa empleadora, no pudiendo derivarse el contenido de las obligaciones de ésta para con sus trabajadores y su exigencia a la autoridad laboral, a modo de responsable subsidiaria ante la pretendida -y no probada- imposibilidad de la empresa de hacer frente a las mismas"*

III. En cuanto da la antijuridicidad del daño se dice que es una cuestión ampliamente debatida, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, la referente al deber jurídico de soportar los daños causados por la anulación de un acto administrativo cuando ésta se produce por la valoración, por parte del órgano judicial, de conceptos jurídicos indeterminados en los que existe un margen de apreciación que hace compleja la interpretación y aplicación de las normas al caso concreto, y que ha sido analizada, entre otros, en nuestros Dictámenes 124/07 y 179/08. *"Sigue aquí el Consejo Jurídico aquella línea jurisprudencial que, superando la clásica doctrina del margen de tolerancia, destaca cómo -en especial en aquellos casos donde entren en juego conceptos jurídicos indeterminados o márgenes de apreciación para la Administración- la procedencia de indemnizar debe girar sobre el análisis de ciertos criterios en la resolución anulada: si ésta cumple o no los estándares de suficiencia probatoria, motivación, racionalidad y razonabilidad, de forma que su anulación no produzca la obligación de reparar los perjuicios producidos al particular, los cuales se entienden, así, lesiones no indemnizables (en esta línea, SSTS de 31 de enero y 14 de julio de 2008 y de 15 de junio de 2010)"*. Por ello se cuestiona que cabría plantearse si en el dictado por la autoridad laboral de la resolución autorizatoria del expediente de regulación de empleo no advirtió aquélla algún error objetivo en la solicitud del empresario o incurrió en una deficiente valoración de datos objetivos, o si, por el contrario, dicha resolución se adoptó mediante una interpretación no arbitraria e irrazonable de normas o conceptos jurídicos indeterminados, pues en el caso de encontrarnos en esta última circunstancia, no cabría considerar el daño como antijurídico. Y se llega a la conclusión de que *"La distinta apreci ación que de aquellos hechos realiza el órgano jurisdiccional, sustentada además en nuevas pruebas (testificales) practicadas durante el proceso contencioso, no convierte en absolutamente irracional o arbitraria la interpretación que realizaron la Inspección de Trabajo y la autoridad laboral durante la tramitación del ERE y que no advirtieron que aquellos acontecimientos pudieran integrarse en los conceptos jurídicos de dolo, coacción, abuso de derecho o fraude de ley"*. Esto lleva a tener que desestimar la pretensión indemnizatoria en el caso examinado en el Dictamen 65/22, del mismo modo que procede hacerlo ahora en el presente expediente.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina en sentido favorable la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación en la medida en que no aprecia la concurrencia de todos los elementos generadores de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, singularmente el nexo causal entre el servicio público y el daño ni su antijuridicidad.

No obstante, V.E. resolverá.