

Dictamen n^o: **209/08**
Consulta: **Consejera de Empleo y Mujer**
Asunto: **Revisión de Oficio**
Aprobación: **10.12.08**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 10 de diciembre de 2008, sobre solicitud formulada por la Consejería de Empleo y Mujer, al amparo del artículo 13.1.f) 2.º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, de creación del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, en adelante “*Ley del Consejo*”, sobre revisión de oficio de resolución presunta de autorización de expediente de regulación de empleo de la empresa A, en lo sucesivo “*la Empresa*”.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 13 de noviembre de 2008 tuvo entrada en el registro de este Consejo Consultivo solicitud de dictamen preceptivo, por el trámite de urgencia, de conformidad con el artículo 16.2 de la Ley del Consejo, en relación con el expediente de revisión de oficio instado por la Consejera de Empleo y Mujer mediante Orden 2184/2008, de 14 de agosto, de la autorización presunta para la extinción de 18 contratos de trabajo de la empresa.

Admitida a trámite dicha solicitud con la fecha aludida, se le procedió a dar entrada con el número 277/08, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 34.1 de Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado

por el Decreto 26/2008, de 10 de abril. Posteriormente, el 26 de noviembre de 2007, tuvo entrada complemento de expediente, por lo que se vuelve a reanudar el cómputo del plazo para la emisión del Dictamen.

Correspondió su ponencia a la Sección III, por razón de la materia, en virtud de lo establecido en el apartado primero de la Resolución del Presidente del Consejo Consultivo n^o 2/2008 en la que se determina el orden, composición y competencia de las Secciones.

SEGUNDO.- De los antecedentes que obran en el expediente, son de interés para la emisión del dictamen los que a continuación se relacionan:

El 9 de marzo de 2008 tuvo entrada en el Registro de la Dirección General de Trabajo escrito formulado por E.M. en nombre y representación de la Empresa en solicitud de despido colectivo por causas económicas, las cuales se detallan en la memoria explicativa incorporada al expediente y que vienen a concretarse en la evolución prevista de los pedidos para el año 2008, que se reducirán a la mitad tras la decisión de su cliente principal de disminuir el volumen de los mismos.

Por la representación empresarial se procedió a comunicar a los representantes legales de los trabajadores la presentación del expediente así como el inicio del preceptivo período de consultas.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 del Real Decreto 43/1996 de 19 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Procedimiento de Regulación de Empleo, los trabajadores procedieron a la designación de cinco representantes, tal y como consta en el Acta de fecha 6 de marzo de 2008, con el fin de intervenir en el procedimiento de regulación de empleo, al carecer los mismos de representación colectiva.

Con fecha 25 de marzo de 2008 tuvo entrada, en el Registro de la Consejería de Empleo y Mujer, escrito presentado por el representante de

los trabajadores afectados por el expediente de regulación de empleo, manifestando que la empresa no había presentado documentación alguna acreditativa de la crisis alegada, por lo que entendía no debía darse por iniciado el preceptivo período de consultas, solicitando fuera requerida al efecto la empresa.

Examinada la solicitud formulada, la Dirección General de Trabajo requirió, con fecha 27 de marzo de 2008, al representante empresarial para que procediera a la subsanación de los defectos observados. Con fecha 1 de abril de 2008 la representación empresarial presentó escrito de subsanación del requerimiento efectuado y con fecha 9 de abril de 2008 aportó acta de inicio del período de consultas.

Con fecha 15 de abril de 2008 los representantes de los trabajadores presentaron correcciones relativas a los datos de los trabajadores obrantes en los anexos aportados por el representante empresarial y escrito de oposición al expediente en base a la inexistencia de las causas invocadas.

Con fecha 16 de abril de 2008 la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social emitió el correspondiente informe en sentido desfavorable a la medida extintiva, señalando a tal efecto que la Empresa estaba vendiendo el mobiliario de la empresa sin contar con la autorización de la autoridad laboral, asimismo concluye que la causa alegada no justifica el cierre de la Empresa por *“el simple hecho de que el principal cliente de la Empresa haya reducido al 50% sus pedidos y no les permita una subida de precios, máxime cuando se trata de una empresa que dispone de una situación económica saneada, no habiendo tenido pérdidas en los últimos ejercicios, tratándose de una decisión precipitada y radical por parte de la Empresa, en lugar de buscar nuevos clientes con los que cubrir el resto de su producción e intentar adoptar medidas organizativas o de producción que pudiesen salvar la compañía”*.

Con fecha 23 de abril de 2008 el representante empresarial presentó, ante la autoridad laboral, acta final del período de consultas sin acuerdo entre las partes.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 51.3 párrafo tercero del Estatuto de los Trabajadores, se requirió a la empresa, con fecha 28 de abril de 2008, para que procediera a la inmediata paralización de toda aquella medida que pudiera hacer ineficaz el resultado de cualquier pronunciamiento del Centro Directivo, al haber tenido este conocimiento por parte de la Inspección Provincial de Trabajo de que se estaba procediendo a la venta de parte del mobiliario de la empresa.

Con fecha 5 de mayo de 2008 el representante empresarial presentó escrito de alegaciones en contestación al escrito de oposición presentado por los representantes de los trabajadores, reiterando los argumentos esgrimidos durante la tramitación del procedimiento para justificar la medida extintiva.

Con fecha 7 de mayo de 2008 se dictó Resolución del Director General de Trabajo por la que se desestima la solicitud presentada por la Empresa para extinguir los contratos de trabajo de dieciocho trabajadores de su plantilla basándose en la documentación presentada por la Empresa, en los escritos de oposición presentados por la representación de los trabajadores y en el Informe emitido por la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social con fecha 16 de abril de 2008. La mencionada resolución es notificada el 9 de mayo de 2008 a la representación de los trabajadores y el 22 de mayo de 2008 a la representación empresarial.

El 21 de mayo de 2008 la representación empresarial presentó escrito en solicitud de resolución favorable por silencio administrativo positivo y con fecha 28 de mayo de 2008 la Jefa de la sección del Área de Relaciones Laborales, de la Dirección General de Trabajo, firmó escrito en

contestación a la solicitud anterior, en el que se manifestaba que no procedía entender autorizado el expediente de regulación de empleo número aaa dado que, con fecha 7 de mayo de 2008, la Dirección General de Trabajo dictó resolución expresa dentro del plazo legal establecido, mediante la cual, se acordó desestimar la solicitud presentada por la Empresa, esto es, el procedimiento finaliza mediante resolución dictada dentro del plazo legalmente establecido para ello y por consiguiente, habiendo recaído pronunciamiento expreso.

Con fecha 5 de junio de 2008 la Empresa interpone recurso de alzada contra la Resolución de 7 de mayo de 2008 basado en la existencia de causa de motivación insuficiente y en haberse dictado el acto extemporáneamente.

Tanto la representación de los trabajadores como la Empresa afectada presentan escritos de alegaciones sobre el sentido del silencio y la eficacia de la resolución extemporánea. Los trabajadores aportan copia del Auto de 10 de junio de 2008 del Juzgado de lo Social nº 31 de Madrid señalando citación para el juicio por despido el 17 de julio de 2008.

Mediante Orden 2184/2008, de 14 de agosto, de la Consejera de Empleo y Mujer se estima el recurso de alzada interpuesto frente a la Resolución de la Dirección General de Trabajo de fecha 7 de mayo de 2008 en el procedimiento de regulación de empleo de la Empresa al considerar, que habiendo transcurrido el plazo legal, existe acto presunto favorable a las pretensiones del reclamante. Asimismo, mediante dicha Orden, se acuerda el inicio del procedimiento de revisión de oficio ex artículo 102.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, en adelante “*LRJ-PAC*”, del acto presunto que autoriza el expediente de regulación de empleo, así como la suspensión de la efectividad del acto presunto ex artículo 104 de la referida Ley.

Mediante sentencia de fecha 18 de julio de 2008 se dictó por el Juzgado de lo Social nº 31 de Madrid sentencia declarando improcedente el despido de 15 de los 18 trabajadores de dicha empresa, habiendo devenido firme el 11 de agosto de 2008, de acuerdo con el testimonio remitido a la Consejería de Empleo y Mujer el 10 de septiembre de 2008.

En fecha 22 de septiembre de 2008 tiene entrada escrito del representante de la Empresa en el que solicita la anulabilidad del acto de inicio del procedimiento de revisión de oficio por no estar motivado ni dictado por órgano competente, ni fundamentado en causa legal, al efecto cita el Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, Reglamento general de revisión en vía administrativa en el ámbito tributario, y otras consideraciones relativas a la posibilidad de ejercitar su derecho a la defensa y aclaración sobre la jurisdicción competente en la materia.

El 10 de noviembre de 2008 se acuerda suspender el procedimiento desde la fecha de solicitud de dictamen al Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, que tuvo lugar mediante acuerdo de 27 de octubre de 2008, hasta la recepción del mismo, siendo notificado dicho acuerdo al representante de los trabajadores el 14 de noviembre de 2008, a otra trabajadora el 20 de noviembre, sin que conste la notificación a la Empresa.

TERCERO.- El 27 de octubre la Consejera de Empleo y Mujer acuerda remitir el expediente al Consejo Consultivo para la emisión de dictamen por el trámite de urgencia, petición que tuvo entrada en el presente Consejo el 13 de noviembre de 2008. Con fecha 26 de noviembre tuvo entrada complemento del expediente en el que se aporta acuerdo de suspensión del procedimiento de revisión de oficio. A dicha Orden se adjunta la siguiente documentación:

1º) El expediente de regulación de empleo nº aaa correspondiente a la Empresa (folios 1 a 182).

2º) Recurso de Alzada frente a la resolución de la Dirección de Trabajo de fecha 7 de mayo de 2008 por la que se desestima la solicitud para autorizar el extinción de 18 trabajadores de la Empresa y alegaciones de las partes interesadas (folios 183 a 255).

3º) Procedimiento de revisión de oficio de acto presunto en virtud del cual se concede a la empresa autorización para la extinción de 18 contratos de trabajo iniciado mediante Orden nº 2184/2008 de la Consejera de Empleo y Mujer, de fecha 14 de agosto. (Folios 256 a 318).

A los hechos anteriores, les son de aplicación las siguientes

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1. letra f) 2º de la Ley del Consejo Consultivo y a solicitud de la Consejera de Empleo y Mujer, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14.1 de la citada Ley del Consejo Consultivo, en relación con el artículo 32.1 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

La Consejera de Empleo y Mujer está legitimada para recabar dictamen del Consejo Consultivo, de conformidad con lo dispuesto en el ya citado artículo 13.1.f) de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, de creación del referido órgano consultivo autonómico, donde se establece que: *“1. El Consejo Consultivo deberá ser consultado por la Comunidad de Madrid en los siguientes asuntos: (...) f) Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid (...) sobre (...) 2.º Revisión de oficio de actos administrativos en los supuestos establecidos en las leyes”*.

Por remisión, el artículo 102.1 de la LRJ-PAC establece que: *“Las Administraciones públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 62.1”*.

De este precepto se desprende que la adopción del acuerdo de revisión de oficio tendrá lugar siempre previo dictamen favorable del órgano consultivo correspondiente, que adquiere en este supuesto carácter vinculante. La referencia que el artículo 102.1 de la LRJAP hace al Consejo de Estado *“u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma”*, debe entenderse hecha, a partir de su creación, y respecto de los expedientes de revisión de oficio que se instruyan por las entidades locales de la Comunidad de Madrid, al Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, creado por la citada Ley 6/2007, de 21 de diciembre.

El objeto del procedimiento de revisión esta constituido por el acto presunto que autoriza el expediente de regulación de empleo ex artículo 51.6 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto de los Trabajadores, en adelante *“ET”*. Dicho acto presunto surge como consecuencia de declarar la nulidad de la Resolución de la Dirección General de Trabajo de 7 de mayo de 2008 al estimar mediante Orden 2184/2008, de 14 de agosto, el recurso de alzada interpuesto por la Empresa por resultar extemporánea su notificación. De conformidad con el artículo 102.1 de la LRJ-PAC anteriormente transcrito, sólo pueden ser objeto del procedimiento de revisión de oficio los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo. El acto que se pretende revisar es el acto

presunto por el que se concede la autorización del expediente de regulación de empleo presentado por la Empresa, ahora bien, dicho acto presunto se atribuye a la Dirección General de Trabajo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6.1 d) del Decreto 150/2007, de 29 de noviembre, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Empleo y Mujer, sin que dicho acto ponga fin a la vía administrativa (Vid. Art. 53.1 de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, del Gobierno y la Administración de la Comunidad de Madrid), por lo que hay que esperar a que transcurra el plazo de un mes establecido en el artículo 115.1 de la LRJ-PAC para saber si es un acto firme por no haber sido recurrido.

Si bien el acto presunto produce efectos desde la fecha en que se entienda producido de conformidad con el artículo 43.5 de la LRJ-PAC, en el caso objeto de dictamen, su eficacia no se produce hasta que ha sido anulado el acto expreso mediante la Orden 2184/2008, de 14 de agosto, de forma que a partir de la fecha de notificación de la resolución del recurso de alzada pueden los interesados, en este caso los trabajadores, actuar frente a dicho acto (Vid. Art. 57.2 de la LRJ-PAC), por lo que una vez transcurrido el plazo de un mes sin que haya sido recurrido puede ser objeto del presente procedimiento.

Por ello, en el momento en que se acordó iniciar el procedimiento de revisión de oficio el acto no era susceptible de ser objeto del presente procedimiento.

SEGUNDA.- Nos encontramos ante la revisión de oficio de acto administrativo iniciada de oficio al amparo de la causa prevista en el artículo 62.1 f) de la LRJ-PAC, a cuyo tenor *“los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes: f) los actos expresos y presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para ello”*.

Por otra parte, el artículo 102.5 de la LRJAP dispone que *“cuando el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, el transcurso del plazo de tres meses, desde su inicio sin dictarse resolución, producirá la caducidad del mismo”*.

El *dies a quo* para el cómputo del plazo en los procedimientos que se inician de oficio es desde la fecha del acuerdo de iniciación ex artículo 42.3 a) de la LRJ-PAC, en idéntico sentido la Sentencia de Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2008, en unificación de doctrina señala que la fecha de inicio es la fecha del acuerdo de inicio y no de su notificación. Como hemos manifestado en los antecedentes de hecho el procedimiento de revisión se inició mediante Orden 2184 /2008, de 14 de agosto de la Consejera de Empleo y Mujer, por lo que atendiendo al plazo de tres meses que dispone el artículo 102.5 de la LRJ-PAC, el plazo vencería el 15 de noviembre de 2008, atendiendo al cómputo de plazos que establecen los artículos 42.3 a) y 48.2 de la LRJ-PAC.

Ello no obstante, dicho plazo de tres meses puede suspenderse al recabarse dictamen del Órgano Consultivo, según el artículo 42.5.c) de la LRJAP (en la redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero) que establece que *“El transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución se podrá suspender (...) c) Cuando deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución a órgano de la misma o de distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses”*.

El Tribunal Supremo en Sentencia de 18 de marzo de 2008 (Recurso 2688/2005) ha declarado al respecto que *“la reforma en 1999 de la Ley 30/1992 ha pretendido introducir una cierta disciplina en la duración de*

los procedimientos iniciados de oficio que puedan tener efectos gravosos para el administrado, sometiéndolos a un riguroso plazo de caducidad (tres meses en los supuestos de revisión de oficio a los que se refiere el artículo 102.5 de dicha Ley). La regla general, como es bien sabido, consiste en que el vencimiento del plazo máximo para resolver dichos procedimientos sin que se haya dictado la resolución correspondiente determina de modo automático su caducidad y archivo (artículo 44.2).

Ahora bien, el rigor queda atenuado (pudiera decirse que comprensiblemente atenuado, a la vista de las diversas hipótesis que el artículo 42.5 contempla) permitiéndose que en circunstancias excepcionales se "pare el reloj" del cómputo temporal, esto es, se suspenda el plazo máximo para resolver. La Ley 30/1992, sin embargo, no admite que dicha "parada de reloj" sea indefinida sino que la somete, a su vez (en algunos de los supuestos, no en todos), a límites temporales propios: así, en el caso de que se requieran los informes preceptivos y determinantes a los que ya hemos hecho referencia, este límite temporal será el que medie entre la petición y la recepción del dictamen, según las normas que regulen el correspondiente procedimiento consultivo, sin que en ningún caso pueda exceder de tres meses. Transcurrido el tiempo de suspensión, el cómputo del plazo legal para resolver vuelve a correr sin que la Ley 30/1992 tolere una segunda "parada de reloj" por el mismo concepto y para el mismo informe.

No podría aceptarse, insistimos, que, una vez producida la primera suspensión resultante de la petición del dictamen, la aplicación del artículo 83.3 de la Ley 30/1992 permitiera que, meses después, se vuelva a suspender de nuevo el plazo para resolver el procedimiento por la misma causa, esto es, por la solicitud del mismo dictamen. Lo cual no significa, a su vez, que el dictamen tardío no pueda incorporarse al expediente en ningún caso: podrá hacerlo si, en el momento de su emisión, éste no ha

caducado. Pero sí implica que la caducidad de un procedimiento no podrá ser enervada acudiendo al subterfugio de acordar la suspensión de dicho procedimiento mediante la utilización tardía de la facultad prevista en el artículo 42.5.c) cuando resulta que la petición del informe se había producido ya con mucha anterioridad”.

En idéntico sentido se ha manifestado el Consejo de Estado, entre otras en el Dictamen de 31 de octubre de 2002.

Sin embargo, no consta en el expediente que se hayan cumplimentado las notificaciones que exige dicho artículo 42.5 c) de la LRJ-PAC para entender suspendido el plazo para resolver el procedimiento de revisión de oficio, ya que si bien de la documentación complementaria remitida en fecha 26 de noviembre de 2008 consta que se ha notificado al representante de los trabajadores el 14 de noviembre de 2008 y a otra trabajadora el 20 de noviembre de 2008, no se aporta documento de notificación a la Empresa. El artículo 42.5 c) de la LRJ-PAC, anteriormente transcrito, requiere que la suspensión se notifique a los interesados, por lo que no habiéndose notificado a la Empresa, no se habría suspendido el plazo adecuadamente, por ser ella la principal interesada en el procedimiento. Por ello, si no consta que se haya notificado la suspensión del procedimiento a la Empresa, procedería declarar caducado el procedimiento, sin perjuicio de la posibilidad de iniciar un nuevo proceso al no estar sometido a plazo el proceso de revisión de oficio ex artículo 102.1 de la LRJ-PAC.

La obligación de notificar la suspensión del plazo para resolver viene establecido de manera expresa por la legislación, por ello ateniendo a un principio de interpretación literal de las normas ex artículo 3.1 del Código Civil, no resulta necesario que se busquen mayores argumentos para justificar dicha decisión. En dicho sentido, el Tribunal Supremo en Sentencia de 4 de noviembre de 2004 (Recurso nº 255/2002) pone de

manifiesto que es necesario que se acuerde dicha suspensión a tenor de lo dispuesto en el artículo 42.5 c) de la LRJ-PAC y se notifique a los interesados.

A mayor abundamiento, aún cuando la suspensión se hubiera acordado y notificado a la Empresa, hay que tener en cuenta que el efecto de la remisión del expediente al presente Consejo para la emisión de dictamen sólo suspende el plazo de tres meses por el tiempo que medie, entre la petición de dictamen, que tuvo lugar mediante Acuerdo de 27 de octubre de 2008 (entrada en el Registro del Consejo el 13 de noviembre siguiente), y la recepción del mismo por el órgano competente. Por lo que, como hemos señalado al inicio del presente fundamento, el plazo vencería el 15 de noviembre, luego desde la recepción del dictamen la Consejería dispondría de dieciséis días para resolver y notificar la resolución, para evitar que el expediente caducara.

TERCERA.- La tramitación del procedimiento de revisión de oficio consiste en el acuerdo de inicio comunicado a las partes y en la remisión al presente Consejo Consultivo. Conviene poner de manifiesto que aún cuando el artículo 102 de la LRJ-PAC no lo mencione expresamente resulta de aplicación supletoria lo dispuesto en el título VI de la misma sobre la tramitación e instrucción del procedimiento.

En primer lugar, el acuerdo de inicio del procedimiento de revisión de oficio del acto presunto es la propia Orden nº 2184/2008, de 14 de noviembre, de la Consejera de Empleo y Mujer, por la que estima el recurso de alzada. La titular de la referida Consejería es el órgano competente para resolver el recurso de alzada frente a una resolución de la Dirección General de Trabajo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41 g) de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, así como para resolver la revisión de oficio de un acto presunto atribuible a las competencias de su Consejería a tenor de lo establecido en los artículos

53.4 de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, y 1.1 del Decreto 150/2007, de 29 de noviembre, por el que se establece la estructura orgánica de la consejería de Empleo y Mujer. En el ámbito del proceso administrativo el título VI de la LRJ-PAC no impone la obligación de encomendar a órganos distintos la fase instructora y la de resolución, a diferencia de lo establecido en el artículo 134.2 de la LRJ-PAC para el procedimiento sancionador. Luego no resulta ilegal que el órgano que instruye el procedimiento de revisión sea el mismo que resuelve, cuándo éste tiene competencia para ello, como es el caso. Podría entenderse vulnerado el artículo 4 b) del Decreto 150/2007, de 29 de noviembre, que atribuye a la Secretaria General Técnica de la referida Consejería la competencia para elaborar las resoluciones que debe firmar el titular de la Consejería, sin embargo dicha infracción no tiene entidad suficiente para invalidar el procedimiento.

El procedimiento resulta inexistente, no consta de informe alguno, tan sólo escrito de la Empresa presentado el 22 de septiembre de 2008 tras la comunicación de la estimación del recurso de alzada y el inicio del procedimiento de revisión de oficio. Se ha omitido en el expediente el imprescindible trámite de audiencia a los interesados (la Empresa y los trabajadores) que el artículo 84.1 LRJ-PAC ordena ha de llevarse a cabo una vez instruido el procedimiento “*e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución*”. Este trámite, cuya ausencia puede determinar indefensión y, por ende, la invalidez del acto que finalmente se adopte, no puede entenderse cumplido por hecho de haberse dado traslado a los interesados de la Resolución de la Consejera por la que se inició el procedimiento de revisión (impuesto por los artículos 58.1 y 42.4 segundo párrafo de la LRJ-PAC). Consta en los folios 271 a 273 copia de los justificantes de las notificaciones a los interesados de la resolución del recurso de alzada y del inicio del procedimiento de revisión entre los días 18 y 26 de agosto de 2008.

El trámite de audiencia puede ser omitido cuando *“no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado”*, ex artículo 84.4 de la LRJ-PAC. Dicha excepción aparece contemplada para los supuestos en que el proceso se inicie a instancia de parte y no de oficio como es el presente caso. Ello no obstante, para que el incumplimiento de las formalidades del proceso genere anulabilidad es necesario, ex artículo 63.2 de la LRJ-PAC, que las mismas generen indefensión efectiva, en dicho sentido, las Sentencias del Tribunal Supremo de fecha 20 de mayo y de 30 de abril de 1999 (Recursos nº 12285/1991 y 6527/1994), El expediente consta exclusivamente del acuerdo de inicio del procedimiento y de las alegaciones presentadas a dicho acto de trámite por la Empresa. Se ha generado indefensión a los trabajadores de la Empresa al no haberles dado posibilidad de conocer las alegaciones de la Empresa en el trámite de audiencia, razón por la cual se considera que el procedimiento debe retrotraerse para dar audiencia, en todo caso, a los trabajadores.

Tampoco consta que se haya elaborado propuesta de resolución por lo que se desconoce exactamente cual es el objeto del proceso de revisión de oficios. Resulta imposible tener certeza sobre tal extremo, toda vez que el expediente seguido no ha culminado, como era procedente, con la oportuna propuesta de resolución. Se trata de un defecto esencial en orden a la posible emisión por este Consejo del dictamen solicitado porque —ello ocurre especialmente en los casos de revisión de oficio, en que nuestro dictamen es habilitante de la resolución que se adopte—, el Consejo, tratándose de dictámenes preceptivos, nunca se pronuncia en abstracto, sino que lo hace en relación con los contenidos dispositivos o decisorios concretos que la Administración pretende adoptar. Ello no obstante, dado que el acuerdo de inicio justifica la causa en virtud de la que se incoa el procedimiento de revisión de oficio, no se considera irregularidad relevante.

CUARTA.- En relación al fondo del asunto, para el supuesto de que se decidiese iniciar un nuevo procedimiento que resulte ajustado a las prescripciones de la LRJ-PAC, debe destacarse que el supuesto contemplado en el artículo 62.1.f) LRJ-PAC dispone que *“los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes: f) los actos expresos y presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para ello”*.

Dicho supuesto se refiere sólo a actos favorables, aquellos *“por los que se adquieran facultades o derechos”*. En segundo lugar, ha de precisarse que la irregularidad a la que se refiere el artículo 62.1.f) debe ser en relación a un *“requisito esencial”*, esto es, como hacía en su párrafo e), el artículo 62.1.f) acude nuevamente a la nota de esencialidad para determinar cuándo hay nulidad de pleno derecho. Ello provoca, desde luego, la inseguridad jurídica propia de la utilización de cualquier concepto jurídico indeterminado, sin embargo reduce claramente los casos en que la infracción de un requisito determinara la nulidad radical. Se trata de supuestos en que la falta de un requisito establecido por el ordenamiento jurídico determine una infracción esencial o grave del ordenamiento jurídico.

Además, es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina de Consejos Consultivos, incluido este Organismo, por la que, siendo de interpretación restrictiva la actuación revisora por las razones antedichas, con mayor razón debe ser de aplicación limitada la causa prevista al respecto en el art. 62.1.f) LRJ-PAC. Así, no solo se ha de producir la vulneración por el acto revisado de alguna norma del ordenamiento jurídico, aplicable al caso de que se trate, sino que la violación ha de suponer la obtención por una persona de una facultad o derecho y el incumplimiento por el beneficiario de los requisitos absolutamente esenciales que tal norma exige para dicha obtención;

siquiera sea para distinguir efectivamente este supuesto de nulidad radical del de anulabilidad por vulneración de normas.

Por consiguiente, los requisitos para obtener el derecho o facultad incumplidos, aun cuando puedan ser tanto subjetivos como objetivos, han de ser tales que, sin ellos, es inaplicable la norma reguladora del supuesto o imposible de cumplir su finalidad, se hace irreconocible el derecho o facultad a obtener o se vulnera clara y plenamente el derecho a su obtención de terceros.

El acuerdo de inicio del procedimiento de revisión de oficio se fundamenta en que el acto presunto vulnera los artículos 51.2 del Estatuto de los Trabajadores y 6.1 a) del Real Decreto 43/1996, de 19 de enero, por considerar que el Empresario no ha acreditado la causa económica que motive la medida solicitada, dispone al efecto *“del análisis de las cuentas del 2005 y del 2006 la Inspección considera que no queda acreditada la causa económica (porque la actividad empresarial no incurre en pérdidas), y respecto de las cuentas del 2007 (los datos provisionales arrojan pérdidas por importe de 90.000 euros aproximadamente), se encuentran sin auditar a pesar de ser una exigencia legal.”*

Dispone el artículo 51.2 del Real decreto legislativo 1/2004, de 24 de marzo, que *“el empresario que tenga la intención de efectuar un despido colectivo deberá solicitar autorización para la extinción de los contratos de trabajo conforme al procedimiento de regulación de empleo previsto en esta Ley y en sus normas de desarrollo reglamentario. El procedimiento se iniciará mediante la solicitud a la autoridad laboral competente y la apertura simultánea de un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores.*

La comunicación a la autoridad laboral y a los representantes legales de los trabajadores deberá ir acompañada de toda la documentación necesaria

para acreditar las causas motivadoras del expediente y la justificación de las medidas a adoptar, en los términos que reglamentariamente se determinen.

La comunicación de la apertura del período de consultas se realizará mediante escrito dirigido por el empresario a los representantes legales de los trabajadores, una copia del cual se hará llegar, junto con la solicitud, a la autoridad laboral”.

El Artículo 6.1^a) del Real Decreto 43/1995, de 19 de enero, dispone:

“La solicitud de iniciación se formalizará con el contenido mínimo siguiente:

a) Memoria explicativa de las causas o motivos del proyecto de despido colectivo, acompañando a estos efectos toda la documentación que a su derecho convenga y particularmente, si la causa aducida por la empresa es de índole económica, la documentación debidamente auditada acreditativa del estado y evolución de su situación económica, financiera y patrimonial en los tres últimos años, y si son de índole técnica, organizativa o de producción, los planes, proyectos e informes técnicos justificativos de la causa o causas alegadas como motivadoras del despido, medidas a adoptar y sus expectativas de repercusión en cuanto a la viabilidad futura de la empresa”.

El Empresario en fecha 9 de marzo de 2008 presenta solicitud de inicio del procedimiento de extinción colectiva de los 18 puestos de trabajo de su empresa dedicada al control de calidad, etiquetado, prestancia y planchado de todo tipo de productos textiles, a la que acompaña, entre otros documentos:

1) Memoria explicativa en donde se pone de manifiesto que en el año 2007 se incurre en pérdidas y que para el año 2008, se reducen a la mitad

las peticiones de su principal cliente, lo que avoca a la necesidad de terminar la actividad de la empresa.

2) Carta del principal cliente de la Empresa, que representa más del 90% de la facturación en la que manifiesta que reduce a la mitad sus peticiones para el año 2008. Asimismo se opone a la subida de precios.

3) Información sobre la situación financiera, en la que se reflejan datos económicos de los años 2005 a 2007. Los datos de los años 2005 y 2006 reflejan ganancias y se corresponden a cuentas auditadas y registradas en el Registro Mercantil, las cuentas de 2007 reflejan pérdidas por importe de unos 90.000 euros, sin que las mismas estén auditadas.

4) Autoliquidación del Impuesto de Sociedades.

La causa económica en los expedientes de regulación de empleo supone una situación de crisis o de dificultad económica de la empresa y la extinción de los contratos tienen como objetivo contribuir a la superación de situaciones económica negativas sin necesidad de que por sí sola la extinción sea suficiente para la superación de la crisis, en dicho sentido Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 5 junio de 2008 (recurso de suplicación nº 1399/2008). El Tribunal Supremo (Sentencia de 24 de abril de 1996, Recurso de unificación de doctrina nº 3543/1995 y de 15 de octubre de 2003 (Recurso unificación de doctrina 1205/2003)) ha caracterizado la causa económica con los rasgos siguientes: a) La causa económica debe ser objetiva, real, suficiente y actual; b) No es necesario que la situación económica negativa de la empresa sea irreversible; lo característico de estos supuestos es que se trate de situaciones no definitivas, es decir, recuperables ; c) La situación económica negativa debe afectar a la empresa en su conjunto, no pudiendo estimarse separadamente por centros o secciones (STS 14-5-1998, Rec. - u.d.- 3539/1997).

La cuestión que se plantea por la Consejería es si el acto presunto que ha autorizado el despido colectivo ha incurrido en la causa de nulidad de pleno derecho contemplada en el artículo 62.1f) de la LRJ-PAC, por haberse adquirido facultades contrarias al ordenamiento jurídico “*cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición*”. A tal efecto en el acuerdo de inicio, se considera que la Empresa no ha acreditado la causa económica por no haber aportado debidamente auditadas las cuentas anuales del ejercicio 2007, de forma que los datos de pérdidas que reflejan las cuentas aportadas no pueden tomarse como válidas.

Dichos defectos no pueden considerarse motivos que anulen de pleno derecho el acto presunto porque no se trata de requisitos esenciales. Nos encontramos ante una infracción de lo dispuesto en el artículo 6.1 a) del RD43/1996, de 19 de enero, por remisión del artículo 51.2 del ET, pero no ante la ausencia de los requisitos indispensables que han permitido a la empresa adquirir un derecho contrario al ordenamiento jurídico, ya que la Empresa si ha aportado al procedimiento los elementos que exige el ordenamiento para incoar un expediente de regulación de empleo. Es una cuestión de legalidad ordinaria consistente en si se considera o no acreditada la causa económica alegada no tiene cobertura en los supuestos contemplados en el artículo 62.1 de la LRJ-PAC.

QUINTA.- En relación a la tramitación del procedimiento de revisión de oficio la competencia corresponde a la titular de la Consejería de Empleo y Mujer, sin perjuicio de posibles delegaciones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53.4 de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid y artículo 1.1 del Decreto 150/2007, de 29 de noviembre, por el que se establece la estructura orgánica de la consejería de Empleo y Mujer. Su acto pondrá fin a la vía administrativa ex artículo 53.1 c) de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre y es susceptible de impugnación en el Tribunal Superior de

Justicia de Madrid de conformidad con lo dispuesto en los artículo 10.1 a) y 14.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso administrativo.

A la vista de todo lo anterior, el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid formula las siguientes

CONCLUSIONES

1º) En el procedimiento de revisión de oficio iniciado mediante Orden 2184/2008 de 14 de agosto, no concurre la causa de nulidad de pleno derecho establecido en el artículo 62.1 f) de la LRJ-PAC.

2º) El procedimiento de revisión de oficio habría caducado por no constar en el expediente que se ha notificado a la Empresa la suspensión del procedimiento para solicitar dictamen del presente Consejo.

3º) En el momento en que se acordó incoar el procedimiento de revisión de oficio el acto no era susceptible de tal procedimiento de conformidad con lo dispuesto en el artículo 102.1 de la LRJ-PAC

4º) Se ha incumplido el trámite de audiencia, por lo que, en su caso, debería retrotraerse el procedimiento para dar cumplida cuenta de ello.

El presente dictamen es vinculante.

Madrid, 10 de diciembre de 2008