

Dictamen nº: **210/08**
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 Consejera 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 Consultivo*”, 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 14 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 LCC, en relación con el expediente de revisión de oficio instado por la Consejera de Empleo y Mujer mediante Orden 2185/2008, de 14 de agosto, de la autorización presunta para la extinción de todos los contratos de trabajo de la Empresa.

Admitida a trámite dicha solicitud con la fecha aludida, se le procedió a dar entrada con el número 294/08, 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, en fecha 26 de

noviembre de 2008 tuvo entrada complemento del expediente en el que se acuerda la suspensión del proceso para solicitar dictamen al presente Consejo Consultivo.

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 nº 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:

Con fecha de 26 de marzo de 2008, tuvo entrada en el Registro Auxiliar de la Dirección General de Trabajo, escrito suscrito por 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 que los resultados que la empresa ha tenido desde el primer año de actividad han sido de pérdidas y en el hecho de que los primeros meses del año 2008 marcan una acusada tendencia a la baja en su facturación, lo que hace prever unas pérdidas seguras continuas.

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, en adelante “*RPRE*”, los trabajadores procedieron a la designación de dos representantes, M. A. y D. R. C., tal y como consta en el Acta de fecha 27 de marzo de 2008, para que intervinieran en el procedimiento de regulación de empleo, al carecer los mismos de representación colectiva.

Con fecha 27 de marzo de 2008 se solicitó de la Inspección Provincial de Trabajo informe preceptivo sobre las causas motivadoras del expediente. Del mismo modo se dio traslado a la Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo.

El 2 de abril de 2008 tuvo entrada en el Registro del centro directivo escrito del representante empresarial aportando informe de auditoría del balance de situación de la Empresa a fecha 31 de Diciembre de 2007. Con fecha 7 de abril de 2008 el representante empresarial presentó escrito por el que procede a informar a los trabajadores de la imposibilidad de realizar los pagos referentes a las nóminas del mes de marzo de 2008.

La representación de los trabajadores presentó escrito, el 7 de abril de 2008, en el Registro de la Dirección Provincial de la Inspección de Trabajo, en el que manifiestan su oposición y disconformidad a la medida solicitada.

La Inspección Provincial de Trabajo emitió, el 8 de abril de 2008, el correspondiente informe en sentido desfavorable a la medida extintiva, señalando a tal efecto que la empresa no ha realizado actuación alguna dirigida al mantenimiento del negocio *“sino que ha puesto en liquidación la sociedad, coincidiendo con un proceso de enajenación del local reconocido por la propia representación de la Empresa. No se ha podido establecer el título jurídico que permite operar a la Empresa en liquidación, durante cuatro años en un local, cuyo titular dice, desconoce y no identifica. Ha manifestado además, que cree saber que el local ha sido vendido pero ignora a quién y sobre todo por quién.”* Por último, concluye que de la documentación contable aportada *“no se puede establecer con carácter inequívoco la inviabilidad del establecimiento y del negocio por causa económica.”* Por lo que no se estima probada la causa económica aducida por la Empresa.

El 9 de abril de 2008 tiene entrada en el Registro del centro directivo escrito del representante empresarial al objeto de cumplir el requerimiento de aportación de documentación efectuado por la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social. Posteriormente, el 11 de abril de 2008, los representantes de los trabajadores presentan escrito de oposición y disconformidad con la medida extintiva pretendida, por ausencia de los motivos económicos alegados. En dicha fecha tiene entrada en el Registro Auxiliar de la Dirección General de Trabajo escrito remitido por la representación empresarial comunicando a la autoridad laboral que, con fecha 9 de abril de 2008, concluyó el período de consultas sin acuerdo. (Página 302 del expediente administrativo).

La Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social emite informe complementario, recibido el 15 de abril de 2008, en el que se concluye que:

“La Empresa sigue ocultando la identidad del titular del local pese a habersele requerido reiteradamente. La validez del contrato es más que ilusoria, pero éste acuerdo negocial sirve para acreditar que el procedimiento de regulación de empleo presentado no es más que una ficción jurídica, dirigida a suprimir la integridad de los derechos de los trabajadores a la estabilidad en el empleo así como a obtener financiación específica del Fondo de Garantía Salarial, que abarate las indemnizaciones de los trabajadores cuando se produzca la sucesión empresarial en los términos que prevé el artículo 44 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

- En conclusión la Empresa ha seguido una conducta unilateral dirigida a suprimir derechos específicos de los trabajadores a la estabilidad de empleo y las indemnizaciones que en su caso les pudieran corresponder. El local del Restaurante se ha enajenado a terceros, cuya identidad se ha ocultado y que deberán afrontar la continuidad o no del negocio en el que

existe la Empresa y tomar o no la condición de sucesora en la titularidad de acuerdo al artículo 44 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. La identidad de las personas que gestionan el procedimiento, por parte de la Empresa y por parte de la titularidad del local que contrata el arrendamiento del local del restaurante, es expresiva de la existencia de una operación lucrativa que se realiza a costa de los derechos de los trabajadores.”

Con fecha 16 de abril de 2008 la representación empresarial presentó escrito de alegaciones en contestación al escrito de oposición y disconformidad presentado por los trabajadores de la Empresa. La representación de los trabajadores presentó escrito con fecha 21 de abril de 2008, en el que se formulan diversas alegaciones en relación con la causa económica invocada y se hace constar el impago de los salarios durante los meses de Marzo y Abril a los trabajadores, a pesar de continuar los mismos su actividad laboral.

Con fecha 29 de abril 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 diez trabajadores de su plantilla, basándose en la documentación presentada por la misma, 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 8 de abril de 2008 y ampliado el 14 de abril de 2008. La mencionada resolución es notificada el 5 de mayo de 2008 a la representación de los trabajadores y el 9 de mayo de 2008 a la representación empresarial.

El 30 de abril de 2008 la representación empresarial presentó escrito en solicitud de resolución favorable por silencio administrativo positivo y con fecha 6 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 manifiesta que no procede entender autorizado el expediente de regulación de empleo número aaa, dado que con fecha 29 de abril de 2008, la Dirección General de Trabajo dictó resolución mediante la cual se acuerda 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 mayo de 2008 la representación de los trabajadores presenta escrito en el que pone en conocimiento del centro directivo que la Empresa se negó a acudir con ellos a recoger el 30 de abril de 2008, la resolución que ponía fin al procedimiento, proponiendo a los trabajadores el cese, la liquidación de haberes y veinte días de salario por año de servicio, como indemnización. Señala además, el mencionado escrito, que la Empresa procedió al cierre del centro de trabajo ordenando la salida al mediodía de todo su personal.

Con fecha 6 de junio de 2008 la representación empresarial presentó escrito de recurso de alzada contra la resolución de 29 de abril de 2008 basado en la extemporaneidad de la resolución y errores formales.

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 2185/2008, 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 29 de abril 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. Dicha Orden fue notificada a la

Empresa el 8 de septiembre de 2008 y a los trabajadores el 21 de agosto de 2008. Asimismo, mediante dicha Orden, se anula y se acuerda el inicio del procedimiento de revisión de oficio ex artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, en adelante “*LRJ-PAC*”, así como la suspensión de la efectividad del acto presunto ex artículo 104 de la referida Ley.

El 2 de septiembre de 2008 los trabajadores de la Empresa solicitan que se les notifique la fecha de inicio del procedimiento de revisión e informan de la existencia de juicio por despido ante los Juzgados de lo Social de Madrid. La Administración les remite, el 17 de septiembre de 2008, escrito señalando que la fecha de inicio del procedimiento de revisión es el 14 de agosto de 2008, ante la cual los trabajadores comparecen el 22 de septiembre para tomar vista del expediente del recurso de alzada y del procedimiento de revisión de oficio. Por último, el 24 de septiembre presentan escrito reiterando el uso fraudulento del expediente de regulación de empleo para vender el local donde se halla situado el centro de trabajo y aporta nota simple del Registrador de la Propiedad de Majadahonda en donde se refleja que en fecha 5 de marzo de 2008 se practicó asiento de presentación de la escritura de compraventa del referido local, que fue retirado el 11 de marzo de 2008 y vuelto a presentar el 10 de abril de 2008.

En fecha 25 de septiembre de 2008 se comunica oficio del Juzgado de lo Social nº 21 de Madrid en el que se adjunta copia del acta del juicio celebrado el 18 de septiembre de 2008 en el que se acuerda la suspensión del juicio por haberse iniciado el procedimiento de revisión de oficio de la resolución que aprueba el expediente de regulación de empleo, citándose a las partes para nuevo juicio el 22 de enero de 2009.

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 14 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 400).

2º) Recurso de Alzada frente a la resolución de la Dirección de Trabajo de fecha 29 de abril de 2008 por la que se desestima la solicitud para autorizar el extinción de los 10 trabajadores de la Empresa y alegaciones de las partes interesadas (folios 401a 468).

3º) Procedimiento de revisión de oficio de acto presunto en virtud del cual se concede a la Empresa autorización para la extinción de todos los contratos de trabajo iniciado mediante Orden nº 2185/2008 de la Consejera de Empleo y Mujer, de fecha 14 de agosto. (Folios 469 a 513).

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, a tenor de lo dispuesto en el ya citado artículo 13.1.f) de la Ley 6/2007, 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.

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 29 de abril de 2008 al estimar mediante Orden 2185/2008, de 14 de agosto, el recurso de alzada interpuesto por la Empresa por resultar extemporánea su resolución. 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 se convierta en acto firme por no haber sido recurrido.

Mediante la referida Orden que ha estimado el recurso de alzada se anula la Resolución de la Dirección General de Trabajo de fecha 29 de abril de 2008 por considerar que existe acto presunto de autorización al no haberse dictado resolución en plazo, ahora bien, el plazo para impugnar ese acto presunto que no agota la vía administrativa se computa desde la notificación de la resolución del recurso de alzada a todos los interesados (a los trabajadores el 21 de agosto y a la Empresa el 8 de septiembre), por lo que una vez transcurrido el plazo de un mes ex artículo 115.1 de la LRJ-PAC sin que haya sido recurrido por los trabajadores 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.

Se observa que en la notificación de la Orden nº 2185/2008, de 14 de agosto, no se indica a los interesados la posibilidad de impugnar, mediante recurso de alzada, el acto presunto por el que entiende concedida la autorización para la extinción de los contratos de trabajo en los términos del artículo 51 del ET como prescriben los artículos 58.2 y 89.3 de la LRJ-PAC. Ahora bien de conformidad con el artículo 58.3 de la LRJ-PAC *“las notificaciones que conteniendo el texto íntegro del acto omitiesen alguno de los demás requisitos previstos en el apartado anterior surtirán efecto a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de las resolución o acto objeto de notificación o resolución o interponga cualquier recurso que proceda.”* El 24 de septiembre de 2008 los trabajadores presentan escrito en el que manifiestan el uso fraudulento del expediente de regulación de empleo por la Empresa aportando al efecto prueba de la venta del local donde se hallaba situado el centro de trabajo de la Empresa solicitando la anulación del acto presunto, pues bien atendiendo al principio antiformalista consagrado en el artículo 110.2 de la LRJ-PAC en materia de recursos y lo señalado sobre la deficiente notificación, puede entenderse que dicho escrito se tramite como recurso de alzada frente a la aprobación del expediente de regulación de empleo mediante acto presunto.

SEGUNDA.- En el caso que nos ocupa, nos encontramos ante la revisión de oficio de acto administrativo iniciado 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, quién 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 2185/2008, 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 LRJ-PAC (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."

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

El 26 de noviembre de 2008 ha tenido entrada en el Registro del Consejo complemento del expediente en el que se adjunta acuerdo de suspensión del procedimiento de fecha 10 de noviembre de 2008. En dicho acto se comunica a los interesados que mediante acuerdo de 27 de octubre de 2008 se ha solicitado la emisión de dictamen preceptivo en los términos

previstos en el artículo 102.1 de la LRJ-PAC, razón por la cual queda suspendida desde la petición del mismo hasta su recepción, dicho acuerdo se ha notificado tanto al representante de la Empresa como al representante de los trabajadores el 13 de noviembre de 2008.

Resta por manifestar cuál es el tiempo restante a la Administración para resolver y notificar la resolución del presente procedimiento. El plazo se suspende de conformidad con el artículo 42.5c) de la LRJ-PAC por el tiempo que “*medie entre la petición y la recepción del informe*”, la petición tuvo lugar mediante acuerdo de fecha 27 de octubre de 2008, la entrada en el presente registro el 14 de noviembre de 2008, atendiendo a que el tenor del artículo transcrito de refiere a la fecha de petición y a que dicho artículo establece el plazo máximo de duración de dicha suspensión, consideramos que el *dies a quo* de dicha suspensión es la fecha del acuerdo (27 de octubre), por lo que el plazo restante sería de 16 días para resolver y notificar.

TERCERA.- La tramitación del procedimiento de revisión de oficio consiste en el acuerdo de inicio comunicado a las partes, el representante de los trabajadores ha comparecido para tomar vista del recurso de alzada y del expediente de revisión de oficio en fecha 22 de septiembre de 2008 y el 24 de septiembre presenta escrito de alegaciones en el que insiste en el carácter fraudulento del expediente de regulación de empleo y aporta nota simple del Registro de la Propiedad en el que se refleja asiento de presentación de la escritura de venta del local donde se encontraba radicada la Empresa en fecha 21 de febrero de 2008. No se han recabado informes, ni practicado prueba alguna, ni se ha dado traslado a la Empresa de dicho escrito.

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 2185/2008, 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, cuando 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.

Como hemos señalado anteriormente el procedimiento resulta inexistente, no consta de informe alguno, tan sólo escrito de los trabajadores presentado el 24 de septiembre de 2008. 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 484 y 485 copia de los justificantes de las notificaciones a la Empresa y a los trabajadores de la resolución del recurso de alzada y del inicio del procedimiento de revisión los días 8 de septiembre y 21 de agosto, respectivamente.

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, sin embargo, en el presente supuesto los trabajadores han presentado alegaciones aportando nuevos documentos, de los que no se ha dado traslado a la Empresa vulnerando su derecho de defensa. Dicha indefensión da lugar a la anulabilidad del proceso, ex artículo 63.2 de la LRJ-PAC, al haberse generado indefensión efectiva, en dicho sentido, las Sentencias del Tribunal Supremo de fecha 20 de mayo y de 30 de abril de 1999 (RJ 1999, 4159 y RJ 1999, 5196), por lo que debe retrotraerse el proceso para dar audiencia a la Empresa.

Tampoco consta que se haya elaborado propuesta de resolución por lo que se desconoce exactamente cual es el objeto del proceso de revisión de oficio. 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. No obstante, al contener el acuerdo de inicio una explicación de la causa en la que se fundamenta el procedimiento de revisión de oficio, la ausencia de propuesta de resolución no tiene entidad suficiente para afectar a la validez del referido procedimiento.

CUARTA.- En relación al fondo del asunto, para el supuesto de que se subsanasen las deficiencias formales manifestadas anteriormente, debe destacarse que el procedimiento de revisión de oficio es un proceso que debe aplicarse teniendo en cuenta el principio de seguridad jurídica que impera en nuestro ordenamiento jurídico a tenor de lo establecido en el artículo 9.3 de la Constitución, de forma que a través del mismo se revocan actos favorables para los particulares que incurran en causa de nulidad de pleno derecho contempladas en el artículo 62 de la LRJ-PAC. En el presente procedimiento se fundamenta en lo dispuesto en el artículo 62.1.f) 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”*.

Dicho supuesto se refiere sólo a actos favorables, aquellos *“por los que se adquirieran 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 apartados segundo y sexto del Estatuto de los Trabajadores por considerar que el Empresario no ha acreditado la causa económica que motive la medida solicitada, dispone al efecto *“en su memoria la empresa no acredita la existencia de circunstancia que haga inviable económicamente el establecimiento. La Empresa no ha acreditado la realización de actuación alguna dirigida al mantenimiento del negocio, sino que ha puesto en*

liquidación la sociedad coincidiendo con un proceso de enajenación del local reconocido por la propia representación de la Empresa”. También señala que “la Empresa ha seguido una conducta unilateral dirigida a suprimir derechos específicos de los trabajadores a la estabilidad del empleo y las indemnizaciones que en su caso les pudieran corresponder”

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, desarrolla lo dispuesto en el artículo 51.2 del ET, y 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.

b) Número y categorías de los trabajadores empleados habitualmente durante el último año, así como de los trabajadores que vayan a ser afectados, criterios tenidos en cuenta para designar los trabajadores que vayan a ser afectados y período a lo largo del cual está previsto efectuar las extinciones de los contratos de trabajo.

c) En empresas de cincuenta o más trabajadores, plan de acompañamiento social que contemple las medidas adoptadas o previstas por la empresa en orden a evitar o reducir los efectos del despido colectivo, así como atenuar sus consecuencias para los trabajadores que finalmente resulten afectados, tales como, entre otras, aquellas dirigidas especialmente a la readaptación o a la reconversión de los trabajadores y su posible integración en otros puestos de trabajo en el seno de la empresa o grupo de empresas, así como aquellas que favorezcan el mantenimiento de puestos de trabajo de carácter indefinido o la redistribución de la jornada de trabajo entre los trabajadores empleados y otras de análoga naturaleza.

d) Escrito de solicitud del informe a que se refiere el artículo 64.1.4 a) y b) , del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, a los representantes legales de los trabajadores.”

El artículo 51.6 del ET regula la forma de terminación en el caso de ausencia de acuerdo entre los trabajadores y la empresa. En el segundo párrafo dispone que la resolución de la autoridad laboral será motivada y

congruente con la solicitud empresarial. La autorización procederá cuando de la documentación obrante en el expediente se desprendan razonablemente que las medidas propuestas por la empresa son necesarias a los fines previstos en el artículo 51.1 del ET.

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. Asimismo, el propio artículo 51.1 del ET y artículo 1.2 del RD 43/1996, de 19 de enero, establecen que se entiende por despido colectivo la extinción de los contratos de trabajo que afecten a la totalidad de la plantilla de la empresa, siempre que el número de trabajadores afectados sea superior a cinco, cuando aquél se produzca como consecuencia de la cesación total de su actividad empresarial fundado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

El Tribunal Supremo (Sentencias 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, Recurso en unificación de doctrina 3539/1997).

El Empresario en fecha 26 de marzo de 2008 presenta solicitud de inicio del procedimiento de extinción colectiva de los 10 puestos de trabajo

de su empresa dedicada a la hostelería. Acompaña a la solicitud los documentos que exige el artículo 6.1 del Rd 43/1996, de 19 de enero, anteriormente transcrito. Entre dichos documentos se encuentra la Memoria explicativa en donde se pone de manifiesto que la Empresa desde su constitución en el año 2003 ha incurrido en pérdidas, en el año 2007 las mismas ascendieron a 172.600,93 euros, así como la imposibilidad de conseguir financiación. A la misma se adjuntan las autoliquidaciones del impuesto de sociedades de los ejercicios 2003 a 2007 y el certificado del depósito de las cuentas anuales en el registro Mercantil.

Posteriormente, el 2 de abril de 2008 la Empresa aporta informe de auditoria del Balance suscrito por un auditor censor jurado de cuentas, de fecha 31 de marzo de 2008 sobre el balance de situación a 31 de diciembre de 2007 , en donde se pone de manifiesto que la Empresa acumula unas pérdidas de 237.763,21 euros lo que sería una causa para su disolución de conformidad con lo dispuesto en el artículo 104.1 e) de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada, al haber incurrido en pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto en una cantidad inferior a la mitad del capital social. (Folios 176 a 178)

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 considerar que el informe de auditoria aportado no entra a valorar la estructura patrimonial, destacando que el importe de la amortización es superior al importe de las perdidas, tampoco se refleja el flujo financiero que ha permitido financiar las pérdidas de los diversos años, así como un incremento de la cuenta de deudores a corto plazo que no queda suficientemente detallada, para concluir que la cuenta de pérdidas y

ganancias tiene una evolución confusa e inexplicada. Por último, también se considera que el empresario ha abusado de la promoción del expediente de regulación de empleo para obtener las ventajas financieras que ello conlleva pero no por concurrir las verdaderas causas para las que se prevé en el ordenamiento jurídico.

Sin embargo, de la vista del expediente administrativo, se aprecia que la Empresa ha aportado los elementos esenciales para que se tramite un expediente de regulación de empleo, las argumentaciones vertidas en el acuerdo de iniciación, recordemos que no se ha elaborado una propuesta de resolución sobre la que se pueda emitir dictamen, no son suficientes para incoar un procedimiento de revisión de oficio ex artículo 62.1 f) de la LRJ-PAC, por cuanto como hemos manifestado anteriormente, dicha causa se refiere a facultades que se adquieran sin reunir los requisitos esenciales. Las irregularidades del procedimiento y el posible uso fraudulento del mismo no puede articularse a través del cauce elegido porque el mismo se ciñe a supuestos en que resulte meridianamente claro que no se reúnen los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico, pero no cuando se deben realizar valoraciones del contenido de los balances y otras cuestiones similares.

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.

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

CONCLUSIONES

1) En el procedimiento de revisión de oficio iniciado mediante Orden 2185/2008, de 14 de agosto, no concurre la causa de nulidad de pleno derecho consagrada en el artículo 62.1 f) de la LRJ-PAC.

2) En el momento en que se acuerda iniciar el procedimiento de revisión de oficio el acto no era susceptible de ser objeto de dicho procedimiento de conformidad con lo expresado en el considerando de derecho primero del presente dictamen.

3) En la tramitación del procedimiento se ha vulnerado el trámite de audiencia por lo que procedería, en su caso, acordar la retroacción del procedimiento

4) No obstante lo anterior, puede entenderse que el escrito presentado por los trabajadores en septiembre de 2008 se tramite por la vía procedimental manifestada en el considerando de derecho primero del presente dictamen.

El presente dictamen es vinculante.

Madrid, 10 de diciembre de 2008